



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MATATIPAC, S.C.
Con estudios incorporados a la UNAM clave 8854

Título:

**Guardia, Custodia y Derecho de Convivencia
de los menores sujetos a patria potestad.**

Tesis que para obtener el Título de
Licenciado en Derecho Presenta:

Sergio Varela Rodríguez

Asesor Técnico:

Lic. Maby Urania Margarita Silva Guzmán

Asesor Metodológico:

Lic. Ana Isabel Velasco García

**Tepic, Nayarit.
Septiembre 2007**



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.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres por su apoyo, su orientación y su cariño incondicional en todos mis proyectos profesionales y personales.

A mi asesora ya que gracias a su apoyo y exigencia me fue posible realizar este trabajo de investigación

A mis maestros por compartir sus conocimientos, por su exigencia y por su amistad.

A la UNIVAM por prepararme para la vida profesional.

Muchas gracias a todos.

DEDICATORIAS

A mis padres

Por su amor, por su paciencia,
su confianza, su orientación,
por inculcarme Sus valores morales
y por hacer de mi una mejor persona.

A mi asesora

A la Lic. en Derecho Maby U. Margarita Silva
por su apoyo , su tiempo, su amistad,
su paciencia y su compromiso para
la realización de esta investigación.

INDICE

Introducción	VI
--------------	----

CAPÍTULO PRIMERO

MENORES.

Marco de Referencia

1.1. Familia	1
1.1.1. Filiación	2
1.1.2. Parentesco	3
1.1.2.1. Parentesco consanguíneo	5
1.1.2.2. Parentesco por afinidad	5
1.1.3. Adopción	6
1.2. Menores	10
1.2.1. Concepto	10
1.2.2. Régimen Jurídico	11
1.2.2.1. Internacional	12
1.2.2.2. Nacional	16
1.2.2.3. Estatal	21

CAPÍTULO SEGUNDO

PATRIA POTESTAD

2.1. Introducción	27
2.2. Concepto Doctrinal	30

2.3. Definición Legal	32
2.4. Sujetos	33
2.5. Excusa, Limitación, Suspensión, o Pérdida y Recuperación	38
2.6. Extinción y Causa	48

CAPÍTULO TERCERO

GUARDA Y CUSTODIA

3.1. Concepto	54
3.2. Definición Legal	55
3.3. Tipología	55
3.3.1. Custodia Compartida	56
3.3.2. Custodia Alternativa	57
3.3.3. Custodia Dividida	57
3.4. Criterios para Resolver la Custodia del Menor	58

CAPÍTULO CUARTO

DERECHOS DE CONVIVENCIA

PATerno-FILIAL

4.1. Derecho de convivencia paterno-filial	73
4.2. Concepto Legal	77
4.3. Régimen Jurídico	80
4.4. Principio del Interés Superior del Niño	88
4.5. Negativa al Derecho de convivencia	98
4.6. Organos auxiliares en la administración de justicia	99

Conclusiones	102
Propuestas	103
Fuentes de consulta	105
Glosario	106

I. Introducción

La justificación del tema se dio en base a la asesoría jurídica que prestaba en el Congreso del Estado de Nayarit, en donde pude observar que algunos padres acudían a solicitar se les apoyará para poder convivir con sus hijos cuando no tenían la guarda y custodia del menor, ya que en ocasiones los padres que tenía la custodia del menor les impedían convivir con ellos, o bien viceversa los menores podían convivir con sus progenitores pero dicha convivencia les ocasionaba un daño, sin que se atendiera en ambos casos al interés superior del menor.

Ahora bien, no obstante a lo precisado en el artículo 4º de la Constitución Política Mexicana, en la Declaración de los Derechos del Niño y en las recientes reformas al Código Civil para el Estado de Nayarit, en donde se precisa que en los asuntos en donde se encuentren involucrados menores, las autoridades vigilaran en todo momento el bienestar de los mismos, tanto física como emocional, y se resolverá atendiendo al interés superior del menor, la autoridad jurisdiccional, se encuentra limitada para cumplir con dichas disposiciones. Esto es, en las controversias del orden familiar en donde se resuelve el derecho de convivencia de los padres con los menores, en algunas ocasiones no se cumple con la disposición jurisdiccional afectando principalmente al menor y desde luego al padre que solicita su convivencia. Esa falta de cumplimiento a dicha disposición jurisdiccional se debe a diversos factores, por señalar los siguientes: a) Que quien cuenta con la guarda y custodia niegan al padre o la madre que no cuenta con la guarda y custodia, el acceso a la casa del menor; b) Que familiares o terceros, intervienen en la relación provocando conflictos que afectan la relación entre el menor y el padre o la madre que solicito la convivencia, y; c) Que en ocasiones el padre o la madre, que tienen la guarda y custodia del menor, temen que el padre o la madre con el pretexto de la convivencia sustraigan al menor. Sin embargo, como ya se mencionaba la autoridad jurisdiccional, tiene la obligación de resolver atendiendo al interés superior del menor, y el derecho de convivir con uno de sus progenitores que no tiene la guarda

y custodia, es parte de ese interés, ya que la convivencia con los progenitores refuerza el desarrollo emocional del menor. Por lo tanto, la autoridad jurisdiccional, tiene que resolver sin exponer a los menores y garantizar su bienestar tanto físico como emocional. Ahí radica **el problema** cuya solución se pretende en esta investigación.

Como **hipótesis del trabajo** se sostiene la necesidad de la creación de un centro de convivencia, que dependa del Poder Judicial, como auxiliar de la administración de justicia, con el objeto de que el derecho de convivencia, sea garantizado sin que exista temor fundado de que el menor sea objeto de daños físicos o emocionales, atendiendo dicha decisión jurisdiccional al interés superior del menor.

El presente trabajo de investigación se encuentra estructurado en cuatro capítulos, en el primero se refiere a Menores respecto de su marco de referencia, en el segundo a la Patria Potestad, mientras que en el tercer capítulo lo relativo a la Guarda y Custodia, y finalmente en el cuarto a el Derecho de Convivencia paterno-filial.

Dentro de los métodos empleados para verificar la hipótesis son: el método científico porque se planteó el problema, se dio una hipótesis, se experimento el problema planteado y se comprobó favorablemente la misma. Deductivo, por que partió de conocimientos generales para llegar a conocimientos particulares. Y el fenomenológico, por que describí los hechos desde un punto de vista objetivo, omitiendo toda apreciación personal. La técnica utilizada para la comprobación de mi hipótesis fue eminentemente documental, de esta fuentes de información emplee primordialmente la legislación, la jurisprudencia, diccionario, doctrina y páginas de Internet. Estos Instrumentos utilizados fueron indispensables para el desarrollo de esta tesis.

Es necesario señalar que primordialmente se hizo uso de la ley y la jurisprudencia en el presente trabajo ya que no existe suficiente información doctrinal respecto al derecho de convivencia y al principio del interés superior del menor, por lo tanto, para efectos de comprobar la hipótesis planteada, se tuvo que recurrir a dichas fuentes de consulta.

Finalmente, es preciso mencionar, que en la etapa de experimentación, se haya analizado la estructura del Poder Judicial del Estado de Nayarit, ya que sólo se abordó lo relativo a los órganos auxiliares en la administración de justicia, lo que se consideró suficiente para demostrar la hipótesis de esta investigación.

CAPITULO PRIMERO

MENORES.

Marco de referencia

1.1. Familia

Se entiende por familia " a las relaciones derivadas de la unión de los sexos por vía del matrimonio y concubinato y la procreación, conocidas como parentesco, así como las provenientes de las formas de constitución y de organización del grupo familiar, a la que la ley reconoce ciertos efectos; deberes, derechos y obligaciones entre sus miembros hasta cierto limite. De aquí que este concepto de familia se refiera al conjunto de vínculos jurídicos que rigen a los miembros de la familia".¹

La familia es el grupo natural del cual surgen los individuos que conforman la sociedad.

La familia es el grupo social en el cual recaen ciertas responsabilidades para que la sociedad se desarrolle. Algunas de estas responsabilidades se refieren a cada uno de los sujetos unidos por sangre o por vínculos jurídicos.

En las diferentes épocas y diferentes culturas han existido diferentes tipos de familias con sus diferentes situaciones económicas, sociales, culturales, políticas y jurídicas.

Se le ha considerado como la primera asociación humana, es el núcleo de cualquier sociedad, es el medio donde el individuo se desarrolla física y mentalmente, es

¹ BAQUEIRO ROJAS Edgar, *Derecho de familia*, Oxford, México, 2006, p. 7

una institución en donde sus miembros se relacionan por derechos y obligaciones recíprocos.

La familia se forma por la unión sexual de la pareja a través de la procreación generándose lazos de sangre, es decir un grupo que se compone de la pareja y sus ascendentes y descendientes, así como otras personas por vínculos de sangre o por vínculos civiles a los que el derecho impone obligaciones y concede derechos.

1.1.1. Filiación

Se entiende por filiación "al vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado y por lo tanto constituye la forma mas cercana de parentesco".²

Cuando una pareja tiene un hijo se genera un vínculo biológico-jurídico entre los padres y el hijo, jurídicamente llamado paternidad cuando es visto del lado de los padres y filiación, cuando este vínculo es visto desde la perspectiva del menor.

La filiación es el supuesto jurídico necesario para crear la situación jurídica de una persona como hijo de otra.

Es también el elemento previo para conocer el estado civil de una persona como miembro de una determinada familia, es decir es la expresión jurídica de la procreación y de ahí se deriva el parentesco que es el punto de referencia para las relaciones jurídicas dentro de la familia.

Es decir que la filiación es el vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta de primer grado y es la forma mas cercana del parentesco.

² BAQUEIRO ROJAS, Edgar, *Derecho de familia*, Oxford, México, 2006, p. 227.

La filiación es la relación creada entre los progenitores y sus hijos que conforman el núcleo de la familia y la ley les otorga derechos y obligaciones.

La paternidad y la filiación jurídica provienen de la filiación biológica, aunque no siempre la filiación jurídica y biológica coinciden ya que biológicamente no puede haber hijos sin padre y en la filiación jurídica si ya sea por que se desconozcan los padres o por que no se siguieron los requisitos legales correspondientes

En México dejo de existir la clasificación de hijos espurios después de la ley de relaciones familiares de 1917, pero en cuanto a los hijos fuera del matrimonio reconocidos solo tenían el derecho del apellido de quien los reconociera.

Fue hasta el código de 1928 que ya no hubo diferencias en los derechos de los hijos en cuanto a su origen y a los padres y familias de estos fueron iguales ya establecida la filiación, estuvieran o no casados los padres.

En la actualidad una vez establecida la filiación las obligaciones jurídicas son iguales para todos sin importar la forma en que hayan nacido la filiación.

1.1.2. Parentesco

Para Rafael Rojina Villegas el parentesco, lo define como: "Un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o mas personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho."³

El parentesco es una de las fuentes principales del derecho familiar.

³ **ROJINA VILLEGAS, Rafael,** *Compendio de Derecho Civil,* trigésimo séptima edición, editorial Porrúa, México, 2006, p. 260.

El parentesco es en realidad un estado jurídico dado a que es una situación permanente que se crea entre dos o mas personas, ya sea por consanguinidad, por matrimonio o por la adopción, para originar de manera constante derechos y obligaciones.

En el parentesco la relación estable que se crea entre los sujetos que se relacionan permite que se aplique constantemente de todo el estatuto familiar con relación a esta materia para que las consecuencias que se producen se mantengan de forma indefinida.

Las relaciones jurídicas familiares provienen de la unión de los sexos y de la procreación. Y esto se convierte en matrimonio o concubinato y filiación así como la adopción y estas son las que constituyen las relaciones del parentesco.

El parentesco es un estado jurídico, es una relación que genera derechos y obligaciones entre sus miembros así como en terceros tales como parientes políticos y consanguíneos.

El parentesco es una relación jurídica permanente, que nace del matrimonio, del concubinato y de la filiación y de la adopción. Es la relación que une a los miembros de una familia por consanguinidad, afinidad y adopción.

Las tres formas de parentesco deben estar reconocidas por la ley ya que solo que el derecho reconozca la existencia de dicha relación, habrá parentesco para los efectos de la ley.

En el parentesco por afinidad y en el parentesco civil o por adopción, la ley es la que dice quienes son los sujetos vinculados que producirán las consecuencias jurídicas que el parentesco conlleva.

1.1.2.1. Parentesco Consanguíneo

“El parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que se establece entre personas que descienden de un mismo progenitor (un mismo tronco común). Este parentesco también se da entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado en el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores, así como el que por equiparación legal se establece a través de la adopción plena que el adoptado equivale al hijo consanguíneo”.⁴

El parentesco consanguíneo es el vínculo jurídico que surge entre personas que descienden unas de otras o tienen antecesores en común.

De conformidad a lo precisado en el artículo 286 del Código Civil para el Estado de Nayarit, el parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

En cuanto al parentesco por consanguinidad no hay dificultad alguna en entender que de ahí nace una familia, ya que se trata de personas engendradas y concebidas por la pareja unida en matrimonio o en concubinato”.⁵

1.1.2.2. Parentesco por Afinidad

“En cuanto al parentesco por afinidad, casi todos los autores europeos y latinoamericanos “conservadores” sostienen que sólo puede engendrar una familia

⁴ BAQUEIRO ROJAS, Edgar, *Derecho de familia*, Oxford, México, 2006, p 20.

⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, Porrúa, México, 2004, p. 168.

cuando ese parentesco deriva de una relación de matrimonio, pero no así cuando deriva de una relación de concubinato”.⁶

En el artículo 287 se precisa que parentesco 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.

Es el vínculo jurídico que se adquiere por el matrimonio, el cual se da entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos, los del esposo con la esposa y viceversa.

El Código Civil para el Estado de Nayarit, desconoce el parentesco por afinidad en los casos de concubinato, lo cual parece ilógico, ya que puede haber mayor acercamiento de familia en una relación de concubinato que de un matrimonio.

Este tipo de parentesco es una combinación del matrimonio y del parentesco consanguíneo por que representa la línea recta y transversal. Es decir, por ejemplo, la esposa entra en parentesco con los parientes del marido en el mismo grado que este, aun si el marido hubiera tenido descendencia de otro matrimonio también se contraerá parentesco por afinidad.

En nuestra legislación el parentesco por afinidad produce consecuencias muy restringidas, la única consecuencia jurídica importante es la de que el matrimonio no puede celebrarse entre parientes por afinidad en línea recta.

El parentesco por afinidad termina por el divorcio, la disolución del matrimonio por muerte de una de las partes o por nulidad.

1.1.3. Adopción

⁶ Ibid

En el artículo 382 del Código Civil para el estado de Nayarit, se establece que, el mayor de veinticinco años, libre de matrimonio en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

- I. Estar en pleno goce de sus derechos;
- II. Presentar certificado de idoneidad expedido por el Consejo Estatal de Adopciones;
- III. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como hijo propio;
- IV. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse;
- V. No haber sido condenado a la pérdida de la patria potestad;
- VI. No tener antecedentes penales; y
- VII. Las que señale la legislación aplicable”.

El parentesco por adopción es el que resulta del acto jurídico del mismo nombre, el cual crea los mismos derechos y obligaciones que cualquier padre e hijo.

Únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados o los incapaces. Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva, adopción. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

En el artículo 288 del Código Civil para el Estado de Nayarit, se prevé que el parentesco civil es el que nace de la adopción y, solo existe entre el adoptante y el

adoptado. La adopción plena, es aquella que se equipara al parentesco por consanguinidad para todos los efectos legales.

La adopción es una institución jurídica que crea una relación de filiación entre dos personas que no tienen ningún vínculo consanguíneo

La adopción es la tercera fuente del parentesco ya que sirve para crear un parentesco entre el adoptante y el adoptado. En este parentesco no existe una relación biológica solo la norma jurídica.

La adopción es una filiación legal que crea un parentesco que su origen es la norma jurídica.

Existen dos tipos de adopción: la simple y la plena. La diferencia consiste en la mayor o menor amplitud de la filiación así como los derechos y obligaciones que se originan.

La adopción simple, es el parentesco civil que origina otro parentesco distinto del consanguíneo y de afinidad.

En la adopción simple, las dos partes tienen los mismos derechos y obligaciones que un padre e hijo.

En la adopción plena las partes tienen los mismos derechos y obligaciones de un parentesco consanguíneo. Si el adoptante muriera el adoptado no quedaría desamparado ya que sus parientes por adopción están obligados a dar alimentos, ejercer patria potestad o tutela como si fuera de un hijo consanguíneo del adoptante.

Existe también la adopción internacional cuando los solicitantes son de nacionalidad extranjera y residen en el exterior, o siendo de nacionalidad mexicana,

tienen fuera del país y el sujeto de la adopción es de nacionalidad mexicana, y vive en el país.

También se considerará, para la acreditación respecto de menores mexicanos que pretendan adoptar en otro país. La adopción internacional es una medida excepcional que procede en atención al interés superior del menor, siempre y cuando se hayan agotado todos los medios para proporcionarle un hogar sustituto en territorio nacional.

Los extranjeros que deseen adoptar un menor, se sujetarán a lo establecido en Declaraciones, Convenios, Convenciones y otros instrumentos internacionales que rigen la materia y hayan sido ratificados por el Estado Mexicano.

Para la adopción internacional se establecen los siguientes requisitos:

- I. Acta de matrimonio que acredite su celebración antes del nacimiento del adoptado;
- II. Acta de nacimiento de los cónyuges que acrediten tener más de veinticinco años de edad y diecisiete años mayores que el adoptado;
- III. Tener un máximo de cincuenta años de edad;
- IV. Certificados médicos que acrediten que los adoptantes gozan de buena salud física y mental. En caso de duda, el Juez podrá disponer su homologación por profesionales nacionales;
- V. Certificado otorgado por autoridad competente del país de origen que acredite solvencia económica;
- VI. Informe psicosocial elaborado en el país de residencia;
- VII. Certificado de haber recibido preparación para padres adoptivos;
- VIII. Acrediten su legal estancia en el país;
- IX. No tener antecedentes penales, lo que se acreditará mediante certificados del país del solicitante;
- X. Certificado de idoneidad otorgado por las autoridades competentes del país de

residencia de los solicitantes; y,

XI. Autorización para el trámite de ingreso del adoptado al país de residencia de los solicitantes.

Los menores adoptados por extranjeros mantienen su nacionalidad, sin perjuicio de que adquieran la de los adoptantes.

En resumen la adopción es el acto jurídico de aceptar como hijo con los requisitos legales que dicta la ley, a quien no lo es.

La adopción es la tercera fuente del parentesco y su finalidad es proteger a la persona y los bienes del adoptado.

1.2. Menores

En la legislación del Estado de Nayarit, no existe definición legal de menor, sólo establece las edades en que se debe de considerar a un menor, es decir, se precisa la diferencia entre menor y mayor de edad la cual se adquiere a los 18 años.

1.2.1. Concepto

Atendiendo al artículo segundo de La ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Nayarit, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

De acuerdo al artículo segundo de dicha ley debe entenderse por niño todo ser humano menor de 12 años incompletos y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.

La minoría de edad es un estado civil que se caracteriza por la dependencia del menor a los padres o tutores al considerarse que el menor no tiene capacidad de entendimiento.

La capacidad de la menor esta limitada con el fin de evitar que salga perjudicado por las acciones y dediciones que tome así que para realizar ciertos actos necesitara el permiso de los padres o tutores.

“La persona física tendrá plena capacidad a los 18 años cumplidos. Antes de llegar a esa edad, el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones a través de su representante legal en este caso el padre o tutor”.⁷

1.2.2. Régimen Jurídico

Aunque existe una falta de regulación integral en materia de derechos de los menores en nuestro país y desde luego en nuestro Estado, se han venido aplicando las convenciones internacionales en las que México es parte, tomándose como base en diferentes leyes ya sean nacionales o estatales, en donde se regula precisamente el interés superior del niño.

Claro ejemplo de ello es la Convención Sobre los Derechos del Niño, que en el artículo primero precisa:

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

⁷ GALINDO Garifas Ignacio, *Derecho Civil*, Porrúa, México, 1981, p. 414.

También dicha convención fue creada para subsanar todos los vacíos legales que surgen de una legislación deficiente en la materia y permitirle a la autoridad proteger el interés superior del menor, así como también para regular los derechos y deberes de los padres para con el menor así como para asegurarse que las instituciones encargadas de la protección del menor cumplan con las normativas establecidas por las autoridades competentes, como lo precisa la convención en los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 3º que en su texto reza:

“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.

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.

“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”.

1.2.2.1. Internacional

Atendiendo a la necesidad de la protección de los derechos de los menores y tomando en cuenta que los pueblos de las Naciones Unidas, han reafirmado en la Carta de las Naciones Unidas su fe en los derechos del hombre y el valor de las personas y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un

concepto más amplio de la libertad, se creó la convención sobre los derechos de los niños. Esta convención entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Las Naciones Unidas han acordado, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin ninguna distinción, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

La familia, es el grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento de los niños, debe recibir la protección y asistencia que necesita para poder asumir totalmente sus responsabilidades dentro de la sociedad. El niño, para el pleno desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

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 especial, 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 necesarios de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

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.

Para los efectos de esta Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

En todas las medidas que tomen las instituciones publicas que involucren a los niños, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos tendrán como objetivo principal el interés superior del menor.

Los Estados que participan en esta convención tomarán medidas necesarias para garantizar que el menor este protegido contra discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres.

Los participantes de esta convención 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 y tomaran todas las medidas legislativas y administrativas necesarias.

También se asegurarán de que las instituciones, y servicios encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades correspondientes, especialmente en materia de seguridad.

No solo a los padres de los menores si no también a la sociedad en general para ayudar al óptimo desarrollo del menor regulando los medios de comunicación como la televisión para que los contenidos de la programación sean apropiados para el desarrollo de los menores.

Se respetara también el derecho del niño que esté separado de alguno de sus padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, excepto si esto es contrario al interés superior del niño.

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, la deportación o la muerte de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado proporcionará a los padres o al menor información del paradero del familiar ausente, a no ser que esto sea perjudicial para el bienestar del niño.

Cuando los padres del menor vivan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño establece que:

“1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

También dicha convención fue creada para subsanar todos los vacíos legales que surgen de una legislación deficiente en la materia y permitirle a la autoridad proteger el interés superior del menor, así como también para regular los derechos y deberes de los padres para con el menor así como para asegurarse que las instituciones encargadas de la protección del menor cumplan con las normativas establecidas por las autoridades competentes, como lo precisa la convención en los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 3º que en su texto reza:

“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.

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.

“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”.

1.2.2.2. Nacional

En el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

“Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

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.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

En el artículo antes precisado se sostiene que los asuntos de menores se califican de importancia y trascendencia social, porque se afectan el orden y la estabilidad de la familia, cuya organización y desarrollo debe proteger la ley. Por lo tanto, por mandato constitucional se establece la suplencia a favor de los menores, ya que no solamente fue estructurada por el legislador con ánimo de tutelar los derechos de familia, inherentes al estado de minoridad, sino también para ser aplicada en todos los amparos o en otra clase de juicios, en los que sean parte menores de edad, o incapaces, con independencia de cual que sea la naturaleza de los derechos que se cuestionen, previéndose también la necesidad de que la autoridad que conozca del juicio quede investida de facultades amplísimas para intervenir oficiosamente en cualquier clase de problemas, al grado de que puede hacer valer los conceptos o razonamientos que en su opinión conduzcan a la verdad y a lograr el bienestar del menor de edad o incapaz.

La ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, fue publicada en el Diario Oficial el lunes 29 de mayo del 2000, para suplementar los vacíos que existen en nuestra legislación en materia de los derechos de los menores.

Esta ley se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su objetivo es el de garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, podrán expedir las leyes y tomarán las medidas necesarias para dar cumplimiento a esta ley.

Son menores según esta ley las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.

La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad.

Los derechos que custodia esta ley son los siguientes:

- A) El del interés superior de la infancia.
- B) El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
- C) El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.

D) El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.

E) El de tener una vida libre de violencia.

F) El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.

G) El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

De acuerdo con el principio del interés superior de la infancia, las normas que se aplican a niñas, niños y adolescentes, estarán dirigidas a buscar, los cuidados y el apoyo que necesitan para tener un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

De acuerdo con este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La aplicación de esta ley cuidará el cumplimiento de este principio, y el de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de México.

Esta ley esta dirigida a los menores y a sus padres o tutores garantizar y promover los derechos contenidos en dicha ley, las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en dentro de sus atribuciones, promoverán las acciones necesarias para proporcionar la asistencia apropiada a madres, padres, tutores o personas responsables para el desempeño de sus facultades.

Esta ley garantizara el cumplimiento de las obligaciones mencionadas, se preverán los procedimientos y la asistencia jurídica para asegurar que ascendientes,

padres, tutores y responsables de niñas, niños y adolescentes cumplan con su deber de dar alimentos. Se establecerá también en las leyes respectivas la responsabilidad penal para quienes incurran en abandono injustificado.

El hecho de que los padres no vivan en el mismo hogar, no impide que cumplan con las obligaciones que le impone la ley.

Para garantizar el cumplimiento de los derechos de los menores, las leyes federales, del Distrito Federal y de las entidades federativas podrán disponer lo necesario para que se cumplan en todo el país.

Estas leyes fueron creadas para proteger los derechos de los menores, el hecho de que los principios de no discriminación, mejores intereses del niño, vida, supervivencia y desarrollo y derecho al respeto por las opiniones del niño en función de su edad y madurez no hayan sido completamente incorporados a la legislación del Estado Parte, así como a las políticas y programas tanto en el plano nacional como en el local.

Así que se pretende que se integre de modo adecuado los principios generales de la ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a saber los artículos 2, 3, 6 y 12, en todas las leyes pertinentes relativas a los niños y que se aplique esos principios en todas las decisiones políticas, judiciales y administrativas, así como en los proyectos, programas y servicios que tengan repercusiones sobre todos los niños.

Que se apliquen esos principios en la planificación y la adopción de políticas a todos los niveles, así como en las medidas adoptadas por las instituciones sociales, de salud y bienestar y educacionales, los tribunales de justicia y las autoridades administrativas.

Esta convención tendrá el carácter de ley ya que se adoptaron las medidas legislativas y demás para dar efectividad a los derechos convenidos en esta.

Las leyes federales así como la constitución de los estados unidos mexicanos tienen interés en salvaguardar los derechos de los menores. Como lo establece la ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en su artículo 1:

Artículo 1. "La presente ley se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones los niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en el ámbito de su competencia, podrán expedir las normas legales y tomarán las medidas administrativas necesarias a efecto de dar cumplimiento a esta ley".

1.2.2.3. Estatal

A nivel estatal en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit, las garantías individuales son las mismas que contempla la Constitución Federal.

En cuanto a la existencia de un concepto jurídico de menor, no existe, ya que sólo los ordenamientos legales estatales se concretan en precisar quienes son menores, como a continuación se precisa:

En el artículo 364 del Código Civil para el Estado de Nayarit se precisa: "La mayoría de edad, comienza a los dieciocho años cumplidos".

Y es a partir de esta edad en que una persona es libre de hacer lo que sea con sus pertenencias, claro siempre y cuando no tenga alguna discapacidad.

La persona física adquiere plena capacidad a partir de los 18 años cumplidos. Antes de llegar a esa edad, el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones por medio de su representante legítimo (padre o tutor) el derecho presume que el menor no tiene el necesario discernimiento para decidir por propia voluntad la realización de actos jurídicos. Es jurídicamente incapaz.⁸

Es por eso que las legislaciones estatales se apoyan en la convención nacional de los derechos de los menores, para salvaguardar los derechos de los menores en el país ya que estos no tienen capacidad de ejercicio, solo de goce ya que no tiene una madurez mental necesaria para tomar ciertas dediciones que pueden afectar sus intereses.

Así en Nayarit se creo entonces la Ley de Protección de los Derechos de los Niños y las Niñas y los Adolescentes, la cual fue publicada en el Periódico Oficial del Estado de Nayarit, el 30 de julio de 2005.

Esta ley tiene como finalidad garantizar a las niñas y niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La aplicación de esta ley le corresponde a la administración pública del Estado y de los municipios, quienes en el ámbito de sus competencias deberán expedir las normas y tomar las medidas administrativas necesarias a efecto de dar cumplimiento a esta ley.

⁸ GALINDO GARIFAS, Ignacio , *Derecho Civil* , Porrúa, México, 1981, p, 414.

Para dar cumplimiento a cada uno de los planes y programas derivados de esta ley, se incluirán las partidas correspondientes en la Ley de Ingresos y en el Presupuesto de Egresos del Estado, y en los presupuestos de los municipios.

Para esta ley, son niñas y niños las personas menores de 12 años de edad, y adolescentes los que tienen más de 12 años y menos de 18 años de edad.

Según el artículo 4º de la ley estatal de los derechos de los niños y las niñas, ésta ley tiene por objeto:

I. Garantizar y promover el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes;

II. Establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de las niñas, niños y adolescentes; y

III. Fijar los lineamientos y establecer las bases generales 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, niños y adolescentes a fin de:

a) Impulsar y consolidar la atención integral y la generación de oportunidades de manera igualitaria para las niñas, niños y adolescentes;

b) Establecer los mecanismos que faciliten el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; y

c) Promover la cultura de respeto hacia las niñas, niños y adolescentes en el ámbito familiar, comunitario y social, así como en el público y privado”.

La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, asegura un desarrollo pleno e integral para poder formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad, en cada una de las etapas de su crecimiento.

Esta ley se aplica para salvaguardar los derechos de los menores tales como:

- a) El del interés superior de la infancia.
- b) El de la no-discriminación por ninguna razón.
- c) El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otro tipo, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.
- d) El de vivir en familia, como espacio primordial para el desarrollo.
- e) El de tener una vida libre de violencia.
- f) El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
- g) El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

De acuerdo con el principio del interés superior de los menores, las normas y programas aplicables a niñas, niños y adolescentes en el Estado, estarán dirigidas a buscar, los cuidados y la asistencia que necesitan para tener un desarrollo pleno dentro de un ambiente de bienestar familiar.

De acuerdo con lo anterior este interés en el menor motivara a las autoridades del estado a actuar en defensa y representación jurídica, prevención y protección de los menores en acciones tales como en la destinación de recursos públicos para programas sociales relacionados con los menores.

Les corresponde a las autoridades estatales y municipales asegurar los menores la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar tomando en cuenta los derechos y deberes de sus padres.

Esta ley no solo establece los derechos de los menores si no que también hace referencia a las obligaciones de los representantes de los menores y para garantizar los derechos de esta ley, las autoridades estatales y municipales llevaran a cabo las acciones necesarias para dar la ayuda necesaria a los padres del menor para el desempeño de sus facultades.

Es obligación de los padres proporcionarles una vida digna, proporcionar alimentos, y el pleno desarrollo de su personalidad en la familia, la escuela y la sociedad. La alimentación comprende esencialmente la satisfacción de las necesidades de comida, habitación, educación, vestido, asistencia en caso de enfermedad y recreación.

En los artículos 22, 23 y 24 del Código Civil para el Estado de Nayarit se precisa que:

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en este Código”.

“Artículo 23o. La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

“Artículo 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”.

Es decir, ante todo el interés del menor queda garantizado legalmente, sin embargo, la falta de información y de aplicación de la ley en comento por parte de las autoridades del Estado de Nayarit, implica que cada día en las calles de la Ciudad de Tepic, Nayarit, hay un aumento de menores, la que a veces es propiciada por los padres o familiares, con fines lucrativos.

La Ley de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes para el Estado de Nayarit, es semejante a la ley federal, sin embargo, como ya se mencionó, se requiere no sólo de legislaciones sino de acciones para proporcionar al menor una mejor calidad de vida.

CAPÍTULO SEGUNDO

PATRIA POTESTAD

2.1. Introducción

La patria potestad nace en el derecho romano. La ejercía el hombre de más edad, sobre sus hijos y sus descendientes y solo la ejercía el hombre de más edad. Tenía carácter de perpetuo y se derivaba del concepto de soberanía doméstica, se igualaba a la potestad marital y era casi equivalente a la de los esclavos y se establecía en beneficio del jefe. Su poder se extendía hasta el punto de poder venderlos como esclavos fuera de Roma, o condenarlos a la muerte.

El padre era también dueño de todos los bienes que el hijo adquiría y tenía un poder absoluto sobre ellos.

Este poder, que normalmente duraba hasta la muerte del paterfamilias, nos muestra los siguientes aspectos:

- a) El padre o abuelo tenía un poder disciplinario casi ilimitado sobre el hijo, hasta podía matarlo, aunque, en caso de llegar a ese extremo sin causa justificada, el paterfamilias se exponía a sanciones por parte de las autoridades. Este derecho se fue suprimiendo en varias etapas.

El padre tenía el poder por mucho tiempo, de matar al hijo, venderlo o exponerlo.

La venta se permitió hasta con Justiniano, siempre que se trate de situaciones de emergencia financiera.

Actualmente, de este amplio poder del padre sobre los hijos, no queda mas que un moderado derecho de castigar.

b) Por ser el paterfamilias la única persona verdadera dentro de la familia, el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría formaba parte del patrimonio del paterfamilias.

Esto fue disminuyendo poco a poco, por la mayor independencia de los hijos en relación con los peculios que les fueron confiados, y por la emancipación.

Augusto permitió que el hijo podía ser propietario de un pecunio castrense, siempre y cuando fuera ganado por su actividad militar, y, Constantino añadió a este privilegio un derecho análogo respecto del peculio cuasi-castrense, obtenido por el ejercicio de alguna función pública o eclesiástica. Además, este emperador concedía al filiusfamilias la propiedad de los bienes adquiridos por la sucesión de su madre, sus abuelos.

Originalmente, el usufructo del peculio castrense correspondía al padre, pero el emperador concede un importante privilegio mas al hijo; no solo que, en caso de muerte del padre, el peculio sea entregado directamente al hijo, sin entrar en la masa sucesoria, sino que el hijo pueda, disponer por testamento los bienes de que se trata. Un siglo después, Adriano suprime también aquel usufructo paternal.

Finalmente en tiempos de Justiniano, los bienes que donaban a los hijos quedaban todavía bajo la administración del padre, quien goza, respecto de ellos, de una especie de usufructo. Sin embargo, el donante del cual estos bienes se habían obtenido, podía haber dispuesto que quedarían expuestos de estas facultades paternas, a las cuales el padre mismo podía también renunciar en beneficio del hijo.

Poco a poco, el derecho romano se acercaba así al derecho moderno, que ha suprimido la incapacidad patrimonial de los alien iurium.

Tratándose del usufructo legal, el padre no tenía la obligación de garantizar su manejo, recibiendo así una condición privilegiada en comparación con el usufructuario común y corriente.

El derecho moderno ha reducido a la mitad el usufructo legal del padre respecto de los bienes de sus hijos. Confirmando la idea romana, exceptúa al padre del deber de dar la fianza que debe proporcionar normalmente todo usufructuario.

Pero la gran diferencia con respecto del sistema romano es que allí la administración y el usufructo duraban normalmente toda la vida del pater familias, mientras que para nosotros la mencionada situación termina normalmente cuando el hijo llega a los 18 años.

El pater familias era el responsable de las consecuencias patrimoniales de los delitos cometidos por el filius familias, pero podía recurrir al abandono noxal, entregando al culpable para que expiara su culpa mediante trabajo.

La patria potestad que, en su origen fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió durante la fase imperial en una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos. Así hallamos que, ya en tiempos de Marco Aurelio, se reconoce la existencia en la relación padre-hijo de un recíproco derecho de alimentos.

La amplia extensión jurídica, y la larga duración de la patria potestad era algo típico del derecho romano que el derecho moderno no ha adoptado.

También en el mediterráneo antiguo fue considerado como una peculiaridad romana que encontraba su fundamento, en el *ius civile*.

En la práctica, el sistema funcionaba por la costumbre de emancipar a los hijos cuando ellos lo deseaban y también por el sistema de los peculios, que los padres le daban a sus hijos para que los administraran, quedándose estos con parte de los beneficios.

La patria potestad fue evolucionando, atendiéndose más al interés del hijo, viendo a la patria potestad más como una obligación que como un derecho, hasta que llegó a ser la institución protectora del menor en nuestros días.

La patria potestad es transitoria ya que solo dura hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo. No afecta la capacidad de goce del menor y solo limita su capacidad de ejercicio.

2.2. Concepto Doctrinal

“La patria potestad, es un conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores, y para que los representen en tal período. Implica el derecho-obligación de alimentos, convivencia y educación (formación)”.⁹

Es decir, “es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley concede a los padres, o en su defecto a los abuelos sobre la persona así como sobre los bienes del menor o discapacitados a efecto de facilitar el cumplimiento de los deberes de

⁹ **BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía**, *Derecho de Familia*, Oxford, México, 2005, p.268.

alimentos, educación y en general del sostenimiento y formación física y moral al que se encuentran obligados por disposiciones de carácter jurídico y por los conceptos morales, éticos, sociales y afectivos”.¹⁰

Es un poder que se les da a los progenitores como medio para cumplir con sus obligaciones de guardia, custodia y educación de sus descendientes.

Es una función mediante la cual los padres y los abuelos tienen determinados derechos concedidos por la ley para que cuiden de sus descendientes, sus bienes y los representen legalmente.

No es renunciable ni transferible ya que el que la tiene no puede cederla, tampoco es prescriptible ya que el no ejercicio se sanciona pero no se libera de las obligaciones.

Para Gutiérrez y González, la patria potestad es:

“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 su 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 familiar¹¹”.

¹⁰ LAUREBT PAVN. Angélica, *Los Sujetos Jurídicos de la Patria Potestad*, Porrúa, México, p 167.

¹¹ GUTIERRÉZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Obra citada*, p. 432.

La patria potestad debe ejercerse en forma compartida tanto por el padre como por la madre, o en ciertas ocasiones exclusivamente por alguno de los dos (limitación, suspensión o pérdida) para la protección del menor.

A falta de los padres será el juez de lo familiar quien decidirá quien de los ascendientes en segundo grado la ejercerá.

2.3. Definición Legal

En el artículo 403 del Código Civil para el Estado de Nayarit, se establece:

“La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley impone a los progenitores para atender la crianza, protección y educación de sus hijos menores de dieciocho años de edad y favorecer el pleno desarrollo de sus potencialidades, así como la administración legal de sus bienes.

Los hijos cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres”.

El anterior concepto, fue adoptado en las recientes reformas al Código Civil para el Estado de Nayarit, publicadas el cinco de mayo en el Periódico Oficial, Órgano del Gobierno del Estado de Nayarit, en donde se precisa el concepto de patria potestad.

En la tesis aislada número VI.1o.C.28 C, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito en Materia Civil, visible en la pagina 962 del Tomo XI, Mayo de 2000, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, cuyo rubro y texto rezan:

“PATRIA POTESTAD, SUS EFECTOS DE CONFORMIDAD CON EL

ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Toda vez que el artículo 4o. de la Carta Magna, eleva a rango constitucional la institución de la patria potestad, a partir de su publicación en el Diario Oficial de la Federación de 18 de marzo de 1980, al precisar el derecho y deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental, de modo que al ser ahora distinta la regulación jurídica de la institución de la patria potestad y la del divorcio y específica en cuanto a sus propios fines, por lo que ha de conservarse o perderse en función de las relaciones específicas que medien entre el padre o la madre y sus hijos, y no sólo en función de los conflictos que hayan surgido entre los cónyuges”.

La patria potestad, se encuentra elevada a rango constitucional, y con base en ello fueron benéficas las reformas, ya que anteriormente no se precisaba lo relativo a la definición de patria potestad, refiriéndose a la calidad de patria potestad, pero no en lo que consistía.

Para efectos de la conservación de la patria potestad, es necesario que se valore la relación existente entre padres e hijos y no la que existe entre los cónyuges, ya que en muchos de los casos se pide la pérdida, por los conflictos personales entre los padres y no porque exista una afectación directa para los hijos.

El analizar las relaciones entre los padres y los hijos para conservar la patria potestad, es un elemento fundamental, en el concepto que debería de contener el término de patria potestad.

2.4. Sujetos

La patria potestad la ejercen principalmente el padre y la madre, independientemente de que se encuentren separados o no. A falta de ellos en el

Código Civil para el Estado de Nayarit se precisa quienes tienen ese derecho, como se verá más adelante.

“Son sujetos activos de la patria potestad los que deben desempeñar el cargo, estos son el padre y la madre y a falta de estos, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar y son sujetos pasivos los que se encuentran en una situación de subordinación, los descendientes menores de 18 años no emancipados”.¹²

El ejercicio de la patria potestad será obligación del padre y la madre aunque estén separados. La ejercerán de común acuerdo o por resolución judicial que lo ordene.

De conformidad a lo establecido en el artículo 406 del Código Civil para el Estado de Nayarit, la patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce, por: a) el padre y la madre; b) por los ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta el interés superior del menor.

Para el caso de que los descendientes antes señalados ejerzan la patria potestad, es necesario que el juez de primera instancia lo determine, atendiendo a las circunstancias de cada uno.

En el artículo 411 del mismo ordenamiento legal, se establece, que la patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten. En la adopción plena el ejercicio será como hijo consanguíneo. Es decir, se ejerce con

¹² **BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía**, obra citada, p.269.

los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres para con los hijos, la patria potestad se ejerce igual como si fuera filiación consanguínea.

Mientras los padres vivan, los ascendientes mas lejanos no pueden ejercitar potestad alguna sobre el, no pueden opinar sobre la forma en que lo educan los padres.

Ejerce solamente la patria potestad quien la tiene pero puede ser que sea uno de los progenitores quien la ejerza ya sea por disposición legal o por convenio, reservando al otro el derecho de vigilancia y colaboración.

Cuando la vida familiar cambia y los progenitores se separan, la patria potestad no podrá ser ejercida por los dos progenitores, ni los hijos podrán convivir con los dos en el mismo hogar, aun así la patria potestad seguirá existiendo para ambos, lo que obliga a buscar nuevas soluciones.

Partiendo de la crisis conyugal la custodia le corresponderá a uno de los padres, y el que no la tenga tendrá el derecho de mantener relaciones personales con los menores a través del derecho de convivencia, también tendrá el derecho de vigilar y el deber de colaborar con quien ejerza la patria potestad para cumplir con sus deberes y obligaciones.

En caso de la separación de los cónyuges se debe pactar un convenio donde se decida quien tendrá la custodia, en caso de algún desacuerdo deberá de decidir el juez de lo familiar atendiendo al ministerio publico al respecto.

En la práctica lamentablemente, el ministerio público y el Procurador de la Defensa del Menor y la Familia, no acuden a las audiencias ni mucho menos en el juicio, ya que sólo se concretan en firmar las constancias, y más aún cuando éste

último es nombrado tutor dativo del menor, tampoco acude a su representación legal, dejando al menor en total estado de indefensión.

En los juicios de divorcio voluntario, las partes en el convenio presentado a la autoridad judicial, precisan en señalar que ambos cónyuges conservarán la patria potestad, ya que en dicho convenio un cónyuge no puede decir que renuncia a ella, lo que si puede es otorgar la custodia a un cónyuge, pero no a renunciar a su derecho de ejercer la patria potestad.

Por lo tanto, en todos los divorcios voluntarios en que se involucre a menores de edad, se debe dar intervención activa al Ministerio Público, con el objeto de que haya una mayor seguridad que los derechos de los menores, se encuentran debidamente garantizados. Para ello, se atiende a la tesis aislada número VI. 1º. C. 90 C, sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, visible n la página 2177 de el Tomo XXIV, Agosto de 2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, cuyo rubro y texto rezan:

"DIVORCIO VOLUNTARIO. ES INDISPENSABLE QUE LA COMPARECENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO ADSCRITO AL JUZGADO DE ORIGEN, SE ACREDITE FEHACIENTEMENTE PARA ESTAR EN CONDICIONES DE CONCLUIR QUE EL CONVENIO RESPECTIVO HA SIDO ANALIZADO POR ÉL, SI ESTUVO O NO DE ACUERDO CON LO PROPUESTO POR LAS PARTES Y EN PARTICULAR CON LO DETERMINADO EN TORNO A LOS INTERESES DE LOS MENORES INVOLUCRADOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

De conformidad con el cuarto párrafo del artículo 292 del Código Civil para el Estado de Puebla, la institución del Ministerio Público debe ser oída en todos los asuntos de naturaleza familiar, de ahí que si se ventila una cuestión relativa al divorcio voluntario, donde debe ratificarse un convenio en el que, entre otros puntos, se arregla la situación de los menores habidos durante la vigencia del matrimonio, cuya

disolución se solicitó, el representante social está obligado a velar porque sus intereses estén debidamente protegidos, por lo que debe comparecer a la diligencia de ratificación de la demanda y convenio de divorcio voluntario, a fin de que lo examine y proponga, en su caso, las modificaciones que estime pertinentes, en términos de los artículos 450 y 451 de la legislación en comento. Consecuentemente es indispensable que la comparecencia del agente del Ministerio Público adscrito al juzgado de origen se acredite fehacientemente, para estar en condiciones de concluir que el convenio correspondiente ha sido debidamente analizado por el representante social, pero si en dicha diligencia no aparece estampada su firma, no existe en autos constancia fehaciente de que haya tenido la intervención legal que le corresponde en la referida diligencia, y no se está en posibilidad de establecer con exactitud, si estuvo o no de acuerdo con lo propuesto por las partes en el convenio y en particular con lo determinado en torno a los intereses de los menores involucrados”.

También la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto, a la prohibición de convenir respecto de la patria potestad, en la siguiente tesis aislada pronunciada por el Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, visible en la pagina 417 del Tomo XIII, Marzo de 1994, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, octava Época, cuyo rubro y texto rezan:

"PATRIA POTESTAD. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA, SON INEXTINGUIBLES Y NO SUJETOS A CONVENIO. *Los derechos y obligaciones emanados del parentesco natural, son inextinguibles, porque no pueden ser materia de convenio, pues la materia de los contratos sólo debe versar sobre derechos y obligaciones, sin existir la posibilidad de transmitir a seres humanos mediante convención. En estas circunstancias, los menores no pueden ser objeto de convenios y si éstos son producto de un matrimonio, su guarda y custodia no deriva de los casos especiales de divorcio; del reconocimiento de los nacidos fuera del mismo o de la*

separación de los padres”.

Ahora bien, para el caso de los hijos no nacidos dentro del matrimonio, en el artículo 407 del Código Civil para el Estado de Nayarit, establece que:

“Artículo 407. Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados se observará en su caso, lo dispuesto en los artículos 372 y 373”.

Anterior a las reformas del cinco de mayo de 2007, en el Código Civil para el Estado de Nayarit, no existía precisión respecto de la patria potestad de los hijos nacidos dentro del matrimonio y que por alguna circunstancia los padres se separaban, quedando regulado afortunadamente en el artículo 408 del ordenamiento antes precisado, en los siguientes términos:

“Artículo 408. 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.

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

2.5. Excusa, Limitación, suspensión o pérdida y recuperación

La patria potestad es irrenunciable pero pueden darse algunas hipótesis relacionadas con esta figura jurídica tales como:

- a) La Excusa. Los que ejercen o deben de ejercerla, cuando sean mayores de 60 años o cuando, por su mal estado de salud, no puedan desempeñar debidamente el cargo, pueden solicitar al juez de lo familiar excusarse de su desempeño¹³.

La patria potestad sólo es excusable cuando los que tienen derecho a ella sean mayores de 60 años o cuando por su mal estado de salud no puedan cumplir con las obligaciones pueden solicitar al juez de lo familiar excusarse de su ejercicio.

La excusa la solicita quien la ejercita, y no hay necesidad de que una persona ajena promueva dicha excusa; "...hay ocasiones en la patria potestad no se pierde, sino que es precisamente el que debe ejercerla el que manifiesta su imposibilidad de ejercerla...".¹⁴

Es importante mencionar que la excusa, sólo es otorgado por la autoridad jurisdiccional, es decir quien pretenda excusarse de ejercer la patria potestad, tiene que hacerlo a solicitud expresa y con los medios de pruebas suficientes para probarla, toda vez que si se dejará al arbitrio del promovente se estaría renunciando a la patria potestad, y es de recordarse que la patria potestad es irrenunciable. En apoyo a lo anterior tiene aplicación, la tesis aislada sustentada por la entonces Tercera Sala, visible en la página 13 del Tomo 43 Cuarta Parte, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima época, cuyo rubro y texto rezan:

"ALIMENTOS. NO ES ILIMITADO EL DERECHO DE OPCION DEL DEUDOR ALIMENTISTA, PARA CUMPLIR CON EL PAGO DE (LEGISLACION

¹³ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, ROSALÍA, obra citada, p. 276.

¹⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, obre citada, 442.

DEL ESTADO DE CHIHUAHUA). El artículo 277 del Código Civil del Estado de Chihuahua, permite que el obligado a prestar alimentos pueda, a su elección, satisfacerlos pagando la pensión que se fije o recibiendo y manteniendo en su propia casa a la persona o personas que tengan derecho a alimentos. Sin embargo, esta facultad del deudor no es tan ilimitada, pues tanto el artículo 277, como el 278 del mismo código, le fijan condiciones, como son que, en caso de oposición, el Juez decida la manera de ministrar los alimentos o que dicha incorporación no procede si, para ello, existe inconveniente legal. Las limitaciones del derecho de elección del deudor de alimentos se producen en una doble vertiente: existen casos de imposibilidad legal y casos de imposibilidad moral para la reincorporación aludida. Por caso de imposibilidad legal debe entenderse aquel en el cual el ejercicio de la opción entraña una colisión y supone un conflicto con otro derecho o potestad, al que debe concederse, en rigor, jerarquía preferente, como es en particular la patria potestad; por caso de imposibilidad moral debe entenderse todo aquel en el que exista alguna circunstancia justificada de orden ético por virtud de la cual no debe trasladarse el alimentario a la casa o domicilio del deudor. El caso es el de imposibilidad legal si, de hecho, se produce una colisión entre el derecho de elección del deudor de los alimentos y el derecho del titular de los derechos derivados de la patria potestad, si precisamente por anterior sentencia de divorcio, se le confirió a la cónyuge la guarda y custodia de todos sus hijos, sentencia que no puede modificarse, en ese punto, con un simple convenio celebrado entre ambos titulares del derecho para ejercer la patria potestad, en el que indebidamente transigen sobre este derecho, que es de orden público, ya que ante sí y por sí se excusan de cumplir con los deberes que la patria potestad les impone, sin tener en cuenta que es sólo la autoridad judicial la facultada para aprobar la excusa propuesta por una persona para ejercer la patria potestad; de otra manera, equivaldría a una renuncia, y sabido es que la patria potestad es irrenunciable. Tal irrenunciabilidad es evidente y encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la

consecución o logro de su interés, sino que, por el contrario, constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Concluye por ello, en la idea de potestad, junto al elemento de poder jurídico, un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 6o. del citado Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos pero, en cambio, no lo es a aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco técnico de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a esa potestad, ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista, no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero, cuyo tercero es el hijo, a quien perjudica indudablemente, el que el padre o la madre se liberen de aquellos deberes que la potestad paterna les impone.

- b) La Limitación. La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación. En estos casos el juez de lo familiar será quien decida sobre los derechos y las obligaciones para la patria potestad limitada.

En el artículo 436 A del Código Civil para el Estado de Nayarit, se precisa que, la patria potestad podrá ser limitada cuando el titular de esta incurra en conductas de violencia familiar previstas en este Código en contra de las personas sobre cuales la ejerza.

Ahora bien, para la limitación de la patria potestad, no sólo procede atendiendo a lo precisado en el artículo anterior a casos de divorcio, sino que se puede tramitar cuando existan conductas de violencia familiar, independientemente de que se promueva o de que proceda.

Los Tribunales federales, han sustentada que en el caso de un juicio de divorcio, en el que no se acredite, el mismo, el juez concedor, debe de conocer lo relativo a la patria potestad de los menores, es decir, independientemente de que proceda o no la acción principal de divorcio, el juez natural, debe de conocer lo referente si es factible o no que se limite a un progenitor o incluso a los dos de la patria potestad, asegurando ante todo el bienestar del menor. Para mayor ilustración, se transcribe el criterio de de referencia, con el número de tesis I.10º. C. 44C, el cual fue sustentado por el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 1759 del Tomo XXI, Enero de 2005, Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyo rubro y texto rezan:

"DIVORCIO NECESARIO. AUN CUANDO NO SE DECRETE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL, EL JUZGADOR SE ENCUENTRA OBLIGADO A RESOLVER SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA Y PENSIÓN ALIMENTICIA RESPECTO DE LOS HIJOS. Si bien es cierto que el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que en la sentencia de divorcio se fijará en definitiva 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 o limitación, según sea el caso y, en especial, a la custodia y al cuidado de los hijos, sin embargo, también lo es que cuando en una demanda de divorcio, además de la disolución del vínculo matrimonial, se reclaman otras prestaciones, como la guarda y custodia y pensión alimenticia en favor de los hijos, las autoridades de instancia se encuentran

obligadas a pronunciarse sobre estas cuestiones, pese a que no se decrete la disolución del vínculo matrimonial, pues aunque los juicios de divorcio necesario se ventilen a través de la vía ordinaria civil, y la guarda y custodia, y pensión alimenticia, entre otras, se diriman a través de una controversia del orden familiar, no implica que éstas no puedan reclamarse e intentarse en una sola demanda, atento a lo dispuesto por el artículo 31 del código adjetivo civil, que establece que cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa y que provengan de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda. Por tanto, el hecho de que la prestación principal demandada en el juicio de origen haya sido la disolución del vínculo matrimonial, basada fundamentalmente en la causal de divorcio prevista en la fracción XII del artículo 267 del Código Civil, que alude al abandono de los deberes de asistencia familiar, además de las prestaciones en cita, es factible que éstas, aun cuando pudieran también ser acciones independientes y autónomas, se ventilen en la misma demanda de divorcio, pues se dirigen contra una misma persona y provienen de una misma causa, como es el incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, ya que la fijación de una pensión alimenticia y la guarda y custodia definitiva no dependen necesariamente de la acreditación o no de esa causal de divorcio, sino que igualmente constituyen una acción autónoma y no subsidiaria de ésta, dada la autonomía del derecho que les da origen y de la finalidad que persiguen, que en una es rescindir el vínculo matrimonial que une a los consortes, y en otra obtener de los ascendientes o cónyuges obligados el sustento necesario para cubrir los satisfactores que la ley establece y lograr que los menores tengan un mejor desarrollo social, cultural, intelectual y armonioso con el progenitor que más convenga a ese interés; de ahí que conforme a lo dispuesto por el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el juzgador se encuentre obligado a resolver sobre tales prestaciones que fueron objeto del debate, aun cuando la acción de divorcio no hubiese prosperado”.

c) La suspensión. La patria potestad también se suspende en los casos de que quien deba desempeñarla caiga en estado de interdicción y ésta es declarada judicialmente; se le tenga por formalmente ausente; por consumo de alcohol sustancias psicotrópicas y por hábitos de juego; por sentencia condenatoria que le prive de manera temporal de su ejercicio; por la posibilidad de que el padre que ejerza la custodia legal o los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado pongan en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los descendientes menores; o por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente. La suspensión sólo tiene lugar por mandato judicial.¹⁵

La suspensión solo podrá ser decretada por mandato judicial, cuando quien la ejerce es declarado incapaz, por la ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

En el artículo 439 del Código Civil para el Estado de Nayarit, se precisa que la patria potestad se suspende, por incapacidad declarada judicialmente, por ausencia declara en forma y por sentencia condenatoria que imponga como pena esta sanción.

En dicho sentido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha pronunciado criterio respecto de que la suspensión decretada por la autoridad judicial no vulnera las garantías individuales consagradas en el artículo 4º de la Constitución Política Mexicana de los Estados Unidos Mexicanos, en la tesis aislada número 1a. XCII/2005, visible en la página 298 del Tomo XXII, Septiembre de 2005, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyo rubro y texto rezan:

¹⁵ Idem, p. 277.

"PATRIA POTESTAD. EL ARTÍCULO 346 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ, AL SEÑALAR QUE SÓLO POR MANDATO JUDICIAL SE PODRÁ LIMITAR, SUSPENDER O MODIFICAR EL EJERCICIO DE ESE DERECHO, NO VIOLA EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El mencionado precepto legal que establece que quienes ejerzan la patria potestad tienen derecho de convivencia con sus descendientes y sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse su ejercicio, no viola el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues lejos de atentar contra los derechos de los menores a ser protegidos por las diversas instituciones competentes, garantiza que a través de un procedimiento en el que sean escuchadas todas las partes interesadas, incluyendo al menor, el juzgador tenga al alcance los elementos necesarios para tomar una decisión trascendente para la vida de aquél y de sus padres. Lo anterior es así, ya que una de las características esenciales de la institución de la patria potestad es la de conformar un complejo funcional de derechos y obligaciones, dirigido a lograr la formación integral del menor a partir de la intervención de los padres que ejercen su derecho derivado de la relación natural paterno-filial, de proteger y educar a sus descendientes directos; de ahí que al prever el legislador que únicamente corresponde a un Juez la determinación de limitar, suspender o decretar la pérdida del derecho de convivencia o del ejercicio de la patria potestad, que reviste las características de ser una institución de orden público en cuya preservación y debida aplicación de sus normas está interesada la sociedad, permite que exista seguridad jurídica en cuanto a la forma de resolver sobre el ejercicio de la patria potestad y el derecho de convivencia, asegurando a padres e hijos que la determinación tomada es la más adecuada para proporcionar al menor un ambiente sano que le permita desarrollarse con plenitud tanto física como mental, aun a pesar de la separación de sus padres".

d) La pérdida. La pérdida en el Código Civil para el Estado de Nayarit, procede, de conformidad a lo establecido en el artículo 436, en los siguientes términos:

- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 276;

“La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello, El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor”.

- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

Por costumbre se entiende una manera de obrar establecida por un largo uso o adquirida por la repetición de actos de la misma especie y por depravado que este muy viciado en sus costumbres.

Así que costumbres depravadas “son las costumbres reiteradamente viciosas, por lo que solamente ante la plena justificación de este tipo de conductas por parte

de alguno de los progenitores puede privárseles de la patria potestad que ejerzan sobre un menor".¹⁶

- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, porque los dejen abandonados por más de seis meses o porque acepten ante el juez familiar entregarlos al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Nayarit o una institución de asistencia privada legalmente autorizada para ello, para que sean dados en adopción, conforme al procedimiento fijado por el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit.

Respecto a la pérdida de la patria potestad por incumplimiento de la obligación de dar alimentos, es pertinente analizar la jurisprudencia número VI.2º.C. J/266, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, visible en la página 1010 del Tomo XXIV de julio de 2006, Novena Época, cuyo rubro y texto rezan:

"PATRIA POTESTAD. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS SÓLO OCASIONA SU PÉRDIDA SI COMPROMETE LA SALUD, LA SEGURIDAD, EL DESARROLLO MORAL, LA INTEGRIDAD FÍSICA O PSÍQUICA DE LOS MENORES SUJETOS A ESE RÉGIMEN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

Considerando por una parte, que la patria potestad impone a los padres el deber de proveer a la asistencia y protección de las personas de los hijos, en la medida reclamada por las necesidades de éstos, es evidente que tal deber implica una dirección ético-espiritual, así como rectitud de conducta de quienes la ejercen y, por ende, su cumplimiento constituye un factor determinante para la subsistencia y desarrollo armónico de los menores sujetos a ese régimen y, por otra, el interés que

¹⁶ HUBER OLEA Francisco, *Código Civil para el Distrito Federal Comentado*, segunda edición, Ed. Sista, México, 2006, p.351.

la sociedad tiene en la conservación de dicha institución familiar en que se sustenta la formación moral e intelectual de las personas sobre quienes se ejerce esa potestad, es válido sostener conforme al artículo 628, fracción III, del Código Civil para el Estado de Puebla que el incumplimiento de la obligación a cargo de los padres de dar alimentos a sus hijos sólo ocasiona la pérdida de la patria potestad, si esa infracción es de tal modo grave que comprometa la salud, la seguridad o moralidad de aquéllos; por tanto, es correcto condenar a la pérdida de la patria potestad en un juicio en que se acreditó que el demandado además de no proporcionar alimentos a sus hijos, no justificó su abstención ni tampoco hizo algo por cumplir con su deber, pues ello pone de manifiesto su falta de interés por la salud y seguridad de sus hijos, ocasionando tal abandono un grave riesgo para la integridad física y moral de los mismos”.

- Y finalmente, cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito en el que la víctima sea el menor.

La pérdida de la patria potestad exige prueba plena que le demuestre al juez que es necesario declararla y no terminaran las obligaciones que tienen los padres para con los hijos, especialmente los de alimentos.

La patria potestad puede ser recuperada solo en los casos que se haya perdido por cuestiones alimentarias mientras se acredite el cumplimiento constante de esta obligación.

2.6. Extinción y Causas de la Patria Potestad

En el artículo 435 del Código Civil para el Estado de Nayarit que en su texto reza se precisa:

“La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce , si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio, y;
- III. Por la mayor edad del hijo

La extinción de la patria potestad es la terminación total de los derechos y obligaciones entre los progenitores y los hijos y las causas para esta terminación son las siguientes:

Cuando muera el que ejerce la patria potestad y no haya otra persona en quien recaiga se nombrara un tutor a los menores hasta la emancipación o la mayoría de edad.

El que muera el padre o la madre, la patria potestad, sólo queda otorgada en el que vive, sin que exista juicio para que se ventile la patria potestad en los ascendientes del que falleció, ya que podrán convivir con los nietos, más no solicitar la patria potestad aduciendo que lo hacen en sustitución del hijo que falleció y que desde luego era padre o madre de los menores. En apoyo a lo anterior tiene aplicación la tesis aislada sustentada por la Tercera Sala visible en la página 9 del tomo 181-186 Cuarta Parte, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, séptima Época, cuyo rubro y texto rezan:

“ABUELOS, DERECHO Y OBLIGACION DE LOS, A TENER RELACIONES CON SUS MENORES NIETOS. Es indiscutible que conforme a los artículos 414, 420, 445 y 446 del Código Civil del Distrito Federal, a la muerte del padre de los

menores la patria potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de éstos y solamente a ella corresponde la guarda y custodia de los mismos. Sin embargo, el abuelo, en el caso el paterno, no sólo tiene derecho, sino también obligación de tener relaciones con sus menores nietos, proporcionarles afecto, consejos y cooperar con la madre de los mismos a su debida formación; derecho y obligación que se fundan no sólo en la naturaleza de las relaciones paterno filiales que existieron entre el abuelo y su hijo, y entre él y los menores, sino también en la necesidad de que dichos menores tengan el apoyo tanto de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la patria potestad, así como el de su abuelo paterno, a falta de padre; relaciones que el citado reconoce al señalar en el artículo 414 a los abuelos como unas de las personas que deben ejercer la patria potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en el artículo 303 al establecer su obligación de proporcionarles alimentos a falta o imposibilidad de aquéllos, y en el artículo 1609 al consagrar su derecho a heredar por estirpe, en la sucesión legítima de los abuelos. Luego, el que el abuelo paterno tenga relaciones con sus nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no sólo debe ser reconocido por el Juez a quo, sino que también, para hacerlo efectivo, dicho juzgador debe reglamentar la forma en que han de efectuarse las relaciones entre abuelo y nietos, tomando en consideración todas las circunstancias que se relacionen con el caso, haciendo uso, inclusive, de los medios de prueba que le faculta el artículo 495 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, para determinar con ello la forma que más beneficie a los menores.

La emancipación, es el final anticipado de la patria potestad por el solo hecho de que el menor contraiga matrimonio, este adquiere una capacidad menos plena que le permite manejar sus asuntos como mayor de edad con dos excepciones:

1. Necesita de un tutor para sus asuntos judiciales, incluyendo el divorcio.
2. Necesita autorización judicial para enajenar y gravar sus bienes raíces.

En el caso de que el menor se divorcie no entra nuevamente a la patria potestad aunque necesite autorización para volverse a casar.

Cuando el menor cumpla 18 años adquiere plena capacidad para ejercer sus derechos y para la disposición de sus bienes. Con la mayoría de edad termina automáticamente la patria potestad.

En caso del que alcanza la mayoría de edad sea incapaz por enfermedad, discapacidad física o mental y no pueda valerse por si mismo se le declarara incapaz por medio de un juicio de interdicción y se le designara un tutor por que la patria potestad solo se ejerce en menores no emancipados.

En los casos en que el menor es entregado a una institución de asistencia ya sea publica o privada, se presupone la realización de ciertos actos de los que se desprenderán la renuncia a la patria potestad por los progenitores, por lo que si se abandona a un menor, aun en dichas instituciones no provoca la renuncia a la patria potestad.

La patria potestad se compone con los derechos y obligaciones a cargo de quien la ejerce. La patria potestad tiene obligaciones jurídicas que son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, por ser cuestiones de orden público e interés social.

Nuestra legislación no hace referencia a la patria potestad ni a su ejercicio en el convenio que deben suscribir los cónyuges, por lo cual se debe hacer referencia a las instituciones que norman la patria potestad y los principios generales del derecho de familia.

Hay que recordar que el bienestar del hijo es el principio que debe lograrse en el convenio, que será revisado por el juez para rechazarlo o aceptarlo.

Ahora bien, se podría considerar que existe violación de garantía individuales, el que por mandato judicial se extinga la patria potestad, considerando que en el artículo 4º de la Constitución Política para el Estado de Nayarit, se precisa que los niños y las niñas tienen derecho a disfrutar a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación, y sano esparcimiento para su desarrollo integral y los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber 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.

Sin embargo, la extinción será en situaciones extremas cuando la estabilidad del menor este en peligro.

La patria potestad es transitoria, pues solo dura hasta la mayoría de edad o hasta que el hijo se emancipe.

No afecta la capacidad de goce del hijo y solo limita su capacidad de ejercicio.

Al terminar la patria potestad, los que la ejercieron, están en la necesidad de rendir cuentas a los que fueron incapaces, y así mismo, devolverles todos los bienes patrimoniales pecuniarios que tuvieron en administración.¹⁷

Los que ejercen la patria potestad sobre mayores de edad incapaces, no les otorga la facultad de disponer de los bienes, ya que si concluye está deberán rendir cuentas a los mismos.

¹⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, obre citada, p.443.

Estos es, la emancipación sólo surte efectos respecto de la persona del menor; pero no respecto de sus bienes, que continúan en la administración del que o de los que ejercen la patria potestad o del tutor, en su caso; el menor emancipado será representado en juicio por el que ejerce la patria potestad o por el tutor, hasta que llegue a la mayor edad; esta representación en juicio sólo corresponde al que ejerce la patria potestad o la tutela, cuando el pleito verse sobre los bienes del menor; pero no cuando se afecten la garantía personal de su libertad o su integridad.

CAPÍTULO TERCERO

GUARDA Y CUSTODIA

3.1. Concepto

En el Diccionario de la Lengua Española, se define el término de guarda como:

“Del germ. *warda, acto de buscar con la visita, y este de *wardôn, atender, prestar atención; cf. A. al. Ant. Warta). Com. Persona que tiene a su cargo la conservación de algo”.¹⁸

Sin embargo por custodia se entiende que es:

“La tenencia o control físico que tienen los padres sobre los hijos no emancipados, la custodia es un atributo inherente a la patria potestad”. Hay que poner la cita, por favor Varela”.¹⁹

La guarda y custodia, son consecuencia de la patria potestad, quien ejerza ésta va ha tener la posibilidad de tener la guarda y custodia de un menor no emancipado, sin embargo, hay veces que se ejerce la patria potestad pero no la guarda y la custodia.

Para efectos de la custodia, se deben de considerar los criterios que se deben de tomar en cuenta para la resolución de sobre quien recaerá la custodia, ya que serán el bienestar y los mejores intereses de los menores que se deben de otorgar.

Custodia es el derecho concedido por una corte a uno o ambos padres de cuidar y proteger sus niños cuando los padres se separan legalmente. Hay dos tipos de custodia: custodia legal y custodia física. Si sus padres no pueden ponerse de acuerdo

¹⁸ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Espasa, España, 2001, p. 1168.

¹⁹ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/bib/bib14>.

sobre cómo dividir la custodia legal y física suya, entonces la corte tiene que tomar una decisión.²⁰

3.2. Definición Legal

Analizados los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, no se encontró definición alguna, respecto de la custodia o guarda, ya que sólo se refieren a dichos términos, como consecuencia de la separación de los padres, pero como ya se mencionó no hay concepto legal de dichos términos.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto a la Guarda y la Custodia en la tesis aislada, pronunciada por el Tribunal Colegiado en Materia Civil, visible en la pagina 299 de Enero a Junio de 1988 , Octava Época , publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto rezan:

“GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESION. Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades”.

3.3. Tipología

La custodia puede ser compartida, concurrente, alternativa y dividida, de acuerdo a diversos factores, en los que en algunas veces es voluntad de los padres y otras, por

²⁰ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/bib/bib14>.

decisión judicial, tomando en cuenta sobre todo el interés del menor y las condiciones particulares de los padres.

3.3.1. Custodia Compartida

“Es aquella donde los dos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos. Esto implica que los dos comparten los derechos y obligaciones en la educación, formación, manutención y todas las actividades que estén relacionadas con la crianza de los hijos de tal manera que gozan por resolución judicial de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones”.²¹

La custodia compartida no es una opción para todos los casos por eso es importante ver las ventajas y las desventajas así como los criterios que se han observado para dictaminar quienes son candidatos a esta medida.

Se dice que la custodia compartida garantiza el mejor interés del menor en cuanto a sus padres y su desarrollo familiar

Los acuerdos entre los padres permiten a la autoridad judicial tomar decisiones importantes para el desarrollo del menor al considerar a los dos padres por igual para la crianza de los hijos.

Así mediante la custodia compartida los dos padres pueden tomar decisiones sin necesidad de ayuda externa ya sea de la corte o de cualquier autoridad.

La custodia compartida le da a los mejores una mejor calidad de vida ya que existen dos padres para cuidarlo y satisfacer sus necesidades y a su vez los menores

²¹ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/bib/bib14>.

establecen un lazo con ambos padres y reduce el sentimiento de abandono que surge con el divorcio y cuando se decreta la custodia única.

Tiene también beneficios económicos eliminando los gastos judiciales que conllevan los juicios de custodia que surgen por las peleas de los padres.

Puede ser que el acuerdo de custodia compartida no dure mucho o dure por largo tiempo dependiendo de las situaciones de los padres como si contraen matrimonio de nuevo o que tengan que cambiar de domicilio.

Muchas de las veces la custodia compartida acordada se lleva a cabo solamente para terminar con un desgastado divorcio y se pierde de vista el interés principal que es el bienestar del menor.

Es muy difícil que los tribunales de lo familiar den seguimiento a los casos de custodia compartida y es difícil saber si funciona o no esta resolución ni si existirá beneficio para el desarrollo integral del menor.

3.3.2. Custodia Alternativa

Aunque no existe disposición expresa que precise lo relativo a la custodia alternativa, la misma se puede entender que se concede sólo a uno de los que ejercen la patria potestad, es decir, puede ser que ninguno de los padres tengan las calidades para que se les otorgue la guarda y custodia del menor, entonces se estaría atendiendo a las reglas de la patria potestad, la cual se puede conceder al abuelo y la abuela paternos, por el abuelo y la abuela maternos.

3.3.3. Custodia Dividida

Si el menor tiene un hermano o hermana, la corte puede ordenar que el viva con uno de sus padres y su hermano o hermana con el otro. Sin embargo, dividirlo así es raro. La corte considera su edad y dónde desea vivir antes de tomar una decisión como ésta.²²

Respecto de este tipo de custodia, resultaría un tanto peligroso por la estabilidad que representa en primer término el que los menores los separen de sus hermanos, y en segundo, que se trate de convenir que hijos se quedarán con un progenitor, y que otros no, lo cual más que un beneficio puede ser perjudicial, como es el de separarlo es de sus padres y también de sus hermanos.

3.4. Criterios para Resolver la Custodia del Menor

Existen diversos criterios para resolver lo relativo a la custodia de los menores, ya que debe ser siempre asegurando el bienestar físico e intelectual del menor.

A continuación se analizarán algunos preceptos legales así como criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante los cuales la autoridad judicial resuelve lo relativo a la custodia del menor.

En el artículo 252 del Código Civil para el Estado de Nayarit se precisa que en la sentencia sobre nulidad que cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el Juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso.

---En el artículo 276 del mismo ordenamiento legal, precisa que en la sentencia de divorcio se fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o

²² <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/bib/bib14>.

limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. Debiendo obtener de oficio o a petición de parte, y en el interés superior de éstos, los elementos de juicio necesario para ello, escuchando a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquiera otra circunstancia que les cause perjuicio.

En todo caso, se protegerá y hará respetar el derecho de convivencia de los progenitores, salvo exista riesgo para el menor. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

En cuanto a las modalidades del derecho de visita o convivencia serán acordadas por ambos progenitores y en caso de desacuerdo, será el juez en ejecución de sentencia quien resuelva tales modalidades, en audiencia tanto de la madre como del padre.

La anterior disposición es otra de las afortunadas reformas al Código Civil, ya que obligan al juzgador a resolver lo relativo al interés superior del menor, ya que no obstante de que existen criterios de los tribunales federales en que el juez familiar debe velar por los menores tratándose de controversias en los que estén involucrados, en ocasiones no se precisaba y menos aún lo relativo al derecho de convivencia, que ahora ya es obligación el precisarlo en la resolución, o en su defecto señalar si es conveniente o no y cuando, y el establecimiento de las formas de dicha convivencia.

Tratándose del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, el artículo 367 del Código Civil para el Estado de Nayarit, prevé, que:

“En el reconocimiento de un hijo hecho con posterioridad a su registro de nacimiento es necesario recabar su consentimiento para ser reconocido si es mayor de edad, si es menor de edad, pero mayor de catorce años, su consentimiento y el de la

persona que lo tenga bajo su custodia; si es menor de catorce años, el consentimiento de quien lo tenga bajo su custodia”.

Al respecto, en el artículo antes mencionado, quien tiene la custodia del menor, tiene la representación del mismo, para efectos del reconocimiento.

En el artículo 372 del ordenamiento en cita, se precisa que cuando el padre y la madre que no vivan juntos, reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

En el artículo 373 se establece que en caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

Como se ha venido mencionado el que ejerce la patria potestad tiene como prerrogativa la custodia, y por lo tanto la obligación de observar buena conducta, así como la facultad de corregirlos, sin excederse afectando su integridad física o mental, como así se prevé en el artículo 415 del Código Civil para el Estado de Nayarit:

“Para los efectos del artículo anterior, los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos 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 a los menores actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 316 de este Código”.

En el artículo 507 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, se precisa que en cualquier estado del juicio el Juez podrá ordenar que la custodia de los hijos quede al cuidado de uno de los padres o de otra persona, y podrá además, de oficio o a petición de parte, acordar las medidas precautorias que juzgue adecuadas.

Las anteriores son disposiciones legales establecidas en la legislación Nayarit, sin embargo, no en todos los casos existe disposición expresa de la ley, para ello el juez de lo familiar, se basa en criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los que a continuación se citan algunos de ellos, que no significa que los que se omiten carezcan de relevancia, pero sin embargo, para el presente trabajo parecen los mas significativos y aplicables.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado respecto a las facultades de los jueces del orden familiar para otorgar la guarda y custodia, teniendo aplicación la tesis aislada, pronunciada por el Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la pagina 193 del Tomo VII, Diciembre de 1991, Octava Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto rezan:

"FACULTADES DEL JUEZ PARA DETERMINAR A QUIEN CORRESPONDE. GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES EN CASO DE DIVORCIO. *El artículo 273 de Código Civil para el Distrito Federal, otorga al juzgador las más amplias facultades para decir entre otras cuestiones, respecto a la guarda y custodia de los menores hijos de los divorciantes; de ahí que si en el caso de que se trata al ejercer esas facultades atiende a los elementos de prueba que obran en autos y llega a la convicción de que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores durante el procedimiento no resulta nociva a éstos, esa determinación resulta legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa al divorcio, salvo que esa causa, por su naturaleza, implique por sí misma que*

esta conducta sea manifiestamente contraria a la formación, educación e integración socio afectiva de los menores”.

En el otorgamiento de la custodia el juez natural, debe analizar y procurar sobre todo la integridad física y emocional del menor, por ello, tiene atribuciones de someter a tratamiento psicológico, a la persona que va tener a su cargo al menor, lo cual no significa que sea perjudicial para el menor, en apoyo a lo anterior tiene aplicación la tesis aislada número II. 3º. C. 70 C, sustentada por Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, visible en la página 1343 del Tomo XXIV, Diciembre de 2006, Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto reza:

"GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. EL HECHO DE QUE PERICIALMENTE SE HAYA DETERMINADO QUE LA MADRE, DEBIDO A SU PROCESO DE SEPARACIÓN CON EL PADRE DEL MENOR, DEBA SOMETERSE A TRATAMIENTO PSICOLÓGICO, NO ES MOTIVO PARA CONSIDERAR QUE NO ES APTA PARA EL CUIDADO DE SU HIJO. *La Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la cual México es parte, establece en su sexto principio que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño se requiere darle amor y comprensión, por ello, siempre que sea posible, el infante debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y sólo por causas excepcionales un niño de corta edad puede ser separado de su madre, por ser quien tiene la presunción de ser la persona más apta para procurar el cariño, la comprensión, el cuidado y las atenciones necesarios para el menor. Ahora bien, el hecho de que pericialmente se haya determinado que la madre debe someterse a tratamiento psicológico, para estar en mejores condiciones para hacerse cargo del niño, ya que se encuentra afectada emocionalmente por el proceso de separación que enfrenta con el padre del infante, no es motivo para considerar que aquélla no sea apta para el cuidado del menor, sobre todo si no hay prueba de que la progenitora presente problemas*

relacionados con la psiquiatría o la psicología, en forma grave, que le impidan hacerse cargo de su hijo”.

Ahora bien, en el caso de que se determine el cambio de la guarda y custodia, el juez de lo familiar, tiene las facultades de cuidar que dichos menores sean entregados a quien ejercerá la guarda y custodia, como así lo precisa la tesis aislada número II.2o.C.509 C, sustentada por Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, visible en la página 1344 del Tomo XXIV, Diciembre de 2006, Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto reza:

"GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. LA PRETENSIÓN DE CAMBIO DE LA SITUACIÓN JURÍDICA PREEXISTENTE, ESTÁ SUPEDITADA A QUE PREVIAMENTE SE CUMPLA CON LA CONDICIÓN DE ENTREGA DE LOS INFANTES A FAVOR DE QUIEN EJERCE ESA GUARDA Y CUSTODIA, LEGAL Y FORMALMENTE DECRETADA EN SENTENCIA FIRME. *El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, procurándose el mejor desenlace en las relaciones conyugales y consanguíneas constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes, hijos y parientes. Esas facultades y deberes de carácter asistencial que nacen entre los padres, hijos, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), tienen como objetivo tutelar los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a normas establecidas para la protección de los hijos. Por ello, el derecho de familia se ocupa, entre otros aspectos, de la protección de los menores a través del ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia, considerado ello como una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, que nace de la filiación. Así, cuando en un asunto se discuta la pretensión del progenitor de cambio de situación jurídica de la guarda y custodia decretada previamente en definitiva a favor de la madre de los menores, pero que de hecho tiene dicho progenitor porque indebidamente retiene consigo a esos menores, en*

abuso del derecho de convivencia paterno-filial que le fue concedido, es indiscutible que el juzgador debe observar y tener en cuenta, de oficio y en forma preferente, la situación prevalente sobre la guarda y custodia definitiva ya decretada a favor de la madre, previamente al examen de esa acción de cambio de guarda y custodia, y al suplir la deficiencia de la queja a favor de los descendientes, la autoridad debe ordenar al accionante la entrega de dichos menores de manera inmediata a su progenitora, con los apercibimientos de ley en caso de desobediencia, a efecto de que lo ya decidido judicialmente sobre tal prerrogativa siga cumpliéndose en sus términos, en restauración del orden público relativo, incluso, como un presupuesto básico de procedencia de dicha acción intentada por el demandante, ya que no es factible ni permisible, formal y legalmente, que con el incumplimiento y falta de acatamiento a una determinación judicial decretada a favor de esos menores, que sin duda provoca una situación de hecho irregular, se pretendiere cambiar un derecho preferente que judicialmente le fue otorgado en definitiva a la progenitora de dichos infantes, como sucede, se reitera, cuando el actor, en abuso notorio del derecho de convivir con sus menores hijos, no los devuelve a aquélla, a quien jurisdiccionalmente se le concedió ya en definitiva la guarda y custodia respectiva, para así, de facto, pretender el cambio de dicha situación jurídica con el fin de que a él se le otorgare ésta por una circunstancia de hecho, y que a la progenitora se le fijara un régimen de visitas y convivencias materno-filial, sin que previamente el accionante hubiese acatado la decisión preexistente, o sea, la entrega de los menores, en respeto a ese estado jurídico en que se encuentra la guarda y custodia legalmente. Por consiguiente, al ser el cumplimiento de las sentencias firmes y el interés superior de los menores, cuestiones de orden público e interés social preeminente, debe constreñirse al progenitor a reintegrar a los menores hijos con su madre, a efecto de que se restaure esa situación jurídica, respetándose el estado de derecho que prevalece en nuestro país, pues ello resulta de supremo interés y obligatorio para todas y cada una de las autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano ante quienes, de alguna forma, se someta la decisión de salvaguardar los derechos de menores”.

Respecto al interés jurídico para promover amparo respecto de juicios de guarda y custodia, los menores no tienen interés jurídico, en apoyo a lo anterior tiene aplicación la tesis aislada número I.11o.C.150 C, sustentada por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 2272 del Tomo XXIV, Agosto de 2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, ha precisado:

"MENORES DE EDAD, CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER POR SÍ MISMOS O POR CONDUCTO DE ALGUNO DE SUS PROGENITORES EN SU REPRESENTACIÓN, EL JUICIO DE AMPARO RESPECTO DE RESOLUCIONES DICTADAS EN JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. De acuerdo con el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal, la guarda y custodia constituyen parte de los derechos y obligaciones derivados del ejercicio de la patria potestad que los padres ejercen respecto de sus menores hijos, por ello resulta evidente que la titularidad del derecho a ejercer esa guarda y custodia corresponde única y exclusivamente a los padres. Ahora bien, tomando en consideración que el interés jurídico no es otra cosa que la titularidad que le corresponde al peticionario de garantías en relación a los derechos u obligaciones afectados por un acto de autoridad, es inconcuso que en los juicios de guarda y custodia de menores, la titularidad de los derechos controvertidos corresponde única y exclusivamente a los padres no a los menores, lo que a su vez implica también la exclusividad para los padres respecto del interés jurídico para impugnar a través del juicio de amparo los acuerdos y resoluciones que se dicten en dicho procedimiento y afecten el ejercicio de los derechos de los que son titulares. Sin que sea óbice al respecto el "interés superior de la niñez" a que se refieren la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, toda vez que dicho concepto implica que las políticas, las acciones y la toma de decisiones relacionadas con ese periodo de la vida, tienen que darse de tal manera que, en primer término y antes de cualquier otra consideración, se busque el

beneficio directo del infante y del adolescente a quien van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, tanto públicas como privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos deberán responder, viéndolo como prioritario, a ese interés superior del menor, de modo y manera tales que quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el interés superior del niño, deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la convención y ordenamiento legales antes citados; requisitos a los que la autoridad jurisdiccional da cumplimiento escuchando la opinión del o los menores en relación con la controversia planteada por sus progenitores en el juicio, y al agente del Ministerio Público de la adscripción, a fin de allegarse elementos que le permitan resolver conforme a derecho y atendiendo al interés superior del menor o menores implicados en la controversia”.

En cuestiones relativas a la guarda y custodia de los menores, se puede señalar que el menor se encuentra en estado de indefensión ya que no es necesario que sea oído y vencido en juicio, sin embargo, atendiendo a que el juez tiene el deber de vigilar en todo el momento el interés superior del menor, es el que de manera oficiosa resolverá lo mas benéfico para el menor, y por lo tanto, deberá resolver atendiendo a dicho principio. En apoyo a lo anterior tiene aplicación la tesis aislada número I.11º. C. 141 C, sustentada por Décimo Primer Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito, visible en la página 2044 del Tomo XXIII, Marzo de 2006, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyo rubro y texto rezan:

"MENORES DE EDAD. NO ES NECESARIO DESIGNARLE REPRESENTANTE O TUTOR INTERINO A ÉSTOS PARA EL EFECTO DE QUE SE LES ESCUCHE EN LOS JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. De los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3, apartado 1, 2 y 3, 9, apartados 1 y 2, y 12, apartados 1 y 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; 1 y 41 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 1 y

5 de la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal; y del 416 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que debe otorgar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, y adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para salvaguardar el interés superior de la infancia, escuchando dentro de un procedimiento judicial su opinión respecto a la controversia de guarda y custodia que tienen sus padres y con ello resolver su situación jurídica. Ahora, la garantía de audiencia, prevista en el artículo 14 constitucional, se traduce en una garantía de seguridad jurídica para los gobernados, que impone la ineludible obligación a cargo de las autoridades para que, de manera previa al dictado de un acto de privación, el cual es aquel cuya finalidad connatural perseguida es la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado, cumplan con una serie de formalidades esenciales, necesarias para oír la defensa de los afectados, es decir, que la garantía de audiencia consiste en que todo procedimiento o juicio ha de estar supeditado a que en su desarrollo se observen, ineludiblemente, distintas etapas que configuran la garantía formal de audiencia en favor de los gobernados, a saber, que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento, así como de la cuestión que habrá de ser objeto de debate y de las consecuencias que se producirán con el resultado de dicho trámite, que se le otorgue la posibilidad de presentar sus defensas a través de la organización de un sistema de comprobación tal, que quien sostenga una cosa la demuestre, y quien estime lo contrario cuente a su vez con el derecho de demostrar sus afirmaciones; que cuando se agote dicha etapa probatoria se dé oportunidad de formular las alegaciones correspondientes y, finalmente, que el procedimiento iniciado concluya con una resolución que decida sobre las cuestiones debatidas, fijando con claridad el tiempo y forma de ser cumplidas. En consecuencia, la opinión del menor de edad que debe escuchar el juzgador para resolver su situación jurídica dentro de un juicio de guarda y custodia, no se traduce en garantía de audiencia, dado que el infante no reviste el carácter de parte procesal y que, por ello, tenga que ser oído y vencido en juicio, sino que únicamente se le escucha para saber su sentir respecto a la controversia; por tanto, tampoco es necesaria la

intervención de un representante especial o tutor interino para que el menor sea debidamente representado y oído en juicio, en virtud de que conforme a los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal el Juez de lo Familiar, de manera oficiosa, debe velar por el interés del menor a efecto de que no sean transgredidos sus derechos”.

Cuando se solicite modificar la guarda y custodia de un menor, es necesario que quede debidamente acreditado que las circunstancias han cambiado, para efectos de que el juez natural, decida que es lo mejor para el menor. En apoyo a lo anterior tiene aplicación la tesis aislada número I. 11º. C. 116 C, sustentada por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 1135 del Tomo XXI, Marzo de 2005, Novena Época, cuyo rubro y texto rezan:

"GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE DOCE AÑOS. NO PROCEDE MODIFICARLA A FAVOR DE LA MADRE, CUANDO NO SE ACREDITE EN AUTOS QUE LAS CIRCUNSTANCIAS POR LAS CUALES SE FIJÓ A FAVOR DEL PADRE HAYAN CAMBIADO. *El artículo 282, fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal establece, por una parte, que los cónyuges de común acuerdo pueden designar la persona que tendrá la guarda y custodia de los menores y, por otra, señala que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre. Ahora bien, cuando la madre conviene de común acuerdo con el padre que la guarda y custodia del menor la tenga este último, debido a que no tiene recursos y un lugar para tenerlo, aquélla para recuperarla, tiene que demostrar que las condiciones bajo las cuales se encontraba al momento en que le entregó el menor al padre han cambiado, o que el menor corra un grave peligro en su desarrollo, de lo contrario no existe motivo o circunstancia alguna por la cual amerite cambiar al menor a otra realidad social, si de autos se advierte que se encuentra bien emocional y económicamente, y que no le ocasiona ningún perjuicio que se encuentre bajo el cuidado y vigilancia de su padre”.*

En el artículo 652 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, se precisa que la apelación admitida en ambos efectos suspende desde luego la ejecución de las resoluciones recurridas y entretanto se decide, sólo podrán dictarse las que se refieran a la administración, custodia y conservación de los bienes embargados o intervenidos judicialmente, siempre que la apelación no versare sobre uno de estos actos.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha precisado la excepción respecto a la procedencia de la suspensión, el que siempre será atendiendo al interés superior del menor, para ello se consulta la tesis aislada número II.3o.C.13 K, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, visible en la página 1798 del Tomo XXI, Febrero de 2005, Novena Época, cuyo rubro y texto rezan:

"SUSPENSIÓN. NO PROCEDE CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE DETERMINA LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES, SALVO QUE CONCURRAN CONDICIONES ESPECIALES Y QUE DE NO CONCEDERSE SE PERJUDIQUE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. *Conforme a lo dispuesto por el artículo 124, fracción III, de la Ley de Amparo se deduce que la teleología de la suspensión descansa en impedir que con el acto reclamado se causen o puedan causar perjuicios de difícil reparación, y para concederla el Juez de amparo puede calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley. Así, el artículo 4o. de la Carta Magna consagra el interés superior del niño, el cual también está previsto en la Convención de los Derechos del Niño, en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como en algunas legislaciones que rigen los derechos de los menores en los Estados de la Federación, este principio es concebido como la institución a través de la cual se procura el desarrollo pleno e integral del infante proporcionándole los cuidados y asistencia necesarios para lograrlo. De tal manera que para decretar la medida suspensiva debe*

atenderse al principio aludido y a las leyes que lo regulan, pues ambos aspectos atañen al interés social y al orden público y, por tanto, la resolución que determina sobre la guarda y custodia de los menores podría ser o no susceptible de suspenderse, dado que tal situación se presume generada al amparo de ese principio rector en cuya observancia está interesada la sociedad; de ahí que para resolver sobre la medida que nos ocupa, el juzgador de amparo deberá atender a las condiciones específicas de cada caso en particular vigilando, sobre todo, que se respete el principio de interés superior del niño, en concordancia con los requisitos que para la suspensión establece la Ley de Amparo”.

Se podría considerar que la cuestión económica puede prevalecer para efectos de otorgar la custodia, sin embargo, si fuera así, no se estaría observando el interés superior del menor. En apoyo a lo anterior, tiene aplicación la tesis aislada número XX.97 C, sustentada por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, visible en la página 397 del Tomo IV, Julio de 1996, Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto rezan:

"GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR. AUN CUANDO EL PADRE POSEA UNA SITUACION ECONOMICA MAS ELEVADA QUE LA DE LA MADRE ES INSUFICIENTE PARA OTORGARLE LA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). De conformidad con el artículo 216 del Código de Procedimientos Civiles, los hijos menores de siete años deben permanecer bajo el cuidado de la madre, ya que se ha estimado que, dada su condición física y natural, es quien puede proporcionar los mayores cuidados y atención con la eficacia y esmero necesarios para su normal desarrollo, y sólo en los casos de excepción que el Código Civil prevé en el artículo 439, puede privársele a la madre de la custodia o, en su caso, la patria potestad, según proceda; por tanto, la circunstancia de que el quejoso, en el carácter de progenitor del menor, goce de una situación económica más holgada en relación con la madre de éste, cuya custodia se controvierte, es insuficiente para separar a dicho menor de su citada progenitora”.

Ahora bien, como ya se precisó existe criterio del máximo tribunal respecto de que en los juicios de guarda y custodia no es necesario que el menor comparezca a juicio, sin embargo, cuando el menor pueda discernir con cual de los padres desea convivir, se debe de llamar al menor sólo para escucharlo no para que intervenga como parte del mismo. En apoyo a lo anterior tiene aplicación la tesis aislada número I.3º. C. 4 C, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 155 del Tomo I, Abril de 1995, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto rezan:

"GUARDA Y CUSTODIA DE UNA MENOR. ES OBLIGACION DEL JUZGADOR LLAMARLA A JUICIO, CUANDO POR SU EDAD PUEDE DISCERNIR CON QUIEN DE SUS PADRES DESEA CONVIVIR. *Para determinar sobre la guarda y custodia de una menor, no basta que el juzgador atienda exclusivamente los resultados que arrojen los medios probatorios ofrecidos por las partes, ya que atendiendo las circunstancias del caso, es indispensable que sea escuchada la opinión de la menor, que es la que puede verse afectada y perjudicada con la decisión que se adopte, toda vez que al tener quince años de edad puede discernir con quién de sus padres desea convivir y con quién de ellos podrá desarrollarse mejor, ya que de lo contrario, si se le obligara por virtud de una sentencia a convivir con cualquiera de sus padres, sin que ella deseara permanecer con la persona que se determinara, pudiera acarrearle serios trastornos en su desarrollo, lo cual se hace más grave si se toma en consideración que está en plena etapa de la adolescencia; siendo factible oír la opinión de la menor en estos supuestos, si se considera que el artículo 496 del Código Civil autoriza al menor de edad que tuviere cumplidos dieciséis años para designar a su tutor dativo, el que deberá ser confirmado por el juez de lo familiar; por tanto, por mayoría de razón debe estimarse que al resolverse sobre la guarda y custodia de una menor, de quince años de edad, ésta tiene la capacidad de determinar con cuál de sus progenitores desea convivir, lo que aunado a los medios de convicción aportados al*

juicio, permitirá al juzgador señalar a la persona que deba ejercerla, tomando en cuenta además si no hay obstáculo que lo impida y que lo lleve a la convicción de que la persona escogida por aquélla es la adecuada”.

CAPÍTULO CUARTO

DERECHOS DE CONVIVENCIA

PATerno-FILIAL

4.1 Derecho de Convivencia Paterno-Filial

Existen circunstancias, por las cuales ya sea el padre o la madre, no tiene la posibilidad de vivir junto con sus hijos, ya sea por un divorcio o bien por la simple separación de los padres, en donde sólo uno de ellos tiene a su cargo la guarda y la custodia del menor.

El derecho de convivencia comienza como la posibilidad de tener contacto con el menor en el hogar en donde habite, pero el titular de la custodia esta obligado en algunas circunstancias a la presencia del que no tiene la custodia y existe incomodidad entre ambos transmitiéndosela a sus hijos, lo que no deja relacionarse satisfactoriamente con el hijo.

“A través de la convivencia se concreta, en principio, la satisfacción de las necesidades espirituales y materiales de los hijos; se cubre su necesidad de vivienda y alimentos, se transmiten los afectos y valores que contribuyen a la formación psíquica, afectiva y ética del menor y se facilita la función educativa que se realiza dentro de la familia”.²³

Existen algunas limitaciones en el derecho de visitas tales como la primera y más importante el derecho del menor, así que si a este le afectan las visitas del padre que no cuente con la custodia, podrán limitarse o cambiar en la forma y manera de ejercer este derecho.

²³ **AZPIRI, Jorge O.**, *Derecho de Familia*, Hammurabi, Argentina, 2005, p.480.

Tampoco es conveniente que el padre que visita al menor malgaste el tiempo de las visitas en lugar de convivir con el hijo, lo lleve a casa de algún pariente o lo mande al extranjero ya que este derecho se da para fomentar la convivencia entre ellos.

Se deben respetar las costumbres y forma de vida del menor. No debe interrumpirse su calendario escolar y decidir lo relativo a las vacaciones y fiestas familiares.

Para que esta relación funcione tiene que existir participación del titular del derecho de visitas y también del padre que tenga la custodia del menor.

El sujeto principal de este derecho es el menor, todo se hace buscando el bienestar personal y su desarrollo físico y mental para lograr una formación óptima del menor.

El suspender el derecho de convivir con alguno de sus padres, debe de encontrarse debidamente demostrado y señalar que dicha convivencia afecta al interés superior del menor. En apoyo a lo anterior tiene aplicación la tesis aislada número VI.2º. C. 498 C, pronunciada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, visible en la página 1178 del Tomo XXIV, Julio de 2006, Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubor y texto rezan:

"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”.

Es de precisarse que el derecho de visita o de convivencia, no esta supeditado a la patria potestad, ya que alguien no puede ejercer el derecho de la patria potestad sobre su hijo, pero si puede convivir con él, siempre y cuando no afecte al interés superior del menor. En apoyo a lo anterior, tiene aplicación la tesis aislada número I.4º. C. 80 C, emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito,

visible en la página 1454 del Tomo XXI, Mayo de 2005, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, cuyo rubro y texto rezan:

"DERECHO DE VISITAS. NO PUEDE ESTAR SUPEDITADO A QUE EL PROGENITOR EJERZA LA PATRIA POTESTAD, SALVO QUE ELLO SEA CONTRARIO AL INTERÉS DEL MENOR. *Doctrinalmente se ha discutido la naturaleza del derecho de visitas a fin de establecer si constituye un derecho propio y autónomo o si deriva necesariamente de la patria potestad. El derecho del padre a visitar a sus hijos es una función familiar, un derecho-deber establecido fundamentalmente en beneficio de los hijos, y para éstos es un derecho de la personalidad; de manera que si bien quienes ejercen la patria potestad tienen diversas facultades y autoridad ante sus hijos para hacer efectivo el cuidado, protección y formación de éstos, entre ellas, la facultad de convivencia, el derecho del hijo a convivir con sus padres deriva simplemente de su condición de hijo; por ende, no puede estar supeditado a que su padre ejerza la patria potestad, salvo que ello sea contrario al interés del niño".*

En los supuestos, en los que se disolvió el vínculo matrimonial o se promovió un juicio respecto de la guarda o custodia del menor, y no sobre el derecho de convivencia o de visitas es necesario que de ser posible dicho juicio sea promovido ante el mismo juez, ya que tiene conocimiento de lo planteado, y no se estaría ante dos resoluciones contradictorias, como así se precisa en el tesis aislada número VI:2º.C.544 C sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, visible en la página 1686 del Tomo XXV, Marzo de 2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Novena Época cuyo rubro y texto rezan:

"GUARDA Y CUSTODIA. EL JUICIO EN QUE SE RECLAMA ESTE DERECHO Y EL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA VISITA, CONVIVENCIA Y CORRESPONDENCIA, QUE SE PROMUEVAN EN RELACIÓN A UN MISMO MENOR, DEBEN CONOCERSE, TRAMITARSE Y RESOLVERSE EN UNA MISMA CAUSA Y POR LA MISMA AUTORIDAD. *La discusión sobre el derecho de guarda y*

custodia de un menor, tiene estrecha e ineludible relación con el de visita, convivencia y correspondencia, dado que cualquier decisión o providencia judicial, temporal o definitiva, que se pronuncie al respecto, repercutirá en los derechos en cuestión, pues en principio depende de a cuál de los padres se asigne el primero, para determinar a quién asiste el segundo. En tal virtud, es factible que si ambos derechos se discuten en juicios diversos, éstos deben conocerse, tramitarse y resolverse en una misma causa y por la misma autoridad, para así evitar el riesgo de que se dicten resoluciones contradictorias”.

4.2. Concepto Legal

Como ya se anunció, el 5 de mayo de 2007, en el Periódico Oficial Órgano de Gobierno del Estado de Nayarit, se publicaron reformas y adiciones al Código Civil para el Estado de Nayarit, las cuales atienden a garantizar el interés superior del menor, ya que lo que antes se citaba como tesis aislada, ahora es obligación para el juzgador velar por la seguridad tanto física y mental del menor atendiendo al interés superior del mismo.

Esto es, el derecho de convivencia después de una sentencia de divorcio viene a regularse en una disposición civil, precisándose en el artículo 276, que:

“Artículo 276. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. Debiendo obtener de oficio o a petición de parte, y en el interés superior de éstos, los elementos de juicio necesario para ello, escuchando a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquiera otra circunstancia que les cause perjuicio.

En todo caso, se protegerá y hará respetar el derecho de convivencia de los progenitores, salvo exista riesgo para el menor. El juez observará las normas del presente Código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

En cuanto a las modalidades del derecho de visita o convivencia serán acordadas por ambos progenitores y en caso de desacuerdo, será el juez en ejecución de sentencia quien resuelva tales modalidades, en audiencia tanto de la madre como del padre”.

Siendo un acierto las precisadas reformas, ya que por lo general en las resoluciones en las que se decretaba la disolución del vínculo matrimonial y existían menores, sólo se regulaba lo relativo al cumplimiento a la pensión alimenticia, más no al derecho que tiene el menor de convivir con el padre que no tiene la guarda y custodia, limitando al menor a una convivencia que en más de las veces viene a ser un pilar en su desarrollo emocional.

El derecho de convivencia es la consecuencia de la patria potestad y de la custodia, y su objetivo es lograr la estabilidad emocional del menor. Por lo tanto, para efectos de solicitar la convivencia, es preciso que el padre o la madre que la solicite, ante la autoridad jurisdiccional, demuestre que es atendiendo al interés superior del menor.

El contacto paterno-filial no debe ser suspendido ni quedar a expensas de la relación que uniera a los padres del menor. Es un deber de proteger al hijo de cualquier peligro que amenace su salud física o mental.

El mas afectado por el conflicto de los padres es el menor que continua queriendo a los dos y se crea un temor de que el estar con uno, el otro puede dejar de quererlo.

Con el objeto de aminorar el daño que la separación produce sobre el menor debe procurarse el mayor contacto posible entre el hijo y el padre con el que no convive.

El derecho de convivencia es el único medio de evitar la pérdida de la relación paterno –filial por la falta de convivencia.

Este derecho le corresponde al padre que no tenga la custodia de sus hijos menores y no obstante la separación de los padres el menor necesita de los dos para alcanzar un pleno desarrollo emocional que le permita ya siendo adulto, tener relaciones sanas y afectivas.

El juez de lo familiar, debe estar muy atento e involucrado en la problemática del menor y tener además la aptitud para darse cuenta cuando se esta en presencia de un menor manipulado por uno de sus padres. En estos casos, es el juez quien debe estudiar detenidamente el caso y de ser necesario el día de la comparecencia del menor deberá solicitar la asistencia de un psicólogo para que lo oriente y tomar una decisión que no dañe más al menor.

En algunos supuestos, las partes pueden convenir el derecho de convivencia o de visitas, principalmente se encuentra este supuesto en los convenios de divorcios voluntarios, sin embargo, el juez familiar, no debe de dejar de analizar en todo momento el interés superior del menor, para efectos de considerar que el convenio es aceptado. Ahora bien, el que sea aceptado el derecho de convivencia por convenio, las partes deben de cumplirlo en sus partes, es decir, ninguno de los padres puede impedir el cumplimiento del convenio. En apoyo a lo anterior tiene aplicación la tesis aislada número XIII. 2 o. 9 C, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito, visible en la página 1321 del Tomo XX, diciembre de 2004, Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación cuyo rubro y texto rezan:

"CONVIVENCIA FAMILIAR PACTADA POR CONVENIO JUDICIAL ELEVADO A LA CATEGORÍA DE COSA JUZGADA. NO DEBE IMPEDIRSE MOTU PROPRIO. *Si en un juicio de divorcio voluntario las partes celebran convenio el cual se eleva a la categoría de cosa juzgada, donde se pactan los días y horas en que el padre podrá convivir con sus menores hijos, la otra parte no puede motu proprio impedir que aquél ejerza ese derecho, porque sería tanto como dejar al arbitrio de un particular el cumplir o no lo concertado en dicho convenio, pues de existir alguna causa que pueda afectar a los menores, física o psicológicamente con la convivencia pactada, procedería tramitar la autorización respectiva mediante un juicio autónomo en el que por fuerza recaiga una sentencia constitutiva que decida si suspende o no dicha convivencia".*

Para efecto de otorgar el derecho de convivencia, una de las pruebas primordiales para apoyar a que la decisión del juez sea de lo más favorable es precisamente la pericial psicológica.

Por lo general el derecho de convivencia, se lleva a cabo a través de paseos que serán de mayor o menor duración, también visitas a la casa del otro padre así como las vacaciones y fiestas familiares.

Si el menor no puede por su edad separarse tanto tiempo de la madre las visitas se llevaran a cabo en la casa del menor, lo cual en ocasiones puede generar para el menor una inestabilidad emocional, si los padres tienen una relación conflictiva.

4.3. Régimen Jurídico

Como ya se precisó, anterior a las reformas del cinco de mayo de 2007, no existía en el Código Civil para el Estado de Nayarit, precepto alguno que regulara lo relativo al derecho de convivencia. Sin embargo, a partir de las mismas, se precisó la procedencia, la cual debe de hacerse atendiendo el juzgador en todo momento al interés superior del menor.

En el artículo 276 del Código Civil para el Estado de Nayarit, se precisa que los padres deberán de convenir la forma de convivir con el menor, cuando se haya decretado el divorcio, y en su defecto en caso de no ponerse de acuerdo lo resolverá el juez, este convenio, se hará ya sea en el convenio de divorcio voluntario, o bien en vía incidental en la ejecución de sentencia.

Respecto de los padres que se encuentran separados, la custodia se regulara en los términos del artículo 408 del Código Civil para el Estado de Nayarit, que en su texto reza:

“Artículo 408. 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.

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 proporcionar alimentos y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor; conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial”.

El artículo anterior es amplio, respecto de la regulación del derecho de convivencia, toda vez, que su regulación es respecto de padres que se divorciaron o no pero que se encuentren separados, los cuales mediante convenio pueden establecer las formas de convivencia, del padre o la madre que no tiene la guarda y la custodia.

En la práctica judicial, es común que en los convenios de divorcio voluntario, se acuerde respecto de la convivencia que tendrá el padre o la madre que no tenga la custodia del hijo. Lo cual, debe de hacerse también en ejecución de sentencia en los juicios de divorcio necesario, y que desde luego existan menores.

Como ya se mencionó, cuando los cónyuges solicitan judicialmente la disolución del vínculo matrimonial de manera voluntaria, ambos cónyuges podrán decidir lo relativo a la custodia y el régimen de convivencia de los menores, sin embargo el juez podrá objetar las estipulaciones que crea convenientes cuando estas afecten el interés de alguna de las partes o el bienestar de los hijos. Es decir, en las controversias que se involucren a los menores, las partes no tienen autonomía de las decisiones que plasmen en el convenio, sino que el juez valorará si lo convenido no afecta al menor, y en su caso lo aprobará, e incluso podrá hacer modificaciones.

La intervención del juzgador en los convenios, también sucede cuando las partes acuden al órgano jurisdiccional a la homologación de convenios, en donde también analiza la voluntad de las partes, y procura en todo momento que la misma no transgreda el interés superior del menor.

En el artículo 409 del Código Civil para el Estado de Nayarit, de manera más amplia se establece la procedencia del derecho de convivencia, al señalar que:

“Artículo 409. Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tiene el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

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”.

Antes del mes de mayo del dos mil siete, los jueces familiares en el Estado de Nayarit, el derecho de convivencia lo resolvían atendiendo a lo establecido en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual México es parte integrante, adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, en mil novecientos ochenta y nueve, que entro vigor desde el dos de septiembre de mil novecientos noventa y ratificada por nuestro país el veintiuno de septiembre de ese mismo año, que en su texto reza:

"Artículo 9.1. Los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. 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. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas."

Considerando que dicha disposición regula específicamente el derecho que tiene el niño a la convivencia y al contacto directo con sus padres y que éstos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño.

Los padres tienen la obligación de proporcionar al menor, no sólo la formación corporal, sino espiritual, emocional y social que propicie el acrecentamiento de la capacidad del menor, de ahí que la sociedad está interesada en que los menores puedan convivir con sus padres cuando ello sea benéfico para éstos.

Lo anterior es así, porque esa disposición debe ser interpretada acorde con la obligación que contrajo el Estado mexicano como parte integrante de la convención aludida en el sentido de que los tribunales judiciales al resolver controversias que puedan afectar los derechos de los niños, están obligados a resolver sobre el régimen de convivencia con sus padres, para tutelar ese interés superior, pues la convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes.

No obstante de las recientes reformas, la Declaración en comento, va más allá, regulando el derecho de convivencia de los padres que no tienen la guarda y custodia de los menores, y radican en un país distinto al en que se encuentra el menor, para ello basta remitirse al texto del artículo 10 de la referida declaración, en donde se precisa que:

“Artículo 10. 1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus

familiares. 2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención”.

En los mismos términos el artículo 18 de la referida convención precisa la obligación de los Estados partes de salvaguardar los derechos de los padres y el interés superior del menor.

“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 anterior, se deduce que no obstante de las recientes reformas, el juzgador seguirá atendiendo a lo precisado en la Declaración de referencia para efecto de

fundamentar debidamente las resoluciones que emita respecto del derecho de convivencia.

El derecho de visita se otorga sin importar cuales fueron los motivos por los cuales se dio lugar la separación. Es un derecho personalísimo y se concede para fomentar el afecto y la relación personal del padre con el menor. Es inalienable, irrenunciable, imprescriptible y temporal, pues existe mientras los hijos sean menores de edad o incapacitados.

Ahora bien, el derecho de convivencia, en algunos casos es manipulado por quien tiene la custodia del menor, y más cuando el obligado a otorgar pensión alimenticia no cumple con dicha obligación, lo cual resulta absurdo ya que se trata de dos supuesto distintos como así se precisa en la tesis aislada número VI. 2º. C. 357 C, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, visible en la página 1672 del Tomo XVIII, Agosto de 2003, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, cuyo rubro y texto rezan:

"ALIMENTOS. EL INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN NO GENERA LA CONSECUENCIA DE QUE AL DEUDOR SE LE IMPIDA EL DERECHO DE CONVIVENCIA QUE TIENE PARA CON SUS HIJOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). *Aun cuando se justifique que el demandado en el juicio de alimentos de origen dejó de cubrir parcialmente el monto fijado por ese concepto, tal situación por sí misma es insuficiente para tener por demostrada la existencia de una oposición fundada al ejercicio de los derechos de visita y convivencia que le asisten como padre, habida cuenta que la ley no sanciona dicho incumplimiento con la privación del derecho que tiene en relación con sus hijos, en ejercicio de la patria potestad; lo anterior es así, porque de lo establecido en los artículos 598, 600 y 637 del Código Civil para el Estado de Puebla, se infiere que el derecho de convivencia entre los menores y su padre no puede impedirse, suspenderse o perderse, si no sólo por mandato judicial expreso y fundado en causa justa. Por lo cual, si no existe ésta, al ser insuficiente la aducida por la*

recurrente, ni actualizarse diverso motivo legal que impida la convivencia del progenitor con sus hijos, se concluye que no hay razón para negar ese derecho como consecuencia del incumplimiento de aquella obligación”.

El 30 de julio de 2005, se publicó la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y los Adolescentes del Estado de Nayarit, en el que se estableció por primera vez en el sistema jurídico nayarita, lo relativo al derecho de convivencia, como se precisa en el Capítulo Séptimo denominado del Derecho a Vivir en Familia.

Artículo 25. Las Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarse de sus padres o de los familiares con los que convivan, ni causa de la pérdida de la patria potestad.

El Estado velará porque sólo sean separados de sus padres y de sus madres mediante sentencia u orden preventiva judicial que declare legalmente la separación y de conformidad con causas previamente dispuestas en las leyes”.

“Artículo 26. Las autoridades estatales y municipales competentes establecerán las normas y los mecanismos necesarios a fin de que siempre que una niña, un niño, una o un adolescente se vean privados de su familia de origen, se procure su reencuentro con ella. Así mismo, se tendrá como prioritaria la necesidad de que niñas, niños y adolescentes, cuyos padres estén separados, tengan derecho a convivir o mantener relaciones personales y trato directo con ambos, salvo que de conformidad con la ley, la autoridad determine que ello es contrario al interés superior del niño”.

“Artículo 27. Cuando una niña, un niño, un o una adolescente se vea privado de su familia, tendrá derecho a recibir la protección de la autoridad competente del Estado, quien se encargará de procurarle una familia sustituta y mientras se encuentre bajo la tutela de éste se les brinden los cuidados especiales que requiera por su situación de desamparo familiar”.

“Artículo 28. Las autoridades estatales y municipales, en el ámbito de sus atribuciones, velarán porque en las adopciones se respeten las normas que las rijan”.

Como se puede apreciar, en las anteriores disposiciones se precisó como principio rector de las niñas, niños y adolescentes, el derecho de convivencia.

Es importante mencionar, que no obstante de las acertadas recientes reformas y de manera específica el que se haya regulado en el Código Civil para el Estado de Nayarit, el derecho de convivencia de una manera no sólo clara, sino que también obligatoria para los juzgadores el de otorgarla, pero cierto es, que existen situaciones que van a sobrepasar las medidas que el juzgador imponga a los padres para que se garantice el derecho de convivencia, por lo tanto, se requerirá más que de disposiciones legales, sino de auxiliares en la administración de justicia para hacer cumplir las determinaciones garantizando el bienestar para el menor.

4.4. Interés Superior del Menor

En el artículo 4o. constitucional se establece como garantía individual de los niños el derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento. Lo cual es considerado como el principio denominado interés superior del Menor.

Los artículos 3o., 7o., 9o., 10, 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Estado mexicano el veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa, por lo que de acuerdo al artículo 133 constitucional, sus normas se consideran como parte del sistema jurídico nacional), establecen que los tribunales judiciales deben velar por el interés superior del niño.

Se ha hablado mucho de este concepto en foros y en la doctrina pero este concepto no ha sido definido totalmente. En términos generales se puede decir que el interés superior del menor es la atención que el estado debe proporcionar a la infancia para garantizar el desarrollo integral del menor, ya sea físico o emocional que les permita alcanzar la edad adulta y una vida sana.

Esta obligación del Estado como ya se menciono se encuentra establecida en el artículo 4º Constitucional y por la Declaración de los Derechos del Niño en los artículos 276, 408, 409 y 410 del Código Civil para el Estado de Nayarit y en la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, los niños y los Adolescentes del Estado de Nayarit.

Los ordenamientos antes precisados, obligan a cualquier autoridad a proteger el interés superior del niño.

“Para Cecilia Grosman, el concepto del interés superior del niño representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por si mismo. Esto significa que, resultará en su interés, toda acción o medida que tienda a respetar de manera afectiva a sus derechos. Esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño”.²⁴

En el artículo 6 de la Ley de Protección de los Derechos de las Niñas, los niños y los Adolescentes del Estado de Nayarit, se precisa:

Artículo 6. Son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta ley.

²⁴ DOMINGUEZ, Andrés Gil, FAMA, María Victoria, y HERRERA, Marisa, *Derechos Constitucional de Familia, Tomo I*, EDIAR, Argentina, 2006, p.45.

- a) El de interés superior de la infancia.
- b) El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
- c) El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional, o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.
- d) El de vivir en familia como espacio primordial para el desarrollo.
- e) El de tener una vida libre de violencia.
- f) El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
- g) El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

En dichos términos, al considerar la ley en mención como principio rector el interés superior de la infancia, se tiene que en el artículo 7º de dicho ordenamiento se establece que atendiendo al mencionado principio las normas y programas aplicables a niñas, niños y adolescentes en el Estado, se entenderán dirigidas a procurar, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social. Este principio orienta la actuación de las autoridades gubernamentales del Estado y de los municipios encargados de las acciones de defensa y representación jurídica, asistencia, provisión, prevención, protección y participación de las niñas, niños y adolescentes; y deberá verse reflejado en las siguientes acciones: a) En la asignación de recursos públicos para programas sociales relacionados con niñas, niños y adolescentes; y b) En la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con niñas, niños y adolescentes.

Con base en lo anterior, en la administración pública estatal y municipal del Estado de Nayarit, se efectúan diversos programas y el establecimiento de instituciones tendientes a proteger al menor, como es la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, dependiente del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado y los Municipios.

Así como la autoridad judicial, deberá resolver las controversias judiciales en la que se encuentren involucrado los menores atendiendo en todo momento al interés superior del mismo.

En el artículo 462 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit, se precisa:

“Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad, en consecuencia, los juicios se tramitarán con intervención del Ministerio Público y el Procurador de la Defensa del Menor y la Familia. Cuando sea necesaria la celebración de una junta o audiencia de pruebas, deberá efectuarse dentro de un término no mayor de quince días a partir del auto en que así se ordene”.

Esto es, en toda controversia del orden familiar deben de tramitarse con la asistencia tanto del Ministerio Público y del Procurador de la Defensa del Menor y la Familia, cuyas participaciones deben ser activas y no sólo pasar ante el secretario de acuerdos a firmar constancias, ya que ante todo se debe de vigilar el interés superior del menor, atendiendo a la supremacía del artículo 4º constitucional y a la Declaración de los Derechos del Niño.

Partiendo de los principios fundamentales de los derechos humanos el derecho a la igualdad ante la ley y la no discriminación por su condición de niño, el menor tendrá los mismos derechos que cualquier adulto y también tiene el derecho que le sean reconocidos los derechos que le corresponden.

Así la infancia deja de ser un objeto de protección para ser sujetos de pleno derecho que deben de recibir protección la cual el Estado y la sociedad deben

garantizar. El ejercicio de estos derechos se encuentra por encima de cualquier otro interés aun del de los padres.

Este interés superior del menor es muy importante ya que al ser el menor visto como sujeto de derecho este puede ejercer sus derechos en todos los juicios que se vea involucrado y las autoridades judiciales están obligadas a garantizar su ejercicio y a asegurarse de que este se cumpla en los juicios donde se involucren los derechos de los menores.

Así las autoridades judiciales están obligadas a realizar todas las diligencias necesarias así como hacerse de las pruebas necesarias y aun de suplir la deficiencia de la queja para salvaguardar el interés superior del menor y garantizar el ejercicio de sus derechos.

Como ya se mencionó el interés superior del menor debe de estar en todo momento garantizado y más cuando se trate de controversias del orden familiar, como sería el derecho de convivencia, en donde los tribunales colegiados de la federación se han pronunciado en dicho sentido, en la tesis aislada número I.7º. C. 83 C, sustentada por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 1411 del Tomo XXIV, Diciembre de 2006, Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

"VISITAS Y CONVIVENCIAS, RÉGIMEN DE. CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN SER PONDERADAS PARA DETERMINAR SU PROCEDENCIA. *Cuando se fije el régimen de visitas y convivencias con menores hijos, se debe ponderar el interés superior de los mismos, pues así se desprende del artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, y de los preceptos 3, apartado 1, 9, apartado 3 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de donde se deduce que independientemente de los derechos de los padres, es también un derecho fundamental del niño el conocerlos y convivir con ellos, pues de ello deriva la identidad del menor, y por eso, cuando sea*

privado de ese derecho al niño, el Estado debe prestar asistencia y protección para que sea restituido, como así se previene en los numerales 7, 8 y 9 de la convención citada”.

Cuando se encuentran los intereses de los menores con los intereses de los padres la autoridad judicial tiene la obligación de poner el interés superior del menor por encima de cualquier otro.

Estos derechos de los menores que los jueces deben preservar son todos aquellos que se encuentran en la legislación local y federal que regula lo relacionado a los intereses superiores de los menores.

El interés superior del menor, es el efectivo cumplimiento de sus derechos, por parte de quienes están obligados a satisfacerlos.

El principio del Interés Superior del niño, es todo aquello que favorezca al normal desarrollo físico, moral y social para lograr el pleno desenvolvimiento de su personalidad.

El interés superior del menor, reconoce el derecho de todo niño a tener y preservar desde su nacimiento su nombre, nacionalidad, representación legal y relaciones familiares y a gozar de un sistema de identificación que asegure su verdadera filiación materna y paterna.

El interés superior del menor, debe entenderse como todo aquello que favorezca su mejor desarrollo físico, mental y social, para lograr el pleno desenvolvimiento de su personalidad, siendo esto lo más importante en las resoluciones judiciales.

En nuestro concepto se puede definir, el principio del interés superior del menor como, el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor.

Los tribunales federales han emitido jurisprudencias y tesis aisladas que son precedentes directos, para que el juez familiar resuelva las controversias del orden familiar atendiendo al interés superior del menor, de las cuales se citan sólo algunas por la importancia de su aplicación:

a) En la Jurisprudencia número I.60.C. J/49, emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, visible en la página 1289 del Tomo XXII, Septiembre de 2005, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, cuyo rubro y texto rezan:

"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”.

b) La tesis aislada número II.3º C.62 C, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, visible en la página número 1469 del Tomo XXI, Abril de 2005, Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta cuyo rubro y texto rezan:

"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. *Tratándose de controversias del orden familiar, el principio fundamental que debe tener en cuenta el juzgador es el interés superior del niño, de manera que si en un juicio de divorcio quedó acreditado que los padres viven separados, es decir, no viven en el mismo domicilio conyugal, aunque las partes no controviertan lo relativo al régimen de visita y convivencia, es menester que el juzgador resuelva lo correspondiente a esa cuestión, y no constreñirse a señalar que el tema no formó parte de las prestaciones demandadas en el juicio natural, pues no obstante que conforme al artículo 211 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (anterior a la reforma del mes de julio de dos mil dos), la sentencia debe ocuparse exclusivamente de las acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio, sin embargo, no debe soslayarse lo dispuesto por los artículos 9, 10 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevén el derecho que tiene el niño a la convivencia y contacto directo con ambos padres y que éstos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. En razón de la responsabilidad de los padres en el cumplimiento de sus deberes para con sus hijos,*

que comprende no sólo la formación corporal, sino espiritual, emocional y social que propicie el acrecentamiento de la capacidad del menor, de ahí que la sociedad está interesada en que los menores puedan convivir con ambos padres cuando ello sea benéfico para éstos. Lo anterior es así, porque esas disposiciones deben ser interpretadas acorde con la obligación que contrajo el Estado mexicano como parte integrante de la convención aludida en el sentido de que los tribunales judiciales al resolver controversias que puedan afectar los derechos de los niños, están obligados a resolver sobre el régimen de visita y convivencia con sus padres, para tutelar ese interés superior, pues la convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes”.

c) El criterio aislado número IV. 2º.C.55 C, sustentado por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, visible en la página 1723 del Tomo XXV, Marzo de 2007, Novena Época, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, cuyo rubro y texto rezan:

"MENOR DE EDAD. SI SE IMPUGNA EN EL AMPARO LA DETERMINACIÓN QUE NEGÓ LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE CONVIVENCIA CON UNO DE SUS PROGENITORES Y ANTE LA POSIBILIDAD DE QUE SE LLEGUE A AFECTAR EL DERECHO DE AQUÉL, EL JUEZ DE DISTRITO DEBE NOMBRARLE UN REPRESENTANTE ESPECIAL AJENO A LA CONTROVERSIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). *Si uno de los progenitores acude al juicio de amparo en representación de su menor hijo, en virtud de haberse negado la suspensión del régimen de convivencia de éste con su progenitor, ello evidencia que si se impugna la determinación que negó la suspensión del ejercicio del derecho de convivencia que asiste por igual al menor que a cada uno de sus progenitores, en términos de los artículos 415 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León y 9, apartado 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, y ante la posibilidad de que se llegue a afectar el derecho del menor, que prevalece, incluso, por encima de*

cualquier litigio de los padres, es necesario que el Juez de Distrito nombre a un representante especial quien, desde luego, debe ser ajeno a la controversia, a efecto de que imparcialmente defienda el interés superior del menor en el juicio de garantías, lo que no ocurriría en el caso de que alguno de los padres ejerciera tal representación, pretendiendo sustentar dicha facultad en el ejercicio de la patria potestad, pues evidentemente no existiría esa imparcialidad que, en el caso, se requiere; por ende, es inconcuso que para evitar la posible afectación al interés superior del menor en el juicio de amparo, es menester que el Juez de Distrito nombre representante especial, de conformidad con el artículo 6o. de la Ley de Amparo”.

De los anteriores criterios, se precisa que ante todo al momento de resolver la convivencia de los menores, el juez debe de considerar el interés superior del menor, es decir, si bien en cierto que los menores tienen derecho de convivir con sus padres, no menos cierto que a veces las convivencias, pueden afectar a su interés para lo cual en todo momento el juez concedor debe de preferir ese interés ante cualquier derecho de padre.

“Sin embargo, y a pesar de esta insuperable determinación, debemos procurar que la libertad de apreciación que posee el destinatario de la norma en su labor de búsqueda esté, por un lado, necesariamente ligada a la realización de los derechos fundamentales de los niños y, por otro, alejada –en la medida de lo posible- de las preferencias y valoraciones personales que nada tienen que ver con la satisfacción de tales derechos, y mediante las que se tiende a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce”.²⁵

Ante dicha decisión, el juez debe apreciar con los sentidos y con fundamento legal los derechos fundamentales del menor, a efecto de decidir cuestiones que no le afecten en su interés superior y más tratándose de negar una convivencia con sus padres.

²⁵ DOMINGUEZ, Andrés Gil, FAMA, María Victoria, y HERRERA, Marisa, obra citada, p.49.

4.5. Negativa al Derecho de Convivencia

En el artículo 409 del Código Civil para el Estado de Nayarit, se precisa el derecho de convivencia que deben de tener los que ejercen la patria potestad con sus descendientes, la cual por cuestiones del orden personal no podrá ser restringida.

Sin embargo, la disposición legal anterior, no es suficiente para que el padre o la madre que tiene, la guarda y custodia del menor, la cumplan, ya que existen situaciones que presuponen el cumplimiento de dicha disposición.

No obstante, del criterio emitido por los tribunales colegiados y que anteriormente se hizo mención, la voluntad de las partes no debe sujetarse a un solo progenitor, es decir, si los padres convinieron en el derecho de convivencia de un menor se tiene que cumplir en los términos pactados.²⁶

Es de precisarse, que en ocasiones quien tiene la guarda y custodia, prohíbe al menor convivir con el que no tiene dicha guarda y custodia, o bien impiden dicha convivencia sin que exista causa fundada para ello, entre los casos que más se presentan son precisamente:

- a) Un temor fundado de que el progenitor contrario se ausente del lugar del juicio y se los lleve.
- b) Un temor de que si conviven los menores con el progenitor contrario, vayan a ser objeto de chantajes, que predispongan al menor para con el que tiene la guarda o custodia.
- c) Por temor, de que se les vaya causar daños a los menores, ya sean físicos o emocionales.

²⁶ Ver tesis, p. 86.

- d) En ocasiones, terceros o parientes del menor, prohíben que los menores convivan con el progenitor que no tiene la guarda y la custodia.
- e) Prohibición de que visiten el domicilio de los menores, haciendo imposible el acercamiento entre el progenitor que no tiene el derecho guarda y custodia

Ante los anteriores, supuestos es necesario, que el juzgador garantice por una parte el cumplimiento de sus determinaciones, pero sin anteponer la seguridad física y mental del menor, por lo cual requiere de órganos que vengan a auxiliarlo en la administración de justicia.

4.6. Órganos auxiliares en la Administración de Justicia

En el artículo 4º de la Ley Orgánica de del Poder Judicial del Estado de Nayarit, se establece que:

“Son auxiliares de la administración de justicia:

- I. El Ministerio Público en su calidad de representante legítimo de los intereses sociales.
- II. Presidentes, síndicos, delegados, comisarios municipales y jueces auxiliares.
- III. Directores o jefes y agentes de las corporaciones de seguridad pública estatal o municipal.
- IV. El Director General de Prevención y Readaptación Social así como los servidores públicos de esa Dirección.
- V. Directores o encargados de Registro Público de la Propiedad y del Comercio.
- VI. Directores, jueces u oficiales del Registro Civil.
- VII. Notarios y corredores públicos
- VIII. Defensores de Oficio.
- IX. Intérpretes y peritos en los ramos que le sean encomendados.
- X. Síndicos e interventores de quiebras de concursos.

- XI. Tutores, curadores, depositarios, albaceas, partidores, liquidadores y los interventores judiciales en las funciones encomendadas por la ley.
- XII. Los demás a quienes las leyes les confiera ese carácter.

Esto es, el órgano jurisdiccional, tiene auxiliares en la administración de justicia, que vienen a más de las veces a apoyar el cumplimiento de las decisiones del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, los jueces o magistrados, al resolver aspectos de derecho de convivencia, tiene la preocupación que la decisión que emita, sea atendiendo al interés superior del menor, y más aun cuando de ese derecho de convivencia dependen temores fundados de daños físico o emocional para el menor, o bien el impedimento por parte del progenitor que tiene el derecho de guarda y custodia, para que conviva con el progenitor que no la tiene.

Ante ambos supuesto, y atendiendo al interés superior del menor la autoridad jurisdiccional, tiene la obligación, de velar por que no se afecte al menor ni física ni emocionalmente.

Por lo tanto, su obligación es el de proporcionar los medios adecuados para que se cumpla con su determinación, vigilando en todo momento la estabilidad.

No obstante e los auxiliares que tiene el poder judicial, en la administración de justicia, del contenido del artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial para el Estado de Nayarit, no se advierte auxiliar alguna, que venga apoyar que se cumpla el derecho de convivencia que es parte del interés superior del niño el de convivir con sus progenitores, pero sin que vaya a ser dañado, es decir, se necesita de un centro especial en donde el derecho de convivencia en situaciones de posibles daños para los menores, sea vigilada por la autoridad judicial.

Partiendo de la base que la autoridad jurisdiccional, tiene como obligación, atendiendo a las disposiciones de la Constitución Política Mexicana, de la Declaración de los Derechos del Niño, del Código Civil para el Estado de Nayarit, así como de la Ley para las Niñas, Niños y Adolescentes, el vigilar ante todo el interés superior del menor, es dicha autoridad quien tiene que buscar las alternativas para que dicho interés sea protegido en situaciones especiales en donde se considere que es necesario otorgar el derecho de convivencia con sus progenitores, pero el cual tiene que estar vigilado para efecto de prevenir que se les vaya a ocasionar un daño.

La autoridad jurisdiccional, tiene que garantizar atendiendo al interés superior del menor, los encuentros paterno-filiales, cuando una relación sana no pueda llevarse a cabo en el seno doméstico, por conflictos que los cónyuges estén dirimiendo ante los juzgados.

Construir un espacio de respeto para coadyuvar al sano desarrollo emocional de los integrantes de la familia, supervisando el bienestar de todos.

Minimizar los riesgos físicos o psicológicos de los miembros de la familia involucrados en un juicio.

Realizar valoraciones psicológicas o estudios socioeconómicos como apoyo para la toma de decisiones por parte de los Juzgados y Salas.

Propiciar que los menores sigan manteniendo contacto con ambos progenitores aun cuando no vivan juntos, lo cual es esencial para su esencial desarrollo integral.

CONCLUSIONES

Una vez que la hipótesis de la investigación fue sometida a un acucioso proceso de experimentación, es preciso dar a conocer los resultados obtenidos y se procede en consecuencia, al tenor de las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Con el apoyo de las fuentes de información y los razonamientos propios se comprobó la hipótesis formulada por el sustentante.

SEGUNDA. Es necesaria la creación de un centro de convivencia vigilada dependiente del Poder Judicial del Estado de Nayarit, a efecto de que las determinaciones judiciales respecto al derecho de convivencia, sea sin que existan riesgos de afectación para los menores.

TERCERA. Es preciso establecer un adecuado marco de protección al padre o la madre que no tiene la guarda y custodia de sus hijos y que tienen el derecho de convivir con ellos.

CUARTA. Es necesario que el juez de primera instancia, tenga la obligación de tomar las medidas pertinentes para otorgar el derecho de convivencia, protegiendo el interés superior del menor.

QUINTA. Es necesario incluir en la Ley Orgánica del Poder Judicial para el Estado de Nayarit, un nuevo auxiliar de la administración de justicia.

PROPUESTAS

Una vez comunicados los resultados de la investigación es preciso dar a conocer las propuestas tendientes a resolver el problema de la investigación.

PRIMERA. Se propone reformar el artículo 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Nayarit, y adicionar un capítulo a la misma.

TEXTO VIGENTE	TEXTO QUE SE PROPONE
<p>Artículo 4o. Son auxiliares de la administración de justicia:</p> <p>I. El Ministerio Público en su calidad de representante legítimo de los intereses sociales.</p> <p>II. Presidentes, síndicos, delegados, comisarios municipales y jueces auxiliares.</p> <p>III. Directores o jefes y agentes de las corporaciones de</p>	<p>Artículo 4o. Son auxiliares de la administración de justicia:</p> <p>I...</p> <p>XII. El Centro de Convivencia Familiar Supervisada.</p> <p>XIII. Los demás a quienes las leyes les confiera ese carácter.</p> <p style="text-align: center;">Título Undécimo</p> <p style="text-align: center;">Del Centro de Convivencia Familiar</p> <p style="text-align: center;">Supervisada</p> <p style="text-align: center;">Capítulo Único</p> <p style="text-align: center;">Estructura</p>

<p>seguridad pública estatal o municipal.</p> <p>IV. El Director General de Prevención y Readaptación Social así como los servidores públicos de esa Dirección.</p> <p>V. Directores o encargados de Registro Público de la Propiedad y del Comercio.</p> <p>VI. Directores, jueces u oficiales del Registro Civil.</p> <p>VII. Notarios y corredores públicos</p> <p>VIII. Defensores de Oficio.</p> <p>IX. Intérpretes y peritos en los ramos que le sean encomendados.</p> <p>X. Síndicos e interventores de quiebras de concursos.</p> <p>XI. Tutores, curadores, depositarios, albaceas, partidores, liquidadores y los interventores judiciales en las funciones encomendadas por la ley.</p> <p>XII. Los demás a quienes las leyes les confiera ese carácter.</p>	<p>Artículo 145. El Centro de Convivencia Familiar Supervisada, es un órgano del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nayarit, con autonomía técnica y operativa, que tiene por objeto facilitar la convivencia paterno-filial en aquellos casos que, a juicio de los titulares de los juzgados y Salas, está no pueda realizarse de manera libre o se ponga en riesgo el interés superior del menor.</p> <p>Los Servicios del Centro de Convivencia Familiar Supervisada, se otorgarán de forma gratuita en sus instalaciones.</p> <p>El Centro de Convivencia Familiar Supervisada estará integrado por un Director, dos Subdirectores y el cuerpo de trabajadores sociales y psicólogos necesarios para el cumplimiento de su funciones, quienes serán nombrados por el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial para el Estado de Nayarit. Deberá igualmente, contar con los Secretarios Auxiliares que sean necesarios para dar fe.</p> <p>Para ser Director del Centro de Convivencia Familiar deberá reunir los requisitos señalados por en el artículo 62 de la presente ley.</p>
--	--

GLOSARIO

- Adopción: Acto jurídico que crea entre adoptante y adoptado un vínculo de parentesco civil del que se derivan las relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación natural en sus efectos jurídicos.
- Bienes: Cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de carácter patrimonial.
- Consanguíneo: Relación de parentesco que une a dos personas procedentes por su nacimiento una de otra o ambas de un tronco común.
- Cónyuge: Esposa // Esposo.
- Custodia: Guarda o cuidado de alguna cosa ajena// Vigilancia ejercida sobre persona privada de libertad por autoridad competente.
- Excusa: Inhibición de un juez respecto a juicio determinado por concurrir, en relación con el mismo, un impedimento susceptible de afectar a la imparcialidad con que en todo caso debe proceder en ejercicio de su cargo // Causa señalada por la ley que dispensa a los tutores y curadores de la obligación de ejercer estos cargos.

- Familia: Agregado social constituido por personas ligadas por el parentesco.// Conjunto de los parientes que viven en un mismo lugar.
- Guarda: Cuidar, custodiar, vigilar//Cumplir.
- Menor: Persona que no ha cumplido todavía los dieciocho años de edad (en México).
- Obligaciones: Relación jurídica establecida entre dos personas, por la cual una de ellas (deudor), queda sujeta para otra (creedor), a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir del deudor.
- Parentesco: Vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor (consanguinidad); entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los del marido (afinidad) y entre el adoptante y el adoptado (civil).
- Patria potestad: Conjunto de las facultades – que suponen también deberes- conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes.
- Patrimonio: Suma de bienes y riquezas que pertenecen a una persona.// Conjunto de derechos y obligaciones que corresponde a un solo titular.

- Soberanía: Recibe esta calificación el poder que no tiene otro superior del que se encuentre obligado a cumplir ordenes o mandatos.
- Usufructo: Derecho real, de eficacia temporal que otorga al titular el disfrute de las utilidades que derivan de el normal aprovechamiento de la cosa ajena, condicionado con la obligación de devolver, en el termino fijado al efecto, la misma cosa o su equivalente.

FUENTES DE CONSULTA

I. Normatividad

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Actualizada a 2007.
- Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el 21 de septiembre de 1990.
- Constitución Política del Estado de Nayarit (1918). Actualizada a 2007.
- Código de Civil para el Estado de Nayarit, (1981). Actualizado a 2007.
- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Nayarit (1992). Actualizado a 2007.
- Ley Orgánica del Poder Judicial para el Estado de Nayarit (1995). Actualizada a 2007.
- Ley para la protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Nayarit. (2005).

II. Bibliografía

- **AZPIRI, Jorge O.** , *Derecho de Familia*, Hammurabi, Argentina, 2005
- **BAQUEIRO ROJAS, Edgard, y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía,** *Derecho de Familia*, Oxford, México.
- **DOMÍNGUEZ ANDRES, Gil,** *Derecho Constitucional de Familia Tomo I y II*, Ediar, Argentina, 2006.

- **GALINDO GARIFAS, Ignacio,** *Derecho civil,* Porrúa, Mexico, 1981.
- **GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto,** *Derecho Civil para la familia,* Porrúa, Mexico, 2004.
- **HUBER OLEA, Francisco,** *Código Civil Para el Distrito Federal Comentado,* Sista, Mexico, 2006.
- **LAUREBT PAVN, Angelica,** *Los Sujetos Jurídicos de la Patria Potestad,* Porrúa, Mexico.
- **ROJINA VILLEGAS, Rafael,** *Compendio de Derecho Civil,* Porrúa, Mexico, 2006.

III. Diccionarios

- **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.** *Diccionario de la Lengua Española,* Tomos I y II, 22 edición, Espasa, Madrid, 2001

IV. Internet

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/112/bib/bib14>