



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**PROPUESTA DE REFORMA EN LA RELACIÓN DE
CONVIVENCIA FAMILIAR EN EL ESTADO DE
MÉXICO**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

ANTONIO JONATHAN VALENCIA ALVARADO

ASESOR DE TESIS: LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO



CIUDAD UNIVERSITARIA

MÉXICO D.F. 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.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES RELACIONADOS CON LA CONVIVENCIA FAMILIAR.

1.1.- Antecedentes históricos

1.2.-Concepto de convivencia

1.2.1.- Etimológica

1.2.2.- Gramatical

1.2.3.- Jurídico

1.3.- Clases de convivencia

1.3.1.- Convivencia social

1.3.2.- Convivencia moral

1.3.3.- Convivencia Familiar

1.4.- Familia

1.5.- Concepto de matrimonio

1.6.-Concepto de divorcio y clasificación

1.7.- Concepto de Patria Potestad

1.8.- Concepto de Guarda y Custodia

1.9.- Alternativas para la convivencia familiar

1.9.1.- Concepto de convenio

1.9.2.- Convenios sobre relaciones conyugales

CAPITULO SEGUNDO MARCO JURÍDICO DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR

2.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

2.2.-Código Civil del Estado de México

2.3.-Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México

2.4.- Código Civil para el Distrito Federal

2.5.-Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

2.6.-Otras disposiciones relacionadas

CAPITULO TERCERO ANÁLISIS, CONTENIDO Y CARACTERISTICAS DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

3.1.-Régimen de visitas y convivencia en el Código Civil para el D. F. y su comparación en el Código Civil del Estado de México

3.2.-Aspectos considerados por parte del Juez Familiar para determinar quién de los padres tendrá la guarda y custodia del menor

3.3.-Régimen de visitas y convivencias

CAPITULO 4 PROPUESTA DEL SUSTENTANTE.

4.1.-Necesidad de vigilar el régimen de convivencia familiar

4.2.-Sujetos de la obligación

4.3.-Beneficiarios de la convivencia familiar

4.4.-Autoridades propuestas para armonizar la convivencia familiar en las relaciones entre los menores y el padre o madre en caso de separación de los cónyuges

4.5.-Texto de la propuesta planteada

4.6.- Proyecto de adición al Código Civil para el Estado de México y Código de Procedimientos Civiles del Estado de México

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El tema que se desarrolla en el presente trabajo surgió como una inquietud dentro del sustentante para tratar el tema del **derecho de convivencia** de los menores con sus progenitores y familiares.

Uno de los graves problemas que enfrentan las familias mexicanas, que pasan por una controversia judicial, -llámese divorcio, tanto en el proceso como después de ejecutoriada la sentencia- es el riesgo que corren los progenitores de un menor, no solamente a perder el vínculo de afecto, comunicación y convivencia con sus menor hijo que ha sido apartado de alguno de ellos; sino que además éstos se ven obligados a enfrentar un sistema legal que no contempla, regula ni protege, en su sistema de derecho positivo, el trascendental derecho y deber natural de convivir, comunicarse y visitarse los padres con sus hijos, aunado a que el juez del conocimiento habrá de someter a su mera discreción el derecho natural de convivir del padre o madre con su menor hijo tal como lo estipula el Código Civil vigente para el Estado de México en su Artículo 4.96. En la sentencia que decreta el divorcio, se determinarán los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, respecto a la persona y bienes de sus hijos, **teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. El juez acordará de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos o los sujetos a la tutela**; siendo ésta eminentemente subjetiva, con la agravante de que una vez efectuada la labor jurisdiccional con resolución definitiva y habiendo sido agotados todos los recursos procesales; en la mayoría de los casos, ésta decisión judicial no es

observada por alguna o ambas partes; sea porque no se ajusta a la realidad social, o en razón de que se considera por parte de uno de los progenitores que no conviene al mejor interés del menor, o por creer que no esta apegada a derecho, o peor aun, simplemente por que resulta no ser la voluntad del obligado acatar dicha resolución judicial y porque la fuerza del derecho no ha sido validada en normas de derecho coercitivas y sancionadoras efectivamente.

En tales supuestos, los menores tienen una esfera de protección insuficiente y precaria que los convierte en sujetos de vulnerabilidad y en algunas situaciones en desventaja social. Lo cual lleva a controversias de carácter jurídico familiar, generando serios conflictos en materia social. Para superar tal situación, urge armonizar los derechos de sus ascendientes y parientes a convivir con ellos, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus derechos.

Los vacíos legales del Código Civil para el Estado de México en materia Familiar son evidentes, lo cual lleva a controversias de carácter jurídico, generando serios conflictos en materia social ya que la familia es la base de la sociedad y si en ella hay conflictos estos se reflejan y repercuten en la sociedad. Un aspecto que no ha sido regulado lo constituye: el derecho de convivencia, de los menores sujetos a la patria potestad con sus progenitores y sus familiares.

PROPUESTA DE REFORMA EN LA RELACIÓN DE CONVIVENCIA FAMILIAR EN EL ESTADO DE MÉXICO.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTOS GENERALES RELACIONADOS CON LA CONVIVENCIA FAMILIAR.

1.1.- Antecedentes históricos.

El derecho romano no concede una potestad a la madre, si no únicamente al padre quién tenía un poder absoluto sobre las cosas y los esclavos, además de tener la patria potestad sobre los hijos, los nietos y ejercer un amplio poder sobre la esposa.

La mujer aunque viuda o soltera no podía tener la patria potestad de sus hijos, no se le concedía participación alguna en esa patria potestad y no era cotitular de ese derecho, únicamente lo era el *pater familias*.

El poder que tenía el *pater familias* sobre los hijos duraba hasta la muerte del mismo. Él podía inclusive matarlos; únicamente salían del poder paterno el hijo emancipado o la mujer casada o el hijo dado en adopción.

“La patria potestad que en su origen fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió después en una figura jurídica con deberes y derechos”¹ en beneficio del hijo. Así en el último siglo de la República, especialmente en el imperio la patria potestad había perdido su antiguo carácter.

En caso de divorcio los hijos siempre quedaban al lado del padre, toda vez que el poder de éste sobre ellos era absoluto y vitalicio.

¹ FLORIS MARGADANT S, Guillermo., Derecho Privado Romano, sexta Edición, Ed. Esfinge, México, 1975, pp., 201.

En el 529, Justiniano dictó la Novela 117, en cuyo capítulo 7 se contempla la defensa de los derechos de los hijos en el supuesto de divorciarse sus progenitores y determino a cual de ellos correspondía la guardia y custodia, así como la obligación de alimentarlos. Los supuestos contemplados por la ley son:

- Disolución del matrimonio (carácter general). Los hijos no debían sufrir ningún perjuicio, ni quedar excluidos de la herencia de los padres así como ser alimentados con el patrimonio del padre.

- Divorcio producido por culpa del padre. Si la madre contraía nuevo matrimonio, se le confiaban los hijos, corriendo los gastos de alimentación a cargo del padre.

- Divorcio producido por culpa de la madre. Guardia, custodia, y gastos de alimentación corresponden al padre.

- El padre (no culpable) carece de patrimonio y el padre dispone de medios de fortuna. Los hijos pobres quedaban confiados a la madre, debiendo también alimentarlos ella.

- En caso de hijos ricos y madre pobre. Los hijos vienen obligados a alimentar a la madre.

Para el divorcio consensual, es lícito el acuerdo de los padres sobre la custodia, recurriéndose, en caso de no existir acuerdo, a un juez, que tenía facultades para decidir.

Finalmente, se hará mención al capítulo 10 de esta Novela, ya que en él se contempla el supuesto de que uno de los cónyuges, después de manifestar su propósito de guardar castidad y haber obtenido de esa forma el divorcio, se case de nuevo o viva “de forma poco casta”, estableciéndose las siguientes sanciones:

- Pérdida, a favor de los hijos, no sólo de la dote y de la donación nupcial, sino también de todo el patrimonio. En caso de no haber hijos en el matrimonio, la pérdida patrimonial era a favor del fisco.

- Si los hijos eran menores de edad, quedaban bajo guarda y custodia del cónyuge que no había actuado contrariamente a la ley, mismo que tenía a su cargo la obligación de alimentarlos.

- Si ambos progenitores eran responsables, se concedía a los hijos los bienes de aquellos, a la vez que se nombraba un administrador judicial.

Justiniano reafirmó el principio de que los hijos indigentes tenían derecho a ser alimentados por sus padres aun después del divorcio de estos, quien a su vez tiene una obligación recíproca de alimentos, obligación ampliada a los ascendientes de la madre.

Con anterioridad a las Leyes de Reforma, nuestro país sólo aceptaba la separación de los cónyuges. En 1859 se estableció el divorcio sin que los divorciados pudiesen contraer nuevo matrimonio mientras vivieran alguno de ellos, por lo que se determinó de igual manera en los Códigos civiles, de 1870 y 1884. La ley de Relaciones Familiares de 1917 estableció el divorcio como la disolución del vínculo matrimonial, pudiendo los divorciados volverse a casar.

El Código Civil de 1870 entró en vigor el día 1 de Marzo de 1871. En relación al divorcio, el artículo 239 prevenía que: “el divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles, que se expresarán en los artículos relativos a este código”. En él se contemplaba el divorcio por separación de cuerpos, ya sea por mutuo consentimiento o necesario; aclaraba que el divorcio solicitado no disolvía el vínculo matrimonial, suspendía sólo alguna de las obligaciones civiles, verbigracia la obligación de cohabitar.

En caso de divorcio por mutuo consentimiento ambos divorciantes, de acuerdo al artículo 248 del Código Civil de 1870, acompañaría a su demanda de divorcio una escritura que arreglaría la situación de los hijos y la administración de los bienes durante el tiempo de separación. Es decir, los

cónyuges determinarían de común acuerdo quién tendría la guarda y custodia de los hijos. En esa misma escritura ambos divorciantes propondrían los días en que el otro divorciante podría ir a visitar, ver, convivir y comunicarse con sus hijos.

Situación muy diferente se da en el divorcio necesario en la que el cónyuge que diera causa al divorcio perdería todos sus derechos sobre la persona y bienes de sus hijos. Los hijos, en este caso, de acuerdo a lo que establecía el artículo 268 del Código Civil de 1870 quedarían o se pondrían bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero, si ambos cónyuges lo fueran o no hubiere otro ascendiente en quien recayese la patria potestad, se les nombraba un tutor.

Al cónyuge culpable se le condenaba a perder la patria potestad de sus hijos y no tenía ningún derecho sobre ellos, ni podía seguir ejerciendo los derechos inherentes a la misma, como son el visitarlos, verlos, convivir con ellos. Se rompía todo vínculo afectivo entre padre e hijo, madre e hijo, según sea el caso. Ya que la pérdida de la patria potestad era considerada una sanción al cónyuge que hubiera dado motivo al divorcio.

El mismo Código Civil de 1870, contenía una excepción a la pérdida de la patria potestad, la cual consistía en que el cónyuge culpable podía recuperarla al morir el cónyuge no culpable pero siempre y cuándo el divorcio se hubiere declarado por las siguientes causas:

A) La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito aunque no sea de incontinencia carnal.

B) El abandono sin justa causa del domicilio conyugal prolongado por más de dos años.

C) La servicia del marido con su mujer o de ésta con aquél.

El Código Civil de 1884 al igual que su predecesor este Código Civil no disolvía el vínculo matrimonial, solo suspendía algunas de las obligaciones

civiles. Contemplaba el divorcio por separación de cuerpos, ya sea por mutuo consentimiento o necesario.

En el divorcio por mutuo consentimiento el artículo 227 fracción XIII del Código Civil de 1884 disponía que en cuanto al lecho y habitación tenían los cónyuges que acudir al juez por escrito, acompañando a su demanda un convenio que arreglara la situación de los hijos, durante todo el tiempo de la separación, dando el debido cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 231 del propio ordenamiento.

En dicho convenio ambos progenitores determinarían con quien quedaban los hijos, y el que no tuviera la guarda y custodia de los mismos, manifestaba los días que podía ver, visitar y convivir con sus hijos y seguir ejerciendo los derechos inherentes a la patria potestad.

En el caso de divorcio necesario, el cónyuge que de motivo al mismo, perdía todo su poder y derecho sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viviera el cónyuge inocente a menos que, el divorcio hubiera sido declarado por motivo de enfermedad, este los recobraría a la muerte del cónyuge inocente si el divorcio se hubiere decretado por las siguientes causas:

A) La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro.

B) La acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro.

C) La infracción de las capitulaciones matrimoniales.

De manera que el cónyuge culpable perdía la patria potestad y sobre todo el seguir ejerciendo los derechos inherentes a la misma, como educar, visitar, corregir y convivir con sus hijos. Se exceptuaba de lo anterior cuando el divorcio era por causa de enfermedad.

El cónyuge culpable no podía recuperar la patria potestad cuando el divorcio se decretaba por alguna de las siguientes causas; por adulterio, el hecho de que la mujer diera a luz durante el matrimonio un hijo concebido

antes de celebrarse el contrato y que judicialmente fuera declarado ilegítimo, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, la incitación a la violencia hecha por un cónyuge contra el otro para cometer algún delito, el conato del marido para corromper a los hijos, el abandono del domicilio conyugal sin justa causa, la negativa de uno de los cónyuges a suministrar alimentos y los vicios incorregibles de juego o de embriaguez.

En esos casos el cónyuge culpable no recobraba la patria potestad, a la muerte del cónyuge inocente, sino que la patria potestad recaería en un ascendiente y cuando no exista ascendiente se le nombrara un tutor a los hijos menores.

Decretos de don Venustiano Carranza o Ley de Divorcio Vincular del 29 de diciembre de 1914.

Esta ley solo contaba con dos decretos” uno el 29 de diciembre de 1914 y otro el 15 de enero de 1915, para introducir de improviso el divorcio vincular, ya que por el primero modificó la mencionada Ley Orgánica de 1874 de las adiciones y reformas a la Constitución que reconocía la indisolubilidad del matrimonio y por el segundo Decreto reformó, a distancia también, desde el puerto de Veracruz , el Código Civil del Distrito Federal para establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba separación del lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima.”²

Las legislaciones de 1870 y 1884 sólo contemplaban el divorcio por separación de cuerpos ya sea voluntario o necesario, sin disolver el vínculo matrimonial. Esta fue abolida al dictarse en el puerto de Veracruz en diciembre de 1914, una ley que estableció por primera vez en México el divorcio vincular ya sea necesario o voluntario, mismo que disolvía el vínculo matrimonial y dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

² CHAVÉZ ASENCIO Manuel F., La Familia en el Derecho, Ed Porrúa, 2ª-Edición, México, 1990, pp.69.

Ley Sobre Relaciones Familiares, publicada el 9 de abril de 1917; ordenamiento jurídico que presento un avance respecto a su predecesor, “Se confirma la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación y el artículo 75 señala que el divorcio disuelve el vínculo matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, estableciendo no sólo el divorcio necesario sino también el de mutuo consentimiento (Art.76,Frac.XII).”³

La ley de relaciones Familiares de 1917, regulaba la disolución del vínculo matrimonial ya sea por mutuo consentimiento o por divorcio necesario y dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Cuando de común acuerdo convenían los cónyuges en divorciarse, deberán acudir ante el juez y presentar por escrito su demanda, así como un convenio en donde arreglarán la situación de los hijos, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 81 de la Ley Sobre Relaciones Familiares.

Ambos progenitores de común acuerdo, manifestando quién tendrá la guarda y custodia de los hijos, y el que no la tuviera manifestara los días y horas que conviviría con sus hijos, a efecto de que no se rompiera el trato afectivo, moral y espiritual de padre a hijo o de madre a hijo, que se venía dando.

Así mismo, en el caso de divorcio necesario el cónyuge culpable que diera motivo al divorcio perdería todo derecho sobre la persona y bienes de sus hijos mientras viviera el cónyuge inocente, pero al morir este lo recobraría, si el divorcio se declaró por las siguientes causas:

A) La ausencia del marido por más de un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio.

B) La sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que éstos y aquellos sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida en común.

³ Ídem.

C) La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.

D) Haber cometido uno de los cónyuges un delito por el cuál tenga que sufrir una pena de prisión o destierro mayor de dos años.

El cónyuge culpable no recuperaba la patria potestad de sus hijos, a la muerte del cónyuge inocente si la causal era una de las siguientes; por adulterio, porque la mujer diera a luz durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse el contrato y que judicialmente fuera declarado como ilegítimo; por perversión moral de alguno de los cónyuges, demostrada por el marido para prostituir a su mujer; porque cualquiera de los cónyuges fuera incapaz para llenar los fines del matrimonio; o porque sufriera tuberculosis, enajenación mental incurable, que fuera además contagiosa o hereditaria; por el abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los consortes durante seis meses consecutivos; por padecer uno de los cónyuges el vicio incorregible de la embriaguez; por cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible en cualquier otra circunstancia (Art.76 Fracciones I, II, III, IV, V, X y XI). Por lo que la patria potestad recaerá en un ascendiente, en caso de existir, de lo contrario se designaría un tutor a los hijos.

1.2.-Concepto de convivencia.

Convivencia: vivir con alguien. Vida en compañía de otro u otra; cohabitar. Puede ser el disfrute en compañía de varias personas, compartiendo lecho mesa y habitación.⁴

1.2.1.- Etimológica.

Desde el punto de vista etimológico convivencia viene del latín conviviré que significa vivir en compañía de otros, cohabitar; igualmente se entiende el estado de dos o más personas que viven juntas.

⁴ MAGALLÓN IBARRA, Mario, Compendio de términos de Derecho Civil, Ed Porrúa & UNAM 2004, pp. 93.

1.2.2.- Gramatical.

Convivencia en sentido gramatical, se entiende como la acción de vivir juntas varias personas, de vivir en compañía de otros, cohabitar o habitar bajo un mismo techo, casa y en ocasiones hasta el lecho.

1.2.3.- Jurídico.

La convivencia humana, para que sea posible y pueda desarrollarse en orden y así evitar al caos en la sociedad, es indispensable una regulación que encause y dirija esa vida en común, que norme las relaciones sociales humanas; es indispensable que exista el derecho, concebido formalmente como un conjunto de normas jurídicas, pues el derecho es inseparable de la convivencia humana, que sin él sería imposible la misma. En toda sociedad humana debe haber un conjunto de normas que regulen dichas relaciones que hagan posible la vida en común y una convivencia pacífica de todos sus miembros, cuya voluntad esté por encima de la individual en beneficio de la colectividad. Además que el derecho vale y se presenta como un instrumento de organización social, puesto al servicio de los hombres para un mejor desenvolvimiento de las relaciones sociales, mismo que asegura a todos los individuos su más pleno desenvolvimiento.

De lo anterior es conveniente destacar del derecho lo siguiente:

a) El derecho tiene por objeto esencial imponer en la sociedad un régimen determinado de ordenación; el derecho es en sí mismo un conjunto de normas que tienen a dar reglas que fuerzan a un orden dado de la sociedad y de sus miembros.

b) El conjunto sistemático de reglas jurídicas obligatorias que el derecho aporta a la sociedad constituye sólo el medio para que se alcance un determinado orden social. El derecho por consiguiente, es puramente instrumental y por sí mismo no se integra ni comprende los fines o las ideas sustanciales que inspiran la ordenación que está encargado de sostener bajo amenaza de coacción.

“En síntesis el contenido de la norma jurídica debe radicar precisamente en la regulación de las relaciones entre hombres, esto es, debe encauzar aquel aspecto de su actividad que implique relaciones y juegos de intereses recíprocos, bien de particulares entre sí, o entre estos y los sociales o viceversa, para establecer el orden correspondiente, respetando siempre un mínimo de libertad humana.”⁵

Por lo tanto es necesario la existencia del derecho en toda sociedad a efecto de que exista una convivencia pacífica entre los miembros que la conforman.

1.3.- Clases de convivencia.

1.3.1.- Convivencia social.

Desde Aristóteles se ha observado que el hombre es un ser sociable por naturaleza, el cual necesita convivir con sus semejantes, a efecto de conocer costumbres y tradiciones. La vida social es un imperioso mandato de la naturaleza.

El hombre busca asociarse con sus semejantes para lograr un objetivo común en beneficio de todos. Desde los tiempos más remotos los hombres se han agrupado en hordas, clanes, tribus; dentro de la colectividad se crearon, castas, órdenes, colegios y otras agrupaciones sociales que adoptaron formas religiosas, semi-religiosas, políticas, sociales, culturales, buscando todas un fin común.

La persona es un todo, pero no un todo cerrado, antes bien un todo abierto. Por naturaleza la persona tiende a la vida social y a la comunicación. Por lo que la propia naturaleza humana, le exige al individuo entrar en relación con otras personas. En términos absolutos, se puede decir que la persona humana individual no puede estar sola. Así pues, la sociedad se forma como algo exigido por la humanidad.

⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Ed Porrúa, Décimo Primera Edición, México, 1978, pp.27.

1.3.2.- Convivencia moral.

La moral, como forma de comportamiento humano, tiene también un carácter social, ya que es propio de un ser que incluso al comportarse individualmente lo hace como un ser social.

Cada individuo al comportarse normalmente se sujeta a determinados principios, valores o normas morales de una colectividad, cuyas acciones tienen un carácter colectivo pero concertado, libre y conciente.

La función social de la moral estriba en regular las relaciones de los hombres, para contribuir así a mantener y asegurar determinado orden social.

El individuo, en cuanto ser social, forma parte de diversos grupos sociales.

El primero al que pertenece y cuya influencia se siente en su familia. Pero desde el momento que se integra a la estructura económica de la sociedad es miembro de un grupo social más amplio, la clase social y dentro de ella por su ocupación específica a una comunidad de trabajo. El individuo es así mismo parte integrante de un Estado u organización política y jurídica a la que se halla sujeto.

Esta multitud de grupos sociales, a los que se haya vinculado el individuo por diversas causas, influye de distinto modo en la moralización del individuo, al trazar condiciones como un conjunto de normas y reglas destinadas a regular las relaciones de los individuos en una comunidad dada, para obtener un beneficio común, establecen lo bueno de lo malo, solidaridad, ayuda mutua, justicia.

En la primera comunidad que convive el ser humano es su familia, la cuál es considerada la célula de la sociedad. En ella se realiza el principio de la propagación de la especie y se efectúa, en gran parte, el proceso de educación del individuo en sus primeros años, así como contribuye a la formación de su personalidad, por todo esto reviste gran importancia desde el punto de vista moral.

La familia sólo puede cumplir hoy su alta función solo si se considera a cada miembro del grupo familiar: hombre, mujer, niña, niño o adolescentes, con igual derecho a relacionarse de manera equitativa.

Desafortunadamente, en muchas familias, independientemente de su condición social, no se comparten relaciones equitativas; se olvida que la niña, niño o adolescentes de hoy es el joven y el adulto del mañana y que, por lo tanto, si crece dentro de un régimen autoritario de relaciones familiares lo más probable es que su comportamiento y sus relaciones futuras sean también de carácter impositivo y autoritario. Los cambios que se requieren para enfrentar una sociedad saturada de violencia, discriminación, desesperanza, intolerancia y represión, entre otras cosas, se generan en primera instancia al interior de la familia, donde los menores aprenden desde temprana edad a valorar las relaciones humanas, asumiéndolas y reproduciéndolas como propias desde un modelo de abuso de poder e intolerancia o desde un modelo en el que se den prácticas igualitarias y democráticas donde se estable con ellos un diálogo y un intercambio que les permitan aprender formas constructivas de influir en el mundo que les rodea, donde se les de la oportunidad de decir lo que piensan, de incidir en las decisiones que les atañen y de ser respetados.

1.3.3.- Convivencia Familiar.

Como se mencionó el ser humano donde convive inicialmente es con su familia. Por lo tanto la convivencia familiar se da básicamente, entre personas unidas por el matrimonio, el concubinato y sus descendientes. La función más importante por su trascendencia social, es el papel socializador y educativo que cumple la familia con respecto a los miembros que surgen y crecen dentro de ella ya que en los menores de edad se moldea su carácter dentro del seno familiar.

Sara Montero Duhalt en su libro Derecho de Familia, nos habla de cómo da origen la convivencia de la siguiente manera: “El ser humano necesita del afecto: La liga afectiva con otras personas es imprescindible para los equilibrios emocional y mental y hasta para la salud física de todos los seres. La familia es la que en forma personal provee ese aspecto espiritual. Los que contraen

matrimonio o los que se unen sexualmente y fundan una familia, lo hacen llevados no solamente por el impulso erótico, sino unido por el mismo fin que es la atracción afectiva.”⁶

El hogar es el lugar donde se encuentra y se da comprensión, apoyo, solidaridad, se comparten alegrías, decepciones, satisfacciones, penas, donde por primera vez surge la comunicación, la convivencia cotidiana, el respeto y la confianza entre los integrantes de un núcleo familiar por lo que es algo insustituible.

1.4.- Familia.

Para comenzar debemos ver que la familia es un grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio presente en todas las sociedades. Idealmente, la familia proporciona a sus miembros protección, compañía, seguridad y socialización. La estructura y el papel de la familia varían según la sociedad.

El concepto jurídico de familia podemos decirlo en cuatro puntos interesantes: I. Pertenecen a una familia los que están sometidos al mismo *pater familias*, II. Personas que viven bajo el mismo techo, III. Vínculos afectivos, IV. Descendientes de un tronco común.

Anthony Giddens explica que a familia:

“Es un grupo de personas directamente ligas por el por el parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos.”⁷

“Estructuralmente, la familia se enfoca desde los ámbitos biológico, sociológico y jurídico, de los que se derivan dos tipos de relaciones familiares, la nuclear (entre la pareja y sus hijos) y la extensa (entre la pareja, sus hijos y demás parientes), y en esas clasificaciones la experiencia nos ha demostrado que las relaciones familiares son el vínculo más importante de la vida diaria del

⁶ MONTERO DUHALT Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México 1992, pp.12.

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y concordada, Tomo I, Decimoséptima edición, Editorial Porrúa, México 2003, pp. 76.

hombre en sociedad, pues tanto determinan el buen actuar de éste con sus semejantes como el éxito de su desarrollo.”⁸

Lo único cierto es que no existe una familia “tipo”, pues, conforme ampliamos nuestro conocimiento de los seres humanos y de las relaciones que se establecen entre las personas, constatamos la diversidad de “familias” en nuestras comunidades.

“Sin embargo, dentro del enfoque institucional apuntado por Leñero, podemos precisar que en los centros urbanos la familia es multifacética, en algunos casos está constituida por el padre, la madre y los hijos e hijas; en otros la encontramos formada por la madre, como jefa de familia, y su prole, en donde uno de los hijos o hijas mayores toma el rol tradicionalmente asignado a la madre, mientras ésta asume el correspondiente al varón; en otros, la abuela materna y la madre, indistintamente, asumen los roles tradicionalmente reservados a la madre mientras la otra tiene la tarea del sostenimiento del hogar; en otros el padre y la madre se encuentran separados pero mantienen cierto tipo de relaciones a través de los hijos e hijas, y éstos frecuentan y establecen algún tipo de relación con las segundas parejas de su padre y su madre.”⁹

En algunas ocasiones la pareja de adultos está unida en matrimonio, en otras el vínculo se establece a través del concubinato o, en la actualidad, a través de una concertación de dos adultos que se relacionan exclusivamente con el fin de procrear un hijo o hija manteniendo su independencia; en ocasiones tenemos a padres y madres adultos; en otras escasamente han entrado a la pubertad, de tal suerte que son tan niños o niñas como sus propios hijos e hijas.

A veces, la familia surge a través de un hecho biológico como lo es el nacimiento; en otras a través de un acto jurídico, como la adopción. A todo ello

⁸ PÉREZ DUARTE Alicia, Derecho de Familia, Editorial fondo de cultura económica, Primera Edición, México, 1994, pp.23, 24.

⁹ Ídem.

habrá que sumar los diferentes grupos básicos que sin estar unidos a través de algún vínculo reconocido legalmente funcionan como si fueran una familia.

Concepto biológico: “La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que por el hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre”.¹⁰

Desde este punto el concepto biológico de la familia deberá entenderse como el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes, sin limitación.

Concepto sociológico: “Es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda”.¹¹

Este ángulo nos enfrenta a un concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares.

Concepto jurídico: Este enfoque, nos sitúa ante un concepto que no siempre ha reflejado al modelo biológico ni al sociológico; es decir, el concepto jurídico, pues este modelo atiende a las relaciones derivadas del matrimonio y la procreación conocidas como parentesco, y a las que la ley reconoce ciertos efectos, esto es, que crean derechos y deberes entre sus miembros.

Desde la perspectiva jurídica, la simple pareja constituye una familia, porque entre ambos miembros se establecen derechos y deberes recíprocos; también constituyen partes de la familia sus descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores. Sin embargo, no todos los descendientes forman parte de la misma familia en sentido jurídico, ya que los efectos de las relaciones de parentesco sólo son reconocidos por la ley hasta determinado grado. Así en línea recta el parentesco no tiene límite, pero en línea colateral el parentesco y

¹⁰ BAQUEIRO ROJAS Edgard, BUENROSTRO BÁEZ Rosalía, Derecho de Familia y sucesiones, Editorial Harla, México, 1990, pp.8.

¹¹ Idem.

sus efectos sólo se extienden hasta el cuarto grado, como lo considera nuestro derecho civil vigente.

Por lo tanto, en nuestro derecho el concepto jurídico de familia sólo la considera a partir de la pareja, sus descendientes y ascendientes y, cuando descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado.

“El concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos”.¹²

1.5.- Concepto de matrimonio.

Es la unión de un solo hombre con una sola mujer para perpetuar la especie, vivir en común y prestarse mutua asistencia en todas las circunstancias de la vida.

El Código Civil del Estado de México lo define su artículo 4.1. “El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio del cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.”

Es una unión legal porque está reconocida por el Derecho; su existencia acarrea determinados derechos y obligaciones para cada uno de los contrayentes.

El matrimonio se funda en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los mismos.

“Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.

¹²idem.

Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, origina derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Si consideramos que el acto jurídico emana del estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una sola institución que es el matrimonio, en términos generales éste puede definirse como el acto jurídico complejo, estatal, que tiene por objeto la creación del estado del matrimonio entre un hombre y una mujer.”¹³

De Pina lo define:”el matrimonio es la unión de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivencia permanente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida.”¹⁴

Las definiciones anteriores coinciden en señalar que el matrimonio es un acto jurídico del cual surgen derechos y obligaciones.

1.6.-Concepto de divorcio y clasificación.

El matrimonio es un acto jurídico que produce derechos y obligaciones, y la figura jurídica que pone fin a esta unión o vínculo se llama divorcio, el cual se da cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo extremadamente difícil o imposible la vida en común, por lo que se permite la ruptura del vínculo matrimonial.

“Divorcio.-Es el único medio racional capaz de subsanar hasta cierto punto las situaciones anormales que se generan en ciertas uniones matrimoniales y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación”.¹⁵

La palabra divorcio proviene del latín, *divortium*; de *divertere*, separar, echar a un lado. La palabra *divortium* (punto de intersección de dos caminos que se alejan en dirección opuesta), representa, en el sentido jurídico (que es

¹³Ibíd., pp.39.

¹⁴ DE PINA Rafael y DE PINA Vara Rafael, Diccionario de Derecho, 17ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1991, pp. 367.

¹⁵ BAQUEIRO ROJAS Edgard y BUENROSTRO BÁEZ Rosalía, Op. Cit. pp. 147.

el que nos interesa), la ruptura del vínculo matrimonial que une a dos cónyuges. Este sentido es muy general y recoge todos los medios que permiten la disolución del matrimonio.

Divorcio es la separación legal de los esposos. La mayoría de los países permiten el divorcio civil y lo regulan por medio de la ley civil.

Cuando uno o ambos cónyuges han dejado de cumplir con los deberes del matrimonio haciendo extremadamente difícil o imposible la vida en común, se permite la ruptura del vínculo matrimonial.

Los efectos provisionales de divorcio son los que fija el Juez de lo Familiar antes o durante el juicio: separar a los cónyuges, determinar sobre el cuidado de los hijos, proteger los bienes para evitar su pérdida y la fijación de una pensión alimenticia.

Los efectos definitivos del divorcio son los de la sentencia de divorcio: el nuevo estado civil de los cónyuges, la situación de los hijos y la repartición de los bienes para el futuro.

En el Código Civil del Estado de México se define al divorcio en su artículo 4.88. "El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

Clases de divorcio: necesario.- cuando es motivado por alguna de las causales que señala la ley, voluntario.- cuando hay mutuo acuerdo entre los cónyuges, administrativo.- es igual al anterior, pero se tramita ante el Oficial del Registro Civil, y se requiere que sean mayores de edad, que no haya hijos, o en su defecto, estos que sean mayores de edad, que se haya liquidado la sociedad conyugal.

Así mismo el Código Civil del Estado de México, contempla tres tipos de divorcio: necesario, voluntario y administrativo. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama fundado en una o más de las causas que señala el artículo 4.90., es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por éstos, divorcio administrativo cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse,

sean mayores de edad, no tengan hijos menores de edad o mayores sujetos a la tutela y hubieren liquidado la sociedad conyugal, si la había, podrán ocurrir personalmente ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio, comprobando que son casados, mayores de edad y manifiestan su voluntad de divorciarse.

En el caso de divorcio voluntario de acuerdo a lo que establece el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México en su artículo 2.275.

Artículo 1.275.“Cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse, presentarán su solicitud escrita al Juez acompañado:

I Convenio a que se refiere el Código Civil;

II Copia certificada del acta de su matrimonio;

III Copia certificada del acta de nacimiento de sus menores hijos.”

El Código Civil para el Estado de México especifica lo que debe contener el convenio en su artículo 4.102.

Artículo 4.102. “Los cónyuges pueden divorciarse voluntariamente ocurriendo al juez competente, presentando un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I El domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento;

II La cantidad que por alimentos deba cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacerlo y la garantía que debe darse para asegurarlos;

III Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guardia y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia;

IV La determinación del que debe de cubrir los alimentos de los hijos así como la forma de pago y garantía, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;

V La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.”

Ambos divorciantes manifestarán en dicho convenio quién de los dos tendrá la guarda y custodia de los hijos tanto durante el procedimiento de divorcio, como una vez ejecutoriado éste. En ese mismo convenio, de común acuerdo ambos progenitores manifestarán, el modo, tiempo y lugar, en el cuál el divorciante que no tenga la guarda y custodia podrán visitarse, comunicarse, verse y convivir con sus menores hijos, a efecto de que no se rompa el vínculo de afecto de padre-hijo(s), madre-hijo(s), según sea el caso y seguir ejerciendo los derechos inherentes a la patria potestad.

Así mismo el Código Civil para el Estado de México establece que al no ponerse de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda y custodia de los hijos se decretarán medidas precautorias en el divorcio por el juez como lo establece el artículo 4.95.

Artículo 4.95. “Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a la tutela;

II Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos;

III A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se declarará por el juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;

IV Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;

V Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos.”

El divorcio voluntario es la forma mas adecuada de disolver el vínculo matrimonial, es conveniente tanto para los cónyuges como para el bienestar de los menores (y de los sujetos a tutela) habidos en el matrimonio, ya que si bien es cierto los divorciantes no toman en cuenta a los menores, no es tan grave el impacto psicológico y físico que sufrirán, toda vez que tendrán una convivencia moral y afectiva que necesitan de sus padres. Pero si un padre es negligente, tiene una conducta perjudicial, es incumplido con las obligaciones que tiene para sus hijos, además del grave o reiterado maltrato físico y mental, lógicamente que se le debe de negar el derecho de visita y sobre todo el de convivencia, salvo que demuestre que a modificado su conducta para poder estar con sus hijos porque si no, pone en peligro el sano desarrollo moral, psicológico inclusive físico de sus hijos.

Situación diferente se da en el divorcio necesario toda vez que el mismo es pedido por uno de los cónyuges en base a una causal especificada en el Código Civil para el Estado de México en su artículo 4.90, el cuál, se solicita ante un juez de lo familiar quien goza de las más amplias facultades para resolver sobre todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su perdida, suspensión según sea el caso y en especial a la guarda y custodia de los menores hijos.

Como en todos los casos en que se prevé una facultad discrecional, el ejercicio de ésta no implica simplemente que el órgano constitucional cuente con un poder arbitrario de decisión, si no que su desempeño debe traducirse siempre en un examen escrupuloso y en la evaluación razonada de todos los elementos con que se cuenten y que sean susceptibles de conducir a la emisión del juicio más adecuado para llegar al fin que persigue la ley cuando concede dicha facultad. Respecto de la situación de los hijos en caso de

divorcio, no debe pasar desapercibido que como consecuencia de las reformas legales, el sistema de pérdida de la patria potestad como pena al responsable de la disolución del vínculo matrimonial quedó suprimido y esta circunstancia debe eliminar la idea de valorar las cosas en función de determinar una culpabilidad para imponer una sanción.

Es evidente que la ley tiene una meta mas alta, que incluso no se reduce a evitar a los menores de edad el sufrimiento de un daño, si no a lograr lo que más les beneficie dentro del nuevo estado de objeto en los órdenes familiares, social y jurídico originados por la separación de los esposos. Esto explica que con las resoluciones que se pronuncien por los jueces de lo familiar pueden generar las más amplias gamas de situaciones por la combinación de poderes y personas que tendrán que ver con los menores de edad, en cuánto a sostenimiento, educación, administración de los bienes, pues se puede decretar la pérdida, la suspensión o bien la limitación de la patria potestad, se puede así mismo dar la intervención a ambos padres, a uno solo o a otras personas que conforme a la ley corresponda el ejercicio de la patria potestad o en su caso, a un tutor.

De ahí que si para resolver sobre la situación de los hijos, al decretar el divorcio, el órgano jurisdiccional no hace una evaluación pormenorizada de todos los elementos de juicio a su alcance o no razona debidamente su determinación, ello significaría la existencia de un uso indebido de la facultad discrecional otorgada.

Si a la madre se le confiere el cuidado de sus menores hijos, debe de ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones inherentes a la patria potestad; el padre por su parte tiene derecho de visitar a sus menores hijos, de comunicarse y tratarse con ellos y cumplir con las obligaciones que como padre tiene.

En caso de oposición a que conviva con sus hijos por parte del que tenga la guarda y custodia de los mismos, tiene el derecho de solicitar al juez de lo familiar que le regule el modo, tiempo y lugar en el cuál podrá visitar, ver y convivir con sus menores hijos.

Así mismo, el juez de lo familiar debe proveer lo necesario para asegurar el cumplimiento y ejecución de la sentencia que dicte. Este derecho debe regularse toda vez que la ley es omisa al respecto, pero sin embargo se puede ejercitar.

Esto, siempre en beneficio de los menores hijos, toda vez que dicha convivencia es indispensable para lograr un mejor equilibrio mental y emocional del menor, pero no hay que olvidar que si un padre o madre, según sea el caso, es incumplido con las obligaciones que le impone la patria potestad, lógicamente que se le debe negar el derecho de convivir porque con su conducta pone en peligro el sano desarrollo del menor ya sea en cuanto a la salud, a su seguridad ya sea física o psicológica, moral e intelectual del menor.

1.7.- Concepto de Patria Potestad.

La patria potestad es una figura fundamental para entender que es la guarda y custodia, pues su ejercicio no implica que automáticamente los hijos menores de edad permanezcan al lado de los padres.

“Es el conjunto de las facultades que supone también deberes, conferidas a quienes la ejercen (padre, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y sus bienes.”¹⁶

La patria potestad tiene su origen en la filiación, en la relación padres e hijos, ascendientes y descendientes. La filiación es la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija.

Su ejercicio corresponde al padre y a la madre conjuntamente; a falta de ellos, de los abuelos paternos; y si tampoco éstos existen, la ejercerán los abuelos maternos.

“Se considera como un poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes.

¹⁶ PERAZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, Derecho de Familia, Ed UNAM 1990, pp. 55.

Es el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo.”¹⁷

Es la relación que existe entre ascendente y descendente, en la cual debe imperar el respeto y consideración mutuos, confirmado por la Ley a los padres autoridad jurídica sobre la persona y bienes de los hijos. Constituye una relación paterno-filial que consiste en un régimen de protección de los menores no emancipados, donde se encomienda la protección de éstos a sus padres. La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones naturales paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.

La patria potestad sirve para proteger a los menores mientras adquieren la madurez suficiente para atender por sí mismos sus bienes, negocios y personas.

Ésta dura hasta la mayoría de edad o antes si adquieren la emancipación esto es cuando los menores de edad adquieren automáticamente los derechos y obligaciones de una persona mayor al momento de contraer matrimonio. Los que están sujetos a la patria potestad son los menores de 18 años que tienen padres o abuelos.

La puede ejercer el padre y la madre o alguno de ellos; a falta de ambos abuelos, en el orden que determine la ley o el juez familiar, atendiendo a la convivencia del menor, a falta de ellos los abuelos. Los efectos de la patria potestad son complementar la capacidad del menor, su representación en negocios propios. También limita su capacidad, ya que requiere la autorización del padre o la madre en los actos jurídicos, incluyendo el matrimonio. Los efectos que recaen sobre el menor son: vivir en casa de los padres, respetarlos y obedecerlos. Y los efectos que recaen en los padres son: alimentar al menor, educarlo, respetarlo y administrar sus bienes.

¹⁷BAQUEIRO ROJAS Edgard y BUENROSTRO BÁEZ Rosalía, Op. Cit. pp. 227.

Los padres respecto a los bienes de los hijos no emancipados, están obligados a su administración y cuidado excepto cuando son fruto de su trabajo. Solo se justifica la negativa para ejercer la patria potestad si se tiene más de 60 años o habitual mal estado de salud. Se suspende la misma por ausencia, incapacidad o condena y se pierde la patria potestad sólo por determinación de un Juez de lo Familiar, los efectos que produce esta pérdida son: el cese de los derechos, pero no de las obligaciones derivadas de la paternidad.

Así mismo el Código Civil para el Estado de México establece en su:

Artículo 4.228. “Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:

I Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;

II Si no llegan a ningún acuerdo:

a) Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el mejor;

b) El Juez, después de oír a los interesados, decidirá quién se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce;

c) Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.”

Las modificaciones que contempla actualmente el Código Civil vigente, en relación a la patria potestad son más benéficas tanto para los cónyuges como para los menores hijos; toda vez que en el Código de 1870, 1884 y la Ley de Relaciones Familiares de 1917, el cónyuge que diera causa al divorcio era

condenado a la pérdida de la patria potestad sobre sus menores hijos, así como el derecho de visitarlos y convivir con los mismos (en algunos casos a la muerte del cónyuge inocente recobraba la patria potestad, pero por regla general perdía todos los derechos que ejercía sobre sus hijos), por lo tanto, no tenía el contacto afectivo y moral que da la sana convivencia con sus hijos y se le privaba de un derecho dado por la propia naturaleza.

Para que se condene a un padre o una madre a la pérdida de la patria potestad se requiere que se cumplan los supuestos que contempla el Código Civil del Estado de México en su artículo 4.224.

Artículo 4.224. La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes casos:

I Cuando el que la ejerza es condenado por delito doloso grave;

II Cuando por las costumbres depravadas de los que ejercen la patria potestad, malos tratos o abandono de sus deberes alimentarios o de guarda o custodia por más de dos meses y por ello se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyan delito; (G.O. Edo. Méx. 7-Sep-04)

III Cuando quienes ejerzan la patria potestad, obliguen a los menores de edad a realizar reiteradamente la mendicidad, trabajo forzado o cualquier otra forma de explotación. En este caso, los menores serán enviados a los albergues de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México y Municipales; (G.O. Edo. Méx... 7-Sep-04)

IV Cuando quien ejerza la patria potestad, acepto ante la autoridad judicial la entrega del menor a las instituciones de asistencia pública o privada legalmente reconocidas, en los términos provistos por el Código Civil y de Procedimientos Civiles del Estado de México; (G.O. Edo. Méx... 7-Sep-04)

V Cuando los menores se encuentren albergados y abandonados por sus familiares, sin causa justificada por más de dos meses, en las instalaciones de instituciones públicas o privadas; (G.O. Edo. Méx. 7-Sep-04)

VI Cuando el que la ejerza sea condenado ala pérdida de ese derecho; y (G.O. Edo. Méx. 7-Sep-04)

VII Por la exposición que la madre o el padre hiciera de sus hijos. (G.O. Edo. Méx... 7-Sep-04)”

La primera fracción, refiere que cuando el que la ejerza sea condenado por delito doloso grave ya que es una figura perjudicial para el menor.

La segunda fracción, presupone una decisión judicial que deba estar fundada en una causa que justifique legalmente la pérdida. Esta causal no establece si la condena debe ser originada por alguna actuación en contra del cónyuge, en contra del hijo o en contra de terceros pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial para el menor. Por malos tratos hace referencia al maltrato físico y/o psicológico que reciban los menores de edad. Por el abandono de sus deberes alimentarios o de guarda o custodia por más de dos meses y por ello se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aún cuando esos hechos no constituyan delito.

MANUEL F. CHAVÉZ ASECIO señala: ”hay nueve causas por las cuales los padres pueden perder la patria potestad. Estas causas son:

1. Por costumbres depravadas que puedan comprometer la salud;
2. Por costumbres depravadas que puedan comprometer la seguridad;
3. Por costumbres depravadas que puedan comprometer la moralidad;
4. Cuando por malos tratamientos pudiere comprometer la salud;
5. Cuando por malos tratamientos pudiere comprometer la seguridad;

6. Cuando por malos tratamientos pudiere comprometer la moralidad del hijo;

7. Cuando por el abandono de sus deberes pudiere comprometer la salud;

8. Cuando por el abandono de sus deberes pudiere comprometer la seguridad;

9. Cuando por el abandono de sus deberes pudiere comprometer la moralidad del hijo.

Estas causas responden a una actuación directa en contra del hijo¹⁸

La tercera fracción refiere que, cuando quienes ejerzan la patria potestad, obliguen a los menores de edad por su misma condición a realizar reiteradamente la mendicidad, trabajo forzado o cualquier otra forma de explotación.

La sexta fracción presupone una decisión judicial que deba estar fundada en una causa que justifique legalmente la pérdida. Esta causal no establece si la condena debe ser originada por alguna actuación en contra del cónyuge, en contra del hijo o en contra de terceros pero siempre tomando en cuenta la actuación grave y perjudicial para el menor.

La séptima fracción contiene como causal, la exposición. Se refiere al recién nacido dejado en un sitio público, a la intemperie con lo cual se pone en peligro la vida del menor.

Por lo que si un padre no obstante sea el que haya dado causa al divorcio, y su conducta no se encuadre en los supuestos establecidos por la ley que determinan la pérdida de la patria potestad, conservará la misma sobre sus menores hijos y por lo tanto tendrá el derecho de seguir ejerciendo los derechos inherentes a la misma, y puede acudir ante un juez de lo familiar a

¹⁸ CHAVÉZ ASECIO Manuel F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiars, Ed Porrúa, 2º Edición, México, 1992, pp.327.

solicitar que se regule el modo, tiempo y lugar, en el cual podrá ver, visitar y convivir con sus menores hijos, en caso de oposición por parte del que tenga la guarda y custodia de los hijos, a efecto de tener la sana convivencia moral y espiritual con sus menores hijos.

1.8.- Concepto de Guarda y Custodia.

Hemos señalado que el ejercicio de la patria potestad es el cúmulo de derecho y obligaciones de los padres respecto de sus hijos menores de edad no emancipados. Luego entonces, la guarda y custodia es uno de esos derechos, y quienes la ejerzan cuando por conflictos se separen, solo uno de ellos podrá tenerla, entendida esta como la permanencia del menor a su lado, habitando en su seno familiar, en tanto que el otro progenitor tendrá derecho a visitarlo y convivir con él.

“El Código Civil faculta al juez para decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos, sin necesidad de pegarse necesariamente a favor del cónyuge inocente, de ahí de que si en el caso de que se trata al ejercer esas facultades atiende a los elementos de prueba que obran en autos y llegan 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 para éstos, esta determinación resultará legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa al divorcio; salvo que esa causa por naturaleza impida por sí misma que esa conducta sea manifiestamente contraria a la formación, educación, integración socio-afectiva de los menores”.¹⁹

“Al dividirse el ejercicio de la patria potestad que tendrá preferentemente quien conserve la custodia, el otro progenitor tienen el derecho de visita. Para tal efecto deberá invitarse a los progenitores a que se pongan de acuerdo en la forma y manera de ejercer este derecho, no porque el juez se desinterese sino porque son ellos quienes mejor conocen su situación y pueden resolverla. En caso contrario, el juez tendrá que decidir sobre este derecho de visita, entendido que corresponde no sólo al progenitor, sino también a los abuelos

¹⁹ CHÁVEZ ASENSIO Manuel F., La familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales, Ed Porrúa, México, 1997, pp.584

paternos y maternos según lo ha decidido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.”²⁰

Podemos decir, que en cuanto a derecho familiar mexicano se refiere, el concepto de custodia tiene relevancia por estar dirigida en especial a la atención de la niñez como complemento de la patria potestad, así como la guarda de una persona con toda diligencia y cuidado.

Alicia Pérez Duarte en su libro Derecho de Familia, Albert Mayrand define la custodia como: “el derecho y la obligación que tiene una persona (normalmente el padre o la madre) de dar alojamiento y conservar con ella a un menor, o bien, de establecer su residencia en otra parte.”²¹

Por lo tanto, en cuanto a las personas menores de edad, observamos que el código civil hace referencia al bienestar y cuidado de la niñez como definición de los conceptos de patria potestad y custodia, aunque el primero sólo comprenda los cuidados de la persona del hijo e hija, y el segundo abarque tanto a su persona como a sus bienes. Así, una persona puede tener el ejercicio de ambos institutos con su hijo(a) o sólo uno, de manera que tanto la persona que ejerce la patria potestad como aquella que tiene la custodia del o la menor, posee la obligación de mantener una conducta que le sirva de ejemplo y la autoridad para corregirlo.

También observamos que ni el Código Civil del Distrito Federal ni en el del Estado de México se encuentra un capítulo especial que regule la guarda y custodia, ya que se habla de ella en preceptos correspondientes a la nulidad del matrimonio, divorcio voluntario y/o necesario, filiación y patria potestad entre otros, los que no dan una definición y una y otra expresión la utilizan como sinónimos; por lo tanto, no se prevén los efectos y alcances de la misma; de ahí, que sea necesario que el legislador se pronuncie al respecto, pues a través de la guarda y custodia se determina con quien y donde permanecerá físicamente el menor, independientemente de que ambos progenitores en relación a la patria potestad que ejercen sobre él, tendrán el mismo cúmulo de

²⁰ *Ibíd.*, pp. 585.

²¹ PÉREZ DUARTE, Alicia, *op. cit.*, pp. 229

obligaciones, aunque los derechos por cuanto hace al progenitor que no la detente, se encuentren limitados.

Como se ha visto la patria potestad es el derecho y obligación de los padres respecto de los hijos menores de edad no emancipados, debe considerarse en su sentido más amplio. Así tenemos que la expresión guarda y custodia es un derecho y si quienes la ejerzan por conflictos se separen solo uno de ellos podrá tenerla, entendida esta como la permanencia del menor a su lado, habitando en su seno familiar, en tanto que quien no la detente tendrá el derecho a visitarlo y convivir con él.

1.9.- Alternativas para la convivencia familiar.

1.9.1.- Concepto de convenio.

Édgaro Peniche López, define al convenio como: "un acuerdo de dos o más voluntades, mediante el cual se crean, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones; este es el sentido general de la palabra convenio, es decir, en un sentido lato, pero la misma palabra convenio tiene un sentido especial, un sentido estricto, que es el que propiamente nos interesa en nuestro estudio, pudiendo decir en este caso, que se entiende por convenio al acuerdo de voluntades mediante el cual modifica o extinguen obligaciones y derechos."²²

Para concluir este punto, diremos que en nuestro actual Código Civil del Estado de México en su artículo 7.30. y el artículo 7.31. nos dicen:

Artículo 7.30. "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."

Artículo 7.31"Los convenios que crean o transfieren obligaciones y derechos, reciben el nombre de contratos."

²² PENICHE LÓPEZ Edgardo, Introducción al Derecho, Ed Porrúa, Décima Edición, México, 1975, pp.217.

El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos. En sentido estricto le corresponde la función de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones.

1.9.2.- Convenios sobre relaciones conyugales.

En este punto diremos que el convenio es el acuerdo de dos personas para modificar obligaciones.

El Código Civil del Estado de México nos menciona solo el convenio en el divorcio voluntario en su artículo 4.102. que a la letra dice:

Artículo 4.102. “Los cónyuges pueden divorciarse voluntariamente ocurriendo al Juez competente, presentando un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I El domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento;

II La cantidad que por alimentos deba cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacerlo y garantía que debe darse para asegurarlos;

III Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guarda y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia;

IV La determinación del que debe de cubrir los alimentos de los hijos así como la forma de pago y su garantía, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;

V La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.”

Así mismo, el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México nos dice que el Juez exhortara a las partes a llegar a acuerdo voluntario. Es conveniente señalar la definición de la palabra acuerdo y al respecto tenemos:

“Acuerdo proviene del latín *ad accordis*, alude a la idea de unidad. Es sinónimo en sentido general, de convenio, contrato, pacto, tratado, en cuanto alude a la idea común del concierto y de la conformidad de las voluntades que concurren a concretar un objeto jurídico determinado en el ámbito del Derecho”

23

”Acuerdo. En sentido general acuerdo, es sinónimo de contrato, pacto, convenio, tratado. en cuanto significa un concierto de voluntades para lograr un fin jurídico determinado”²⁴

Si las partes llegan a un convenio, el Juez lo aprobará de plano si procede legalmente y este tendrá carácter de cosa juzgada.

El artículo 942 párrafo III del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal nos indica una atribución, otorgada al Juez Familiar a efecto de evitar un proceso largo y tedioso en el cual se rompan los lazos de unión y de sentimientos que en alguna ocasión existieron dentro del seno familiar.

“...En los mismos asuntos con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio con el que pueda evitarse la controversia a darse por terminado el procedimiento”.

EL Juez Familiar debe exhortar a las partes a llegar a un avenimiento o un acuerdo voluntario. Dentro del Procedimiento Ordinario Civil, se contempla la posibilidad de un avenimiento entre las partes, a través de la audiencia previa y de conciliación, a efecto de poner fin al litigio, al respecto el artículo 272 A del citado ordenamiento, indica que una vez contestada la demanda y en

²³ BELLUSCO AUGUSTO Cesar, Derecho de Familia Tomo I Primera Reimpresión, , Ed de Palma, Buenos Aires, 1975 ,pp. 6.

²⁴ GARRONE José A. Diccionario Manual Jurídico, Ed Porrúa 1998, pp., 44.

su caso la reconvención el Juez señalará de inmediato día y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los primeros diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que hubieren opuesto en su contra por el término de tres días. Si asistieran las dos partes, el Juez examinará las cuestiones relativas a la legislación procesal, para posteriormente proceder a procurar la conciliación, la cual estará a cargo del conciliador adscrito al Juzgado.

El conciliador preparara y propondrá a las partes las alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el Juez lo aprobará de plano si procede legalmente mismo que tendrá carácter de cosa juzgada.

En los asuntos de carácter familiar están en juego demasiados intereses, especialmente de índole sentimental, así como valores morales, considerándose una obligación la intervención del Juez de lo Familiar y de sus auxiliares para solucionar dichos conflictos, a través de un acuerdo mutuo, exhortados por el Juez.

Es importante resaltar que en la práctica sin generalizar ya que existen jueces y conciliadores que son un ejemplo a seguir, pero que sin embargo la mayoría de los casos el que menos exhorta es precisamente el Juez, lamentablemente gran parte del día de labores las pasa dentro de su oficina y solo atiende asuntos relevantes, mientras que es el Secretario de Acuerdos o bien el Conciliador del Juzgado , quienes en ocasiones son los únicos que tienen conocimiento del caso, concretándose a preguntar a las partes, “¿hay posibilidad de un acuerdo?”, en caso de una simple negativa, continúa diciendo “pues bien se continua con el procedimiento”.

Dada la naturaleza de los conflictos familiares, requieren una solución pronta, sin obstáculos procesales obsoletos, se debe poner gran atención y cuidado en la posibilidad de celebrar convenios por virtud de los cuales se termine el conflicto y se cumplan con las obligaciones exigidas por la ley, según sea cada caso en particular.

“La estabilidad de la familia, se logra con leyes reguladoras de su realidad social y tribunales familiares con personal experto en humanidades, psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras, médicos generales y profesionistas agrupados en torno al Juez para asuntos familiares, con el objeto de orientar y solucionar adecuadamente esos problemas, los cuales muchas veces se resolverían con un consejo o una orientación bien intencionada.”²⁵

Hay asuntos que con una buena conciliación y propuestas de solución brindadas por el personal realmente con conciencia y profesionalismo de que su objetivo es “avenir” y no preguntar, siempre hay posibilidad de llegar a un acuerdo siempre y cuando se den a conocer, evitándose con ella un juicio tedioso, que solo por falta de atención del Juez, o bien porque las partes no se encuentran debidamente informadas de la existencia de lugares donde promueven la conciliación a conflictos como instancia previa a la intervención del órgano jurisdiccional, se desgastan en un juicio tedioso para ambos y sobre todo para los menores hijos de los cuales en la mayoría de los casos se disputa su guarda y custodia, lamentablemente ellos lo saben y al acudir a un juzgado se les pregunta ¿con quien de los progenitores se encuentra viviendo o con cual de los dos desearía continuar estando?,

“Por añadidura la conciliación es más deseable como forma de concluir el proceso en la materia familiar, donde conviene evitar la ruptura de los vínculos de afecto a consecuencia de una contienda en beneficio de los hijos y en general del grupo.”²⁶

“Las normas deben ser interpretadas en el sentido que permita alcanzar su fin y no su connotación literal. La justicia fruto de esa interpretación será útil a la sociedad, porque tendrá la solución del problema planteado.”²⁷

²⁵ Memoria del Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. pp.426.

²⁶ BEJARANO, Sánchez Manuel. La Controversia del Orden Familiar. Tesis Discrepantes. Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 1994. pp.145.

²⁷ Ídem Pág.89.

CAPITULO SEGUNDO

MARCO JURÍDICO DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR

Este derecho va ligado a la patria potestad siendo esta irrenunciable para ambos padres. Esta tiene su origen en el derecho natural de la procreación.

Al respecto Federico Puig Peña, manifiesta lo siguiente:

“Es pues, una facultad de los padres y de nadie más que de ellos, no el Estado, según dicen algunos, puesto que no existe razón que la justifique ni experiencia que la iguale, ni de la sociedad en general, ni siquiera del grupo familiar en sentido amplio, sólo los padres la poseen son facultad natural.”¹

Así mismo, José Castan Tobeñas dice lo siguiente: “El fundamento de la patria potestad es el derecho natural que radica en el poder paterno ciertamente en la naturaleza humana que confiere a los padres la misión, extrañamente, de derechos y deberes, de asistir y formar a los hijos. Con razón dice el profesor Serrano que la patria potestad es una institución natural que no necesita del derecho positivo para actuarse aunque no hubiere estado, habría patria potestad.”²

Para el estudio de este punto se revisarán las disposiciones en torno a la convivencia familiar contenidas en el Código Civil y de Procedimientos tanto para Estado de México como el del D. F.

Se hace mención de que dentro de los códigos del Estado de México no encontramos artículos que hablen directamente de la convivencia familiar, por lo tanto nos referiremos a aquellos que nos hacen mención de patria potestad y guarda y custodia que son los puntos relacionados directamente con nuestro tema de interés, de ahí, que se resalta entonces la importancia de que exista una reforma y regulación para la misma.

¹ www.monografias.com.mx

² Ídem.

2.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta 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 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 dicho 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 proporcionar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”³

³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y concordada, Tomo I, Decimosexta edición, Editorial Porrúa, México 2003, pp. 106.

Cabe mencionar que del artículo anterior hay que destacar la protección a la familia, se reconoce la libertad de procreación y los derechos de los menores de edad.

La constitución prevé la obligación del legislador para proteger la organización y el desarrollo de la familia.

La parte final del artículo en comento en sus párrafos sexto, séptimo y octavo, contiene diversas disposiciones en torno a los menores.

Los niños son los miembros de la comunidad que se encuentran en una situación de debilidad y necesitan una serie de cuidados protecciones adicionales a las que tienen los adultos.

“Los derechos de los niños se concretan en diversos contenidos constitucionales: educación, salud, prohibición de trabajo a ciertas edades, creación de procedimientos judiciales y de sanciones específicas para los menores.

En el párrafo sexto los obligados son los padres: tienen la obligación de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. El legislador determinará los apoyos para la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

En el párrafo séptimo establece una serie de derechos para los niños y las niñas: alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. El poder judicial deberá velar, dentro del ámbito de sus competencias, por hacer realidad estos derechos; particularmente, asegurándolos en los procesos jurisdiccionales en que aquellos sean parte o en los que les reporten algún posible perjuicio.”⁴

En el párrafo octavo señala como obligados a preservar esos derechos a los ascendientes, tutores y custodios y reitera que el estado proveerá lo

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y concordada, Tomo I, Decimoséptima edición, Editorial Porrúa, México 2003, pp. 106.

necesario para el ejercicio pleno de los derechos de los niños y para el respeto a su dignidad.

La ley reglamentaria del artículo 4o. en materia de menores es la “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo de 2000, y la “Convención sobre los derechos de los niños”, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 25 de enero de 1991, de las cuales hablaremos en su momento.

2.2.-Código Civil del Estado de México.

Como mencionamos en un principio, en el Código Civil del Estado de México no esta regulada esta situación en forma directa sin embargo existen artículos que podemos tomar en cuenta para hablar en torno a la convivencia familiar, teniendo así los artículos 4.17.primer párrafo, 4.19.primer párrafo, 4.96., 4.203. y 4.207, que a la letra dicen:

“Artículo. 4.17. Los cónyuges vivirán en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los dos consortes, en el cual ambos disfrutaran de la misma autoridad y de consideraciones iguales, con independencia de terceros, que vivan en el mismo domicilio...

“

La finalidad de este artículo es que los cónyuges vivan en el domicilio conyugal que hubiesen designado, junto con sus hijos a efecto de tener una convivencia afectiva, moral y espiritual, así como lograr una estabilidad mental, emocional y sobre todo que exista armonía, solidaridad, ayuda mutua, comprensión, comunicación, convivencia cotidiana, respeto y confianza entre los integrantes del núcleo familiar.

“Artículo. 4.19. Los cónyuges de común acuerdo decidirán lo relativo a la educación de y formación de los hijos y a la administración de los bienes que sean comunes a los cónyuges o que pertenezcan a los hijos sujetos a la patria potestad...”

Como podemos observar, en el artículo anterior los cónyuges tienen el derecho de decidir mutuamente como educar y formar a sus hijos conforme a la ley, tomando en cuenta el mejor desarrollo de los menores.

“Artículo 4.96. En la sentencia que decreta el divorcio, se determinarán los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, respecto a la persona, en sus bienes de sus hijos, **teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio.** El Juez acordará de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos o los sujetos a tutela.”

Como nos damos cuenta el juez de lo familiar acordará en la sentencia de divorcio la pensión alimenticia, quien tendrá la guarda y custodia así como la forma en que se ejercerá el derecho de visita de quien no tenga la custodia.

Esto es eminentemente subjetivo, con la agravante de que una vez efectuada la labor jurisdiccional con resolución definitiva y de haber sido agotados todos los recursos procesales; en la mayoría de los casos, ésta decisión judicial no es observada por alguna o ambas partes.

Sea porque no se ajusta a la realidad social, o en razón de que se considera por parte de uno de los progenitores que no conviene al mejor interés del menor, o por creer que no está apegada a derecho, o peor aun, simplemente por que resulta no ser la voluntad del obligado acatar dicha resolución judicial y porque la fuerza del derecho no ha sido validada en normas de derecho coercitivas y sancionadoras para tal efecto.

En tales supuestos, los menores tienen una esfera de protección insuficiente y precaria que los convierte en sujetos de vulnerabilidad y en algunas situaciones en desventaja social. Lo cual lleva a controversias de carácter jurídico familiar, generando serios conflictos en materia social.

“Artículo. 4.203. La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus

aspectos físico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección.”

El artículo anterior confiere a los padres autoridad jurídica sobre la persona y bienes de los hijos, por la relación que existe entre ascendente y descendiente en la cual impera el respeto y la consideración.

“Artículo. 4.207. Los que ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos mesuradamente, educarlos convenientemente y la obligación de observar una conducta que les sirva de buen ejemplo.”

Como podemos ver los padres representan legalmente a sus hijos, así mismos deben tenerlos bajo su custodia, corregirlos mesuradamente, educarlos y observar una conducta que les sirva de ejemplo para el desarrollo integral del menor.

2.3.-Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Los Jueces de Primera instancia de la materia familiar conocerán y resolverán de los asuntos relacionados con la materia familiar así como los demás asuntos familiares cuyo conocimiento les atribuyan las leyes.

Así tenemos que el juez pondrá medidas sobre los menores hijos como lo señala el artículo siguiente:

“Artículo 2.59. El juez, según las circunstancias del caso, proveerá lo conducente a la guarda y custodia, a fin de salvaguardar la estabilidad de los hijos menores, durante la separación.”

Como se puede observar la convivencia familiar que se da cotidianamente entre padres e hijos, sufre un cambio cuando se separan los padres ya sea por mutuo acuerdo o por medio del divorcio, tomando en cuenta las circunstancias del mismo el juez proveerá lo relativo a la guarda y custodia, a fin de preservar la estabilidad de los hijos menores.

“Artículo 2.60. Si los cónyuges tuvieran hijos menores de edad, propondrán la forma y términos de su guarda y custodia decidiendo el Juez, a su criterio, de acuerdo a las circunstancias.”

Como podemos observar los progenitores ejercen la patria potestad, aún cuando no tengan la guarda y custodia, deben 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 el caso de no hacerlo será el juez de primera instancia quien resolverá lo más conveniente a los intereses del menor o los menores.

“Artículo 2.61. Cualquier reclamación de los cónyuges respecto a la guarda y custodia de los hijos, se decidirá incidentalmente.”

Como podemos ver este artículo nos dice que si los cónyuges no están de acuerdo en la guarda y custodia de los hijos este se resolverá de forma incidentalmente.

Incidente es una cuestión distinta del principal asunto del juicio, pero con él relacionada, que se ventila y decide por separado, suspendiendo a veces el curso de aquel, y denominándose entonces de previo y especial pronunciamiento.

Los incidentes que no tengan señalada una tramitación especial, se sujetarán a lo establecido en el Capítulo XII de los Incidentes. Se substanciarán con un escrito de cada parte, sin suspensión del principal; con el que se inicie se ofrecerán pruebas y se correrá traslado a la contraria para que dentro de tres días manifieste lo que a su derecho corresponda y ofrezca pruebas.

Las resoluciones incidentales surten efecto únicamente en el juicio en que hayan sido dictadas, en la resolución definitiva se hará la correspondiente declaración de costas.

2.4.- Código Civil para el Distrito Federal.

Dentro de los códigos del Distrito Federal si bien no hay un artículo que hable específicamente de convivencia familiar, pero si encontramos que toman las medidas necesarias para que en caso de quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre los menores y realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los mismos con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente el derecho a la misma podrán perder la custodia de los menores e incluso la suspensión de la patria potestad, esto pretende asegurar el derecho de convivencia el cual corresponde al progenitor que no tiene la guarda y custodia de los hijos menores de edad, sin embargo tiene derecho a visitarlos y a convivir con ellos.

En el Código Civil para el Distrito Federal encontramos:

El artículo anterior nos hace mención de la protección que se le da a la familia y a sus miembros por ser el elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo tanto tiene derecho a la protección de la sociedad y el estado.

El artículo anterior nos menciona las relaciones jurídicas del derecho de familiar, son aquellas vinculaciones de conducta que se establecen debido al parentesco, el matrimonio, el concubinato, el divorcio, la patria potestad o la tutela que son fuentes de las relaciones familiares.

Como podemos observar en los artículos anteriores el estado reconoce las responsabilidades y derechos que nacen de las relaciones familiares.

Como ya sea visto la familia es un grupo social básico creado por vínculos de parentesco o matrimonio, presentes en todas las sociedades, idealmente la familia proporciona a sus miembros protección, compañía, seguridad y socialización. La estructura y el papel de la familia varían según la sociedad.

“Artículo 163. Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de

común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales...”

La finalidad de este artículo es que los cónyuges vivan en el domicilio conyugal que hubiesen designado, junto con sus hijos a efecto de tener una convivencia afectiva, moral y espiritual, así como lograr una estabilidad mental, emocional y sobre todo que exista armonía, solidaridad, ayuda mutua, comprensión, comunicación, convivencia cotidiana, respeto y confianza entre los integrantes del núcleo familiar.

“Artículo 168. Los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos. En caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.”

El artículo anterior descansa en la igualdad de los derechos de los cónyuges y funciones esencial de la educación y formación de las nuevas generaciones, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, en caso de desacuerdo, podrán concurrir ante el Juez de lo Familiar.

“Artículo 323 TER. Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional y económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar.

A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.”

Como se puede observar los integrantes de la familia contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir cualquier tipo de conductas de violencia familiar, así mismo se desarrollen en un ambiente familiar más estable.

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

(R) Quienes detenten la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo. (GODF 02/02/07)”

En las relaciones entre padres hijos debe prevalecer el respeto y la consideración mutua. Así mismo quien ejerza la patria potestad debe promover el respeto y acercamiento entre el y sus menores hijos, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomado en cuenta las circunstancias del caso.”

Según el artículo anterior el ejercicio de la patria potestad recae en primer en los padres y a falta de éstos o de cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, recaerá en los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso en particular.

“(A) Artículo 414 Bis. Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor;

IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades antes señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional o definitiva, y el régimen de convivencias...”

Este artículo establece obligaciones de crianza a los que ejercen la patria potestad y las cuales al no llevarse acabo el juez tomará en cuenta en los casos de suspensión de la patria potestad, guarda y custodia y el régimen de convivencia.

“(R) Artículo 416. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial. (GODF 02/02/07)”

Como podemos observar, en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad (sin hacer distinción entre las parejas unidas en matrimonio y las que están en unión libre), podrán convenirse los términos de su ejercicio (porque no se exige la aprobación judicial del convenio celebrado respecto de su guarda y custodia a los menores nacidos fuera del matrimonio; mientras que en el caso del divorcio, el Juez de lo Familiar interviene para calificar de legal el convenio respectivo), particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores.

De igual forma, cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, podrán convenir cual de los dos ejercerá su guarda y custodia.

Así mismo con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de los padres y el otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza además conservará su derecho de convivencia con el o los menor(es), conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

“(A) Artículo 416 BIS. Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.(GODF 02/02/07)”

Esta reforma establece que los menores que se encuentren bajo la patria potestad deben convivir con sus progenitores, salvo que exista resolución judicial que impida la convivencia, en caso de oposición de uno de los progenitores será el Juez de lo Familiar quien decidirá lo conducente previa audiencia con el menor así mismo el juez tomara en cuenta el cumplimiento de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los menores.

“(A) Artículo 416 TER. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor **la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos;**

I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;

IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y

V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.(GODF 02/02/07)”

Esta reforma es la definición que se esperaba de lo que significa “interés superior del menor”; es la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin

de garantizar entre otros los siguientes aspectos; el acceso a la salud física y mental, alimentación, educación que fomente su desarrollo personal, el establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar, el desarrollo de su personalidad así como de una adecuada autoestima, el fomento de la responsabilidad personal y social, la toma de decisiones de acuerdo a su edad y los derechos que reconozcan otras leyes y tratados internacionales aplicables.

“(R) Artículo 417. En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores.

A efectos de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.(GODF 02/02/07)”

Esta reforma establece que sin importar la edad del o los menores deberán ser oídos en el juicio que les incluye además de que deberá ser asistido por un asistente de menores que designe el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

“(A) Artículo 417 BIS. Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al DIF-DF u otra institución avalada por éste, que asista al menor, sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones donde éste sea oído por el Juez en privado, sin la presencia de los progenitores.

Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor. (GODF 02/02/07)”

El asistente de menores es aquel profesional en psicología, trabajo social o pedagogía, adscrito al DIF-DF u otra institución avalada por éste, que asistirá al menor para que sea debidamente escuchado además de la protección psicoemocional. Así mismo podrá solicitar dos cesiones previas a la escucha del menor para facilitar su comunicación libre y espontánea, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor dar cumplimiento a lo solicitado por el asistente del menor.

“Artículo 418. Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.

La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.”

Esta modalidad puede ocasionar serios problemas jurídicos, porque tradicionalmente se ha considerado la tutela como subsidiaria de la patria potestad y, en este caso específico, coexisten tutela y patria potestad, pues la simple custodia del menor no implica la extinción o suspensión de los derechos de los progenitores del menor.

Ahora bien, la parte final de este artículo prevé que esta custodia puede terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad, ”lo que va en contra de la naturaleza de la institución, puesto que la custodia es una relación bilateral, que implica una serie de responsabilidades derivadas de la ley y tienen como fin la protección del menor, razón por la cual debe buscarse su durabilidad y solidez, lo que no se logra al dejar al arbitrio del tutor-custodio su terminación.”

“Artículo 421. Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de autoridad competente.”

El artículo anterior estatuye que durante la minoría de edad, los hijos no podrán abandonar la casa de quienes ejercen la patria potestad sin su autorización o decreto de autoridad competente. Tampoco pueden comparecer en juicio o contraer obligaciones sin el consentimiento de quien tenga el ejercicio de aquélla o, en su caso, del Juez, pues ellos son sus legítimos representantes y administradores legales de los bienes que les pertenecen, los cuales a su vez se dividen en bienes que adquieren por su trabajo y bienes preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa autorización judicial.

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:

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

Y ya sea pérdida o suspensión por no permitir que se lleven a cabo las convivencias por las personas que por decreto de autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente se establezcan, esto lo encontramos ya establecido en el artículo anterior, como un esfuerzo del legislador por conservar las relaciones entre padre-hijo o madre-hijo según sea el caso.

2.5.-Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Todos los problemas inherentes a la familia, se consideran de orden público, por constituir ésta la base de la sociedad, el juez de lo familiar esta facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afectan a la familia, De acuerdo a lo que establece el artículo 159 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en vigor, textualmente dice:

“De las cuestiones sobre estado o capacidad de las personas y en general de las cuestiones familiares que requieran intervención judicial, sea

cual fuere el interés pecuniario que de ellas dimanare, conocerán los jueces de lo familiar.”

Dentro de las reformas al Código de Procedimientos Civiles, publicadas en la gaceta oficial el 2 de febrero del año 2007, se reforman y derogan artículos a este titulo decimosexto, del 941 Bis al 941 Sextus, relativos al régimen de visitas y convivencias de los menores hijos con sus progenitores y parientes, facultades específicas otorgadas al juez familiar respecto a dicho régimen, guarda y custodia, así como denominar al capítulo “Único” como Disposiciones Generales.

“Artículo 941. El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.”

El artículo anterior nos dice que el Juez de lo Familiar esta facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros, a su vez en todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus

planteamientos de derecho, así como a exhortar a las partes para que resuelvan la litis por medio de un convenio.

“Artículo 941 BIS. Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de de los quince días siguientes.

En la sesión donde sean escuchados los menores deberán ser asistidos por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo. Para que tenga verificativo la audiencia respectiva el Juez de lo Familiar tomará en consideración la programación de audiencias que tenga la institución.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

El Juez de lo familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tengan a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

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

Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, este tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de este ordenamiento.(GODF 02/02/07)”

El artículo anterior es un gran avance dentro del orden familiar ya que es bastante explícito al manifestar que solo a petición de parte, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de los menores con sus padres, y que previamente se dará vista a la parte contraria, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que se lleve a cabo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que tendrá lugar dentro de los quince días siguientes.

En la audiencia donde sean escuchados los menores deberán ser acompañados por el asistente de menores correspondiente. Quien tenga la los menores bajo su cuidado los presentará para que sean escuchados por el juez y el ministerio publico adscrito sin la presencia de sus padres y solo en compañía del asistente de menores.

En la audiencia el juez de lo familiar tomará en consideración la opinión del asistente de menores y valorando todos los elementos que tenga a su disposición entre ellos las evaluaciones psicológicas del menor y de quienes solicitan su guarda y custodia así como el derecho de convivencia para quien no le sea otorgada la guarda y custodia.

Así mismo el progenitor que tenga decretada la guarda y custodia del menor llegue a cambiar de domicilio este tiene la obligación de avisar con antelación al juez de lo familiar y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y numero telefónico para mantener la convivencia y comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.

Esto es cuando cambia de residencia el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al juez y a quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia. Y en caso de no hacerlo el juez tomara la medida de apremio que estime pertinente mismas que se encuentran en el artículo siguiente:

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

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

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

III. El cateo por orden escrita;

IV. El arresto hasta por treinta y seis horas;

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte a la autoridad competente.”

Estas medidas de apremio no tienen suficiente poder coercitivo para cumplimentar las resoluciones ya que en la realidad, los progenitores prefieren ser apercibidos e incluso llegar hasta el arresto que entregar al menor y la mayoría de las ocasiones solo es por fricciones entre los progenitores, ubicando en un segundo plano el bienestar de su menor hijo, que debido a su negativa de entregarlo a la persona a cuyo favor se decreto la guarda y custodia, o a la inversa el progenitor que no permite la convivencia entre el menor y el otro progenitor o sus familiares, lo cual va en contra del interés superior del menor, lo que desencadena inestabilidad física y emocional en el mismo.

“(R) Artículo 941 TER. El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.

Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, períodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando éstos ya acudan a centros educativos.

El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor. En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración psicoemocional que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independiente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.

En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.

Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.(GODF 02/02/07) ”

El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, en diversos días de la semana, fuera del horario de clases y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas

actividades. Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, períodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando éstos ya acudan a la escuela, en su periodo de vacaciones, cuando consulten al médico o estén en rehabilitación.

El juez de lo familiar antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance, no será obstáculo para regular el derecho de convivencia de manera provisional, el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, así mismo el juez de lo familiar solicitará valoración psicológica que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista indagatoria al respecto, con el fin de salvaguardar la integridad física y psicológica de los menores.

El juez de lo familiar, podrá ordenar que la convivencia, se realice en los centros e instituciones designados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.

No se otorgarán las convivencias cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los menores.

Artículo 941 QUATER. Derogado. (GODF 02/02/07)

Artículo 941 QUINTUS. Derogado. (GODF 02/02/07)

Artículo 941 SEXTUS. Derogado. (GODF 02/02/07)

2.6.-Otras disposiciones relacionadas.

La **Convención sobre los Derechos del Niño** que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, aprobada por el Senado de la República el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, ratificada por México el veintiuno de septiembre del precitado año, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa y uno.

Por lo que se refiere a la Convención sobre los derechos de los niños, en ella se recogen varios derechos de libertad, económicos, sociales y culturales de los niños. Hay que destacar que el artículo 1o. define a los “niños” como todos los individuos menores de 18 años.

Por su parte los artículos 3, 7, 9, 18, 19, 20 y 27 mencionan lo siguiente:

“Artículo 3.

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

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

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”⁵

El artículo anterior nos menciona que una consideración primordial a que deben atender será el interés superior del menor, en todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos

⁵ Convención sobre los derechos de los niños, Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Federación, México 2006.

legislativos.

Así mismo tenemos que 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 tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas con ese fin. Y por ultimo serán ellos los que 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.

“Artículo 7.

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, **en la medida de lo posible**, a conocer a sus padres y **a ser cuidado por ellos....**”⁶

Esto es que los estados partes velarán por la aplicación de estos derechos en nuestro caso específico a que en la medida de lo posible el menor sea cuidado por sus padres de conformidad con nuestra legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes.

“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

⁶ Ídem.

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....”⁷

Este artículo nos menciona que serán los estados partes quienes velarán por los menores para que estos no sean en la medida de lo posible separados de sus padres salvo resolución judicial que así lo determine por casos de maltrato o descuido por parte de sus padres, en cuyo caso se ofrecerá a las partes interesadas la oportunidad de dar a conocer sus opiniones dentro del procedimiento pertinente, así mismo estos mismos estados respetaran el derecho de convivencia del menor que se encuentre separado de uno o ambos padres de manera regular, salvo si ello es contrario al 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

⁷ Ídem.

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.”⁸

Como podemos observar la convención en este artículo dice que los estados partes buscarán la forma de garantizar el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del menor. Así mismo los estados parte darán la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

“Artículo 19.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender,

⁸ Ídem.

según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”⁹

En este artículo la convención establece que serán los estados quienes tonaran las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas necesarias para proteger a los menores contra toda forma de perjuicio como el abuso físico o mental, el descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, el abuso sexual, de su representante legal o de quien lo tenga a su cargo.

Además de esas medidas de protección deberán de comprender los procedimientos necesarios para el establecimiento de programas sociales con el fin de proporcionar asistencia tanto a los menores como a quienes los cuidan, así mismo poder intervenir judicialmente de oficio, en los casos mencionados.

Ahora analizaremos la **Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**, esta desarrolla varios de los derechos contenidos en la Convención sobre los derechos de los niños, creando también un mandato para las autoridades encargadas de la procuración de justicia a fin de que cuenten con personal capacitado para la efectiva procuración de los derechos establecidos en la misma ley.

“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 son de orden público, interés social y de observancia general en toda la República Mexicana y tiene por objeto garantizar a niñas, niños y

⁹ Ídem.

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.”¹⁰

La presente ley encuentra su fundamento en nuestra constitución, tiene por objeto proteger a los derechos fundamentales que la constitución les otorga a los menores de edad y los encargados de dar cumplimiento a esta ley serán la federación, el distrito federal, los estados y los municipios.

“Artículo 2. Para los efectos de esta ley, son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos (sic), y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos.”¹¹

Como se puede observar este artículo define que son niños las personas de hasta 12 años incompletos y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 años incumplidos a ellos se les conoce como menores de edad.

“Artículo 3. 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.

Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

A. El del interés superior de la infancia.

¹⁰ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Federación, México 2006.

¹¹ Ídem.

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.”¹²

Como se puede observar el fin del artículo anterior es la protección de los derechos de los menores, tiene como finalidad su sano desarrollo tanto de forma física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad, sus principios son: el del interés superior de los menores, el de la no discriminaciones de los mismos, el de igualdad, el de vivir en familia, sin violencia y la asistencia que requieren los miembros de la familia, el estado y la sociedad para garantizar los derechos humanos y constitucionales para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social, misma ayuda entre los miembros de la familia, el estado y la sociedad.

“Artículo 7. Corresponde a las autoridades o instancias federales, del Distrito Federal, estatales y municipales en el ámbito de sus atribuciones, la **de asegurar a niñas, niños y**

¹² Ídem.

adolescentes 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 madres, padres, y demás ascendientes, tutores y custodios, u otras personas que sean responsables de los mismos. De igual manera y sin perjuicio de lo anterior, es deber y obligación de la comunidad a la que pertenecen y, en general de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio en el ejercicio de sus derechos.

El Gobierno Federal promoverá la adopción de un Programa Nacional Para la Atención de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, en el que se involucre la participación de las entidades federativas y municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, así como del sector privado y social, para la instrumentación de políticas y estrategias que contribuyan al cumplimiento de la presente ley y garantice el mejoramiento de la condición social de niñas, niños y adolescentes. ¹³

Como podemos observar en este artículo los encargados de implementar las medidas necesarias para promover una cultura de protección de los derechos de los menores, basada en la Convención Sobre los Derechos del Niño son las autoridades federales, del Distrito Federal, estatales y municipales que dentro de sus funciones deben estar la protección y el ejercicio de los derechos de los menores y tomar medidas necesarias para tal efecto tomando en cuenta los derechos y deberes de sus padres y demás ascendientes, tutores y custodios, u otras personas que sean responsables de los mismos.

Así mismo el gobierno federal promoverá los programas necesarios en el que se involucren las entidades federativas y municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias, así como del sector privado y social, para la

¹³ Ídem.

creación de estrategias que ayuden a garantizar el mejoramiento de la condición social de los menores.

“Artículo 23. Niñas, niños y adolescentes tienen **derecho a vivir en familia**. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos 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, así como de procedimientos en los que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas incluidas niñas, niños y adolescentes...”

El artículo anterior hace referencia al derecho de vivir en familia, el derecho de convivencia de los padres o de los familiares con los menores.

Así mismo a que solamente sean separados de sus progenitores mediante sentencia u orden preventiva que decrete la separación y de conformidad con nuestras leyes, a su vez de garantizar el derecho de audiencia de todas las partes interesadas.

“Artículo 24. Las autoridades 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**.

Asimismo, 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.”¹⁴

Como se puede observar el artículo anterior dice que son las autoridades las que establecerán normas y procedimientos necesarios para que los menores cuyos padres se encuentren separados tengan el derecho de convivencia con ellos, salvo que la autoridad de acuerdo a la ley establezca que ello es contrario al interés superior del menor.

A su vez la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a convivencia familiar se refiere ha establecido lo siguiente:

RÉGIMEN DE CONVIVENCIA FAMILIAR Y VISITA A LOS HIJOS. NO DEBE CONDICIONARSE AL CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES....en todas las medidas concernientes a los niños y niñas que tomen las instituciones públicas y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, considerarán primordialmente que se atienda al interés superior del niño, de acuerdo con el artículo 3 de dicha convención. Consiguientemente, cuando se resuelva decretar un régimen de visitas entre un menor y alguno de sus progenitores no procede condicionarse la convivencia paterno-filial al previo consentimiento de dicho menor, pues dada su incapacidad para decidir lo que más le convenga, no puede quedar a su voluntad la verificación de la convivencia ya resuelta, amén de que lejos de beneficiarle ello le perjudica, puesto que el mencionado infante podría verse influenciado por factores externos a su real manera de pensar y sentir, es decir, se propiciaría que mediante la influencia de alguno de los progenitores se evitara la convivencia determinada, sin que derivase ello de la decisión personal de dicho menor.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 515/2004. 13 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Vicente Salazar López.¹⁵

¹⁴ Ídem.

La anterior tesis falla a favor del progenitor que al momento de decretarse un régimen de visitas entre un menor y alguno de sus progenitores no procede condicionarse la convivencia paterno-filial al previo consentimiento de dicho menor, pues dada su incapacidad para decidir lo que más le convenga, no puede quedar a su voluntad la verificación de la convivencia ya resuelta, salvo que dicha convivencia en lugar de beneficiarle le perjudique, puesto que el menor podría verse influenciado por factores externos en su manera de pensar y sentir, es decir, que mediante la influencia de alguno de los progenitores o bien por otro familiar se evitara la convivencia determinada, sin que derivase ello de la decisión personal de dicho menor.

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.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 466/2004. 4 de noviembre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Gómez Argüello. Secretaria: Delia Aguilar Quiñonez.¹⁶

La tesis anterior nos habla de que en un juicio de divorcio voluntario si las partes celebran convenio donde se pactan los días y horas en que el padre

¹⁵ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXI, Febrero de 2005, Tesis: II.2o.C.487 C, Página: 1765.

¹⁶ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XX, Diciembre de 2004, Tesis: XIII.2o.9 C, Página: 1321.

podrá convivir con sus menores hijos, el cual se eleva a la categoría de cosa juzgada, la otra parte no puede impedir que aquél ejerza ese derecho.

Porque sería tanto como dejar a consideración de un particular el cumplir o no lo concertado en dicho convenio que a alcanzado el grado de cosa juzgada, pues de existir alguna causa que pueda afectar a los menores, física o psicológicamente con la convivencia pactada, procedería tramitar el cecee de la misma mediante un juicio autónomo en el que se decida si se suspende o no dicha convivencia.

CONVIVENCIA FAMILIAR. EN LAS SENTENCIAS QUE SE DICTEN EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO O DE GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, ES OBLIGACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL PRONUNCIARSE, AUN DE OFICIO, RESPECTO A ESE RÉGIMEN (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). De conformidad con el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación con los diversos artículos 416 y 417 del mismo ordenamiento legal, en las sentencias que se dicten en los juicios de divorcio o de guarda y custodia de menores, el Juez de primer grado o, en caso de omisión, el tribunal de apelación, tienen la obligación de pronunciarse, aun de oficio, respecto del régimen de convivencia de los menores hijos con el progenitor que se encuentra separado de ellos, debiendo tener en cuenta para ello el interés superior de los menores, las circunstancias especiales del caso concreto y las posibilidades y condiciones específicas de cada uno de los padres, excepto cuando exista la certeza de que tal convivencia resulte riesgosa o perjudicial para el o los menores.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 698/2003. 24 de noviembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretaria: Alicia Avendaño Santos.¹⁷

¹⁷ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XIX, Abril de 2004, Tesis: I.11o.C.96 C, Página: 1407.

La tesis anterior se refiere a que será el juez quien tiene la obligación de oficio de pronunciarse respecto al régimen de convivencia de los menores hijos con el progenitor que se encuentra separado de ellos y que se deberá tener en cuenta el interés superior de los menores, las circunstancias especiales del caso concreto y las posibilidades y condiciones específicas de cada uno de los padres, excepto cuando exista la certeza de que tal convivencia resulte riesgosa o perjudicial para el o los menores.

CONVIVENCIA FAMILIAR DE MENORES. DEBE GUARDAR UN JUSTO EQUILIBRIO CON LOS PROGENITORES QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD, PARA LOGRAR EL DEBIDO Y SANO DESARROLLO DE LOS HIJOS QUE PERMANEZCAN JUNTO A LA MADRE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). De una sistemática y objetiva intelección del texto de los artículos 4.202, 4.203, 4.204 y 4.205 del actual Código Civil para el Estado de México, se sigue que los padres al ejercer la patria potestad tienen pleno derecho a convivir con los hijos; de ahí que cuando éstos permanezcan al lado de su madre se actualiza su derecho natural de convivir con el progenitor que no tenga a su cargo la custodia, ello cuando inexistiera algún elemento que patentiza que el hecho de que el hijo sea separado temporalmente de su madre, para convivir con su padre, le perjudicase física o emocionalmente, y tampoco conste que la convivencia paterno-filial pudiera comprometer la salud, seguridad o moralidad del niño. Consiguientemente, es concluyente que tanto los menores hijos como su padre tienen pleno derecho a la convivencia, por contar con la capacidad derivada de la paternidad para orientar y atender las necesidades más elementales de esos menores, como cuidarlos y aconsejarles adecuadamente, en tanto es inadmisibles que solamente la madre y dichos hijos guarden una gran dependencia mutua, y aún así, ello no es un hecho que impidiera la convivencia periódica, constante y amplia con el progenitor, con el fin de perseverar en un sano desarrollo de los infantes.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 433/2003. 1o. de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.¹⁸

Esta tesis es muy clara al pronunciar que los padres al ejercer la patria potestad tienen pleno derecho a convivir con sus hijos.

Así mismo que cuando éstos permanezcan al lado de su madre se actualiza su derecho natural de convivir con el progenitor que no tenga a su cargo la custodia, ello cuando no exista algún hecho de que le perjudicase física o emocionalmente y tampoco conste que la convivencia paterno-filial pudiera comprometer la salud, seguridad o moralidad del niño.

Por consiguientemente, los menores hijos como su padre tienen el derecho a la convivencia, por contar con la capacidad derivada de la paternidad para orientar y atender las necesidades más elementales de sus menores, como cuidarlos y aconsejarlos adecuadamente.

Además no admite que solamente la madre y dichos hijos tengan una gran dependencia mutua, ello no es un hecho que impedirá la convivencia amplia, periódica y constante con el otro progenitor, con el fin de perseverar un sano desarrollo de los menores.

CONVIVENCIA FAMILIAR. PUEDE PROMOVERSE EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA O EN UN JUICIO AUTÓNOMO. Aun cuando en la sentencia de divorcio no se haya hecho pronunciamiento respecto a la convivencia familiar, de conformidad con el artículo 283 del Código Civil, los Jueces gozan de las más amplias facultades para resolver, en la sentencia de divorcio, 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 cuidado de los hijos; por lo que si en la sentencia de divorcio se resolvió que

¹⁸ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVIII, Septiembre de 2003, Tesis: II.2o.C.424 C, Página: 1360.

ambos cónyuges conservarían la patria potestad de sus menores hijos, y que la guarda y custodia quedaría a cargo de uno de ellos, la fijación de reglas para la convivencia familiar, como un derecho de los padres, inherente a la patria potestad, bien puede pedirse en juicio autónomo o mediante incidente después de concluido el juicio de divorcio.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 4940/99. Lucía López Calzada y Adolfo Ramos Lemus. 28 de enero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Rafaela Reyna Franco Flores, secretaria de tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada. Secretaria: Leticia Araceli López Espíndola.¹⁹

La tesis anterior menciona que son los jueces los que gozan de las más amplias facultades para resolver, en la sentencia de divorcio, todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según se de el caso, y en especial la custodia y cuidado de los menores.

Cuando en la sentencia de divorcio se resuelva que ambos cónyuges conservan la patria potestad de sus menores hijos, y que la guarda y custodia quedara a cargo de uno de ellos.

En la misa se fijarán las reglas para la convivencia familiar, como un derecho de los padres, inherente a la patria potestad, o bien puede pedirse en juicio autónomo o mediante incidente después de concluido el juicio de divorcio.

CONVIVENCIA FAMILIAR, DERECHO DE. NO PUEDE RESTRINGIRSE, AUNQUE EL DEMANDADO TENGA UNA INCAPACIDAD FÍSICA PARCIAL. Cuando en un juicio de divorcio se declara la disolución del

¹⁹ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Marzo de 2000, Tesis: I.4o.C.36 C, Página: 976.

vínculo matrimonial, y por haber un hijo menor de edad queda a cargo de la madre su custodia, estableciéndose las visitas de convivencia familiar del padre con su hijo por ser benéficas al menor, tal aspecto no puede restringirse con el argumento de que el demandado tiene una incapacidad física que no le permitiría cuidar adecuadamente de dicho menor; ciertamente debe de notarse que la prohibición de la convivencia familiar puede acarrear serias consecuencias, incluso de índole sociológico y psicológico, en ocasiones irreparables por repercutir en la vida de un hijo, y de ahí que la incapacidad física parcial del padre no puede considerarse como una causa que impida la convivencia familiar autorizada, máxime si no se aporta ningún medio de convicción para que se prive justificadamente al padre de ese derecho de convivencia paterno-filial; por tanto, es de concluir que no probada una causa para la restricción de la convivencia ordenada, la sentencia respectiva no puede ser conculcatoria de garantías.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 960/98. Erika González González. 26 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.²⁰

La anterior tesis menciona que en un juicio de divorcio en el que se decreta la disolución del vínculo matrimonial, y por haber un hijo menor de edad quede a cargo de la madre su custodia, estableciéndose las visitas de convivencia familiar del padre con su hijo por ser benéficas al menor, tal circunstancias no puede restringirse con el argumento de que el demandado tiene una incapacidad física que no le permitiría cuidar adecuadamente de dicho menor; no se puede privar del derecho de convivencia a un padre con capacidades diferentes en vista de que no hay motivo legal para impedirle la convivencia con su menor o menores hijos.

²⁰ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IX, Marzo de 1999, Tesis:II.2o.C.154C, Página: 1384.

Ciertamente debe de notarse que la prohibición de la convivencia familiar puede acarrear serias consecuencias, de índole social y psicológico, en ocasiones irreparables por repercutir en la vida de un menor, y de ahí que la incapacidad física parcial del padre no puede considerarse como una causa que impida la convivencia familiar y mas aun si no se aporta ningún medio probatorio para que se prive injustificadamente al padre de ese derecho de convivencia paterno-filial; por lo tanto, si no hay motivo ni pruebas de una causa justificada para la restricción de la convivencia ordenada en la sentencia respectiva no podrá ser negado tal derecho.

CAPITULO TRES

ANÁLISIS, CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS DE LA CONVIVENCIA FAMILIAR EN EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

Como hemos visto en el capítulo anterior, el marco jurídico de la convivencia familiar es limitado en el Distrito Federal y casi nulo en el Estado de México.

Los divorciantes son los únicos que pueden ejercer la acción para solicitar la regulación de días y horas de convivencia con sus menores hijos.

Esta acción es exclusiva de los divorciantes y en especial de aquel que no tenga la guarda y custodia del o los menores.

Cuando el menor de edad queda bajo la custodia de uno de los divorciantes el otro tiene el derecho de convivencia al igual que sus familiares.

En la problemática de establecer regímenes de convivencia provisionales durante el procedimiento de divorcio y, en su oportunidad definitivo después de la sentencia, en las familias en proceso de desintegración ante el sometimiento de la controversia ante autoridad judicial, siempre influyen sentimientos de rencor, orgullo e intolerancia que dificultan establecer acuerdos benéficos para los hijos, y por otro lado, cuando se logra fijar una convivencia, ya sea por voluntad de las partes o por decisión judicial, nos enfrentamos con la irracionalidad humana la cual dificulta el cumplimiento de la convivencia, ya que si aquélla se ejecuta en el domicilio del progenitor que tiene a su cargo la custodia de los hijos o en el de quien tiene derecho a convivir, la misma se ve afectada, ya sea porque una de las familias de los padres se oponen a que se realice o porque quien tiene la guarda y custodia no permite que se lleve a cabo por múltiples sentimientos que influyen de forma negativa y dificultan conservar las relaciones filiales.

En tales supuestos, los menores tienen una esfera de protección insuficiente y precaria que los convierte en sujetos de vulnerabilidad y en algunas situaciones en desventaja social. Lo cual lleva a controversias de

carácter jurídico familiar, esto genera serios conflictos en materia social. Para superar tal situación, urge armonizar los derechos de sus ascendientes y parientes a convivir con ellos, siempre en busca del bienestar de los menores y el cumplimiento de sus derechos.

3.1.-Régimen de visitas y convivencia en el Código Civil para el Distrito Federal y su comparación en el Código Civil del Estado de México.

En el Distrito Federal el régimen de visitas y convivencia no se encuentra regulado en un artículo en específico, sin embargo encontramos dos artículos que en el caso de quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva de los menores hijos y realice actos dirigidos al menoscabo del derecho de convivencia del otro progenitor con los menores sea sancionado con la pérdida de la custodia e incluso la pérdida de la patria potestad. Dichos artículos pertenecen al Código Civil para el Distrito Federal sin embargo con las reformas del 2 de febrero del 2007 que a la letra dicen:

“Artículo 417. Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tenga la custodia, tiene el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

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

(A) El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá

decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.

Antes de las reformas el artículo 417 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contempla que quienes ejerzan la patria potestad, deben procurar el respeto y acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también la ejerza, debiendo ambos progenitores evitar cualquier manipulación encaminada a producir en los menores, rechazo hacia el otro progenitor.

En el párrafo tercero de este artículo nos dice específicamente que el Juez de lo Familiar, podrá hacer uso de la facultad de decretar un cambio de guarda y custodia, en caso de no permitirse la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma, como medio de coerción para que se lleve a cabo la convivencia.

“(R) Artículo 417. En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores.

A efectos de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.(GODF 02/02/07)”

Con las reformas del 2 de febrero del 2007 se establece que sin importar la edad del o los menores deberán ser oídos en el juicio que les incluye además de que deberá ser asistido por un asistente de menores que designe el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

“Artículo 447. La patria potestad se suspende:
VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.”

Y ya sea pérdida o suspensión por no permitir que se lleven a cabo las convivencias por las personas que por decreto de autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente se establezcan, esto lo encontramos ya establecido en el artículo anterior, como un esfuerzo del legislador por conservar las relaciones entre padre-hijo o madre-hijo según sea el caso.

Dentro de las reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicadas en la gaceta oficial el 6 de septiembre del año 2004, se adicionan a este los artículos 941 al 941 Sextus, relativos al régimen de visitas y convivencias de los menores hijos con sus progenitores y parientes, facultades específicas otorgadas al juez familiar respecto a dicho régimen, guarda y custodia, así como denominar al capítulo “Único” como Disposiciones Generales.

En lo que respecta al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, tenemos que el juez pondrá las medidas necesarias para que se den las visitas y la convivencia sobre los menores hijos como lo señalan los artículos siguientes:

“Artículo 2.59. El juez, según las circunstancias del caso, proveerá lo conducente a la guarda y custodia,…”

“Artículo 2.60. Si los cónyuges tuvieren hijos menores de edad, propondrán la forma y términos de su guarda y custodia decidiendo el Juez, a su criterio, de acuerdo a las circunstancias.”

“Artículo 2.61. Cualquier reclamación de los cónyuges respecto a la guarda y custodia de los hijos, se decidirá incidentalmente.”

No obstante los artículos mencionados, los vacíos legales del Código Civil para el Estado de México y la poca normatividad en el Código Civil para el Distrito Federal en materia Familiar son evidentes, lo cual lleva a controversias de carácter jurídico que generan serios conflictos en materia social.

Si bien la familia es la base de la sociedad, ésta debería tener una esfera de protección más amplia. Aspecto que no ha sido regulado adecuadamente.

Por lo que es necesario establecer un capítulo específico que defina, establezca y regule la convivencia de los menores sujetos a la patria potestad con sus progenitores y sus familiares, así como una institución o autoridad que apoye a los jueces de lo familiar en cerciorarse y verificar que efectivamente se este dando la convivencia familiar dictada por el Juez de lo familiar en sentencia, por consiguiente alcanza el carácter de cosa juzgada o que mediante convenio celebrado entre las partes y aprobado por el juez, de igual modo este alcanza el carácter de cosa juzgada.

Mencionamos lo anterior por la creación del CENTRO DE CONVIVENCIA FAMILIAR SUPERVISADA “CONSUELO GUZMAN MEDINA.” una institución cuyo principal objetivo es velar por que se lleve acabo la convivencia familiar en el distrito federal. Inaugurado el 27 de septiembre del año 2000.

El objetivo del Centro de Convivencia Familiar Supervisada es el de proporcionar un lugar digno, decoroso y seguro donde se den no sólo la supervisión de convivencias entre padres e hijos, sino también la supervisión en las entradas y regresos de menores. Es por ello que el centro busca acoger a padres e hijos que enfrentan una situación de divorcio, para propiciar encuentros entre los menores y el padre que no tiene la custodia, que de otra manera sería imposible mantener.

La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal define en su artículo 169 al Centro de Convivencia Familiar Supervisada como el órgano del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 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 de lo Familiar ésta no puede realizarse de manera libre o se ponga en riesgo el interés superior del menor.

“Artículo 169 El Centro de Convivencia Supervisada es un órgano del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal 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 de lo Familiar, ésta no puede realizarse de manera libre o se ponga en riesgo el interés superior del menor.”

Los servicios del Centro de Convivencia Supervisada, se otorgarán de forma gratuita en sus instalaciones.

El Centro de Convivencia Supervisada será administrado y vigilado por el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, el cual expedirá las bases para su organización y funcionamiento.

El Centro de Convivencia Supervisada estará integrado por Director, dos Subdirectores y el cuerpo de trabajadores sociales y psicólogo necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Deberá igualmente, contar con los Secretarios Auxiliares que sean necesarios para dar fe.

“Artículo 167 El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, contará con una Unidad de Trabajo Social, cuyo principal objetivo será auxiliar a Magistrados, Jueces, al Centro de Convivencia Supervisada y al Servicio Médico Forense, en los casos en que la Ley lo prevé. Contará con un Jefe y con el número de trabajadores sociales y el personal de apoyo administrativo necesario.”

Como ya se ha visto, su misión principal es dar a los niños un medio seguro y de apoyo para visitar al padre que no tiene la guarda y custodia del menor. Sus objetivos son:

Facilitar los encuentros paterno o materno filiales, cuando no puede llevarse a cabo una sana relación en el seno familiar;

Minimizar los riesgos de daños físicos o psicológicos de los miembros de la familia involucrados en un juicio, y coadyuvar al sano desarrollo emocional de los integrantes de la familia.

Los servicios del Centro de Convivencia Supervisada tienen lo necesario para beneficiar a muchos niños y a sus padres. La seguridad y bienestar de los infantes es promovida junto con la tranquilidad de ambos padres durante la visita. A lo largo de la estancia de los miembros de la familia, se brinda la ayuda que asegure que la visita estará libre de amenazas contra el niño o alguno de los padres.¹

La estructura del Centro de Convivencia Supervisada cuenta con una Dirección, una Subdirección, una Subdirección Administrativa y una Subdirección de Evaluación Psicológica.

A) DIRECCIÓN

Tiene como objetivos coordinar las actividades que se llevan a cabo en cada una de las áreas que integran el centro de convivencia, así como vigilar la correcta operación del mismo, a efecto de llevar a cabo la supervisión de convivencias.

Entre sus funciones destacan:

Mantener comunicación permanente con la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia, así como con el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal y demás instancias.

Coordinar y dirigir las acciones sobre el funcionamiento integral del centro.

¹ Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, El Centro de Convivencia Supervisada, 1ª. Edición, , pág. 57, impreso y hecho en México, 2003.

Supervisar la correcta aplicación de las normas y procedimientos administrativos en materia de recursos humanos y materiales que emita el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.

Resolver las controversias que se citen durante el desarrollo de las convivencias realizadas.

Verificar la correcta expedición de copias certificadas que le sean solicitadas por las autoridades competentes.

Proponer la implementación de nuevas modalidades de convivencias, que propicien la optimización de las mismas.

Proporcionar la comunicación e intercambio de técnicas con organismos semejantes a nivel estatal, nacional e internacional.

B) SUBDIRECCIÓN JURÍDICA

El objetivo de la Subdirección Jurídica es atender los asuntos que en materia legal sean necesarios para el buen funcionamiento del Centro, vigilando que éstos se apeguen a lo establecido por las leyes y demás ordenamientos aplicables.

Las principales funciones de esta Subdirección son:

Atender y asesorar a los usuarios del centro de convivencia en cuanto a las disposiciones que, sobre los casos en particular, dicte la autoridad judicial.

Expedir las copias certificadas y documentos que le sean solicitados, mediante mandamiento de la autoridad competente que funde y motive la casa de su requerimiento.

C) SUBDIRECCIÓN ADMINISTRATIVA

Tiene como objetivo: administrar los recursos humanos y materiales asignados al centro, vigilando su correcto aprovechamiento, así como gestionar

los servicios generales que se requieren, con base en la normatividad y procedimientos establecidos.

Sus principales funciones son:

Supervisar y dar seguimiento a los oficios que llegan de las Salas y Juzgados solicitando convivencias o entregas supervisadas.

Programar semanalmente las convivencias y entregas a supervisar por los trabajadores sociales.

Administrar el sistema informático.

Elaborar los reportes a Magistrados y Jueces.

Participar en la elaboración de programas de capacitación y adiestramiento, así como en los de reclutamiento, selección y desarrollo del personal.

Explicar e informar a los iniciados participantes de las convivencias el funcionamiento y reglamento del centro.

Llevar a cabo el registro y control de asistencia y puntualidad del personal.

Asegurarse que los requerimientos de suministros de bienes de consumo y servicios básicos se cubran oportunamente para el desarrollo de las actividades del centro.

D) CUERPO DE TRABAJADORES SOCIALES

El Centro se encarga de seleccionar escrupulosamente a todo su personal, de tal manera que cada miembro que ingrese a la institución tenga las aptitudes para desarrollar su labor de manera eficiente.

Las funciones que desempeñan son las siguientes:

Asegurar que las convivencias y entregas se den conforme a la orden del Juez y según lo convenido, con una actitud de neutralidad hacia las partes en conflicto.

Llevar un registro de las convivencias y entregas, así como el reporte de las mismas.

Facilitar la relación del menor con el padre o la madre, según el caso, durante la convivencia.

Sugerir acciones para el mejor desempeño de la convivencia.

Intervenir cuando sea necesario, para asegurar el bien del niño.

Encargarse de que el menor reciba todas las atenciones necesarias para su desarrollo según lo estipulado por las partes (medicación, dieta, cuidados).

Los criterios para determinar el número y tipo de trabajadores sociales en cada convivencia son los siguientes.

Naturaleza y factores de riesgo;

Tipo de supervisión que se requiera por parte de los padres;

Número y edad de los niños que estarán en la convivencia;

Número de personas que convivirán con el niño;

Condiciones físicas de las personas que conviven, y

Duración de la convivencia.

Los trabajadores sociales se encargan de realizar los reportes de manera fidedigna e imparcial. La información que se remite a diferentes Salas y Juzgados es puramente descriptiva, donde se relata lo más importante sin evaluar las condiciones en que se dio la convivencia.

En ellos se señala de manera particular:

1. Los sucesos de cada convivencia que es programada o de cada entrega, incluyendo la fecha, la hora y la duración de la visita;
2. Quienes asistieron a la visita;
3. Un resumen de las actividades durante la visita;
4. Las principales intervenciones llevadas a cabo por el personal del centro, para facilitar la convivencia;
5. Un recuento de los incidentes críticos, si hubiere alguno;
6. Cualquier asunto que no esté contemplado en las órdenes de los Jueces o Magistrados Familiares;
7. Cualquier suceso que no haya permitido cumplir con los términos y las condiciones de la convivencia, y
8. Cualquier incidente de conducta inapropiada dentro del centro.

En caso de que se presente una situación especial o cuando el Juez o Magistrado así lo ordenen, se realizará un reporte ampliado de la visita.

D) SUBDIRECCIÓN DE EVALUACIÓN PSICOLÓGICA

Los Magistrados y jueces del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal han solicitado evaluaciones psicológicas para contar con información que pueda apoyarles en sus decisiones. Entre las instituciones públicas que han brindado respaldo, podemos mencionar al Hospital Psiquiátrico “Fray Bernardino Álvarez”, al Hospital Psiquiátrico infantil “Juan N. Navarro” de la Secretaría de salud, a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal a través del Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), y al Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (SEMEFO).

Debido al aumento en el índice de divorcios en el Distrito Federal, los juzgadores han incrementado su demanda de estudios psicológicos. Por lo

anterior, el Consejo de la Judicatura aprobó, en septiembre de 2002, la creación de una Subdirección de Evaluación Psicológica como un recurso técnico especializado y oportuno para auxiliar en la toma de decisiones legales que inciden en la vida de la familia.

El objetivo fue el de brindar elementos técnicos en el área de Psicología a los Magistrados y Jueces de lo Familiar para ser utilizados como apoyo en los procesos legales.

El Centro de Convivencia Familiar Supervisada integra un nuevo servicio que complementa los que ha ofrecido desde el inicio, en beneficio de las familias que encuentran la ruptura y la reestructuración.

APOYOS DEL CENTRO

El Centro de Convivencia se ve favorecido a través de otros recursos del propio Tribunal tales como:

La unidad de Trabajo Social, que cuenta con personal capacitado en trabajo social, asiste al centro cuando éste lo solicita y brinda apoyo para la supervisión de las convivencias, en los casos en que la ley lo prevé.

El Servicio Médico Forense presta una oportuna ayuda a través de su personal, el cual acude a certificar cualquier tipo de asunto médico, en relación a los menores, que se suscite al interior del centro, o sobre el estado físico en el que se presentan los padres a convivir con sus hijos.

La Dirección de Asuntos Jurídicos, colabora para responder a los asuntos jurídicos relacionados con el centro.

Como se puede ver esta institución es el medio en el que Magistrados y Jueces Familiares se apoyan para que las sentencias que emiten sean cumplidas.

3.2.-Aspectos considerados por parte del Juez Familiar para determinar quién de los padres tendrá la guarda y custodia del menor.

El poder judicial, con el transcurso del tiempo, ha aplicado diversos criterios sobre los que descansan sus resoluciones relativas a la situación de guarda y custodia de los hijos en los casos de divorcio de sus padres. Los cuales han descansado sobre el principio del interés superior del niño, de conformidad con la interpretación que a los casos concretos convinieren, y que determinan la conformación de este grupo de criterios que tienen como fin establecer y garantizar los deberes y responsabilidades de los padres para con sus menores hijos y el derecho de convivencia de éstos para con aquéllos.

Estos criterios presentados son para atender la evolución de la sociedad y de los intereses jurídicos que se pretenden proteger en un orden jurídico; se fundamenta las obligaciones de crianza de quienes ejercen la patria potestad.

En las resoluciones del poder judicial, se podrán observar los considerándolos tomados por el juzgador en atención a las necesidades y circunstancias del caso concreto como:

La relación de los hijos con sus padres, y en su caso con cualquier otra persona por la que el menor tenga un afecto significativo, por ejemplo: los abuelos paternos y maternos o parientes por consanguinidad, ascendientes o colaterales.

La estabilidad en las condiciones de vida del menor. La edad y la preferencia del menor si es suficientemente grande para expresar una preferencia relevante o significativa. El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en los que se desarrollará el menor.

Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional, así como en el bienestar del menor, como los recursos financieros, las adicciones que tenga alguno de los padres ya sea alcoholismo y las drogas como impedimento, al igual que la inestabilidad mental o emocional y la discapacidad física en este ultimo caso, cuando se trata de enfermedades crónicas, con frecuencia en hospitalización.

Lo anterior nos refiere a que será el juez quien tiene la obligación de oficio de pronunciarse respecto al régimen de convivencia de los menores hijos con el progenitor que se encuentra separado de ellos y que se deberá tener en cuenta el interés superior de los menores, las circunstancias especiales del caso concreto y las posibilidades y condiciones específicas de cada uno de los padres, excepto cuando exista la certeza de que tal convivencia resulte riesgosa o perjudicial para el o los menores.

El juez discrecionalmente determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de sus hijos podrá visitarlos, comunicarse y tenerlos en su compañía. Cuya discrecionalidad encuentra su fundamento en el artículo 283 del Código Civil vigente para el Distrito Federal que a la letra dice:

“Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores;

II. Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno;

III. Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que solo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores;

IV. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal;

V. Para el caso de los mayores de incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges, en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este artículo para su protección.

(A) Artículo 283 Bis. En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción V del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos. (GODF 02/02/07)

Este artículo fija lo que debe tener la sentencia de divorcio en la que se fijara la situación de los menores para lo cual deberá contener todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores, las medidas necesarias para proteger a los menores de violencia familiar y de cualquier circunstancia que obstaculice su desarrollo, así mismo garantizar la convivencia de los menores con sus padres.

Así mismo la Ley para la Protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, establece algunas consideraciones para el bienestar de los menores como ya se comentaron en el capítulo anterior sin embargo hay algunos artículos que deben ser tomados en cuenta por el juzgador y son los siguientes:

“Artículo 51. Las instituciones podrán contar con órganos consultivos, de apoyo, evaluación y coordinación en el ejercicio de sus funciones, en los que participarán las autoridades competentes y representantes del sector social y privado reconocidos por sus actividades en favor de los derechos de la infancia y adolescencia.”

El Juez de lo Familiar contará con el apoyo de diversas instituciones públicas, podemos mencionar al Hospital Psiquiátrico “Fray Bernardino Álvarez”, al Hospital Psiquiátrico infantil “Juan N. Navarro” de la Secretaría de salud, a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal a través del Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), y al Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (SEMEFO).

“Artículo 41. El derecho a expresar opinión implica que se les tome su parecer respecto de:

A. Los asuntos que los afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen.

B. Que se escuchen y tomen en cuenta sus opiniones y propuestas respecto a los asuntos de su familia o comunidad.”

Esto nos dice que los menores tienen el derecho de ser escuchados y tomados en cuenta en los juicios en que se vean involucrados ya sea directa o indirectamente.

“Artículo 48. Para una mejor defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes a nivel nacional, las instituciones que la Federación, el Distrito Federal, los estados y municipios establezcan, en el ámbito de sus respectivas competencias, contarán con el personal capacitado y serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de tales derechos.”

Esto es para minimizar los daños físicos y psicológicos de los miembros de la familia involucrados en un juicio, para dar a los miembros de la familia los medios necesarios seguros y de apoyo para una mejor transición en los juicios en los que se vean involucrados.

“Artículo 49. Las instituciones señaladas en el artículo anterior, tendrán las facultades siguientes:

A. Vigilar la observancia de las garantías constitucionales que salvaguardan los derechos de niñas, niños y adolescentes, las disposiciones contenidas en los tratados internacionales suscritos por nuestro país en los términos del artículo 133 Constitucional y las previstas en la legislación aplicable.

B. Representar legalmente los intereses de niñas, niños y adolescentes ante las autoridades judiciales o administrativas, sin contravenir las disposiciones legales aplicables.

C. Conciliar en casos de conflicto en el núcleo familiar cuando se vulneren los derechos y garantías de niñas, niños y adolescentes.

D. Denunciar ante el Ministerio Público todos aquellos hechos que se presuman constitutivos de delito, coadyuvando en la averiguación previa.

E. Promover la participación de los sectores público, social y privado en la planificación y ejecución de acciones en favor de la atención, defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

F. Asesorar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado en lo relativo a la protección de sus derechos.

G. Realizar, promover y difundir estudios e investigaciones para fortalecer las acciones en favor de la atención, defensa y protección de sus derechos y hacerlos llegar a las autoridades competentes y a los sectores social y privado para su incorporación en los programas respectivos.

H. Definir, instrumentar y ejecutar políticas y mecanismos que garanticen la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

I. Aplicar las sanciones establecidas en esta ley.

J. Las demás que le confieran expresamente las disposiciones legales aplicables.”

Este artículo es muy claro en cuanto a lo que deben de hacer las instituciones Federales, el Distrito Federal, los estados y municipios en el ámbito de sus respectivas competencias.

“Artículo 52. Las infracciones a lo dispuesto en esta ley serán sancionadas por las instituciones especializadas de procuración que se prevén en este ordenamiento, con multa por el equivalente de una hasta quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.”

“Artículo 53. En casos de reincidencia o particularmente graves, las multas podrán aplicarse hasta por el doble de lo previsto en el artículo anterior e inclusive arresto administrativo hasta por treinta y seis horas. Se entiende por reincidencia que el mismo infractor incurra en dos o más violaciones del mismo precepto legal durante el transcurso de un año, contado a partir de la fecha de la primera infracción.”

“Artículo 54. Las sanciones por infracciones a esta ley y disposiciones derivadas de ella, se impondrán con base, indistintamente, en:

I) Las actas levantadas por la autoridad;

II) Las indagaciones efectuadas por el personal propio o adscrito de la institución especializada de procuración;

III) Los datos comprobados que aporten las niñas, niños y adolescentes o sus legítimos representantes; o

IV) Cualquier otro elemento o circunstancia que aporte elementos de convicción para aplicar la sanción correspondiente.”

“Artículo 55. Para la determinación de la sanción, la institución especializada de procuración estará a lo dispuesto por esta ley y las disposiciones derivadas de ella, considerando, en el siguiente orden:

- I) La gravedad de la infracción;
- II) El carácter intencional de la infracción;
- III) La situación de reincidencia;
- IV) La condición económica del infractor.”

Los artículos anteriormente citados tienen como fin el de garantizar el cumplimiento de los derechos establecidos en esta ley, las leyes federales, del Distrito Federal y de las entidades federativas podrán disponer lo necesario para que se cumpla en todo el país.

3.3.-Régimen de visitas y convivencias.

Hemos señalado que la patria potestad comprende derechos y obligaciones, así como la guarda y custodia del o los menores hijos, lo cual se encuentra implícito en el artículo 413 del Código Civil para el Distrito Federal al señalar “La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores...”

La Suprema Corte de Justicia, sustenta la tesis de que la existencia guarda material de la persona del hijo implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor y constituye una prerrogativa de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, por lo que tal posesión es un medio indivisible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente.

No obstante lo anterior, a diferencia de la figura de la patria potestad, nuestra legislación civil no tiene un capítulo especial que regule la guarda y custodia, ya que se habla de ella en preceptos correspondientes a la nulidad de matrimonio, divorcio voluntario y necesario, filiación y patria potestad entre

otros, los que por cierto no la definen y una u otra expresión la utilizan como sinónimos: sin embargo, a nuestro parecer, es urgente que el legislador se pronuncie al respecto, pues a través de la guarda y custodia se determina con quien y donde permanecerá físicamente el menor, independientemente de que ambos progenitores en atención a la patria potestad que ejercen sobre él, tendrán el mismo cúmulo de obligaciones, aunque los derechos por cuanto hace al progenitor que no la detente, se encuentran limitados a consecuencia de esa determinación.

Cuando los hijos menores se encuentran bajo el cuidado de uno de sus padres, o de un tercero, como los abuelos, es necesario que se fije un régimen de visitas para quien carece de esta con el o los menores, generalmente es el padre y los abuelos.

Como ya mencionamos la guarda y custodia de los hijos menores de edad se determina, en primer orden por el acuerdo de las voluntades de los divorciantes, esto es que las visitas pueden ser acordadas por los padres del menor, para lo cual se efectúa un convenio de régimen de visitas, que se somete a la aprobación del juez en turno en el se establecerá no solo de forma semanal sino también las vacaciones (de invierno y de verano), días festivos o cumpleaños, la forma de cómo estas serán compartidas por los padres y/o abuelos.

A falta de ese acuerdo, en segundo orden por resolución de autoridad judicial competente, esto es, será el juez quien decidirá sobre la convivencia para hacer efectivo el derecho que la ley confiere. Así mismo el juez se puede ayudar de psicólogos, trabajadores sociales y de quien estime pertinente para decretar un régimen de visitas y convivencias con el o los menores ya que son estos el interés superior de la ley.

Tal conclusión deriva del análisis de los artículos 259, 273 fracción I, 282 fracción V, 380 y 416 del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo 259 del Código Sustantivo Civil establece que la sentencia que declare la nulidad del matrimonio, resolverá respecto a la guarda y

custodia de los hijos, el suministro de sus alimentos y la forma de garantizarlos, para lo cual el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos; de no haber acuerdo, el juez resolverá atendiendo las circunstancias del caso. Por su parte, el diverso numeral 273 en su fracción I de dicho ordenamiento, relativo al divorcio por mutuo consentimiento, señala que en el convenio que deberá acompañarse a la solicitud, entre otras cuestiones debe indicarse la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores de edad.

En tanto que los artículos 282 fracción V, 380 y 416 del Cuerpo Normativo mencionado, estatuyen que la guarda y custodia de los hijos, aún cuando tenga el carácter de provisional, recaerá en la persona que de común acuerdo hubieren designado los padres, que debe de ser uno de ellos, ya sea que no vivan juntos o que tengan que separarse. En ausencia del acuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, oyendo a los menores quienes deberán ser asistidos el la misma por el asistente de menores, al igual que al Ministerio Público, pero siempre atendiendo al interés superior de los menores. Antes de la reforma del 6 de septiembre del año 2004, el artículo 282 fracción V, contempla el supuesto de estatuir la guarda y custodia en un tercero, designado por los progenitores.

Así con la reforma del 2 de febrero del 2007, el artículo 282 fracción V, contempla el supuesto de poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio y en su inciso (A) establece que en caso de que los menores de doce años sean sujetos de violencia familiar, estos deberán quedar al cuidado de la madre, salvo que sea esta la que la origine y que no será obstáculo la preferencia maternal para determinar la custodia el hecho de que esta no cuente con recursos económicos.

El acuerdo de voluntades entre los progenitores para determinar la guarda y custodia de los hijos menores de edad, también podrá surgir durante el desarrollo de un procedimiento de carácter judicial, supuesto en el que el Juez de lo Familiar tendrá que resolver en la sentencia definitiva lo conducente, oyendo a estos últimos, al asistente de menores y al Ministerio Público, pero tomando en cuenta siempre el interés superior de los menores.

En este orden de ideas, atendiendo la acción de que se trate, la guarda y custodia de los menores hijos puede incoarse como acción única o conjuntamente con otra de la misma naturaleza jurídica, como podría ser la de alimentos, a través del procedimiento especial denominado “Controversias de Orden Familiar” contemplando en el Capítulo de Disposiciones Generales, del Título Decimosexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al cual ya hemos hecho alusión.

De igual forma, puede ejercitarse conjuntamente con otra acción, como la de divorcio necesario, pérdida de la patria potestad y nulidad de matrimonio, a través del conocido como “Juicio Ordinario” contenido en el Título Sexto del Código Adjetivo de la Materia.

También la guarda y custodia de los hijos menores puede ser materia de un incidente, cuando aquella fue resuelta en un juicio principal, ya sea ordinario o de controversias del orden familiar, por el progenitor que no la detente, cuando considera que cambiaron las circunstancias que dieron origen a la sentencia definitiva, a través del ejercicio de la acción conocida en la práctica forense como “Cambio o Modificación de Guarda y custodia” por así prevenirlo el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La guarda y custodia de los hijos menores de edad, sin duda alguna, es un problema que afecta a la familia y por tanto, es considerado de orden público, por constituir aquella la base de la integración social, por lo que para su determinación el Juez Familiar, está facultado para intervenir de oficio e incluso para cerciorarse de la verdad de los hechos y evaluarlos personalmente con auxilio de especialistas o de Instituciones especializadas en la materia, facultad que no es privativa de las controversias del orden familiar en estricto sentido, sino en todas aquellas en que tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia, sin importar la naturaleza de los derechos familiares que estén en controversia o el carácter de quien o quienes promuevan, pues el interés primordial lo constituye el bienestar de los menores.

El artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal nos señala que los asuntos ventilados a través de este procedimiento

son de orden público, en virtud de que es la familia el elemento fundamental de toda sociedad; en sentido general, orden público define el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad, esta idea está asociada con la paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno.

En un sentido técnico la dogmática jurídica relativa al orden público, se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifiquen o distinguen el derecho de la comunidad que no pueden ser alteradas.

Si bien es cierto, se le otorga al juez facultades para decidir todo lo concerniente a la guarda y custodia, pérdida y suspensión de la patria potestad cuando existe controversia entre los padres; hoy día carece de un método eficaz, para hacer cumplir las determinaciones, en virtud de que un sin número de ocasiones al decretar la guarda y custodia de un menor y requerir la entrega del mismo al progenitor que no lo tiene consigo, pareciera que no tiene la menor intención de acatarlo; ya que a los progenitores que tienen a los niños, no les preocupa cumplir tal resolución judicial, porque tienen la seguridad de que las medidas para que los obliguen son tardías, burocráticas.

Aunado que dentro de las medidas de apremio, como son la multa o el arresto, no tiene suficiente poder coercitivo para cumplimentar las resoluciones ya que en la realidad, los progenitores prefieren ser apercibidos e incluso llegar hasta el arresto administrativo que entregar al menor y la mayoría de las ocasiones solo es por fricciones entre la pareja, ubicando en un segundo plano el bienestar de su menor o menores hijos, que debido a su negativa de entregarlo a la persona a cuyo favor se decretó la guarda y custodia, lo hace padecer incertidumbre, inestabilidad de un hogar.

Retomando el tema de las reformas del 6 de septiembre de 2004, se adicionó el artículo 73 Bis, estableciendo específicamente al Juez Familiar, respecto a la convivencia de menores, el empleo de un arresto por 36 horas y la reiteración inmediata de no permitir la convivencia de quien ejerza la custodia del menor, dará lugar a la intervención del C. Agente del Ministerio Público, para el ejercicio de la acción correspondiente. Sin embargo con las reformas del 2 de febrero del 2007 este artículo fue derogado.

Desde luego no debiendo olvidar lo contenido en los artículos 417, 447 fracción VI, 941 Bis al 941 Sextus, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El artículo 417 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contempla que quienes ejerzan la patria potestad, deben procurar el respeto y acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también la ejerza, debiendo ambos progenitores evitar cualquier manipulación encaminada a producir en los menores, rechazo hacia el otro progenitor. Con la reforma de fecha anteriormente citada este artículo se reformo y mencione que en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, el menor será acompañado de un asistente de menores que para tal efecto designe el DIF-DF.

En el párrafo tercero antes de las reformas este artículo decía que el Juez de lo Familiar, podrá decretar un cambio de guarda y custodia, en caso de no permitirse la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma, como medio de coerción para que se lleve acabo la convivencia, pero con la reforma esto fue suprimido quedando así el juez de lo familiar sin fuerza para hacer cumplir sus determinaciones.

A de mas encontramos en el artículo 447 fracción VI del mencionado Código, establece que la patria potestad se suspende por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente. Y ya sea pérdida o suspensión por no permitir que se lleven a cabo las convivencias por las personas que por decreto de autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente se establezcan, esto lo encontramos como un esfuerzo del legislador por conservar las relaciones entre padre-hijo o madre-hijo según sea el caso.

Dentro de las reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, encontramos que los artículos 941 Bis al 941 Sextus, relativos al régimen de visitas y convivencias de los menores hijos con sus progenitores y parientes, facultades especificas otorgadas al juez familiar respecto a dicho

régimen. Con las reformas del 2 de febrero del 2007 se modificaron los artículos 941 Bis, Ter, y fueron derogados los artículos 941 Quater, Quintus y Sextus.

Estos artículos nos dicen que el Juez de lo Familiar esta facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros, a su vez en todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, así como a exhortar a las partes para que resuelvan la litis por medio de un convenio. A demás manifiesta que solo a petición de parte, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de los menores con sus parientes por consanguinidad en línea colateral hasta por el cuarto grado, y que previamente se dará vista a la parte contraria, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que se lleve acabo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que tendrá lugar dentro de los quince días siguientes.

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

A falta o imposibilidad de los padres para tener la custodia de los menores se considerará lo previsto en los artículos 414 y 418 del Código Civil para el Distrito Federal, mismos que comentamos con anterioridad.

El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, en diversos días de la semana, fuera del horario de clases y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades. Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en

fin de semana alternados, períodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando éstos ya acudan a la escuela, en su periodo de vacaciones, cuando consulten al médico o estén en rehabilitación.

El juez de lo familiar, a su prudente arbitrio, regulará las convivencias del menor con los parientes por consanguinidad en línea colateral hasta el cuarto grado que no lo tengan bajo su custodia. Siendo esto una gran reforma puesto que en el pasado no eran tomados en cuenta dentro de la convivencia del menor siendo estos un apoyo sino fundamental si necesario para el desarrollo del o los menores.

Como podemos observar no será obstáculo para regular el derecho de convivencia de manera provisional, el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar en contra de los menores o algún otro de los miembros de la familia, sin estar reconocido por resolución judicial firme, pero tales aseveraciones son tomadas en cuenta por el juez de lo familiar prudentemente. Por lo tanto, en caso de duda, y para salvaguarda de los menores, podrá ordenar que la convivencia, se realice en los centros e instituciones designados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento. Y no existiendo precedente de riesgo o peligro para el menor no será ordenada por el juez de lo familiar las convivencias en las instituciones designadas para tal efecto.

Y para el caso de incumplimiento de las resoluciones que ordenen la convivencia con los menores, se aplicarán las sanciones que correspondan según los ordenamientos legales aplicables.

El artículo mas trascendente era el 941 QUATER que fue derogado del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra versaba: **“El incumplimiento a permitir la convivencia con el ascendiente que no tiene decretada la custodia, dará lugar al cambio de ésta a favor de la otra parte, si no hubiere inconveniente legal alguno, se resolverá en forma incidental.”**

Como se puede ver este artículo le otorga al juez de lo familiar facultad para hacer cumplir su resolución es una medio de coerción para el progenitor que no permita la convivencia con el otro, en virtud que en un sin numero de ocasiones al decretar la guarda y custodia de un menor y requerir la convivencia o la entrega del mismo al progenitor que no tiene la gurda y custodia , pareciera que no tiene la menor intención de acatarlo; ya que los progenitores que tienen a los menores, no les preocupa cumplir tal resolución judicial teniendo esta el carácter de cosa juzgada, porque tienen la seguridad de que las medidas para que los obliguen son tardías, burocráticas.

A su vez el artículo 941 Quintus que fue derogado del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal versaba:

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

La finalidad del artículo anterior es que se lleve acabo la convivencia entre el ascendiente que tiene ese derecho con el menor.

En el caso de que el progenitor no lleve acabo la convivencia con su menor hijo el juez podrá suspender el goce y ejercicio de ese derecho, lo que será un precedente para no solicitarlo o ejercerlo de nuevo con ese hijo, mientras sea menor de edad, salvo cusa justificada.

Así mismo cuando cambia de residencia el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al juez y a quien no ejerce la custodia, los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia. Y en caso de no hacerlo el juez tomara la medida de apremio que estime pertinentes.

Estas medidas de apremio no tienen suficiente poder coercitivo para cumplimentar las resoluciones ya que en la realidad, los progenitores prefieren

ser apercebidos e incluso llegar hasta el arresto que entregar al menor y la mayoría de las ocasiones solo es por fricciones entre los progenitores, ubicando en un segundo plano el bienestar de su menor hijo, que debido a su negativa de entregarlo a la persona a cuyo favor se decreto la guarda y custodia, o a la inversa el progenitor que no permite la convivencia entre el menor y el otro progenitor o sus familiares, lo cual va en contra del interés superior del menor, lo que desencadena inestabilidad física y emocional en el mismo.

La legislación del Estado de México, requiere actualizarse permanentemente a fin de armonizar con las necesidades sociales. Un aspecto muy importante, que hasta ahora no ha sido regulado, lo constituye la convivencia de los menores con sus padres y familiares durante y después de un procedimiento de divorcio. Estas lagunas en el Código Civil vigente para el Estado de México desencadenan conflictos de orden familiar al vigilar ni regular la convivencia de los menores.

En el Código Civil vigente para el Estado de México, encontramos el artículo 4.102. relativo al convenio en el divorcio voluntario en su fracción III nos refiere lo siguiente: Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guardia y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia, así mismo en el título séptimo de la patria potestad en el artículo 4.205 en su párrafo segundo dice que “Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita”. Sin embargo en ninguno de los dos artículos encontramos quien verificara que se cumpla el convenio o el derecho de visita tampoco se establece las sanciones a las que se harán acreedor quien no permita que se de la convivencia salvo que sea por resolución judicial.

La guarda y custodia de los hijos menores de edad se determina, por el acuerdo de las voluntades de los divorciantes, esto es que las visitas pueden ser acordadas por los padres del menor, para lo cual se efectúa un convenio de régimen de visitas. A falta de ese acuerdo, por resolución de autoridad judicial competente, esto es, será el juez quien decidirá sobre la convivencia para hacer efectivo el derecho que la ley confiere.

El juez de lo familiar según las circunstancias del caso, proveerá lo conducente a la guarda y custodia, a fin de salvaguardar la estabilidad de los menores hijos, durante y después de la separación de sus padres, el juez tomara las medidas necesarias para proteger el interés superior que son los menores.

CAPITULO 4

PROPUESTA DEL SUSTENTANTE.

Ahora bien como lo indica el autor Pacheco: "La expresión derecho de visita, no es del todo adecuada por insuficiente, pero ha tomado carta de naturaleza y es como en la actualidad se conoce a esa serie de relaciones jurídicas que la jurisprudencia extranjera ha ido extendiendo cada vez a hipótesis más diversas, pero relacionadas siempre con el deseo de un progenitor o un pariente cercano de relacionarse con su hijo menor de edad, con el cual por cualquier circunstancia, no convive".

El presente proyecto de adición al Código Civil para el Estado de México y Código de Procedimientos Civiles del Estado de México tiende a solucionar un grave problema que se plantea frecuentemente en relación al ejercicio del derecho de convivencia o visitas por parte del progenitor (Padre o Madre) que no ejerce la guarda y custodia de su menor hijo o menores hijos.

En los tribunales nos encontramos que es reiterado el caso del padre o madre que se ve injustamente privado del contacto con sus hijos, o con un régimen restringido de visitas, durante mucho tiempo *-a veces varios años-* a causa de las demoras ocasionadas por prolongados y desgastantes juicios, durante cuyo transcurso las injustas situaciones de insuficiente contacto paterno-filial se dilatan indefinidamente.

4.1.-Necesidad de vigilar el régimen de convivencia familiar.

En los casos de divorcio, los padres e hijos sufren diversas consecuencias a causa de una mala asimilación de este proceso.

Hay situaciones de Padres o madres que, a pesar de la ruptura matrimonial, asumen plenamente su rol paterno o materno y no buscan desentenderse de ninguna de sus obligaciones, pero que se ven obligados a padecer un largo peregrinaje por los estrados judiciales como dice Guillermo Borda, esta situación, a veces los impulsa a los padres a desistir

definitivamente ante la impotencia de sus esfuerzos" (Tratado de Derecho Civil - Familia, Tomo I, pág. 448).

Como es sabido, la norma que reconoce el derecho de visitas nos expresa que debe ser acordada entre los progenitores y si las partes proponen un régimen de convivencia de los nietos con los abuelos previo el consentimiento de los últimos y en caso de desacuerdo será el juez de lo familiar quien resolverá, en ambos casos es el juez quien decide lo más conveniente para el interés del menor. El margen es muy amplio. Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de principios rectores y de pautas que prudentemente, apuntan al respeto de un derecho que emana de un orden de relaciones que está muy por encima de la voluntad del legislador y de la libertad de interpretación de los jueces, y que tiene su fundamento en el vínculo "paterno-filial". Es decir, la autoridad natural de los padres respecto de sus hijos -con sus correspondientes derechos y obligaciones recíprocas- constituye -o debe constituir- un freno vigoroso ante los poderes del Estado, que con frecuencia manifiestan un dirigismo familiar inaceptable que afecta garantías consagradas por la Constitución

De ahí la necesidad de adicionar una norma que reglamente el ejercicio del derecho de convivencia. El presente capítulo no hace otra cosa que recoger los principios básicos que han sido establecidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Es frecuente que quien ejerce la guarda y custodia intente sustraer a los menores hijos del afecto del otro cónyuge y ponerlos en medio del conflicto formulando todo tipo de imputaciones, la vulnerabilidad de los hijos ante la influencia materna o paterna les hace muy difícil tener una apreciación objetiva, pudiendo resultar presa fácil de las presiones del conflicto así como de su entorno.

Ahora bien, a partir de esa oposición de una de las partes, comienza un interminable proceso judicial, durante el cual uno de los padres se ve obligado a resignar su derecho natural de tener un contacto asiduo y normal con sus menores hijos.

Estas situaciones han dado lugar a una rica elaboración doctrinal y jurisprudencial -lamentablemente no siempre respetada ni seguida-, que pasaremos a reseñar.

El primer principio que debe destacarse es que el fundamento del denominado derecho de visita radica en la necesidad imperiosa de un contacto frecuente de los menores con el padre o madre no conviviente con el objeto de reparar los daños causados por la ruptura de la convivencia.

- Ante la ruptura de la convivencia, los derechos del menor y del progenitor a quien no le ha sido asignada la guarda y custodia sufren una merma que debe resanarse a través del régimen de convivencia o visitas.

- El contacto con sus progenitores, la relación afectiva y eficaz de los vínculos filiales proporcionan una estructura más sólida y equilibrada para el desarrollo del menor.

- Procurar el mayor acercamiento posible del o los menores hijos con ambos padres, evitándose toda decisión que tienda a limitarlo.

- Debe favorecerse un régimen que sea lo más amplio posible mediante el cual se tienda a posibilitar una mayor integración de la familia disgregada, intentando con ello reparar de algún modo el daño evidente, aun con independencia de la voluntad del menor, que no puede ser confundida con su interés.

- El derecho de visitas cumple una función un trato que se asemeje al que se brindaría en una familia unida.

- La realización de las visitas por los padres importa "un derecho que encuentra su raíz en la naturaleza y tiene como contrapartida una obligación, dado el interés de los menores hijos de contar con la figura paterna o materna según sea el caso, con su ayuda afectiva y espiritual. Todo ello encaminado a la óptima formación y al beneficio del menor.

Por último, hay que destacar la importancia de mantener un trato y contacto afectivo entre los miembros de la familia (abuelos, padres e hijos) y las consecuencias de la disolución del vínculo que provoca de modo habitual difícilmente reparables, por lo tanto la restricción o disminución de la convivencia entre los miembros de la familia solo se justifica cuando un miembro de la misma perjudica física o moralmente el desarrollo de los menores.

La convivencia no debe estar sometida a la negativa del menor, se tiene que hacer un análisis en comprobar si esa negativa es espontánea, inducida o justificada y en este último caso, si los motivos alegados son subjetivos o si se concretan con hechos que sirvan para dar respaldo a la suspensión o restricción del régimen de convivencia o visitas.

Aquellas que pueden acarrear perjuicios psíquicos, físicos o espirituales en el visitado; la vida licenciosa, marginal, los vicios arraigados en el visitador, el maltrato, los intentos de corrupción del menor; la salud endeble de éste que imposibilite los traslados, afecciones emocionales serias que incidan negativamente, marcada resistencia a ver al progenitor cuando ésta se halla justificada en razón de desapego notorio, indiferencia prolongada, agresiones graves y reiteradas o malos ejemplos; situaciones que encuentren su causa en un disturbio psíquico en cualquiera de los protagonistas o en ambos; enfermedad contagiosa en el visitador; actitud que intente predisponer al menor en contra de quien ostenta la tenencia; falta de hábitat adecuado para recibir al visitado; insistencia en que el régimen se cumpla ante terceros que pueden resultar inconvenientes para el propósito por el cual las visitas se reconocen.

El criterio que rige al respecto consiste en que el daño que se evite con la restricción debe ser de mayor entidad que el que se produce impidiendo la debida comunicación entre padre e hijo. Se ha decidido que *"solamente en casos muy graves que ofrezcan un real peligro y no un temor meramente conjetural perjuicio para el menor, es dable privar a los padres del derecho de visita"* y que *"salvo excepciones, es beneficioso un contacto asiduo entre padre e hijo. Mientras no se acredita un efecto pernicioso, debe presumirse lo que sucede de ordinario, esto es, que son buenos para ambos."*

Los inconvenientes que aconsejan restringir las visitas deben ser adecuadamente probados e interpretados con criterio riguroso. Se ha resuelto que *"El derecho de visita, incitó en la relación paterno filial, sólo puede ser restringido o aun suprimido, cuando de su ejercicio deriven notorios y evidentes perjuicios para el menor. La apreciación de la concurrencia de estas circunstancias debe efectuarse con criterio riguroso a fin de no llegar a contrariar los principios impuestos por el orden natural de las cosas, cuales son los que rigen la relación de un hijo con su padre, causen a un niño severos trastornos de conducta cuyos alcances pueden ser inimaginables siendo, entonces, tardío cualquier remedio ante el hecho consumado"* (CNCiv., Sala A, 31/3/80, RED, 19-965, 138).

Repasemos entonces sucintamente los criterios sustanciales expuestos que rigen en la materia. La restricción de las visitas constituye una medida excepcional, sólo admisible ante la existencia de causa grave, la que debe ser apreciada con criterio restrictivo puesto que rige una presunción a favor del reclamante de las visitas, que obliga al oponente a probar el perjuicio y el daño para los menores. Este criterio tiende precisamente a evitar la situación de que, ante la sola existencia de imputaciones, que suelen ser falsas y no debidamente probadas, se proceda a suprimir o restringir el régimen de visitas.

La guarda y custodia del o los menores hijos no es una sanción para el otro progenitor, por lo cual este conserva su función paterna o materna y tiene derechos y obligaciones que ejercer para con los mismos.

Por lo tanto, corresponde al visitador:

1) Mantener contactos personales en la mayor medida posible con los menores. Ello implica que tales contactos no pueden transformarse en una mera formalidad, por lo cual una comunicación sometida y horarios rígidos la torna artificial y no apta para el cumplimiento de su finalidad. Es por ello que debe evitarse que el exceso de actividades del hijo postergue estos imprescindibles contactos y torne en letra muerta el derecho del padre. Esta comunicación en la actualidad incluyen las comunicaciones telefónicas, de Internet mismas que no

pueden ser limitadas, obstaculizadas o interceptadas por quien ejerce la guarda y custodia.

2) Procurar conocer las inquietudes, problemas, así como el entorno de los menores, pues en su calidad de padre también debe vigilar su correcto crecimiento y evolución, pudiendo someter al criterio del juzgado cualquier cuestión que a su juicio pueda resultar perjudicial para el hijo y proponer las modificaciones correspondientes.

3) Tratar de que cumplimente tareas o compromisos que han quedado absorbidos dentro del plazo en que se efectúa el régimen de visitas (tareas escolares, concurrencia a algún evento especial o fiesta de cumpleaños, asistencia médica.)

4) Ejercer su responsabilidad en la correcta formación del hijo, lo que exigirá la moderada corrección de su comportamiento.

5) Resulta deseable que el titular del derecho de convivencia no sólo se acerque a los menores para momentos de esparcimiento sino que comparta la tarea de orientarlos en sus estudios, así como interiorizarse en el cumplimiento de sus obligaciones.

6) Es deseable que ambos padres compartan con los hijos los momentos más importantes y trascendentes de su vida.

De todo lo expuesto surge claramente que todo régimen de convivencia debe tener cierta amplitud para que pueda cumplir la función elevada a la que está destinado.

En conclusión, de lo que se trata en este proyecto es de brindar un marco legal que recoja todos estos principios y directrices sustentados por la doctrina y la jurisprudencia a efectos de tratar de disminuir en lo posible las penosas situaciones a las que una normativa insuficiente ha dado lugar, tolerando todo tipo de abusos por parte de quienes, amparándose en la prerrogativa de ejercer la guarda y custodia de los hijos, se valen de maniobras dilatorias y de la ya conocida lentitud de la Justicia para sustraer a los menores

del contacto con el otro progenitor. El modo mediante el cual se persigue este objetivo en el presente proyecto de Ley es el de la inversión del enfoque del problema.

El principio que queda consagrado legalmente es el del reconocimiento del derecho de convivencia sobre la base de una serie de pautas mínimas, el que sólo podrá suprimirse o restringirse ante la existencia de causa grave debidamente probada por la parte que pretende la supresión o restricción. Con ello se evita la situación inversa frecuente en los tribunales -, en la cual el padre o madre que no tiene la guarda y custodia, ante imputaciones de la otra parte, debe probar que no padece ninguna inhabilidad, que es psíquicamente sano, que tiene buena conducta, que no es un delincuente y que quiere a sus hijos.

En tanto, su derecho de visita se mantiene suspendido o restringido durante la larga y desgastante tramitación del proceso judicial. De este modo, y aunque en definitiva se solucione el problema, la parte que obró injustamente ha logrado su objetivo de distanciar a sus hijos del otro progenitor durante un lapso considerablemente extenso.

Hay que señalar que este régimen de convivencia es ante la ausencia de acuerdo entre las partes y siempre en atención al interés superior del menor.

4.2.- Sujetos de la obligación.

Si bien se pensaría que los únicos sujetos con derecho a pedir la convivencia familiar son los padres porque ellos ejercen la patria potestad, el siguiente artículo del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que:

Artículo 414."La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomado en cuenta las circunstancias del caso."

Entonces el artículo nos dice que el ejercicio de la patria potestad recae en primer lugar en los padres y a falta de éstos recaerá en los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso en particular.

Con lo que se establece que los sujetos de la obligación o mejor dicho los sujetos con derecho a la convivencia son en primer lugar los padres en segundo lugar los ascendientes en segundo grado.

Ahora bien, en España hacen una distinción entre derecho de convivencia o de visita y el derecho a relacionarse que nos disponemos a analizar:

Para no confundir el llamado “derecho de visitas” derivado de crisis y/o rupturas de convivencia matrimonial o de unión de hecho entre los padres, del “derecho a relacionarse” cuando no ha habido convivencia previa. Porque:

Si ha habido convivencia previa (matrimonial o de hecho) ambos padres han ejercido la patria potestad, es decir, han cumplido sus deberes y ejercitado sus facultades, han establecido una relación personal con el menor hijo, que debe procurarse no interrumpir.

Si no ha habido convivencia previa, la ley establece que no se ha ejercido la patria potestad, y no se ha establecido relación entre el progenitor y el hijo, salvo que haya mediado acuerdo o decisión judicial. Por lo tanto, en defecto de acuerdo, el progenitor no conviviente que quiera relacionarse con el hijo o convivir con él, tiene que solicitarlo al Juez. El procedimiento no puede ser el de “menores”, porque la especialidad de estos procedimientos se basa en principios de protección de la familia y, no mediando unión matrimonial ni de hecho entre los progenitores, faltando la convivencia, no hay vínculo familiar entre el menor y el progenitor no conviviente. El procedimiento ha de ser otro y los derechos que se concedan, no pueden ser los que se derivan de la nulidad, separación o divorcio, o ruptura de la pareja de hecho.

El derecho de los progenitores a relacionarse personalmente y el deber-facultad de tenerlos en su compañía. Los procedimientos de menores parten de

la base de una unión matrimonial o de hecho, que en caso de ruptura, hay que evitar que afecte a los hijos. Por ello, el Código Civil Español en sus artículos establece:

En relación al convenio este debe contener según el numeral 90....”A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos....el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos...”¹

Esto nos dice que los acuerdos de los cónyuges, serán aprobados por el juez, salvo si son nocivos para los hijos o perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presenten su consentimiento. Cuando se alteren las circunstancias que motivaron el convenio este podrá ser modificado por uno nuevo. Al efecto el Juez podrá establecer las medidas necesarias para el cumplimiento del convenio.

Si hay acuerdo entre los cónyuges, se regulará en el convenio el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor y los abuelos que no vivan con ellos.

El artículo 92 nos habla de que la separación, nulidad y el divorcio no eximen a los padres de su obligación con los hijos, así mismo el Juez, cuando deba adoptar medidas sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

El Juez en la sentencia acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez en caso de desacuerdo podrá decidir, en beneficio de los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los padres. También se acordará en la propuesta de convenio

¹ Código Civil,(Español), <http://www.jhbayo.com>.

regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos. El Juez al acordar la guarda y custodia conjunta adoptará las medidas necesarias para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

No se dará la guarda conjunta cuando se de el supuesto del numeral noventa y dos del Código Civil Español, que a la letra versa: “7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e identidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”²

También establece el numeral octavo de este mismo artículo, que excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

Por último en su numeral noveno del citado artículo, el Juez antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

El artículo 94 del Código Civil Español, ya habla de que el progenitor que no tenga consigo a los hijos gozará del derecho de visitas, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.

El artículo 103 del Código Civil Español, estipula que si no hay acuerdo entre los cónyuges, el Juez adoptará las siguientes medidas entre otras:

² Ídem.

“1.^a Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren...

Cuando exista riesgo de sustracción de menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.

b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.”³

En definitiva, el Código Civil Español distingue:

- Deberes-facultades derivados de la patria potestad: “*tener en su compañía*” a los hijos (artículo 154 CC)

- Derecho del padre y la madre a relacionarse aunque no ejerzan la patria potestad (artículo 160 CC))

- Derecho de visitas, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, del progenitor que no tenga consigo a los hijos en caso de crisis y/o rupturas de convivencia. (artículo 94 CC), también denominado régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos, en caso de crisis y/o rupturas de convivencia matrimonial o de hecho, si media acuerdo entre los cónyuges_ (artículo 90 CC) o deber de comunicarse y

³ Ídem.

tenerlos en su compañía, del cónyuge apartado de los hijos en virtud de resolución judicial, en crisis y/o rupturas de convivencia matrimonial o de hecho (artículo 103).

4.3.-Beneficiarios de la convivencia familiar.

Algunos autores sostienen que el derecho de convivencia es uno de los aspectos del ejercicio de la patria potestad, otros que deriva de tales potestades paternas; mientras que otra corriente sostiene que su fundamento deriva del parentesco existente entre las personas ligadas por dicho vínculo.

Los beneficiarios de la convivencia familiar son los menores en primera instancia y en segunda su padre o madre, sus familiares llámense abuelos, tíos, primos, los cuales tienen relación directa con su desarrollo tanto psicológico como físico.

Además del beneficio que posibilita el contacto entre padre-hijo o madre-hijo y sus familiares; apunta a un lógico interés social, que también lo fundamenta, es obvio que el estado y la sociedad tienen interés en que exista y se mantenga la debida vinculación entre los miembros de la familia.

Ello posibilita el adecuado desarrollo psicológico-físico de los menores, convirtiéndolos en sujetos aptos para insertarse positivamente en la sociedad.

Si tenemos en cuenta que la privación del afecto paterno-filial produce grandes daños psicológicos en los menores, como la desunión y el aislamiento que terminan siendo marginados por diferentes motivos ante la ausencia afectiva de control paternal o maternal.

La disfunción familiar, traerá consecuencias en el menor, pudiendo generar patologías que se evidencian en la conducta y lógicamente, en su posterior inserción social. De allí que solo se suspenda su ejercicio por resolución judicial que así lo determine, indicando debidamente las causas y el tiempo de suspensión. Esto es cuando su ejercicio resulte perjudicial al interés del menor, en razón de la conducta asumida por el progenitor, supuesto en que se encuentre en peligro la salud psicológica-física del menor.

El artículo 416, segundo párrafo, del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala: "Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial".

En primera instancia, el artículo está regulando custodia única, en la que uno tiene la custodia y el otro el régimen de visitas. Este artículo no fue modificado con las reformas del 2004. Cabe agregar que no desvirtúa su contenido con lo descrito en el párrafo anterior, relativo a que los padres podrán convenir en particular sobre la guarda y custodia de los menores, puesto que hasta antes de las reformas en las que se plantea la custodia compartida, el artículo tenía el mismo texto y sentido.

Continúa este criterio afirmativo respecto a la custodia determinada para sólo uno de los padres, cuando el artículo 417 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su primer párrafo, establece: "Los que ejercen la patria potestad, aún cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para ellos".

Y en su párrafo tercero, el mismo artículo hace referencia al cambio de custodia, modificado con las reformas del 2004, y que sin embargo continúa en la misma tesitura, cuando dice: "El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos".

Finalmente, en este mismo sentido, contamos con el artículo 447 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que se refiere a las causas de suspensión de la patria potestad y que con relación a la custodia afirma: "La patria potestad se suspende"VI. Por no permitir que se lleve acabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente".

Todas estas disposiciones se encuentran reguladas en el capítulo relativo a la patria potestad, puesto que la custodia, como ya mencionamos, es un atributo de aquélla.

También se suspenderá cuando quien tenga decretada la guarda y custodia realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la convivencia.

4.4.-Autoridad propuesta para armonizar la convivencia familiar en las relaciones entre los menores y el padre o madre en caso de separación de los cónyuges.

Es necesario facultar a un órgano encargado de la supervisión de los menores de edad, para que puedan convivir con su padre y madre, aun cuando los mismos se encuentren separados.

Al respecto se debe contar con un organismo público, que realice un trabajo de autoridad moral, observadora, vigilante y que pueda dictaminar, en auxilio de las sentencias dictadas por el juez de lo familiar, en pro de salvaguardar los derechos de las partes en el procedimiento en cuestión.

Par lograr estos objetivos se pretende que sea el Sistema Estatal del D.I.F. a través de los Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia.

Los Sistemas D.I.F. Municipal, son de carácter público municipal, de asistencia social, con una personalidad y patrimonio propios que bajo objetivos plenamente definidos orienta sus programas de trabajo en beneficio de la niñez y la familia del Municipio que corresponda a cada una de la circunscripción territorial donde se establezcan.

Los Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia se rigen por dos leyes: La Ley que crea los Organismos Públicos Descentralizados de Asistencia Social, de Carácter Municipal, denominados "Sistemas

Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia” y la Ley de Asistencia Social del Estado de México.

Cuando se mencione DIFEM, se entenderá que se refiere al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México.

El derecho de convivencia debe regularse en relación a la necesidad de un progenitor o pariente cercano de relacionarse con los integrantes de la familia, en este caso los menores de edad.

En estos supuestos el DIFEM a través de los Sistemas Municipales D.I.F. pueden de acuerdo a la Ley de Asistencia Social del Estado de México en su artículo 16 fracción VII “Auxiliar al Ministerio Público en la protección de incapaces y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten de acuerdo con la ley”, supervisar la debida aplicación de las normas así como su exacta aplicación.

En este orden de ideas el DIFEM puede auxiliar al Juez de lo Familiar en el ejercicio del derecho de convivencia o visita durante el proceso de divorcio, una vez decretada la sentencia de divorcio y la misma quede firme.

El autor Pacheco E. Alberto en su libro “La Familia en el Derecho Civil Mexicano” nos dice:”La expresión derecho de visita, no es del todo adecuada por insuficiente, pero ha tomado carta de naturaleza y es como en la actualidad se conoce a esa serie de relaciones jurídicas que la jurisprudencia extranjera ha ido extendiendo cada vez a hipótesis más diversas, pero relacionadas siempre con el deseo de un progenitor o un pariente cercano de relacionarse con su hijo o pariente menor de edad, con el cual por cualquier circunstancia no convive”.

Tras la separación o el divorcio, el progenitor al que no le ha sido otorgada la guarda y custodia de los hijos por la sentencia judicial que en su caso se dicte, tiene derecho a visitarlos físicamente y a comunicarse con ellos en otras palabras a convivir con ellos.

La duración de estas visitas así como el tiempo y lugar en que pueden realizarse se determinaran en la sentencia. Sin embargo después de decretada la forma en que se dará la convivencia, no hay autoridad que verifique que efectivamente se este llevando acabo la convivencia entre el progenitor que no tiene decretada la guarda y custodia y su menor hijo.

Por tal motivo se propone que el DIFEM sea el que verifique que se estén desarrollando esas visitas, en un marco de flexibilidad y diálogo mediante la visita de trabajadores sociales y apoyo de psicólogos que darán un reporte mensual al Juez de lo Familiar que dictamino la convivencia, en el cual el trabajador social establecerá si se lleva acabo la convivencia como la decreto el Juez de lo Familiar, así mismo las observaciones que de el psicólogo de las cesiones familiares que se estén dando en forma de apoyo.

Esto con el fin de que al progenitor con quien los menores no conviven tengan este derecho a comunicarse, visitarlos y tenerlos en su compañía.

Sin embargo si los reportes, muestran que quien tenga decretada la guarda y custodia realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la convivencia, será el Juez de lo familiar quien determinara si se suspende, limita o incluso cambia la guarda y custodia.

El DIFEM puede intervenir en los asuntos de orden familiar y específicamente la parte donde se deba regular, vigilar y acatar la convivencia familiar, como un auxilió para el Juez de lo Familiar para vigilar la correcta aplicación de la norma.

En el procedimiento, el DIFEM vigilaría que la convivencia se diera con estricto apego a las normas, en cuanto a los tiempos y calidad de la misma, así como lo efectos que este proceso tiene sobre el y/o la menor, preservando el interés superior del menor. Así mismo haría vigilancia estrecha durante el proceso de convivencia, a efecto de evitar cualquier conducta nociva para el desarrollo del menor o la sustracción de menor de la entidad, en cuyo caso deberá por la vía más rápida notificar al Juez de lo Familiar, quien de inmediato

y sin procedimiento alguno, tomara las medidas que consideré necesarias a efecto de preservar el derecho de la o las partes afectadas; de no hacerlo será sujeto de las responsabilidades que la ley del Estado establece para los servidores públicos.

Así entonces nuestra propuesta esta encaminada a:

Que se faculte al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México, a que intervenga como órgano garante de la aplicación del derecho de forma expedita, refiriéndonos al tema central de “Convivencia Familiar”, además que como es multidisciplinario, su personal puede intervenir para preservar el interés superior del menor.

Al facultar al DIFEM, como órgano vigilante de convivencia familiar, se pretende que esta se garantice, así como la seguridad para la sociedad en general de la correcta aplicación de las normas respectivas, las ya existentes y las que proponemos se adicionen.

Con ello a su vez, se estaría facilitando a los promoventes al realizarse exámenes psicológicos y médicos que necesitan para acreditar que si pueden convivir con sus menores hijos, pero sobre todo en casos no extremos donde si proceda la cesación de convivencia, por la situación que vivan los padres de cualquier clase de violencia familiar en contra de los hijos, se estaría cumpliendo con el fin superior de la infancia de salvaguardarlo, en un ambiente sano, y sobre todo de convivencia familiar.

4.5.-Texto de la propuesta planteada.

Por lo anterior resulta necesario adecuar la legislación estatal que regule la Convivencia Familiar, en este orden de ideas se sugiere:

Adicionar un capítulo especial de Convivencia Familiar, que regule en los casos en que se este disputando la custodia de los menores, para que se vigile y se le de seguimiento adecuadamente, en las que se tome en consideración en todos los casos la situación de los menores, y de la familia, ya que el órgano regulador y vigilante de la convivencia familiar que se propone sea el DIFEM a

través de sus diversos Sistemas Municipales de Desarrollo Integral de la Familia, por ser multidisciplinario y buscar siempre el bienestar familiar, por lo que cuenta con profesionales adecuados y capacitados para realizar esta tarea que es la de garantizar la Convivencia familiar.

En los casos en que se solicite la convivencia familiar dentro de los supuestos ya existentes en el Código Civil del Estado de México, el Juez de lo Familiar mediante exhorto hará del conocimiento de la solicitud al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México para que este de acuerdo al domicilio de los solicitantes determine que Sistema Municipal para el Desarrollo Integral de la Familia le corresponde.

Una vez determinado el Sistema Municipal para el Desarrollo Integral de la Familia, este deberá hacer un estudio multidisciplinario al respecto del asunto en cuestión, el cual entregara al Juez de lo Familiar a mas tardar dentro de las 72 horas siguientes a que tuvo conocimiento; el cual será analizado por el Juez de lo Familiar para ordenar o no la convivencia familiar.

Una vez que el Juez de lo Familiar resuelva positivamente la convivencia familiar, se notificara a las partes y al DIFEM, para la mecánica de la misma, la que se sujetará a lo ordenado por Juez conforme a la Ley.

Durante el procedimiento y cuando se dicte sentencia, el DIFEM vigilara el estricto apego a la Constitución, así como a los tratados internacionales y al Código Civil del Estado de México.

Tomando como base los artículos siguientes:

Artículo 9 numeral 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

⁴ Convención sobre los derechos de los niños, Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Federación, México 2006.

Y el artículo 24... "Así mismo se tendrá como prioridad 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".⁵

Cuando se valla a tomar una determinación relacionada con los intereses del menor, deberá oírsele y considerar su opinión, la cual deberá ser valorada en función de su edad y madurez, oyendo la opinión que al respecto viertan los especialistas del DIFEM, por lo que en las audiencias estarán además de los menores los peritos en psicología y trabajo social del DIFEM, sus similares del Supremo Tribunal de Justicia, así como los de la parte demandada; en mínimo tres audiencias.

Salvo que por su edad, o su incapacidad del o la menor, no sea posible escucharle en audiencia, estas se llevarán acabo con la presencia de los peritos antes mencionados.

Los peritos al momento de las audiencias llevarán sus dictámenes correspondientes, los cuales estarán fundados, en las teorías respectivas y en el derecho; por lo que el Juez al momento de dictar sentencia en el caso concreto deberá tomar en cuenta el resultado de las audiencias.

Por ningún motivo el padre o la madre del o la menor podrán influir directa o indirectamente en las repuestas del menor en la audiencia. De lo contrario se asentará quien de los padres a influido en el o la menor lo cual se tomará en cuenta por parte del Juez en el momento en que este dicte sentencia, esto con el fin de erradicar el poner al menor en contra de uno de sus padres, motivado por lo general por el que tiene la guarda y custodia sobre el que no la detenta.

Cuando la convivencia del menor con determinadas personas baya en contra de los preceptos establecidos en este capítulo, incluyéndose a los que

⁵ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Federación, México 2006.

ejercen la patria potestad, el Juez escuchando la opinión de los peritos señalados en los párrafos anteriores, podrá decretar la suspensión o pérdida de esa convivencia, independientemente de que por no permitir que se lleve a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente se cambie la guarda y custodia a favor de quien no la detentaba.

Independientemente de los juicios en los que se disputa la guarda y custodia o del divorcio, se debe incluir en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, dentro del capítulo de los incidentes, uno especial que regule la convivencia familiar, vía incidental y que este capítulo establezca la mecánica más adecuada para que no se violen los derechos de las partes, pero sobre todo que se proteja el interés superior del menor, ya que no se ha reglamentado.

Durante los procedimientos de orden familiar, en que este de por medio la situación del o la menor, y se solicite la convivencia familiar por una de las partes, el juez deberá citar en un término de 48 horas al cónyuge que esta negando la convivencia, una vez que se cuente con el estudio previo del DIFEM, o bien sino tuviere el mismo llevará a cabo la audiencia en presencia de los peritos del Poder Judicial del Estado; en dicha audiencia el Juez valorará los elementos con los que cuenta para resolver en forma previa 24 horas después, la procedencia de la convivencia o cesación de la misma.

El Juez de lo familiar resolverá en definitiva el incidente de convivencia o la cesación de la misma, en un término no mayor de treinta días hábiles, a partir de la conclusión de la última audiencia.

Cuando los peritos del DIFEM, o los del Poder Judicial del Estado, incumplan en entregar sus dictámenes en los plazos señalados por la ley o injustificadamente no asistan a las audiencias a las que fueron debidamente notificados, serán acreedores a las sanciones que señala la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos de los Estados; en cuyo caso el Juez de lo Familiar deberá darle vista no solo al superior jerárquico y de considerarlo necesario, a la Contraloría del Estado o al Congreso del Estado.

El DIFEM a través de sus Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia se rigen por dos leyes: La Ley que crea los Organismos Públicos Descentralizados de Asistencia Social, de Carácter Municipal, denominados "Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia" y la Ley de Asistencia Social del Estado de México.

Se sugiere adicionar dentro de las facultades de este organismo, la de vigilar el irrestricto apego a la norma jurídica en materia de convivencia familiar o cesación de la misma, el apoyo terapéutico a padres e hijos que experimentan un divorcio, de conformidad a lo que establezca el Código Civil del Estado de México y el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

4.6.- Proyecto de adición al Código Civil para el Estado de México y Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

Las medidas provisionales de custodia serán decretadas por el Juez de lo Familiar, con el auxilio de las opiniones periciales de psicólogos y trabajadores sociales, así como establecer el apoyo terapéutico como medida precautoria en el divorcio, en beneficio de los menores y la familia.

Lo anterior lo mencionamos por el dolor y el rencor que consume a los padres, en el proceso de divorcio, los ciega y emocionalmente están incapacitados para visualizar y defender su caso conjuntamente con los derechos de los hijos. Muchos menores de edad viven en condiciones de supervivencia, lo cual influye en los índices de deserción y rendimiento escolar, crecimiento y desarrollo físico, emocional e intelectual.

Determinar que la guarda y custodia de los hijos de padres divorciados, así como el derecho de convivencia con los mismos, sea mediante condiciones equitativas y análisis de personalidad, eliminando preferencias de género. Sancionar la manipulación de los padres hacia los hijos en contra del otro progenitor.

Establecer la figura de custodia compartida en la legislación civil del Estado de México, dentro de la misma se conservan anacronismos y normas

jurídicas que solamente por razón de género conceden derechos y obligaciones a la persona. En la actualidad los principios de igualdad y no discriminación han cambiado todo el orden jurídico nacional y no hay razón para que los menores de edad se queden bajo la custodia de la madre sólo por ese simple hecho, ya que los padres deben de gozar del mismo privilegio.

Proyecto de adición al Código Civil para el Estado de México:

Adicionar una fracción al artículo 4.95. y el enunciado de este sería:

Artículo 4.95. Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

I Separar a los cónyuges, tomando siempre en cuenta las circunstancias personales de cada uno y el interés superior de los hijos menores y de los sujetos a la tutela;

II Fijar y asegurar los alimentos que debe dar el cónyuge alimentario al acreedor y a los hijos;

III A falta de acuerdo entre los cónyuges, la guarda y custodia de los hijos se declarará por el juez en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela;

IV Dictar las medidas convenientes respecto a la mujer que esté embarazada;

V Las necesarias para que los cónyuges no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos;

VI. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres así como los nietos con sus abuelos, serán

designados por el juez de lo familiar teniendo en cuenta, siempre, el interés superior del menor.

Así mismo modificar la fracción tercera del artículo 4.102. y el contenido sería:

Artículo 4.102. “Los cónyuges pueden divorciarse voluntariamente ocurriendo al Juez competente, presentando un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I El domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento;

II La cantidad que por alimentos deba cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma de hacerlo y garantía que debe darse para asegurarlos;

III Si hubiere hijos, la mención de quien deba tener su guarda y custodia durante y después del procedimiento y el régimen de convivencia **y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre el interés superior del menor;**

IV La determinación del que debe de cubrir los alimentos de los hijos así como la forma de pago y su garantía, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio;

V La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento, y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio.

Se adiciona al artículo 4.96. lo siguiente:

Artículo 4.96. En la sentencia que decrete el divorcio, se determinarán los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, respecto de a la persona y bienes de sus hijos, teniendo

en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio.

Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las medidas necesarias para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del DIFEM, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio, valorar las alegaciones de las partes vertidas en juicio y las pruebas practicadas, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda. Excepcionalmente, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del DIFEM, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres caiga en el supuesto del Artículo 4.224. de este Código.

El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

A tal efecto, el Juez contará con la asistencia del DIFEM quien vigilará el irrestricto apego a la norma jurídica en materia de convivencia familiar o cesación de la misma, así mismo el apoyo terapéutico a padres e hijos que experimentan un divorcio.

Se adiciona un párrafo al Artículo 4.201.:

Artículo 4.201. Los hijos y sus ascendientes se deben respeto y consideración recíprocamente.

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

El Artículo 4.205. Se modifica el párrafo segundo y se adicionan los párrafos tres y cuatro que dirían:

Artículo 4.205. En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y coexista acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.

Quien no tenga la custodia le asiste el derecho de convivencia. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender.

Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, teniendo siempre presente el interés del menor.

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

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

Se adiciona al Artículo 4.225. la siguiente fracción:

Artículo 4.225. La patria potestad se suspende:

I. Por declaración de estado de interdicción de quien la ejerce;

II. Por la declaración de ausencia;

III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión;

IV. Por sustracción o retención indebida del menor por quien no tenga la custodia;

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

Proyecto de adición al Código de Procedimientos Civiles del Estado de México:

Artículo 2.157. Los jueces de lo familiar, respecto de la convivencia de los menores, podrán emplear:

I. Arresto hasta por 36 horas;

II. La reiteración inmediata de no permitir la convivencia de quien ejerza la custodia del menor, dará lugar a la intervención del C. Agente del Ministerio Público, para el ejercicio de la acción correspondiente, sin perjuicio de las establecidas en el Código Civil del Estado de México.

Así entonces esta tesis ha pretendido llegar a sensibilizar a cada uno de los lectores, con una situación real de una problemática del derecho familiar que es la CONVIVENCIA FAMILIAR, son ambiciosas nuestras pretensiones, sin embargo, quien no le gusta soñar con un estado de derecho más equitativo, sobretodo tratándose del interés particular de los menores.

Agradecemos el tiempo que han dedicado a la lectura de esta sencilla, pero trascendental y humana propuesta.

CONCLUICIONES

PRIMERA: La familia, es el núcleo social fundamental en que una persona se forma y desarrolla con valores que harán de ella un hombre o mujer útil a la sociedad, o bien un ser nocivo, que traerá como consecuencia el origen de una conducta que se repetirá de padres a hijos y así sucesivamente, el patrón de vida bajo el cual fue educado, ello derivado de los múltiples problemas que sufren los menores, tras una ruptura familiar.

SEGUNDA: El juez debe hacer uso de las facultades que la ley le confiere para determinar con que progenitor permanecerá el menor, siempre en busca de el interés superior del menor, pudiendo contener varios elementos como, quien de los progenitores le brindará una mejor calidad de vida, buenos principios, no interpretándose, que deba ser aquél que económicamente tenga mayores ingresos.

TERCERA: El visitar a los menores y convivir con ellos es un derecho natural y consecuencia del ejercicio de la patria potestad. Los menores hijos tienen derecho de comunicarse y convivir con sus padres; siempre y cuando dicha comunicación y convivencia sea benéfica para el menor, para su mejor desarrollo. Si un padre es irresponsable o tiene una conducta perjudicial para el menor, se le debe negar ese derecho.

CUARTA: La convivencia no solo se da entre padres e hijos sino entre familiares e hijos que normalmente hay en una relación familiar, podemos decir normal, en el caso del divorcio es completamente lo contrario ya que la crisis que enfrentan no es bien entendida por los menores y el riesgo que corren los progenitores, no solamente a perder el vínculo de afecto, comunicación y convivencia con su menor o menores hijos que han sido apartados de alguno de ellos; sino que además éstos se ven obligados a enfrentar un sistema legal que no contempla, regula ni protege, en su sistema de derecho positivo, el trascendental derecho y deber natural de convivir, comunicarse y visitarse los padres con sus hijos, tal es el caso del Código Civil para el Estado de México.

QUINTA: En el divorcio por mutuo consentimiento, ambos divorciantes de común acuerdo manifiestan quién tendrá la guarda y custodia de los hijos, y proponen los días y horas en que el divorciante que no tenían la guarda y custodia convivirán con sus menores hijos, a efecto de que no se rompa el trato afectivo y moral entre padres e hijos y los familiares del menor.

SEXTA: Si a la madre o el padre según sea el caso se le confiere la guarda y custodia de sus menores hijos, el otro progenitor que no tenga la guarda y custodia de los menores, tiene el derecho de solicitar ante el juez de lo familiar el modo, tiempo y lugar en el cual podrá convivir y relacionarse con sus menores hijos, en caso de oposición por parte del que tenga la guarda y custodia de los menores según ha quedado establecido en la propuesta que planteamos en el desarrollo de la presente tesis.

SEPTIMA: Una vez efectuada la labor jurisdiccional con resolución definitiva y agotados todos los recursos procesales; en la mayoría de los casos, ésta decisión judicial no es observada por alguna o ambas partes; sea porque no se ajusta a la realidad social, o en razón de que se considera por parte de uno de los progenitores que no conviene al mejor interés del menor, o por creer que no esta apegada a derecho, o peor aun, simplemente por que resulta no ser la voluntad del obligado acatar dicha resolución judicial y porque la fuerza del derecho no ha sido validada en normas de derecho coercitivas y sancionadoras efectivamente.

OCTAVA: Es necesario facultar al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México como ha quedado establecido en el capítulo cuatro de este trabajo, para que intervenga como órgano garante de la aplicación del derecho de convivencia, de forma expedita, además por ser multidisciplinario, su personal puede intervenir para preservar el interés superior del menor y la correcta aplicación de las normas respectivas, las ya existentes y las que proponemos se adicionen.

NOVENA: El facultar al DIFEM realizar a los promoventes exámenes psicológicos y médicos, posibilita al –juez para decidir si el progenitor puede convivir o no, con sus menores hijos, pero sobre todo en casos no extremos

donde proceda la cesación de convivencia, por la situación que se encuentren los padres que originan violencia familiar en contra de los hijos, por lo que se estaría cumpliendo con el fin superior de la infancia de salvaguardarlo, en un ambiente sano y sobre todo de convivencia familiar sana.

DECIMA: No es lo mismo el “derecho de visitas” que es el derivado de crisis y/o rupturas de convivencia matrimonial o de unión de hecho entre los padres, que el “derecho a relacionarse” que surge al no haber convivencia previa con el menor.

DECIMA PRIMERA: En el Estado de México los menores tienen una esfera de protección insuficiente y precaria que los convierte en sujetos de vulnerabilidad y en algunas situaciones en desventaja social. Lo cual lleva a controversias de carácter jurídico familiar, que generan serios conflictos en materia social. Para superar tal situación, urge armonizar los derechos de sus ascendientes y parientes a convivir con ellos, sin menoscabo del bienestar de los menores y por el cumplimiento de sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA.

1.- BAQUEIRO ROJAS Edgard, BUENROSTRO BÁEZ Rosalía, Derecho de Familia y sucesiones, Editorial Harla, México, 1990.

2.- BEJARANO, Sánchez Manuel. La Controversia del Orden Familiar. Tesis Discrepantes. Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, 1994.

3.-BELLUSCO AUGUSTO Cesar, Derecho de Familia Tomo I Primera Reimpresión, , Ed de Palma, Buenos Aires, 1975.

4.-BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, Décimo Primera Edición, México, 1978.

5.-Chavez Ascencio, Manuel F, La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa ,2ª Edición, México 1990.

6.- CHÁVEZ ASENSIO Manuel F., La familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Conyugales, Editorial Porrúa, México, 1997.

7.-CHAVÉZ ASENSIO Manuel F.,La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiars, Editorial Porrúa,2º Edición, México,1992.

8.-De Antonio Daniel Hugo, La Patria Potestad, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

9.- DE PINA Rafael y DE PINA Vara Rafael, Diccionario de Derecho, 17ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1991.

10.-Floris Margadan, S. Guillermo,Derecho Romano, Editorial Esfinge 6ª Edición, México1975.

11.-GARRONE José A. Diccionario Manual Jurídico, Editorial Porrúa 1998.

12-MAGALLÓN IBARRA, Mario, Compendio de términos de Derecho Civil, Editorial Porrúa & UNAM 2004.

13.- MONTERO DUHALT Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México 1992.

14.- PENICHE LÓPEZ Edgardo, Introducción al Derecho, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1975.

15.- PÉREZ DUARTE Alicia, Derecho de Familia, Editorial fondo de cultura económica, Primera Edición, México, 1994.

16.- PERAZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, Derecho de Familia, Editorial UNAM 1990.

17.- La Familia en el Derecho Positivo Mexicano (Derecho Civil).
<http://www.monografias.com/trabajos12/dlafamil/dlafamil.shtml?monosearch>.

CODIGOS Y LEYES

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y concordada, Tomo I, Decimoséptima edición, Editorial Porrúa, México 2003.

2.-Ley de Relaciones Familiares de 1917, Publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 9,10 y 11 de Mayo de 1917.

3.- Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Editorial Suprema Corte de Justicia de la Federación, México 2006.

4.-Código Civil para el Estado de México, SISTA, México 2005.

5.-Código de Procedimientos Civil para el Estado de México, SISTA, México 2005.

6.- Agenda Civil del D.F., Editorial ISEF 2005.

7.-Agenda Civil del D.F., Editorial ISEF 2007.

8.- Agenda Civil del Estado de México, Editorial ISEF, 2007.

9.-Código Civil,(Español), <http://www.jhbayo.com>.(27/09/07)