



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO**

**Propuesta de regulación a los Códigos Civiles de la
Ciudad de México y del Estado de México en materia
de régimen de visita, convivencia y guarda y custodia
de menores**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:
RENÉ ROMERO OCAMPO**

**DIRECTORA DE TESIS:
MTRA. MARÍA DEL CARMEN
MONTROYA PÉREZ**



Ciudad Universitaria, Ciudad de México, 2022.



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.

Decidimos que una cena de reconciliación en casa de la abuela era la mejor idea; la abuela podía amortiguar la situación. Y su presencia nos tranquilizó a todos. Charlamos. Hablamos sobre el negocio del espectáculo. Papá estaba contento de ayudar, contento de tener un tema neutro en el cual centrar la conversación.

Aunque nunca hablamos sobre ello de forma directa –los hombres de su generación no hablaban de las cosas–, creo que sentía una culpa inmensa, tremenda, por el modo en que se había marchado de casa. Una y otra vez repetía: «Fue una mala época.» Mi hermano y yo intentaríamos durante años reabrir el tema, pero nunca conseguimos mucho más que eso. Para mi padre, pasado, pisado. Era algo doloroso y no nos podía enseñar nada. Por tanto, no merecía la pena sacarlo a la luz. Al final, me di cuenta de que había hecho todo lo que había podido.

No obstante, a pesar de su forzada despreocupación, yo notaba sus ansias por intentar ayudarnos con nuestras carreras (él me presentó a mi primer agente de talentos, Doovid Barskin) y percibía que el remordimiento que todos teníamos por el irrecuperable abismo de tiempo perdido, los diez años de su ausencia, retrocedía un poco.

Jugábamos al raquetbol. Era agradable tener una actividad y algo a lo que pegarle. No había más que el golpe de la raqueta, el fuerte bote de la pelota, la concentración, la intensidad y los ritmos. Se perdía y se ganaba. Estoy seguro de que durante aquellos partidos decíamos mucho sin pronunciar una sola palabra.

Bryan Cranston, *Secuencias de una vida*, p. 126.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
---------------------	----------

Capítulo I

GENERALIDADES Y ASPECTOS TEÓRICOS

1.1 Conceptos jurídicos	1
1.1.1 Familia: definiciones y tipos	1
1.1.2 Derecho Familiar	6
1.1.3 Interés superior de la niñez	8
1.1.3.1 Definición y aspectos generales	9
1.1.3.2 El interés superior de la niñez en el Derecho Familiar	12
1.1.3.3 Paradoja entre el interés superior y del derecho del niño a ser escuchado	13
1.1.3.3.1 Preliminares	13
1.1.3.3.2 Paradoja	14
1.1.4 Suplencia en la deficiencia de la queja	17
1.1.5 Alimentos	21
1.1.6 Guarda y custodia	23
1.1.6.1 Preferencia materna en el otorgamiento del derecho a la guarda y custodia	24
1.1.7 Visita y convivencia	27
1.1.7.1 Definición y requisitos del régimen de visita y convivencia	29
1.1.7.2 Regímenes de visita y convivencia reconocidos en ley	29
1.1.7.2.1 Provisional	30
1.1.7.2.2 Definitivo	31
1.1.7.2.3 Supervisado	31
1.1.8 Deberes de los miembros de una familia: el artículo 138 sextus del Código Civil para la Ciudad de México	34

1.1.9 Obligaciones de crianza	36
1.1.9.1 Paradoja entre las horas extra y las obligaciones de crianza	39
1.1.10 Violencia familiar: definición y tipos	42
1.1.10.1 Violencia familiar en el menor de edad	44
1.1.11 Notas sobre la convivencia supervisada	47
1.1.12 Breviario sobre la impartición de justicia en materia familiar	50
1.1.12.1 Demanda y contestación	50
1.1.12.2 Efectos del procedimiento sobre los integrantes de la familia	54
1.1.12.3. Protección del menor durante el procedimiento a través de su derecho a ser escuchado	56
1.2 Conceptos no jurídicos	58
1.2.1 Dinámica familiar	58
1.2.2 Atención a las necesidades afectivas del niño	59
1.2.3 Coparentalidad	60
1.2.4 Exordio sobre la figura paterna	63
1.2.5 La figura paterna a la luz del conocimiento técnico-pedagógico	63
1.2.6 La figura paterna a la luz del razonamiento lógico-jurídico	64

Capítulo II

MARCO JURÍDICO DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y DEL RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA

2.1 Instrumentos internacionales vinculatorios para México	67
2.1.1 Convención sobre los Derechos del Niño	67
2.1.1.1 Derechos del niño en lo general, relevantes para el tema de investigación	67
2.1.1.2 Derechos especiales del niño en la familia separada y del niño frente al procedimiento	69
2.1.1.3 Problemática y limitaciones en la aplicación de esta Convención	70
2.1.2 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer	72

2.1.2.1 Contexto y antecedentes de la Convención	72
2.1.2.2 Aspectos generales de la Convención, relevantes para el tema de investigación	73
2.1.2.3 Obligaciones a cargo de los Estados	73
2.2 Legislación federal	73
2.2.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	74
2.2.2 Ley de Amparo	75
2.2.3 Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y correlativas de la Ciudad de México y el Estado de México	75
2.2.3.1 Derechos del niño reconocidos en las tres legislaciones	75
2.2.3.2 Guarda y custodia, régimen de visita y convivencia y derecho del niño a la seguridad jurídica y al debido proceso	76
2.2.3.3 Obligaciones y prohibiciones a cargo de los padres y otros involucrados en el desarrollo del niño	79
2.3 Legislaciones locales	81
2.3.1 Constituciones Políticas locales, de la Ciudad de México y del Estado de México	81
2.3.2 Códigos Civiles, de la Ciudad de México y el Estado de México	82
2.3.2.1 Rubros comunes y normatividad aplicable	82
2.3.2.2 Obligaciones de crianza	98
2.3.3 Códigos de Procedimientos Civiles, para la Ciudad de México y del Estado de México	99
2.3.3.1 Fijación de la <i>litis</i>	99
2.3.3.2 Medidas provisionales	112
2.3.3.3 Audiencia con el menor	114
2.3.3.3.1 Excepciones y particularidades que surgen en la audiencia de menor	121
2.3.3.4 Pruebas	125
2.3.3.5 Convenio	126
2.3.3.6 Sentencia	127

2.3.3.6.1 Sentencia que decreta el divorcio y establece las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial	128
2.3.4 Leyes Orgánicas, del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y del Poder Judicial del Estado de México	131
2.3.5 Reglamento para el Desarrollo de las Convivencias y Entregas-Recepciones que se llevan a cabo en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y Reglamento de los Centros de Convivencia Familiar del Poder Judicial del Estado de México	133
2.3.5.1 Aspectos comunes	133
2.3.5.2 Temas particulares	134
2.4 Jurisprudencia relativa a la guarda y custodia y al régimen de visita y convivencia	135
2.4.1 Función de la jurisprudencia en sistema normativo	135
2.4.2 Criterios jurisprudenciales en particular	136
2.4.2.1 Primer criterio	136
2.4.2.2 Segundo criterio	138
2.4.2.3 Tercer criterio	140
2.4.2.4 Cuarto criterio	143
2.4.3 Amparo en revisión 331/2019	148
2.4.3.1 Información relevante para entablar la <i>litis</i>	149
2.4.3.2 Papel del Juez natural	151
2.4.3.3 Situación de los progenitores	151
2.4.3.4 Salvaguarda del interés superior de la niñez	153

Capítulo III
LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA
EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 Francia	155
3.1.1 Código Civil	155
3.1.2 Evolución de la situación jurídica del menor en la familia, unida o separada: de la patria potestad a la autoridad parental	174
3.2 España	180
3.2.1 Código Civil	180
3.2.2 Ley de Protección Jurídica del Menor	186
3.2.2.1 Análisis del contenido de la Ley de Protección Jurídica del Menor	187
3.2.3 Criterio del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida	198
3.3 Italia	200
3.3.1 Régimen jurídico vigente	207
3.4 Estados Unidos de Norteamérica	212
3.4.1 Notas sobre la tradición jurídica norteamericana	212
3.4.2 Esencia y generalidades de las contiendas civiles	214
3.4.3 <i>Habeas corpus</i>	215
3.4.4 Panorama general del estatus jurídico del menor en procesos de divorcio o separación de sus progenitores en los Estados Unidos de Norteamérica	218
3.4.4.1 Aspectos sustantivos	218
3.4.4.1.1 Custodia de menores (<i>Child custody</i>)	219
3.4.4.1.2 Casos de custodia controvertida (<i>Contested Custody Cases</i>)	222
3.4.4.1.3 Buscando una Corte sin homofobia (<i>Looking for a Nonhomophobic Court</i>)	223
3.4.4.1.4 Visita y convivencia (<i>Visitation of Children</i>)	225
3.4.4.1.5 Pensión a los hijos (<i>Child Support</i>)	226
3.4.4.2 Cuestiones procesales	227
3.4.4.2.1 Jurisdicción y <i>jurisdiction</i>	227

3.4.4.2.2 Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores (<i>The Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act</i>)	229
3.4.4.2.3 Presentación	229
3.4.4.3.4 Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores (<i>The Uniform Child Custody Jurisdiction Act</i>)	230
3.4.4.3.4.1 Perspectiva general (<i>Overview</i>)	230
3.4.4.3.4.2 Problemas sin resolver (<i>Unresolved problems</i>)	232
3.4.4.3.5 Competencia: Artículos 1 y 2 (<i>Jurisdiction: Articles 1 and 2</i>)	236
3.4.4.3.6 Ejecución: Artículo 3 (<i>Enforcement: Article 3</i>)	237
3.4.4.3.7 Órdenes y procedimientos de custodia extranjera (<i>Foreign Custody Orders and Proceedings</i>)	238
3.4.4.3.8 Disposiciones de competencia de la UCCJEA (<i>Jurisdictional Provisions of the UCCJEA</i>)	239
3.4.4.3.8.1 Modificación de competencia (<i>Modification Jurisdiction</i>)	243
3.4.4.3.8.2 Declinación de competencia (<i>Declining jurisdiction</i>)	245
3.4.4.3.9 Cumplimiento de la UCCJEA (<i>Duty To Enforce Under the UCCJEA</i>)	246
3.5 Canadá	251
3.5.1 Tradición jurídica canadiense	251
3.5.2 Nombre y estructura general de la ley	252
3.5.3 Reglas para la fijación del tribunal competente	254
3.5.4 Reglas para la solicitud de una orden de custodia	255
3.6 Argentina	256
3.6.1 Código Civil y Comercial de la Nación	256
3.6.2 Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes	283
3.6.3 Evolución, contenido y ejercicio de la responsabilidad parental como eje rector del cuidado de la infancia y adolescencia en el sistema jurídico argentino	303
3.7 Uruguay	310

3.7.1 Código Civil	310
3.7.2 Código de la Niñez y la Adolescencia	314
3.7.3 Comentarios a la normatividad uruguaya en materia de niñez y adolescencia	321

Capítulo IV

DETERMINACIÓN JURISDICCIONAL

DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA

4.1 Necesidad de presentar un caso concreto	326
4.2 Datos del asunto	327
4.3 Atribución de la guarda y custodia y fijación del régimen de visita y convivencia	328
4.3.1 Guarda y custodia y régimen de visita y convivencia decretados como medidas provisionales	328
4.3.2 Guarda y custodia y régimen de visita y convivencia resueltos por sentencia definitiva	329
4.4 Sentencia definitiva	329
4.4.1 Medios y elementos de convicción para obtener la guarda y custodia	329
4.4.1.1 Aportación de pruebas de la madre en sus escritos de fijación de <i>litis</i> y valoración de las mismas dentro de la sentencia definitiva	330
4.4.1.1.1 Confesional y declaración de parte	330
4.4.1.1.2 Testimoniales	331
4.4.1.1.3 Pericial en psicología	331
4.4.1.1.4 Pericial en trabajo social	332
4.4.1.2 Aportación de pruebas del padre en sus escritos de fijación de <i>litis</i> y valoración de las mismas dentro de la sentencia definitiva	333
4.4.1.2.1 Confesional y declaración de parte	334
4.4.1.2.2 Fotografías	334
4.4.1.2.3 Impresión simple de conversación vía WhatsApp, portada de la película <i>El cisne negro</i> y la clasificación B15, otorgada por la RTC	334

4.4.1.2.4 Audios en disco compacto	336
4.4.1.2.5 Pericial en psicología	337
4.4.1.2.6 Pericial en trabajo social	337
4.4.1.3 Jurisprudencias	338
4.5 Alimentos definitivos	341
4.6 Conclusión	343
4.7 Determinación de horas-madre versus horas-padre por semana, mes y año	343
4.8 Dificultades e impedimentos del progenitor no custodio respecto a cumplir sus obligaciones de crianza con un régimen de visita y convivencia muy limitado	344
4.9 Propuesta de una mejor regulación	349
4.9.1 Exposición de motivos	349
4.9.2 Reforma del Código Civil para la Ciudad de México	352
4.9.3 Reforma del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México	355
4.9.4 Reforma del Código Civil del Estado de México	356
4.9.5 Reforma del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México	358
CONCLUSIONES	359
BIBLIOGRAFÍA	368

INTRODUCCIÓN

La ruptura convivencial de la pareja ha dejado de ser, en los últimos veinte años, una conducta practicada por excepción y envuelta en un riguroso silencio para convertirse en un fenómeno social cuyo nivel de importancia ha aumentado de manera significativa, de tal suerte que ahora figura como punto de partida para la reflexión y el debate en la agenda pública.

La atención que dicha ruptura provoca está enfocada en la existencia de hijos los menores de edad procreados dentro de la relación, matrimonial o de concubinato; los derechos con los que estos menores cuentan son dirimidos por los padres en el momento en que su separación adquiere la forma de un expediente judicial con un Juez encargado de evaluar y resolver el fondo del asunto.

En un principio, el marco jurídico de la niñez se circunscribía a los dictados y prescripciones establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Amparo y los tratados firmados y ratificados por el Estado mexicano en el ámbito federal y a los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles de las Entidades Federativas y la Ciudad de México a nivel local.

El día de hoy, la creación de leyes específicas en materia de niñez hace que esta cuestión renueve bríos y cobre la importancia que con toda justeza le corresponde, transformándose por lo tanto el papel de los actores sociales involucrados en la promoción, interpretación y protección de los derechos de los menores, en especial tras concebirse a niños y adolescentes como titulares de derechos y seres humanos capaces de externar opiniones y sentimientos.

Por lo tanto, es tarea de los impartidores de justicia en materia familiar la de practicar un examen a fondo sobre la realidad específica que esté viviendo el infante involucrado en un procedimiento judicial, escuchar la opinión que éste tenga al respecto y, a partir de allí, tomar una decisión que se muestre armónica y realizable

en la satisfacción de todas sus necesidades, especialmente con las que pertenecen al rubro psicoafectivo y de relación con ambos progenitores, afectando lo menos posible sus derechos a vivir en familia y a mantener relaciones personales y comunicación con sus parientes.

El Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México (artículo 941 ter, primer párrafo) establece regímenes de visita y convivencia con diversos días de la semana; el del Estado de México no contempla esta modalidad.

Sin embargo, en la práctica es bastante raro que las partes contendientes celebren un convenio que dé por concluido el procedimiento utilizando este dispositivo legal y resulta menos frecuente todavía que un Juez de lo Familiar decrete en sentencia definitiva un régimen de visita y convivencia con esta característica.

Lo anterior obedece a dos razones muy concretas. La primera de ellas es el desconocimiento del derecho contenido en el texto de la ley por parte de los padres que se ven en la necesidad de recurrir a un Juez en materia Familiar que resuelva las consecuencias inherentes a la separación en lo general y, en lo particular, que haya certidumbre jurídica sobre qué es lo que pasará en las relaciones entre ellos y sus menores hijos. La segunda de la constituye la costumbre judicial de decretar regímenes de visita y convivencia sólo en fines de semana, desoyendo abiertamente lo que el dispositivo legal establece.

En el presente trabajo se propone adicionar los Códigos de Procedimientos Civiles tanto de la Ciudad de México como del Estado de México con la creación de un mecanismo jurídico-procesal expofeso para acceder a regímenes de visita y convivencia, provisionales o definitivos, que incluyan efectivamente días entre semana, en los casos en donde no se haya alegado, presumido o demostrado violencia familiar antes o durante la tramitación del procedimiento.

Las reformas propuestas en la presente investigación conceden amplitud de facultades a los Jueces en Materia Familiar, para la determinación de regímenes de visita y convivencia, provisionales o definitivos, que incluyan días entre semana; regímenes a decretarse entre el progenitor no custodio y su menor hijo en los casos de nulidad, separación o divorcio entre ambos padres; propuesta formulada a partir de un análisis minucioso practicado en los Códigos Civiles y de Procedimientos Civiles tanto del Estado de México como para la Ciudad de México, con el propósito de producir un mejor y más efectivo cumplimiento en el derecho del niño a vivir en familia, derecho previsto en la normatividad vigente y aplicable, en especial en la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como en las legislaciones locales correlativas.

Ello, con apoyo de los siguientes cuatro puntos:

En primer lugar, un marco teórico que abarque los aspectos jurídicos básicos de la familia y que explique la trascendencia del padre no custodio en la dinámica personal del niño.

En segundo término, un análisis minucioso del marco jurídico de la guarda y custodia y el régimen de visita y convivencia en todas y cada una de las normas que abordan ambos temas.

Para un tercer momento, tendrá lugar un ejercicio de Derecho comparado que nos permita contrastar el actual sistema jurídico tanto de la guarda y custodia y como del régimen de visita y convivencia de las entidades federativas mencionadas contra la experiencia de otros países.

Finalmente, se hará la presentación de un caso concreto al cual se le harán las observaciones pertinentes sobre las horas que pasa la menor hija con su señora madre (parte que obtuvo la guarda y custodia) versus las horas que pasa con su señor padre (parte que obtuvo un régimen de visita y convivencia).

Aunque se trata de una propuesta con un enfoque preponderantemente jurídico, su sustancia y cimientos provienen de estudios y fundamentos de raigambre psicopedagógica, cuestión que demuestra la necesidad de abordar los tópicos de niñez y familia desde una perspectiva interdisciplinaria si lo que se pretende es una comprensión de estos temas que abarque todas sus dimensiones.

Capítulo I

GENERALIDADES Y ASPECTOS TEÓRICOS

1.1 Conceptos jurídicos

1.1.1 Familia: definiciones y tipos

En el *Diccionario de la lengua española* la voz “familia” tiene diversos significados, de los cuales nos interesan los primeros tres, que transcribimos a continuación:

Familia: Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. || 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. || 3. Hijos o descendencia...¹

Ahora bien, apoyándonos en la doctrina para observar más de cerca, descubrimos que en la institución familiar:

...se atiende a las relaciones derivadas de la unión de los sexos por la vía del matrimonio o concubinato y la procreación, conocidas como parentesco, así como a las provenientes de las formas de constitución y organización del grupo familiar a las que la ley reconoce ciertos efectos.²

Por otra parte, y ubicando al concepto en observación dentro de una perspectiva estrictamente jurídica, la familia queda definida como:

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22º ed., España, Espasa, 2001, t. V, p. 703.

² Treviño Pizarro, María Claudina, *Derecho Familiar*, Iure, México, 2014, p. 15.

...el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre, matrimonios o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones.³

Actualmente existen varios tipos de familia; en ese sentido, la autora María de Montserrat Pérez Contreras precisa la clasificación siguiente:

- Nuclear.
- Extensa o ampliada.
- Monoparental.
- Ensamblada.
- Sociedad de convivencia.
- Homoparental.

De la lista inmediata anterior, presentaremos, en los párrafos subsiguientes, las definiciones que corresponden a cada una de estas clasificaciones.

*Familia nuclear: Este tipo de familia hace referencia al grupo de parientes integrados por los progenitores, es decir, el padre, la madre y sus hijos.*⁴

*Familia extensa o ampliada: Está conformada por los abuelos, los padres, los hijos, los tíos y los primos. Los miembros de la familia extensa están en contacto permanente, pueden vivir varias generaciones en la misma casa o predio. Se relaciona o interactúa como red social de apoyo, sobre la base de la ayuda mutua.*⁵

³ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derechos de las familias*, 3° ed., INEHRM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015, p. 6.

⁴ *Ibid.*, p. 5.

⁵ *Íd.*

Familia monoparental: *Es aquélla que se integra por uno solo de los progenitores, la madre o el padre, y los hijos. En ésta, los hijos pierden el contacto con uno de los padres, ya sea prolongada o definitivamente.*⁶

Familia ensamblada: Se trata de: *...aquella familia integrada por familias reconstituidas, es decir, por miembros de núcleos familiares previos, que al separarse o vivir en un núcleo monoparental se unen nuevamente, de hecho o de derecho, con nuevas personas o grupos familiares formando el ensamble o una nueva estructura familiar, sin que ello obste para que subsistan, salvo por disposición en contrario de la autoridad judicial, las obligaciones derivadas de los vínculos jurídicos originarios respectivamente, en su caso.*⁷

Sociedad de convivencia y/o familiarización de amigos, que se hace consistir en: *...el convenio por el que dos personas mayores de edad se comprometen a establecer un hogar común con voluntad de permanencia y con la finalidad de prestarse ayuda mutua. Los que celebran este acto son llamados convivientes.*⁸

En alcance a lo antes expuesto, se hace notar que el artículo 2 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) conceptúa a esta institución en los términos que ahora se transcriben:

Artículo 2.- La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua.

Del significado que la norma asigna a este concepto, el cual otorga a las sociedades de convivencia la naturaleza de actos jurídicos bilaterales, se sigue que éstas

⁶ Íd.

⁷ Íd.

⁸ Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Conoce tus derechos en materia familiar*, 2° ed., 1° reimpresión, TSJDF, Instituto de Estudios Judiciales, México, 2013, p. 175.

constituyen: *...una manifestación o acuerdo de voluntades realizada con la intención de crear, transmitir, modificar y extinguir derechos y obligaciones.*⁹

La finalidad de la sociedad de convivencia, según explica Carlos Muñoz Rocha, es *el establecimiento de un hogar común y la voluntad de permanencia*,¹⁰ pues se presume *la fundación del hogar común*;¹¹ más adelante, y en una exploración del tema más a profundidad, el propio Muñoz Rocha se descubre ignorante cuando se habla en la definición legal antes transcrita del elemento denominado permanencia, *...pues la ley no señala alguna temporalidad para presumirla, como sucede por ejemplo en el concubinato, o bien el establecimiento del hogar común hace presumir la intención de permanecer juntos.*¹²

La duda del autor se resuelve a través de la lógica y éste llega a la conclusión de que:

...no se trata de una convivencia ocasional, sino presumiblemente con la intención de permanecer unidos; lo que busca la disposición legal es la estabilidad de la unión, derivada no sólo de vivir en el mismo lugar, sino del deseo de llegar una vida en común.¹³

Al momento de su nacimiento en la ley e inserción en la dinámica social de la Capital del país, esta familiarización de amigos hizo que teóricos, académicos y demás estudiosos del Derecho vieran en ella un sinsentido, un despropósito; lo anterior se debió en parte a una libertad contractual sin delimitaciones precisas en cuanto a los derechos y obligaciones adquiridos por los convivientes al momento de constituir su sociedad de convivencia, a más de que la remisión, por mandamiento expreso de la ley de la materia en su artículo 5, a las reglas generales del concubinato,

⁹ Muñoz Rocha, Carlos I., *Derecho Familiar*, 1º reimpresión, México, Oxford, 2015, p. 179.

¹⁰ Íd.

¹¹ Íd.

¹² Íd.

¹³ Íd.

generaba más dudas que soluciones, tal como se puede apreciar en la transcripción de abajo:

Artículo 5.- Para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, la Sociedad de Convivencia se regirá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes.

En otras palabras, *no es posible que en la sociedad las partes acuerden absolutamente el contenido obligacional; en muchos aspectos la ley lo señala, tal como lo hace con el concubinato y con el matrimonio,*¹⁴ a más de que era común:

... relacionar las sociedades de convivencia con la unión sexual entre convivientes, que por cierto la ley no señala. Asimismo se las relaciona como la unión de personas entre personas del mismo sexo; esto es impreciso; en primer lugar, una sociedad de convivencia puede surgir entre personas simplemente con la finalidad de ayudarse mutuamente, como lo dice la ley, aunque la relación sexual pudiera suponerse, pero esto no es ni requisito ni condición. Por otra parte, cuando se dice que la sociedad de convivencia puede ser entre personas del mismo sexo, la mayoría lo asocia a la homosexualidad; si bien la sociedad de convivencia puede ser, de acuerdo con la ley, entre personas del mismo sexo, no necesariamente éstas tienen que ser o son homosexuales.¹⁵

Aunque la institución de la sociedad de convivencia sigue estando vigente ya que la legislación que la regula no ha sido abrogada, la realidad social ha hecho que el uso de esta figura sea de carácter excepcional, ya que, en el caso concreto de las parejas del mismo sexo, se dio un pleno reconocimiento a sus derechos de contraer nupcias y hacer vida en pareja por reforma al Código Civil capitalino publicada en la

¹⁴ Íd.

¹⁵ Íd.

Gaceta Oficial del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en fecha 21 de diciembre de 2009; con este cambio en la codificación común aplicable a los habitantes de esta Ciudad, el matrimonio dejó de ser una unión exclusiva entre un hombre y una mujer para quedar como sigue:

Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente Código.

Familia homoparental: *Es aquella formada por una pareja de hombres o de mujeres al convertirse en padres ya sea a través de la adopción, de la maternidad subrogada o de otras formas de reproducción asistida como lo puede ser la inseminación artificial en el caso de las mujeres.*¹⁶

1.1.2 Derecho Familiar

María de Montserrat Pérez Contreras concibe al Derecho Familiar como:

...el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan los aspectos biológicos y sociales que resultan de la unión entre personas de sexos opuestos o del mismo sexo a través de instituciones como el matrimonio o el concubinato, y la resultante procreación en ellos, así como las consecuencias de la adopción y de la filiación.¹⁷

Aunque las bases y elementos característicos del también denominado Derecho de Familia se concibieron y comenzaron a florecer gracias a las primeras evoluciones del Derecho Civil, el sustentante considera que el concurso de tres factores

¹⁶ Pérez Contreras, María de Montserrat, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 8.

esenciales debidamente puntualizados en los renglones subsiguientes, ha hecho que el conjunto de normas que ahora se estudia haya forjado un sendero autónomo.

El primer factor es el devenir histórico de la familia como institución base de la sociedad; Elisabeth Roudinesco enmarca sus momentos evolutivos más notables y resume sus principales características en los siguientes términos:

Podemos distinguir tres grandes períodos en la evolución de la familia. En un primer momento, la llamada familia «tradicional» sirve, ante todo, para asegurar la transmisión de un patrimonio. Los casamientos se arreglan entonces entre los padres sin tener en cuenta la vida sexual y afectiva de los futuros esposos, unidos en general a una edad precoz. Según esta perspectiva, la célula familiar se apoya en un orden del mundo inmutable y sometido en su totalidad a una autoridad patriarcal, verdadera transposición de la monarquía de derecho divino. En un segundo momento, la llamada familia «moderna» se convierte en el receptáculo de una lógica afectiva, cuyo modelo se impone entre fines del siglo XVIII y mediados del XX. Fundada en el amor romántico, sanciona a través del matrimonio la reciprocidad de sentimientos y deseos carnales. Pero también valora la división del trabajo entre los cónyuges, a la vez que hace del hijo un sujeto cuya educación está a cargo de la nación. La atribución de la autoridad es entonces objeto de una división incesante entre el Estado y los progenitores, por un lado, y entre los padres y las madres, por otro. Por último, a partir de la década de 1960, se impone la llamada familia «contemporánea» –o «posmoderna»–, que une por un período de extensión relativa a dos individuos en busca de relaciones íntimas o expansión sexual, la atribución de la autoridad comienza entonces a ser cada vez más problemática, en correspondencia con el aumento de los divorcios, las separaciones y las recomposiciones conyugales.¹⁸

¹⁸ Roudinesco, Elisabeth, *La familia en desorden*, trad. Óscar Luis Molina, España, Anagrama, 2004, p. 19-20.

El segundo factor es la perspectiva que las ciencias biológicas y sociales han aportado a la familia cuando ésta se ha convertido en su objeto de estudio; Eva Gilberti toca el tema señalando que:

Los intentos de describir, explicar y estudiar la denominada familia recurrieron a la lectura religiosa, mítica, política, jurídica, antropológica, demográfica, económica, y compaginaron un campo fecundo en aportes múltiples, imposibles de unificar, pero podemos considerar que los desarrollos propios de las distintas disciplinas cuentan con ineludibles conexiones entre ellas y con los estilos de vida ensayados por las generaciones humanas que se constituyeron como organizaciones familiares.¹⁹

El tercer factor se cimienta sobre los valores que practican los integrantes de la familia; Virginia Satir nos ilustra sobre el particular, estableciendo que:

Algunas familias enseñan la conformidad individual, otras educan en la rebelión individual, otras más imparten la doctrina de la responsabilidad de grupo y aun otras, por omisión, enseñan el *laissez-faire*. Cada familia comunica algo sobre la manera de enfrentar al mundo exterior: cómo desenvolverse, qué hacer ante la injusticia y las cosas horribles del mundo y cómo relacionarse con todo esto.²⁰

1.1.3 Interés superior de la niñez

Este principio, que deriva de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, es la base fundamental de protección de la infancia y de enorme trascendencia al resolver los conflictos en que se ven involucrados los derechos de las personas menores.

¹⁹ Gilberti, Eva, *La familia, a pesar de todo*, Argentina, Novedades Educativas, 2005, p. 75.

²⁰ Satir, Virginia, *Nuevas relaciones humanas en el núcleo familiar*, 2° ed., trad. José Ignacio Rodríguez y Martínez, México, Pax, 2002, p. 377.

1.1.3.1 Definición y aspectos generales

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, normatividad federal vigente y aplicable en todo el territorio nacional y marco legal de referencia para las legislaciones locales, establece los lineamientos a seguir en materia de niñez y adolescencia.

Respecto del interés superior de la infancia, el segundo párrafo del artículo 2 de la ley referida ordena que:

Artículo 2.- ...

...

Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

En ese sentido, el artículo 5, fracción XXII, de la Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, conceptúa al interés superior de la niñez de acuerdo a los siguientes términos:

Artículo 5: Para los efectos de esta ley se entenderá por:

...

XXII. Interés superior de la niñez: Al máximo beneficio que ha de otorgarse de conformidad con los derechos de las niñas, niños y adolescentes respecto de cualquier otro beneficio o derecho y que tiene como propósito alcanzar su

desarrollo integral, así como la plenitud de sus aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades, tomando en consideración que cada uno de ellos es una universalidad y una individualidad en la que la familia, la comunidad y el propio Estado garantizarán ese pleno desarrollo.

El interés superior aludido se explica, en cambio, por la Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México en su arábigo séptimo, a través de una definición que reflexiona sobre los alcances que tal interés tiene cuando es materia de actuación o ponderación entre los Órganos que integran el Poder Público local:

Artículo 7.- El interés superior de la niña, niño y adolescente, es el derecho sustantivo que exige adoptar un enfoque proactivo basado en los derechos humanos, en el que colaboren todos los responsables de garantizar el bienestar, físico, psicológico, cultural y espiritual de manera integral de niñas, niños y adolescentes, así como reconocer su dignidad humana. Asimismo, debe ser considerado como principio interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña, niño o adolescente en concreto.

El interés superior es el principio que debe regir todo acto de autoridad para garantizar el ejercicio de los derechos humanos a niñas, niños y adolescentes. Por lo tanto, toda autoridad de la Ciudad de México, en el ejercicio de sus funciones, debe sustentar toda su actuación en este principio comenzando con mecanismos efectivos de escucha de niñas, niños y adolescentes.

Toda persona e institución, de manera conjunta con las autoridades, en la Ciudad de México, debe actuar en observancia a este principio.

Los elementos comunes que se observan dentro de ambas definiciones son tres:

1. Es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución;
2. Es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor;
3. Es una norma de procedimiento.²¹

Desde la perspectiva de esta investigación, los puntos de partida desde los cuales debe entenderse el citado interés superior son:

- Es una figura jurídico-social destinada a garantizar la protección y el óptimo desarrollo de los menores de edad.
- Motiva la génesis y perfecciona la finalidad de actos de autoridad, políticas públicas y, en general, de todas y cada una de las actividades desarrolladas por los órganos públicos en los tres niveles de gobierno y que se relacionan con el tema.
- Por analogía, los progenitores de los niños también están obligados a observar su cumplimiento, tanto en condiciones ordinarias, es decir, cuando la familia permanece unida, como en el caso de que se produzca una separación.
- Es principio rector de los procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se involucren derechos de menores de edad en el fondo de la *litis*; no obstante lo anterior, su aplicación es más amplia, debiendo observarse cumplimiento incluso sin la necesidad de una controversia judicial.

²¹ Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias, *Cuaderno recopilatorio de legislación relativa a menores de edad*, España, DISECO, 2017, p. 68.

- Sitúa los derechos e intereses del niño por encima de cualquier cuestión.

El interés superior de la niñez encuentra su razón de ser en el considerando final del preámbulo de la: *...Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, enunciado legal según el cual la Humanidad debe al niño lo mejor que ésta pueda darle.*²²

1.1.3.2 El interés superior de la niñez en el Derecho Familiar

Parecería muy sencillo, al tenor de las consideraciones anteriores, distinguir dónde, cómo y cuándo se aplica el interés superior de la niñez; por desgracia, el foro donde se controvierten los derechos e intereses del niño aduce ser un terreno donde no siempre queda claro o es uniforme el criterio al momento de interpretar y aplicar leyes, códigos y reglamentos en aras de cumplimentar el ya citado interés sobre casos concretos, pues ello depende de factores diversos (económicos, sociales, de educación, etcétera) que la instancia del conocimiento debe ponderar cuando está por emitir una resolución cuyos efectos recaerán directa y precisamente sobre la esfera de derechos de un menor de edad.

Alicia Pérez Duarte refuerza ese argumento, haciendo visible que:

...el criterio de todo Juzgador está normado por ciertas reglas; en este caso debe decidir en beneficio del o la menor y tomando en cuenta los intereses superiores de éstos. Sin embargo, es cierto que, en muchas ocasiones, la dificultad que los Jueces tienen para tomar decisiones rápidas y con firmeza ha contribuido a complicar aún más algunos conflictos familiares; sobre todo, les es difícil encontrar dónde está el interés superior de la infancia.²³

²² Hijas Fernández, Eduardo, *Derecho de Familia*, 2º ed., España, Lex Nova, 2001, p. 194.

²³ Pérez Duarte, Alicia, *Derecho de Familia*, 2º ed., México, FCE, 2007, p. 349.

El mejor ejemplo de las decisiones rápidas a que alude la autora consultada lo constituyen las medidas provisionales que se determinan, en los procedimientos ventilados en tribunales de la Ciudad de México, al término de la entrevista con el menor (Código procesal civil local: art. 941 bis, párrafo segundo) o, en los juicios sustanciados en el Estado de México, en el auto inicial en relación con la revisión de medidas provisionales efectuada en la audiencia preliminar (Código procesal civil local: arts. 5.44; 5.45; 5.50, fracción V; y 5.58).

1.1.3.3 Paradoja entre el interés superior y del derecho del niño a ser escuchado

1.1.3.3.1 Preliminares

Antes de entrar en materia con este subtema, es imperativo aclarar que en la práctica profesional encontramos excesos y contradicciones respecto de dichos principios porque al infante se le impone la visión adulta en las decisiones que le conciernen nulificando la participación de éste en las deliberaciones previas a establecer una postura, elegir entre varias opciones o comprender su papel en la ejecución ya tomada.

Igualmente, se suplica comprensión para el asunto de que el ejemplo que evidencia la paradoja está tomado de una historia de ficción, en la inteligencia de que, por un lado, la bibliografía técnica especializada carece de material idóneo para sustanciar la postura que aquí se ofrece y, por otra parte, *...la irrealidad y las mentiras de la literatura son también un precioso vehículo para el conocimiento de las verdades recónditas de la realidad humana.*²⁴

²⁴ Vargas Llosa, Mario, "Un mundo sin novelas", *Letras Libres*, México, año II, núm. 22, octubre de 2000, p. 43.

1.1.3.3.2 Paradoja

El carácter tridimensional que la doctrina jurídica en materia de derechos humanos asigna al derecho del niño a la participación se describe en los términos siguientes:

La primera dimensión se refiere al *derecho que las niñas y niños tienen de formar libremente su propio juicio* sobre las cuestiones que los involucran. El Estado tiene la obligación, por lo tanto, de crear condiciones necesarias para que las niñas y los niños, de acuerdo con sus capacidades, puedan obtener los elementos necesarios para construir los criterios que respalden sus decisiones. Esto implica entre otros elementos acceder a información objetiva e imparcial, lograr el conocimiento más completo posible de las circunstancias que les rodean y tener conciencia de las consecuencias que pueden llegar a tener sus decisiones...

La segunda dimensión se refiere propiamente al *derecho a expresar libremente sus puntos de vista*. El Comité [de los Derechos del Niño] explica que el término *libremente* implica no sólo que las y los niños podrán expresar sus opiniones sin que medie ningún tipo de coacción o presión, sino también que no sean manipulados o sujetos a cualquier tipo de influencia. El Comité es muy enfático al señalar que el derecho consiste en que las niñas y los niños puedan expresar sus propias ideas y no las visiones o posiciones de otras personas.

...

La tercera dimensión del derecho se refiere al *derecho de las niñas y niños a que sus puntos de vista sean adecuadamente valorados y tomados en cuenta* en relación con su edad y madurez. El derecho por lo tanto no termina con el hecho de que las niñas y los niños puedan expresarse, también implica que

los adultos los escuchen y que tomen en consideración sus puntos de vista en las tomas de decisiones.²⁵

Reducida a su sentido más literal, la explicación anterior se limita a la actuación del ente político-jurídico-social denominado Estado, un concepto tan abstracto e intangible como el de la ley, la verdad o la justicia, vistos todos desde esta misma perspectiva; por lo tanto, y en aras de una comprensión cabal del asunto, una proyección psicopedagógica del tema sugeriría sustituir la palabra “Estado” por “los adultos que tienen al niño bajo su cuidado y orientación”; con el propósito fundamental de volver más cercanas las palabras del autor a la realidad que se vive todos los días y hacer que los responsables del menor cobren verdadera conciencia de lo que implica que el niño ejerza auténtica y plenamente sus derechos, pues son ellos el primer contacto del infante con el mundo que habita.

A lo anterior debe sumarse la imposibilidad de contar con una narración lineal de la infancia, pues se trata de:

...una edad en la que todo se moviliza y está en formación: el cuerpo, los afectos, los valores, la relación con los espacios y los objetos, la acumulación de saberes, los tipos de pensamiento.²⁶

Para la vista no entrenada en estos menesteres, con lo hasta aquí expuesto basta para tener claro cuáles son los aspectos esenciales del derecho del niño a ser escuchado; entre los ojos más observadores, no obstante, existe una disputa:

...alrededor de las figuras infantiles, que están en una zona de tensión entre lo público y lo privado. Todos quieren apoderarse de esos cuerpos: los

²⁵ Torre Martínez, Carlos de la, “El derecho de las niñas y niños a ser escuchados: un desafío pendiente”, en González Contró, Mónica (coordinadora), *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, Porrúa, 2011, pp. 234-235.

²⁶ Turco, Lucía, “Testigos silenciosos de la degradación” (entrevista a Andrea Jeftanovic), *Letras Libres*, México, año XVII, núm. 197, mayo de 2015, p. 17.

padres, las religiones, el Estado, la justicia, el mercado, la salud, la psicología, el ejército. Todos ven esos cuerpos con un interés particular, una apuesta a futuro.²⁷

En íntima relación con lo anterior, y echando un vistazo al mundo de los adultos, se descubre que: *...el poder habla por ellos: todos imponen sus discursos, todos saben “qué le conviene a un niño”, pero casi nadie los escucha de verdad.*²⁸

La demostración de que lo antes transcrito es cierto, se encuentra en *El joven Arquímedes*, cuya sinopsis es la siguiente:

Nadie está verdaderamente preparado para ser padre, para manejar adecuadamente lo más frágil que existe en el Universo: el alma de un niño, su pensamiento y sus emociones. En una pequeña novela, cuya realidad presenciamos con frecuencia aterradora, Aldous Huxley nos pinta en colores vivos la destrucción lenta, inexorable, del alma de un niño maravilloso y sensitivo en las manos bien intencionadas, pero ignorantes y duras de una mujer ambiciosa y vulgar.²⁹

El talento que primero se nota en Guido, protagonista de esta historia –y que constituye el eje sobre el que gira la acción del relato–, es su habilidad, inusitada para los escasos siete años con que cuenta, a la hora de escuchar y formarse opiniones certeras sobre piezas musicales de cuya ejecución se exigen oficio y madurez artística en los ejecutantes; el segundo talento –relegado a un plano inferior en aras de que se produzca la moraleja en esta historia–, es la geometría clásica o euclidiana, rama de las matemáticas por la que el niño manifiesta predilección y con el que no encuentra resonancia en los oídos de sus mayores para desarrollarlo.

²⁷ Íd.

²⁸ Íd.

²⁹ Huxley, Aldous, *El joven Arquímedes*, trad. Enrique Flores Esquivel, México, ELAP, 1981, contraportada.

La novela corta aquí objeto de disección merece tener una lectura completa para interpretarse en las múltiples perspectivas que ofrece, todas en el afán de no reducir, soterrar o ridiculizar los juicios que el niño externe en el justo ejercicio de su derecho a participar, pensar y manifestar opiniones sobre los asuntos que le conciernen para que, en conjunto con los adultos que forman parte de su vida y entorno social y afectivo, se puedan tomar las mejores decisiones.

1.1.4 Suplencia en la deficiencia de la queja

Manuel Eduardo Espinoza Barragán entiende a esta institución, que es propia del litigio constitucional y que nace como excepción al principio de estricto derecho, como:

...la obligación constitucional y legal que tiene el Juzgador de amparo de corregir los errores, deficiencias u omisiones en que incurre el quejoso al elaborar los conceptos de violación de su demanda, o bien al formular los agravios relativos a los recursos por él interpuestos, en las hipótesis y en los términos previstos en la ley de la materia.³⁰

El doctrinario abunda sobre el particular, explicando que la aplicación de la suplencia en la deficiencia de la queja: *...implica no ceñirse a las alegaciones expuestas por el agraviado*³¹ sino que el órgano jurisdiccional: *...debe hacer valer oficiosamente cualquier aspecto de inconstitucionalidad de la ley, acto, omisión o resolución que se reclama, a efecto de otorgar el quejoso la protección de la justicia federal.*³²

Los elementos que integran la suplencia en el pensamiento de Lázaro Tenorio Godínez, son:

³⁰ Espinoza Barragán, Manuel Eduardo, *Juicio de amparo*, 2º ed., México, Oxford, 2015, p. 52.

³¹ *Ibíd.*, p. 53.

³² *Íd.*

- a) Es una obligación.
- b) Su ejercicio se encuentra conferido únicamente a los tribunales que conocen del juicio de amparo, no a los del fuero común.
- c) Se suplen las deficiencias de los conceptos de violación de la demanda de garantías en favor de los quejosos y, por excepción, de terceros, aun cuando éstos no sean propiamente los recurrentes (por ejemplo, menores de edad e incapaces y en materia agraria).
- d) Comprende también las deficiencias en los agravios formulados en los recursos que la Ley de Amparo contempla.
- e) No se puede alterar la *litis*.
- f) Debe cumplirse con determinados requisitos.
- g) Existen limitaciones en sus alcances.
- h) Se pretende situar en un plano de igualdad a los desiguales en el ámbito procesal, de acuerdo a las circunstancias particulares de los peticionarios.³³

Antes de continuar con el tema, se considera importante acotar que, por regla general, un menor de edad no puede promover ni representarse a sí mismo en juicio, sea el natural o el de garantías, los promoventes son sus representantes legales, es decir, sus progenitores, tutores, custodios o quienes ejercen la patria potestad, sea que se apersonen al procedimiento de amparo en calidad de quejosos o con el carácter de terceros. No obstante lo anterior, un criterio novedoso, dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, plantea una excepción a esta regla; el razonamiento mencionado puede leerse en la transcripción que enseguida se pone a la vista:

DEMANDA DE AMPARO INTERPUESTA POR UN MENOR DE EDAD, PERSONA CON DISCAPACIDAD O MAYOR DE EDAD SUJETA A INTERDICCIÓN. FORMA EN QUE EL

³³ Tenorio Godínez, Lázaro, *La suplencia en el Derecho Procesal Familiar*, México, Porrúa, 2004, pp. 281-282.

ÓRGANO JURISDICCIONAL DEBE ACTUAR, PREVIO A TENERLA POR NO PRESENTADA, CUANDO EL REPRESENTANTE DE AQUÉLLOS SE NIEGA A PROMOVERLA. Del análisis del artículo 8o. de la Ley de Amparo se advierte que el menor de edad, la persona con discapacidad o una diversa mayor de edad sujeta a interdicción podrá pedir amparo por sí o por cualquier persona en su nombre sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente, se ignore quién sea, esté impedido o se negare a promoverlo, que el órgano jurisdiccional, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio, debiendo preferir a un familiar cercano, salvo cuando haya conflicto de intereses o motivo que justifique la designación de persona diversa, y que si el menor hubiera cumplido catorce años de edad, podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda. Ahora bien, cuando el representante de aquéllos se niega a promover la demanda de amparo, ello se equipara a la hipótesis de cuando se tiene a un curador definitivo y éste no comparece, por desinterés o por omisión, ante el Juez de Distrito a manifestar si hace suyo o no el curso constitucional dentro del plazo fijado por el a quo. Por tanto, previamente a tener por no presentada la demanda de amparo, como lo establece el artículo 114, penúltimo párrafo, de la ley de la materia, el Juez debe requerir a dicho representante para que manifieste si aún continúa desempeñando ese cargo y, para lograr su presentación, aplicar el numeral 237 de la ley con la finalidad de hacer cumplir su determinación. En el entendido de que si se acató lo aludido previamente, entonces la obligación de la autoridad que conoce del amparo es nombrarle a la persona declarada en estado de interdicción un representante especial para que intervenga en el juicio en atención al primero de los artículos citados, ya que si no se procede en los términos anotados se dejaría en estado de indefensión al quejoso, al tener por no presentada la demanda de amparo.³⁴

³⁴ Tesis VI.1o.P.8 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, marzo de 2014, p. 1740.

Desde la perspectiva de esta investigación, el uso de la suplencia en el foro apareja los dos efectos que a continuación se detallan:

1. La autoridad de amparo tiene la obligación de estudiar minuciosamente las demandas o, en su caso, los escritos impugnativos, tanto si son formulados por el quejoso principal como si fueron promovidos por el adherente.
2. El amparo no necesariamente se obtiene mediante los conceptos de violación esgrimidos por el impetrante de garantías, puesto que el Juzgador o Tribunal pueden basar su decisión en normas jurídicas diferentes de las que el quejoso estime conculcadas –y que haya hecho valer en el momento procesal oportuno–, o a través de argumentos no planteados por éste en los escritos arriba referidos, todo ello con el propósito de restituir el derecho violado o menoscabado, otorgándose por ende la protección de la Justicia Federal.

En particular, la suplencia utilizada por la instancia federal, pretende buscar y conquistar:

...la verdad material por encima de la estrictamente legal o formal, previendo siempre y ante todo, los derechos fundamentales de los peticionarios al tenor del control de constitucionalidad y convencionalidad del dos mil trece.³⁵

Con la amplia protección que permite esta figura en los juicios federales, se hace a un lado la aplicación restrictiva de esta figura, la cual acotaba que el campo de acción de la suplencia de la queja, pues: *...de ninguna manera se entenderá aplicable al derecho familiar en general, sino única y exclusivamente en tratándose de menores e incapacitados;*³⁶ ahora, como acertadamente cavila Tenorio Godínez en relación a las facciones II y VII del artículo 79 de la Ley de Amparo vigente,

³⁵ Tenorio Godínez, Lázaro, *Antología jurídica civil-familiar*, México, Porrúa, 2016, p. 343.

³⁶ Quintanilla García, Miguel Ángel, *Teoría y práctica del juicio de amparo en materia civil*, 2° ed., México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1994, p. 67.

...la suplencia no sólo se aplicará a favor de menores de edad e incapaces, sino también en aquellos casos en que se afecte el orden y el desarrollo de la familia...³⁷

La suplencia en la deficiencia de la queja es privativa del juicio de amparo, según refieren los autores consultados para el estudio de este apartado. No obstante lo anterior, el corpus procesal para la Ciudad de México, en el segundo párrafo de su arábigo 941, prevé una figura a la que denomina: *...suplencia en los planteamientos de Derecho*, y la normatividad instrumental del Estado de México hace lo propio en el segundo párrafo del numeral 5.40 con la: *...suplencia de la queja en los planteamientos de Derecho*.

Con independencia de cómo hayan sido nombradas por el legislador, las pautas procesales aludidas observan una finalidad común, la cual no es otra que subsanar errores, insuficiencias u omisiones en la demanda, principal o reconvencional, cuestión estrechamente vinculada con la ausencia de formalidades prevista en ambos Códigos para todas aquellas cuestiones familiares que requieran intervención judicial.

Se destaca, a modo de conclusión, que los tres tipos de suplencia, tanto la federal como las locales, limitan su existencia al terreno de lo jurídico-procesal, esto es, aparecen sólo durante el desarrollo de un litigio en el que se vean involucrados los derechos de un menor de edad.

1.1.5 Alimentos

En relación a este tema es de indicar que es un deber jurídico que tienen que cumplir las personas que se encuentran unidas por lazos de parentesco, matrimonio, concubinato o sociedad de convivencia; en ese orden de ideas, se ha expuesto que:

³⁷ Tenorio Godínez, Lázaro, *Antología jurídica civil-familiar, op. cit.*, pp. 342-343.

*...los alimentos son un deber derivado del derecho a la vida que tiene el acreedor alimentario y gravita sobre el grupo familiar.*³⁸ Siendo más precisos, los alimentos integran: *...un elemento de tipo económico que permite al ser humano obtener su sustento en los aspectos físicos y psíquicos.*³⁹

Sin embargo, antes que una obligación civil, los alimentos constituyen:

*...una obligación natural fundada en los sentimientos de amor, generosidad y fraternidad humanos. El legislador dio al acreedor alimentario la facultad de exigirlos judicialmente, en los casos en que esa obligación fuera desconocida y rechazadas sus consecuencias.*⁴⁰

De acuerdo con el artículo 308 del Código Civil para la Ciudad de México, los alimentos comprenden:

- La comida, el vestido, la habitación, la atención médica y hospitalaria como rubros comunes a atender entre todos los miembros de la familia que ostenten la calidad de alimentados.
- En el caso de la mujer encinta, los gastos de embarazo y parto.
- Respecto de los menores, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión, adecuados a sus circunstancias personales.
- Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su rehabilitación o desarrollo.

³⁸ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena y Flores Ávalos, Elvia Lucía, "Alimentos", en Álvarez de Lara Rosa María *et al.* (coordinadores), *Diccionario de Derecho Civil y de Familia*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 25.

³⁹ *Íd.*

⁴⁰ Lozano Ramírez, Raúl, *Derecho Civil*, México, PACJ, 2007, t. I, p. 26.

- Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, procurar su integración al núcleo familiar.

1.1.6 Guarda y custodia.

Esta figura del Derecho Familiar:

...es una facultad implícita de la patria potestad que los padres ejercen en forma conjunta, pero en el caso de su separación una se desliga de la otra. Físicamente los hijos deben quedar con alguno de los padres; esta tenencia física se denomina guarda o custodia del menor.⁴¹

El alcance de la guarda y custodia, en la concepción de Diego Zavala Pérez, rebasa la simple proximidad física para constituirse en el: *...derecho-deber de tener consigo a un menor, convivir con él para brindarle apoyo, derecho-deber que lleva implícita la facultad de orientación y corrección.*⁴²

La visión que el autor propone sobre la guarda y custodia arroja unas primeras luces respecto de este concepto; sin embargo, es oscura en lo tocante a sus efectos con relación al progenitor que la detente de hecho o que ya le haya sido otorgada en la causa judicial correspondiente.

María de Montserrat Pérez Contreras agrupa las obligaciones inherentes a la guarda y custodia en los siguientes cuatro rubros:

- a) Procurar su seguridad física, psicológica y sexual.

⁴¹ Carreras Maldonado, María *et al.*, "Custodia", en Álvarez de Lara, Rosa María *et al.*, *op. cit.*, p. 93.

⁴² Zavala Pérez, Diego H., *Derecho Familiar*, 3º ed., México, Porrúa, 2011, p. 337.

- b) Fomentar en él hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico, así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares.
- c) Realizarle demostraciones afectivas, con respeto, y aceptación de éstas por parte del menor.
- d) Determinar límites y normas de conducta personal preservando el interés superior del menor.⁴³

Cuando ocurre una separación de hecho o se solicita formalmente la disolución del vínculo matrimonial, es el progenitor custodio quien por mandato de ley queda constreñido con las obligaciones arriba precisadas.

1.1.6.1 Preferencia materna en el otorgamiento del derecho a la guarda y custodia

De desearse intentar la acción de divorcio, el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México impone lo siguiente:

Artículo 2.373.- La solicitud de divorcio podrá presentarse por uno de los cónyuges, sin necesidad de señalar la razón que lo motive, debiendo acompañar:

...

III. Propuesta de convenio que habrá de regular las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener:

⁴³ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Nostra-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 154.

a) La designación sobre la guarda y custodia de las niñas, los niños y los adolescentes o incapaces quedará preferentemente al cuidado de la madre y el domicilio donde vivirán.

Se observa un comportamiento similar en el Código Civil para la Ciudad de México; sin embargo, en el caso del artículo que más abajo se transcribe, la norma otorga a la designación del progenitor custodio el carácter de facultad que el Juez de lo Familiar debe ejercitar durante la tramitación del procedimiento:

Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

...

B. Una vez contestada la solicitud:

...

II.- ...

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

La preferencia materna en la guarda y custodia de los menores de edad procreados dentro del matrimonio que se observa en los dispositivos legales arriba transcritos inició siendo una conquista para las mujeres que vivieron en los albores del siglo XX; este avance dejó ver su impronta:

...en la Ley de Relaciones Familiares que el presidente Carranza promulgó en abril de 1917. Ésta garantizaba los derechos de las mujeres casadas respecto a: extender contratos, participar en demandas legales, ser tutoras y tener los mismos derechos que los hombres en la custodia de los hijos.⁴⁴

El transcurso del tiempo provoca cambios respecto a las relaciones de pareja, al interior de la institución familiar y dentro de las dinámicas sociales; para efectos del presente trabajo revisten interés y ameritan atención las siguientes cinco dinámicas:

1. Ha cobrado relevancia el papel de los solteros en sociedad, en la inteligencia de que el papel del matrimonio como símbolo de prestigio social, posición económica o estabilidad afectiva y familiar ha ido quedando en el olvido.
2. Ha crecido el concubinato como opción para establecer vida en pareja, ya que por su naturaleza prescinde de los protocolos y exigencias sociales que son inherentes al momento de contraer nupcias, máxime cuando la unión matrimonial se lleva por ambas vías, civil y eclesiástica.
3. Las parejas creadas mediante el matrimonio o nacidas a partir de una relación de hecho eligen tener pocos hijos (menos de tres), o no tenerlos.
4. Se han diversificado los quehaceres de las mujeres en el ámbito profesional, y cada día es más común mirar rostros femeninos en puestos de poder en corporaciones privadas e instituciones públicas, lo que reduce el tiempo que las mujeres pasan junto a sus hijos, en caso de que los tengan.

⁴⁴ Rodríguez Bravo, Roxana, “Los derechos de las mujeres en México, breve recorrido”, *Historia de las mujeres en México*, México, INEHRM-SEP, 2015, p. 274.

5. El deseo de los hombres de involucrarse en la vida y quehaceres de sus menores hijos es cada vez más notorio, y se manifiesta con independencia de cuánto tiempo les absorban sus cargas laborales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, actuando en funciones de Tribunal Constitucional, ha aportado su granito de arena sobre este tema; es así que la declaratoria general de inconstitucionalidad dada a conocer a través del Comunicado de Prensa número 195/2019, emitido en fecha 21 de noviembre de esa misma anualidad, la Máxima Casa de Justicia en México evidenció como contrario a los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal, en especial al interés superior de la niñez, la preferencia en el derecho a la guarda y custodia provisional que hasta entonces se contemplaba a favor de la madre en la legislación capitalina (Código Civil para la Ciudad de México: art. 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero).

1.1.7 Visita y convivencia

Ante la separación de los progenitores el problema a resolver en relación a los hijos es el de la visita y convivencia para el progenitor no custodio. En ese sentido se ha expresado que: *...frente al progenitor que recibe la custodia, el progenitor privado de ella tiene derecho de convivencia con su hijo, de relacionarse con él, de estar al corriente de su vida y educación.*⁴⁵ Esta opinión funge como una primera aproximación al estudio de esta figura, misma que iremos desmenuzando y comentando a detalle a lo largo del presente trabajo.

La visita y convivencia, según define Helena Soletto, es:

...un derecho-deber o derecho-función y consiste en puridad en un sistema de visitas, comunicaciones y estancias del progenitor con el menor, más en la práctica, y por la mayor importancia de la última medida, este derecho ha

⁴⁵ Carreras Maldonado, María, *et al.*, en Álvarez de Lara, Rosa María, *et al.*, *op. cit.*, 93.

acabado residiendo en la determinación de las estancias, que se han calificado de visitas.⁴⁶

Para visualizar con mayor detalle las implicaciones del derecho de visita y convivencia, hacemos nuestro el razonamiento del Poder Judicial de la Federación, el cual sostiene que esta prerrogativa busca incesantemente el:

...desarrollo pleno del menor por medio de la implementación o fortalecimiento de los lazos entre el niño y sus familiares, en los casos en que los vínculos afectivos se han resquebrajado. Ello trasciende a las relaciones sociales que alcanzan en los menores una dimensión aun mayor que la simplemente familiar, dado que actualmente se hace indispensable una concepción de relaciones humanas que compromete otros núcleos sociales.⁴⁷

A través de esta explicación podemos apreciar la importancia de del régimen de visita y convivencia en la vida de un niño, pues de éstas depende el adecuado desarrollo de su personalidad, en la inteligencia de que la presencia del progenitor no custodio impacta directamente en la formación del carácter del individuo en su edad temprana, así como su proyección y desenvolvimiento frente a terceros en las esferas familiares, escolares, laborales y sociales en las que éste precise interactuar, una vez alcanzada la mayoría de edad.

La regulación judicial del régimen de visita y convivencia debe hacerse: *...en forma equitativa y en condiciones de igualdad*,⁴⁸ en períodos de tiempo tales como: *...fines de semana, periodos de vacaciones escolares y días festivos*".⁴⁹ Cabe destacar que también se considera que el derecho de visitas puede abarcar, *...en su caso*,

⁴⁶ Soleto, Helena, *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, España, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 135.

⁴⁷ Tesis I.5o.C. J/33 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, junio de 2012, p. 699.

⁴⁸ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derechos de las familias*, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁹ *Íd.*

*diversos días de la semana fuera del horario escolar para que los menores hijos no desatiendan sus labores escolares.*⁵⁰

1.1.7.1 Definición y requisitos del régimen de visita y convivencia

La ausencia de una definición legal de lo que debe entenderse por régimen de visita y convivencia se observa en las siguientes normatividades de la Ciudad de México y del Estado de México: corpus sustantivos, es decir, los Códigos Civiles; a las normas instrumentales, esto es, los Códigos de Procedimientos Civiles; y la legislación especializada en materia de niñez, tanto federal como local.

Es la omisión puesta en evidencia el punto de partida para proponer la siguiente definición.

El régimen de visita y convivencia es el período acordado por ambas partes o fijado por el Juez de lo Familiar durante el cual el progenitor no custodio pasa tiempo con su menor hijo, tanto para ejercitar los derechos inherentes a la paternidad como para cumplimentar sus obligaciones de crianza.

Los requisitos básicos para que la parte interesada solicite un régimen de visita y convivencia con el hijo respecto del que no tiene la guarda y custodia son:

- Día, hora y lugar para entrega y recepción del menor.
- Personas autorizadas, además del progenitor, para la entrega y recepción.
- Instrucciones, limitaciones y cláusulas adicionales libremente convenidas por los interesados.

⁵⁰ Íd.

1.1.7.2 Regímenes de visita y convivencia reconocidos en ley

Los regímenes de visita y convivencia con reconocimiento expreso en el texto legal, en la especie los Códigos de Procedimientos Civiles, tanto de la Ciudad de México como del Estado de México, son:

- PROVISIONAL:
 - Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México: arts. 941 bis, párrafo primero; y 941 ter, párrafo tercero.
 - Código de Procedimientos Civiles del Estado de México: arts. 2.377, párrafo segundo; y 5.1, párrafo cuarto.

- DEFINITIVO:
 - Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México: arts. 941 ter, párrafos primero y segundo.
 - Código de Procedimientos Civiles del Estado de México: arts. 2.373, fracción III, inciso b); y 5.2, fracción I.

- SUPERVISADO:
 - Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México: art. 941 ter, párrafos tercero, cuarto y quinto.
 - Código de Procedimientos Civiles del Estado de México: art. 2.355 quinquies, fracción I.

Resultando importante destacar que en ninguno de esos cuerpos normativos se establece un día o una hora en concreto en el que deba efectuarse la visita o convivencia, por lo que, en un principio, esta cuestión queda comprendida dentro de la libre voluntad de ambas partes al momento de hacer su propuesta en el escrito correspondiente; ahora bien, de no llegar a un convenio sobre el particular, el Juez debe decidir mediante sentencia.

1.1.7.2.1 Provisional

El régimen provisional nace a partir de la solicitud expresa de la medida por parte del progenitor interesado y éste se extiende única y exclusivamente durante la tramitación del juicio; por excepción, el régimen en examen se decreta de oficio.

La determinación del régimen provisional dentro de un procedimiento judicial observa distintos comportamientos, dependiendo de la legislación instrumental a partir de la cual deba proveerse lo conducente sobre este derecho.

En la capital del país –y siguiendo la costumbre en la práctica dentro del foro–, la solicitud debe quedar formulada en los ocursoos donde se fije la *litis* y, previa vista, es acordado en audiencia de entrevista con el menor, diligencia prevista en el artículo 941 bis, segundo párrafo, del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

En la jurisdicción mexiquense, el *petito* debe formar parte integrante de los escritos iniciales; regularmente, los alimentos y la guarda y custodia quedan decretados de manera provisional en el auto que admite a trámite el asunto, en tanto que lo concerniente al régimen de visita y convivencia se resuelve hasta la revisión de las medidas provisionales, último momento procesal de los cinco que integran la audiencia inicial, atentos a lo dispuesto por los artículos 5.44; 5.45; 5.50, fracción V; y 5.58, todos del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México.

1.1.7.2.2 Definitivo

El régimen definitivo es aquél producido por el convenio celebrado entre ambas partes y que pone fin al procedimiento o, ante la imposibilidad de llegar a un consenso sobre el particular, a través de la sentencia definitiva que resuelve el fondo de la controversia familiar.

1.1.7.2.3 Supervisado

El régimen supervisado está previsto para los casos en que de constancias procesales se desprendan indicios de violencia, para lo cual el progenitor no custodio y su menor hijo podrán estar en contacto bajo las modalidades y taxativas impuestas en la norma especial, que en el caso que nos ocupa no es sino el reglamento de los Centros de Convivencia Supervisada con que cuente cada Entidad Federativa para tales efectos.

- Reglamento para el Desarrollo de las Convivencias y Entregas-Recepciones que se llevan a cabo en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México: arts. 8-14; 38-63; 77-84.
- Reglamento de los Centros de Convivencia Familiar del Poder Judicial del Estado de México: arts. 14-19; 25-27.

Si bien las conductas que se tipifican como violencia familiar están consignadas en el sistema legal vigente y aplicable, su enumeración está construida de manera genérica, entendiéndose que el receptor de la citada violencia puede ser cualquier integrante de la familia; de igual modo es comprensible que la ley no se detenga a estudiar este fenómeno dentro de la dinámica personal del niño, dado que su intención no es la de analizar la psique o corregir la conducta de las personas sino permitir la sana convivencia entre los individuos, prohibiendo en este caso las conductas antes descritas en pro de salvaguardar bienes jurídicamente tutelados tales como la vida, el respeto mutuo y el espacio y la integridad personales de todos aquellos sujetos que conforman el núcleo familiar.

La ausencia de información dentro del texto normativo nos lleva a la consulta de literatura especializada en aras de una comprensión más cabal del asunto; en la fuente consultada se advierten dos tipos de comportamiento: maltrato y abandono.

El maltrato físico infantil, cuyas conductas son de acción, se define como:

...las agresiones físicas al niño por parte de uno o ambos padres biológicos o adoptivos, de otras personas que vivan con el cuidador, del compañero/a sentimental del progenitor encargado/a de su custodia (viva o no en la misma casa) o de cualquier otra persona en quien los padres deleguen su responsabilidad que puedan poner en peligro el desarrollo físico, social o emocional del niño. A nivel operacional, se pueden considerar como conductas físicamente abusivas las de arrojar agua hirviendo, quemar, envenenar, provocar asfixia o ahogamiento, pinchar o acuchillar, morder, golpear con algún objeto contundente (palo, vara o correa), dar puntapiés, zurrar con la mano, dar puñetazos, abofetear, zarandear/empujar y arrojar al niño.⁵¹

El abandono físico, de comisión por negligencia, involucra:

...aquellas conductas de omisión en los cuidados físicos por parte de los padres o del cuidador permanente del niño que pueden provocar o provocan daños físicos, cognitivos, emocionales, o sociales o daños a otros o a sus propiedades como resultado de las acciones del niño. Cortés... distingue ocho subcategorías de abandono físico (cuidados de la salud, supervisión, custodia, expulsión del hogar, alimentación, higiene personal, higiene del hogar y educación).⁵²

Cuando uno de los progenitores alega que el otro ha cometido violencia en contra de su menor hijo sea por maltrato o por abandono, debe adjuntar indicios bastantes y suficientes para acreditar su dicho en el escrito donde solicite el régimen supervisado como medida provisional, no bastando, pues, la sola manifestación de los mismos bajo protesta de decir verdad.

⁵¹ Cantón Duarte, José y Cortés Arboleda, María Rosario, *Malos tratos y abuso sexual infantil*, España, Siglo XXI, 1997, pp. 5-6.

⁵² *Ibíd.*, p. 6.

Debiéndose promover en ese sentido ante la Instancia judicial correspondiente en razón de que actualmente se cuentan con medios electrónicos (teléfonos celulares y tabletas electrónicas) que pueden producir prueba en favor de la parte que intenta convencer al Juzgador de la existencia y efectos de la violencia sobre el menor, a más de que el sistema legal tanto de la Ciudad de México como del Estado de México cuenta con Instituciones especializadas cuya misión es la salvaguarda de la integridad personal y demás derechos del niño.

Con los medios de prueba aportados por una parte, las refutaciones, objeciones, inclusive contraofrecimiento de probanzas, que se acompañen al escrito correspondiente de la otra y una adecuada escucha del menor cuando es el momento procesal de hacerlo comparecer a procedimiento, la Instancia del conocimiento contará con los elementos necesarios para determinar convivencias ordinarias o dentro de algún Centro de Convivencia; la falta de ellos, especialmente de los elementos de convicción que debe reunir el interesado en demostrar la violencia, provocará una decisión judicial no del todo apegada a Derecho y que deje a la parte que desee contrarrestar la imputación jurídicamente indefensa, y estará en todo su derecho de impugnar la resolución ante la Alzada correspondiente.

1.1.8 Deberes de los miembros de una familia: el artículo 138 sextus del Código Civil para la Ciudad de México

El artículo 138 sextus del Código Civil para la Ciudad de México a la letra establece:

Artículo 138 sextus.– Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

Del numeral arriba transcrito, interesa a la presente investigación saber en qué consisten los deberes allí mencionados, por lo que a continuación se les abordará

mediante definiciones tomadas de diccionarios especializados; esto, con miras a aportar una noción cabal de lo que significan los valores plasmados en este dispositivo legal.

➤ CONSIDERACIÓN:

Opinión que uno tiene de sí mismo (autoconsideración) y de los demás. El término encuentra un uso específico en psicología social, donde indica el estilo de guiar de un líder que muestra interés y comprensión por los integrantes de su grupo..., cuida su bienestar y no se niega a explicar sus acciones. La consideración es una forma de liderazgo “emotivo”, que se basa sobre todo en los valores del respeto y de la colaboración, diferente de la *estructura de inicio*, que es un estilo de liderazgo “funcional” en el que el líder del grupo especifica su propio papel, los deberes de los miembros, y los procedimientos que se deben utilizar para alcanzar un fin.⁵³

➤ SOLIDARIDAD:

Solidarios: eso quiere decir que sin quererlo, sin que lo sepamos, desde antes de tener conciencia de ello –pues la propia conciencia es un producto social–, estamos asociados: necesitamos unos de otros; no somos nada los unos sin los otros. Como lo dirá Durkheim, cuanto más ganamos en individualidad, mayor es nuestra dependencia mutua. He aquí que somos doblemente deudores: del pasado, de las generaciones que heredamos y de los servicios “sociales” que aprovechamos. Nace, así, una obligación enorme: deberemos pagar esta deuda sin fin, que ya no se refiere a ciertos bienes, a lo que podemos poseer, sino a todo, a nosotros mismos, a nuestro

⁵³ Galimberti, Umberto, *Diccionario de psicología*, trad. María Emilia G. de Quevedo, México, Siglo XXI, 2002, p. 244.

ser; desde antes de nuestro nacimiento, antes de cualquier intercambio contractual, nos debemos por entero a los demás y a la sociedad.⁵⁴

➤ RESPECTO:

Reconocimiento de la dignidad propia y de los demás con un comportamiento congruente con este reconocimiento. Aristóteles incluye el respeto en la categoría de las emociones, excluyéndolo de las virtudes..., mientras I. Kant, pese a haberlo incluido en el orden de los sentimientos, lo asumió como único sentimiento moral, porque el sentimiento de respeto, que siempre se refiere a las personas y nunca a las cosas, “es producto de la razón y no sirve para el juicio de las acciones, ni para fundar la ley moral objetiva, sino simplemente como *impulso* para hacer de esta ley una máxima en sí”... El respeto es, siempre para Kant, eso que permite tratar a los semejantes, y más en general al hombre, siempre como un fin, y nunca como un medio.⁵⁵

1.1.9 Obligaciones de crianza

Antes de desarrollar el tema de este apartado es importante traer a colación la opinión de Ángel Alberto Valdés Cuervo, quien indica que:

...la efectividad en el cumplimiento de los roles por parte de los integrantes de la familia y la flexibilidad para suplir los roles que no pueda cumplir algún integrante de la misma, son importantes para garantizar la funcionalidad familiar.⁵⁶

⁵⁴ Ewald, François, “Solidaridad”, en Canto-Sperber, Monique (directora), *Diccionario de ética y filosofía moral*, trad. Carlos Ávila *et al.*, México, FCE, t. II, 2001, p. 1528.

⁵⁵ Galimberti, Umberto, *op. cit.*, p. 965.

⁵⁶ Valdés Cuervo, Ángel Alberto y Ochoa Alcántar, José Manuel (compiladores), *Familia y crisis*, México, Pearson-ITESO, 2010, p. 10.

La pertinencia de la cita textual inmediata anterior se explica a partir del propósito de contar con mecanismos legales que hagan efectiva la exigibilidad de regímenes de visita y convivencia que involucren inclusive horarios entre semana abriendo la puerta para que el padre se comprometa y participe más activamente en la vida del menor, poniendo el mismo interés y mostrando tanta eficiencia como la madre.

Es importante señalar que más que obligaciones de crianza son deberes de crianza que tienen aquellas personas que están en el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia.

Continuando con el examen de esta cuestión, tenemos que las dimensiones de la crianza efectiva del niño quedan circunscritas dentro de los siguientes tópicos:

1. Satisfacción de las necesidades básicas de los hijos.
2. Ambiente estimulante para el desarrollo.
3. Conocimiento de las características de las etapas de la vida.
4. Aceptación de la individualidad de los hijos.
5. Ejercicio adecuado de la autoridad.
6. Establecimiento de límites claros.
7. Comunicación con los hijos.⁵⁷

Ahora bien, con el propósito de concatenar los matices técnico-pedagógicos que forman la columna vertebral de las obligaciones de crianza con el enfoque lógico-jurídico desde el que la presente investigación se plantea, traemos a colación la experiencia venezolana de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

De la ley ya mencionada fue el artículo 358 el que llamó nuestra atención y del cual transcribimos la parte conducente:

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 33.

Artículo 358. Contenido de la responsabilidad de crianza.

La responsabilidad de crianza comprende el deber y el derecho compartido e irrenunciable del padre y de la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas...⁵⁸

De lo transcrito, surgen dos comentarios particulares:

1. Es innegable que la forma en que quedó plasmada la voluntad del legislador venezolano al momento de redactar el enunciado legal tiene un carácter marcadamente pedagógico, lo que facilita a los destinatarios de la norma su comprensión.
2. Es significativo el aporte técnico-jurídico que representa para el trabajo que ahora se desarrolla al señalar las dimensiones legales que tiene la crianza de los hijos en esta era.

De manera concomitante, en el diverso 360 del mismo cuerpo normativo, queda previsto que para el caso de controversia judicial donde existan menores de edad involucrados, ambos padres decidirán, de común acuerdo, quién conservará la guarda y custodia.

Ambos numerales, interpretados armónicamente y bajo la óptica del principio pro persona, constituyen:

...la materialización del principio de coparentalidad que inspira las normas referidas a los progenitores, reconociéndoles igualdad de condiciones para ejercer la custodia aun de sus hijos e hijas más pequeños.⁵⁹

⁵⁸ Barrios, Haydée, "De la guarda a la responsabilidad de crianza en el Derecho venezolano", en González Martín, Nuria (coordinadora), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, México, Porrúa, 2012, p. 78.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 82.

1.1.9.1 Paradoja entre las horas extra y las obligaciones de crianza

Una mujer cuya identidad permanece en el anonimato escribe:

En los pocos meses transcurridos desde que empecé este trabajo, estuve incontables fines de semana en la oficina. No me gusta trabajar los fines de semana. El fin de semana es para descansar, para estar con la familia para divertirse... y para las tareas domésticas.

Leo intenta ayudarme con la casa –con la aspiradora le va bien, así que de eso se encargará él–, pero hay algunas cosas que nunca ha conseguido hacer como yo. Como limpiar el parqué, doblar la ropa. Así que él es quien lleva a los niños a las clases de piano y a otras actividades extraescolares, el que se hace cargo de las reparaciones y del mantenimiento, del césped y de las cuentas, y a veces incluso prepara una cena sencilla cuando tengo que trabajar hasta tarde.

Pero así y todo me quedan un montón de tareas y cuatro niños que alimentar, que vestir y ayudar a hacer los deberes.⁶⁰

Escenas como la que se aprecia en cita bibliográfica de autoría anónima son cada vez más frecuentes en asentamientos urbanos con superpoblación, verbigracia la Ciudad de México y su zona conurbada, situación que impacta directa y negativamente sobre el bienestar de los menores, específicamente sobre el tiempo que sus padres deben dedicarles.

De la cita utilizada como ejemplo se desprenden las siguientes cuatro cuestiones:

⁶⁰ Anónimo, *Yo cacé terroristas*, trad. P. J. Gordon, Argentina, Emecé, 2003, p. 114.

1. La carga de trabajo sobrepasa las capacidades de la señora para cumplir con él dentro de un horario laboral ordinario.
2. La señora debe emplear tiempo adicional su centro de labores para cumplimentar las mismas; este tiempo rebasa, a todas luces, los límites que la ley impone para el trabajo extraordinario.
3. La señora manifiesta su disgusto por el tiempo dedicado al trabajo los fines de semana, el cual a la larga puede provocarle una frustración inmensa, además de respuestas fisiológicas adversas para su salud como la fatiga o la ansiedad.
4. Aunque su pareja le auxilia con las actividades extraescolares de los niños y demás actividades de la casa, la señora está consciente de que hay tareas en la casa que, si ella misma no realiza, no quedan como le gustan.

Para hacer frente a las horas que los menores no conviven con sus padres, y que de todos modos necesitan la atención y los cuidados de un adulto, se han encontrado diversos mecanismos de solución a este problema, con niveles variables de efectividad, a saber: escuelas de tiempo completo, parientes que cuidan del niño, películas y series de televisión en plataformas de video bajo demanda.

Concomitante con lo hasta aquí explicado, los párrafos penúltimo y último del artículo 414 bis del Código Civil para la Ciudad de México dispone lo siguiente:

Artículo 414 bis.- ...

...

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión

de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

Se comprenden las razones del legislador para, en su momento, redactar el dispositivo legal en este sentido, en especial la irrupción de la mujer en el mercado laboral como consecuencia de un esfuerzo por volver efectivamente equitativo el ejercicio derecho constitucional a la libertad de oficio. Hoy día, no obstante, existe una conducta general de abuso hacia la excepcionalidad marcada en el arábigo 414 bis precitado, ya que ambos progenitores dan prioridad a sus deberes en el trabajo en sacrificio del tiempo junto a sus hijos pequeños.

Lo anterior no pretende dar a entender que los padres son los únicos responsables de esta irregularidad, y es por eso que en el cuadro siguiente se ponen en perspectiva las acciones y omisiones en que incurren tanto patrones como autoridades del Gobierno que han vuelto el hecho de pasar tiempo con los menores hijos un símbolo de tiempos pretéritos:

GOBIERNO:

- ☞ El salario mínimo que anualmente fija Comisión Nacional de Salarios Mínimos dista mucho de ser un salario remunerador.
- ☞ No existen políticas públicas con resultados a gran escala en las que se aprecie un respeto hacia los tiempos máximos fijados en ley para trabajos extraordinarios.

EMPLEADORES, PATRONES E INTERMEDIARIOS (*OUTSOURCING*):

- ☞ Los salarios que ofrecen son bajos, inclusive para los empleados que cuentan con estudios de posgrado.
- ☞ Los problemas de mala organización en la empresa orillan a los trabajadores a cumplir con metas de producción mensuales a marchas forzadas.

- ☞ La autoridad es omisa en proceder y sancionar a los patronos que tienen a su cargo trabajadores con jornadas de trabajo extenuantes.
- ☞ Existen ocasiones en que los trabajadores terminan realizando funciones para las que no fueron contratados en un principio (empleados todólogos).

Todo lo anterior vuelve a los niños hijos de padres ausentes, cuyo crecimiento se ve marcado por carencias afectivas y de autoridad, y que cuando alcanzan la mayoría de edad, ven limitadas sus posibilidades de construir círculos sociales, familiares y laborales funcionales, dado que se convertirán en adultos de trato difícil y con una muy baja tolerancia a la frustración.

1.1.10 Violencia familiar: definición y tipos

La parte conducente del párrafo primero del artículo 323 quáter del Código Civil para la Ciudad de México define lo siguiente:

Artículo 323 quáter.- La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño...

La violencia familiar, como puede apreciarse en la transcripción inmediata anterior, cobra vida en conductas multiformes; sin embargo, su nacimiento y pervivencia al interior de las relaciones familiares puede explicarse atendiendo a un común denominador, el cual implica:

...“un estado de explotación u opresión, dentro de cualquier relación de subordinación y dominación”, es una forma de ejercicio del poder, la cual

supone la noción de jerarquía; el poder se ejerce sobre alguien situado en una posición inferior.⁶¹

Los tipos de violencia familiar previstos en las cuatro fracciones que componen el artículo en observación quedan desglosados en cita en la siguiente tabla:

TIPO:	DESCRIPCIÓN EN SÍNTESIS:
• Física: (art. 323 quáter, fracc. I)	☞ Acto intencional en el que se use alguna parte del cuerpo, objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño.
• Psicoemocional: (art. 323 quáter, fracc. II)	☞ Alteración autocognitiva y autovalorativa de la autoestima del individuo o alteración de su estructura psíquica como consecuencia de los siguientes actos u omisiones: <ul style="list-style-type: none">➤ Prohibiciones.➤ Coacciones.➤ Condicionamientos.➤ Intimidaciones.➤ Insultos.➤ Amenazas.➤ Celotipia.➤ Desdén.➤ Abandono.➤ Actitudes devaluatorias.
• Económica: (art. 323 quáter, fracc. III)	☞ Control de ingresos. ☞ Incumplimiento de la obligación de ministrar alimentos. ☞ Apoderamiento, retención, menoscabo, destrucción, desaparición de bienes, valores, derechos o recursos económicos.

⁶¹ Castañeda, Magdy Sharon, "Análisis del marco actual de la violencia familiar en el Distrito Federal", en Jiménez, María, (coordinadora), *Caras de la violencia familiar*, México, UACM, 2005, p. 99.

- Sexual:
 - ☞ Inducción a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor.
 - ☞ Celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja.

1.1.10.1 Violencia familiar en el menor de edad

Aunque el artículo 323 quáter del Código Civil para la Ciudad de México ofrece una idea general de los actos y omisiones que conlleva la violencia al interior del círculo familiar, entender este fenómeno en el ámbito específico del niño amerita una reexaminación del fenómeno, razón por la cual es indispensable abreviar de la doctrina especializada.

*Los niños han sido víctimas olvidadas de la violencia doméstica, pues persiste la creencia errónea de que éstos pueden, de alguna manera, escapar a la exposición directa de la violencia y sus efectos,*⁶² reclama Ana Isabel Sani. En efecto, el olvido al que se refiere la autora aprecia mejor en la lista de actos que el arábigo 323 quáter, fracciones III y IV, del Código Civil para la Ciudad de México, ya que por su naturaleza es más probable que se cometan de un cónyuge a otro, y no de los padres hacia el niño.

Para un entendimiento más claro del panorama del niño que vive en un hogar violento, la antropología de la violencia, ciencia encargada de estudiar el tema distingue entre dos rubros: el del abuso emocional y el del maltrato psicológico. Éstos pueden ocurrirle directamente al infante en el trato que recibe de los adultos que lo tienen bajo su cuidado y demás personas con las que cotidianamente.

El abuso emocional se define como:

⁶² Sani, Ana Isabel, "Victimización indirecta de niños en el contexto familiar", en Marchiori, Hilda, (directora), *Visibilización de la violencia*, Argentina, Encuentro, 2016, p. 50.

...un comportamiento parental hostil o indiferente que, si es severo o persistente, perjudica la autoestima del niño, degrada el sentido de realización, disminuye el sentimiento de pertenencia e impide el desarrollo sano y fuerte. Iwaniec y Nerbert consideran que el daño emocional puede ser causado por hostilidad verbal, denigración, expectativas irrealistas, miedo y ansiedad inducidos por amenazas de abandono, rechazo, privación considerable de la atención y de la estimulación e incluso a través de poder excesivo sobre el niño.⁶³

A su vez, maltrato psicológico consiste en:

...la negación de los nutrientes psicológicos esenciales o en la denigración de la dignidad personal a través de técnicas de dominación y patrones de interacción, los cuales son nocivos para la manifestación de la personalidad. Este maltrato es muchas veces acompañado de violencia familiar física, así como también de abuso sexual y negligencia, pero puede suceder aisladamente. El maltrato psicológico puede incluir el abuso interparental que es observado por el niño, así como también comportamientos de los padres para con el niño. Esta conducta incluye comportamientos como despreciar, aterrorizar, amenazar, gritar, rechazar, ignorar, negar respuestas emocionales, aislar, humillar, poner nombres, corromper o explotar, etc. El niño termina por ser él también objeto de violencia cuando está presente y escucha los insultos entre los cónyuges, quejas y lamentos reiterados, la desvalorización de figuras parentales, las amenazas de abandono de hogar. Tales hechos producen en el niño un sentimiento de inseguridad, culpa y miedo permanente, dada la incapacidad de los padres de proporcionar una atmósfera positiva y de soporte.⁶⁴

⁶³ *Ibíd.*, p. 42.

⁶⁴ *Ibíd.*, pp. 42-43.

Retomando el punto que dio inicio al presente subtema, presenciar actos de violencia en el hogar también provoca en el niño daños en su estructura mental y escala de valores; al respecto, no puede perderse de vista que:

...el testimonio de la violencia doméstica de parte del niño debe ser definido como una forma de maltrato psicológico, entendido como “un ataque concreto efectuado por un adulto al desarrollo del *self* y competencia social del niño, una muestra de comportamiento físicamente destructivo. Según la opinión de Peled y Davis, el maltrato psicológico puede asumir tres formas: a) aterrorizar al niño, por ejemplo, cuando el adulto perpetrador de la violencia lo agrede verbalmente, crea un clima de miedo, lo oprime, lo asusta y hace que él crea que el mundo es inestable y hostil; b) forzar al niño a vivir ambientes peligrosos; c) exponer al niño a modelos de roles nefastos y limitados, porque estimulan la rigidez, la autodestrucción, los comportamientos violentos y antisociales. Estas circunstancias son comunes en las situaciones de violencia conyugal testimoniada.⁶⁵

En mérito de las explicaciones anteriores, surgen dos necesidades concretas, una vez que estos hechos han sido puestos en conocimiento ante el Juez de lo Familiar:

1. Fijar un régimen de visita y convivencia supervisado entre el menor y el progenitor conviviente al que se le señale como generador de violencia familiar, con el propósito de que se cumpla con el derecho del niño de mantener contacto directo y comunicaciones personales con ambos padres en el escenario de una familia separada sin que por ello se vea lesionado su interés superior con más agresiones o menoscabos tanto a su persona como a los demás integrantes de la familia que en momentos previos al procedimiento resultaron ser receptores de la multicitada violencia.
2. Acudir el padre con antecedentes de violencia o de abuso de alcohol u otras drogas a cualquiera de los servicios públicos de terapia y rehabilitación

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 43.

disponibles en su localidad, para el efecto de encontrar, valorar y enfrentar las causas de su comportamiento, así como diseñar y ejecutar un plan para que lo haga dejar atrás estas conductas y volver a tener una vida emocionalmente sana, en beneficio de sí y de su círculo familiar.

1.1.11 Notas sobre la convivencia supervisada

Del caso concreto a partir del que se satisface este punto de la investigación habrán de apreciarse los pensamientos desarrollados y los sentimientos surgidos con posterioridad al momento en que un padre genera maltrato físico sobre la persona de su menor hija:

Ella sintió su amor por él. «Nunca te pego si no lo mereces, Beverly», le había dicho él una vez, al protestar ella por un castigo injusto. Y tenía que ser cierto, claro, porque él era capaz de amar. A veces pasaba todo el día con ella, enseñándole a hacer cosas, charlando con ella o paseando por la ciudad, y en esas ocasiones Beverly pensaba que su corazón se iba a hinchar de felicidad hasta matarla. Lo amaba; trataba de aceptar que él debía corregirla con frecuencia porque, según decía, era el trabajo que le había dado Dios. «A las hijas –decía Al Marsh–, hay que corregirlas más que a los chicos.» Él no tenía hijos varones y Beverly sentía, vagamente, que eso también podía ser culpa de ella.

–Está bien, papá –dijo.⁶⁶

Las suposiciones del padre, todas ellas producto del ejercicio de una paternidad tradicional –con los errores y distorsiones que ello conlleva–, que resultan trascendentes para colmar esta parte de la investigación son:

⁶⁶ King, Stephen, *Eso*, 9ª reimpresión, trad. Edith Zilli, México, De Bolsillo, 2013, pp. 529-530.

- La educación que debe proporcionar a su hija, así como el rol de figura de autoridad que la menor necesita, puede ejecutarse a través de actos que aparezcan violencia.
- Las obligaciones de crianza constituyen un encargo divino.
- Los niveles de atención y entendimiento en un niño son mejores y mayores que los de una niña.

Los pensamientos de la niña, también falaces de nacimiento y que afectan la normalidad de su desarrollo psicoemocional, son:

- Normalización de la violencia que vive, dada su creencia de que el padre la violenta como una forma de demostrarle afecto.
- Confusión del amor paterno-filial con la dependencia emocional, dado que si el padre no la violenta, no le estará demostrando su cariño.
- Inminencia en el sentimiento de culpa que le genera el hecho de que su padre no haya podido tener hijos varones.

El notorio desequilibrio emocional que nace en la menor con posterioridad al episodio violento es la piedra angular para que, en el caso de que estas circunstancias basaran un juicio por guarda y custodia o pérdida de la patria potestad, el Juez del asunto, bajo su más estricta responsabilidad, determinase un régimen provisional de visita y convivencia no exento de supervisión, dado que es evidente el panorama de maltrato infantil que la niña vive dentro de su entorno familiar.

Problemáticas como la expuesta en el ejemplo trabajado en líneas antecedentes están prevista en norma, y es por esa razón que existen instituciones de apoyo a la impartición de justicia que facilitan la entrega y recepción del menor y vigilan que, en el tiempo que padre e hijo pasan juntos, no existan palabras o actitudes del primero que puedan herir, confundir, menoscabar o destruir los sentimientos del segundo.

El personal que labora en estos Centros cuenta con la preparación técnica y las atribuciones legales para propiciar la convivencia; así también, al término de la misma, se levanta un reporte escrito en donde se detallan los pormenores generados en la sesión, documento el cual es firmado por el encargado de atender la convivencia de que se trate, sellado y, finalmente, promovido ante el Juzgado del conocimiento.

En íntima relación con lo antes expuesto, la justicia familiar, que jamás debe desentenderse de los vínculos psicoafectivos entre los integrantes de la familia, tanto en una separación pacífica como en una con antecedentes de violencia, adquiere un cariz terapéutico cuando en la mecánica de la convivencia supervisada se realiza:

...un trabajo interdisciplinario en el que colaboran licenciados en Derecho, psicólogos y trabajadores sociales, quienes desde su propia perspectiva coadyuvan con los Juzgadores (sic) para brindarle elementos que por sí solo no es capaz de percibir debido a la carga de trabajo y a (sic) que los trabajadores del Cecofam, de algún modo, tienen un acercamiento más preciso y constante con los usuarios.⁶⁷

El Centro de Convivencias Supervisadas del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, que sigue esta misma filosofía operativa,

...tiene como principal objetivo que el procedimiento judicial proporcione bienestar a los usuarios y no así que signifique una fuente de estrés mayor para quienes lo viven. Amén de que se le deja a cada quién que desempeñe sus funciones; es decir, que el abogado se encargue de llevar el procedimiento judicial (como debe de ser), en tanto que los usuarios atiendan

⁶⁷ Sman, Patricia van der, "El Cecofam como medio de aplicación de la justicia terapéutica", *Quince años del Centro de Convivencia Familiar Supervisada*, México, TSJCDMX, Instituto de Estudios Judiciales, 2016, p. 77.

el problema emocional al que se enfrentan, pues resulta obvio que desde el momento en el que llegan a un problema judicial, es porque hay una fractura en la familia y, por ende, problemas de carácter emocionales (sic) que no se logran resolver cuando las personas tienen la carga de “llevar” también el proceso judicial. Es decir, el Cecofam tiende a ser no solamente un espacio en el que las familias se encuentran –o se reencuentran–, sino que funge como un medio de diagnóstico en el que al desempeñar las funciones que la ley les (sic) encomienda, permite señalar cómo está formada la familia que convive, cuáles son sus fortalezas y debilidades y con esos elementos, también se le aportan al Juzgado posibles soluciones para que... sus determinaciones sean realmente efectivas y que los niños, niñas y adolescentes que se ven involucrados, gocen de sus derechos y la prevalencia de sus intereses.⁶⁸

1.1.12 Breviario sobre la impartición de justicia en materia familiar

El breviario que ahora se desarrolla pretende ofrecer una visión bidimensional de los procedimientos que se tratan en materia familiar y que se encuentran en íntima conexión con los derechos del niño.

Se mencionarán, en un primer término, los requisitos establecidos en ley para la elaboración de los escritos de fijación de *litis* y, para un segundo momento, enfocará su visión en los efectos que la ruptura convivencial de la pareja que se desencadenan entre los integrantes del núcleo familiar.

1.1.12.1 Demanda y contestación

Los requisitos esenciales para excitar la actividad jurisdiccional, ya sea por demanda, mediante comparecencia o en reconvencción quedan a la vista en la tabla siguiente:

⁶⁸ Íd.

REQUISITO:	CONTENIDO EN SÍNTESIS:
• Instancia:	☞ Tribunal ante el que se promueve.
• Proemio:	☞ Nombre y apellidos del actor. ☞ Domicilio para oír y recibir notificaciones. ☞ Designación de personas autorizadas como mandatarios judiciales y para efectos oír y recibir notificaciones y documentos. ☞ Nombre y apellidos del demandado. ☞ Domicilio para emplazar.
• Vía:	☞ <i>Indicación de la clase de juicio... que se trata de iniciar con la demanda.</i> ⁶⁹
• Pretensiones, prestaciones.	☞ Todo aquello que desee el actor que dé o haga la parte demandada. ☞ Debe expresarse el valor de lo demandado, si se conoce. ☞ El valor de lo demandado comprende tanto la suerte principal como sus accesorios. ☞ Todas y cada una de las prestaciones deberán quedar expresadas en el escrito de fijación de <i>litis</i> que corresponda.
• Hechos:	☞ Deben narrarse: <i>...sólo los que han dado motivo directamente al litigio y en los cuales el demandante intente justificar su pretensión.</i> ⁷⁰ ☞ La narración de los hechos debe ser suscita, clara y precisa. ☞ Deben estar enumerados. ☞ Deben guardar relación con las pruebas.

⁶⁹ Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, 9° ed., México, Oxford, 2003, p. 57.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 54.

- Pruebas: ☞ *Instrumentos con los que se pretende lograr el cercioramiento del Juzgador acerca de los hechos discutidos en el proceso.*⁷¹
- Derecho: ☞ *En la demanda se deben citar los preceptos legales o los principios jurídicos aplicables.*⁷²
- Petitorios: ☞ *Peticiones concretas que se hacen al Juzgador.*⁷³
- Firma: ☞ *Signo manuscrito que acredita la voluntad de la o las personas para intervenir en el acto y asumir las obligaciones que deriven de éste.*⁷⁴

Los requisitos esenciales que debe reunir la contestación, tanto de la demanda principal como de la reconventional, se listan en la tabla siguiente:

REQUISITO:	CONTENIDO EN SÍNTESIS:
• Instancia:	☞ Tribunal ante el que se promueve.
• Proemio:	☞ Nombre y apellidos del demandado. ☞ Domicilio para oír y recibir notificaciones. ☞ Designación de personas autorizadas como mandatarios judiciales y para efectos oír y recibir notificaciones y documentos.
• Excepciones:	☞ <i>Cuestiones concretas que el demandado plantea frente a la pretensión del actor, con el objeto de oponerse a la continuación del proceso, alegando que no se han satisfecho los presupuestos procesales (excepciones procesales) o con el fin de oponerse al reconocimiento, por parte del Juez, de la fundamentación de la pretensión de la parte actora, aduciendo la existencia de hechos extintivos, modificativos o impeditivos de la</i>

⁷¹ *Ibíd.*, p. 126.

⁷² *Ibíd.*, p. 55.

⁷³ *Ibíd.*, p. 57.

⁷⁴ *Íd.*

relación jurídica invocada por el demandante (excepciones sustanciales).⁷⁵

- Hechos:
 - ☞ *El demandado deberá referirse a cada uno de los hechos aducidos por el actor en su demanda, confesándolos o negándolos, o bien expresando los que ignore por no ser propios.⁷⁶*
 - ☞ También se pueden incorporar hechos novedosos.
- Pruebas:
 - ☞ Sustentan lo afirmado en el capítulo de hechos, tanto los que se contestan de la demanda como los que se narran como novedosos.
 - ☞ Justifican las excepciones opuestas en el escrito de contestación.
 - ☞ Su anunciación y ofrecimiento observa las mismas formalidades que la demanda.
- Derecho:
 - ☞ *Es conveniente que en la contestación a la demanda el demandado se exprese sobre los fundamentos de derecho invocados por la parte actora en su demanda, y que precise los preceptos legales y las tesis de jurisprudencia en los que base su contestación.⁷⁷*
- Petitorios:
 - ☞ Observan las mismas formalidades que para la demanda.
- Firma:
 - ☞ El documento debe ir firmado.

Siendo trascendente que, además de los requisitos señalados en las tablas anteriores, los escritos con que se pretenda ejercitar o contestar la acción de divorcio deberán hacerse acompañar de una propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, colmando los extremos marcados en ley.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 81.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 73.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 74.

La legislación que rige en ambas Entidades Federativas prevé que, para el caso de existir hijos menores dentro de la unión matrimonial que se pretende disolver, la propuesta antes aludida contemple modalidades tanto para el ejercicio del régimen de visita y convivencia como de pago de alimentos, así como la designación del padre que tendrá la guarda y custodia.

- Código Civil para la Ciudad de México: art 267, fracciones I, II y III.
- Código de Procedimientos Civiles del Estado de México: art. 2.373, fracción III, incisos a), b) y d).

1.1.12.2 Efectos del procedimiento sobre los integrantes de la familia

En el plano de las consideraciones estrictamente jurídicas, una causa judicial quedaría reducida a lo que cada una de las partes narrase en el capítulo de hechos y lograse demostrar a través del acervo probatorio anunciado y ofrecido en el libelo respectivo.

Sin embargo, los colitigantes en materia familiar, en un momento previo a la judicialización de sus vicisitudes, hicieron vida en común y desarrollaron vínculos afectivos entre ellos; entonces,

...ha de arrojarse una mirada sobria sobre la relación entre un hombre y una mujer que se han separado, puesto que su relación sigue moviéndose en un plano emocional.⁷⁸

Bajo esa tesitura, tenemos que el procedimiento se sustancia e impulsa en dos frentes distintos y sin embargo complementarios: el jurídico-procesal, integrado por el cuaderno de actuaciones de que se trate y el psicoemocional, con el cúmulo de

⁷⁸ Martin, Katarina y Schervier-Legewie, Barbara, *Madre separada*, trad. Alicia Valero Marín, España, Desclée De Brouwer, 2009, p. 108.

sentimientos generados antes, durante y después de la examinación jurisdiccional de la causa.

Ello, en la inteligencia de que en un Juzgado de lo Familiar:

...no sólo se resuelven problemas relacionados con intereses meramente patrimoniales sino también pretensiones de mayor contenido humano, derechos personalísimos, de arraigo emocional, que conocen aspectos íntimos de los participantes, se deciden cuestiones trascendentales que tienen que ver con el desarrollo de la vida de las personas.⁷⁹

La transcripción inmediata anterior nos lleva al punto que más pasiones despierta en el litigio de nuestra materia: los hijos menores, quienes:

...no son un objeto cualquiera de negociación. Nadie se conduce respecto de ellos como lo haría en relación con un objeto de consumo por el que no sentimos nada.⁸⁰

Partiendo de la premisa que indica que: *...los hijos e hijas desafortunadamente son motivo de enconados conflictos entre varones y mujeres,*⁸¹ y sabiendo que la discusión del tema puede prolongarse al infinito, lo único que el sustentante podría aportar al tema absteniéndose de tomar partido o generar cuentos de nunca acabar es que son dos las habilidades clave para que el procedimiento sea lo más rápido y menos doloroso posible: la negociación y el trabajo en equipo.

La aseveración planteada en líneas antecedentes encuentra demostración a través de las siguientes palabras:

⁷⁹ Barragán Albarrán, Oscar y Cervera Rivero, Oscar Gregorio, *Procesos orales en materia familiar*, México, InterWriters, 2015, p. 12.

⁸⁰ Martin, Katarina y Schervier-Legewie, Barbara, *op. cit.*, p. 108.

⁸¹ Pérez Duarte, Alicia, *op. cit.*, 349.

Me veo incapaz de tenerte en casa. Aunque quizá podamos llegar a un acuerdo. ¿Te gustaría ganarte un poco de dinero trabajando como mi jardinero? Cuando llueva podrás entrar, hacerte un poco de café y cuidar de las plantas de dentro. Y si trabajas por las tardes podrás ver a los chicos.

Se detuvo un instante y respiró hondo.

–Después de todo eres su padre.⁸²

1.1.12.3 Protección del menor durante el procedimiento a través de su derecho a ser escuchado

El supuesto del que esta investigación parte es el de hablar del niño, en el plano jurídico, como titular de derechos y, en lo tocante al terreno psicológico, como un ser humano con capacidad de discernimiento; lo anterior es así en virtud de que, en la visión de la doctrina jurídica contemporánea,

Atrás quedaron los tiempos en los que el menor de edad estaba completamente desprovisto de capacidad para decidir por sí mismo asuntos de incumbencias personal e incluso patrimonial, quedando sometido a las decisiones que, de forma atinada o errada, tomaran sus representantes legales. Si bien no dejaba de ser sujeto de derecho, el menor estaba a merced de las decisiones ajenas que llegaran a afectar a su propio interés.⁸³

Llevando estas palabras en la esfera de lo procesal-familiar, tenemos que durante la tramitación de una controversia de esta naturaleza, existen diversas actuaciones procesales y diligencias donde se protegen los derechos del niño, siendo la más ejemplificativa la resolución de las medidas provisionales que se da al término de la entrevista que el Juez sostiene con el menor, dado que aquél, usando las amplias

⁸² Fine, Anne, *Señora Doubtfire*, trad. Flora Peña, México, Alfaguara, 2005, p. 160.

⁸³ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 5.

facultades que la ley le concede, puede conocer el acontecer cotidiano del infante en lo general y en lo particular toda clase de detalles relevantes que puedan crear convicción en él para estar en aptitudes de resolver conforme a su interés superior.

Dentro de esta audiencia, la primera fase importante es la de preparación,

...en la cual las niñas y niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados, debe explicárseles de manera pertinente a su edad y madurez de todo el proceso y las posibles consecuencias que puedan producirse de las decisiones adoptadas.⁸⁴

Una vez establecidos tanto el motivo por el cual el menor se encuentra conversando con el Juzgador como los efectos que tendrá esta charla sobre el curso de la causa judicial, llega propiamente la etapa de escuchar, en la que:

...no sólo debe cuidarse que el contexto y el ambiente esté libre de todo tipo de coacción, manipulación o elementos que puedan intimidar o influir en los juicios de los menores de edad, también se requiere que quien escucha cuente con una sensibilización y capacitación previa con el fin de que sepa dialogar al mismo nivel, que muestre una actitud afable y seria, que demuestre que lo que dicen las niñas y los niños es importante y será tomado en cuenta.⁸⁵

De esta manera, se hace efectivo el derecho del niño a ser escuchado cuando debe comparecer a procedimiento y la autoridad jurisdiccional obtiene información que interesa para decidir sobre el caso concreto, siempre en estricto respeto a la dignidad personal y demás derechos del infante que tiene frente a sí.

⁸⁴ Torre Martínez, Carlos de la, "El derecho de las niñas y niños a ser escuchados: un desafío pendiente", en González Contró, Mónica (directora), *op. cit.*, 235-236.

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 236.

1.2 Conceptos no jurídicos

1.2.1 Dinámica familiar

Para Mireya Ospina Botero, la dinámica familiar:

...conforma un tejido social que articula a los integrantes de la familia y se constituye en una red vinculante, tanto en su propia organización como con grupos familiares y con el mundo social e institucional. Define la pertenencia al grupo parental, establece los derechos y obligaciones según género, generación y parentesco.⁸⁶

La idea de la dinámica familiar, detallan Edison Viveros y Cruz Elena Vergara,

...se sostiene en el constante cambio que usa la familia para irse acomodando a las diversas dificultades que afronta. Es decir, no siempre aparece la misma respuesta ante la adversidad, sino que se inventa cada mecanismo en particular, para cada situación vivida.⁸⁷

Finalmente, la dinámica familiar implica tomar en cuenta:

...diferentes elementos en relación con el entendimiento de la familia y con el propio concepto de dinámica. La Organización Panamericana de la Salud la comprende desde la interacción y los procesos que se generan en el sistema familiar; la dinámica implica aspectos en continuo movimiento, transformación y cambio, pues se encuentra ligada al entendimiento del sistema familiar en continua relación con él mismo y otros sistemas.⁸⁸

⁸⁶ Ospina Botero, Mireya, *Un escalón más...*, Colombia, Universidad Católica de Pereira, 2017, p. 29.

⁸⁷ Viveros Chavarría, Edison Francisco y Vergara Medina, Cruz Elena, *Familia y dinámica familiar*, Colombia, Fondo Editorial FUNLAM, 2014, p. 7.

⁸⁸ Ospina Botero, Mireya, *op. cit.*, p. 29.

1.2.2 Atención a las necesidades afectivas del niño

Eva Luna García Barba enfatiza que la importancia del buen crecimiento afectivo y emocional del niño es: *...un elemento clave en su desarrollo y de su aprendizaje, pues las emociones y los sentimientos de una persona se encuentran presentes a lo largo de toda su vida;*⁸⁹ en la medida en que desarrolle adecuadamente dichos aspectos vitales el niño, ya convertido en adulto, *...será una persona segura de sí misma, con una capacidad de autocontrol y autoestima que harán que pueda llegar a potenciar el resto de sus capacidades.*⁹⁰

Un artículo publicado en el diario español *El País* enumera una serie de quince acciones concretas cuya finalidad común es cubrir las necesidades afectivas del niño; se tomó esta fuente como referencia con el objeto de no correr el riesgo de caer en pormenorizaciones confusas o exageradamente técnicas.

Dichas acciones, puestas a la vista en la lista de abajo, a más de ser muy sencillas de realizar, requieren ser llevadas a cabo de manera cotidiana, dado que esta etapa es crucial en la formación de los menores hijos.⁹¹

1. Explicitarles nuestro cariño.
2. Enseñarles a regular sus emociones.
3. Tiempo de calidad y de cantidad.
4. Ofrecerles un contexto de seguridad y protección.
5. Sintonía emocional.
6. Responsividad.
7. Asumir el rol que nos corresponde como padres.

⁸⁹ García Barba, Eva Luna, "La importancia del desarrollo afectivo del niño/a": <https://bit.ly/2Q8cO5U>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

⁹⁰ Íd.

⁹¹ Cfr. Tomás, Rafael, "Las 15 necesidades de tu hijo que debes atender para que tenga una buena salud mental": <https://goo.gl/41qmMf>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

8. Establecer unos límites claros.
9. Respetar, aceptar y valorar.
10. Estimulación suficiente y adecuada.
11. Favorecer su autonomía.
12. Sentido de pertenencia.
13. Favorecer la capacidad reflexiva del niño.
14. Identidad.
15. Magia.

De las quince actividades enumeradas en líneas antecedentes, se considera de especial trascendencia la responsividad, que: *...consiste en darle al niño lo que necesita. No consiste en acceder a sus caprichos, sino en acceder y cubrir sus necesidades;*⁹² la responsividad debe mirarse, desde la perspectiva del sustentante, en dos vertientes, a saber:

1. Colmar las necesidades afectivas del niño mediante los cuidados y atenciones que éste demanda durante la etapa temprana de su vida.
2. Erigirse los padres en figuras de autoridad y establecer límites claros en el comportamiento del menor.

Se da por terminado el tema haciendo énfasis en que las acciones antes mencionadas deben ser llevadas a cabo por ambos progenitores, pues las obligaciones de crianza a las que están conectadas son de cumplimiento común.

1.2.3 Coparentalidad

Antes de definir qué debe entenderse por coparentalidad, resulta indispensable tener claro que el momento clave previo al nacimiento de esta idea es, sin duda, aquel en el que tuvo lugar una transformación sustancial en los roles de la pareja

⁹² Íd.

en lo general y, de manera particular, de aquellos hombres y mujeres unidos por la vía del matrimonio, tal como lo ilustra el cuadro comparativo siguiente:⁹³

TRADICIONALES:

1. Marido dominante, mujer sumisa.
2. Asignación exclusiva de la mujer al hogar y del hombre al trabajo extradoméstico.
3. Escasez de mujeres en puestos de prestigio y peor pagadas que los hombres.
4. Aficiones personales típicas del rol sexual tradicional.
5. Chicas educadas para casarse y chicos educados para hacer carrera.
6. Los hijos que Dios quiera.
7. Cuidado de los niños exclusivamente femenino.
8. Divorcio visto como fracaso.
9. El hombre ha de reprimir sus sentimientos de ternura y la mujer los agresivos.

MODERNOS:

1. Compañerismo marital.
2. Trabajo femenino extradoméstico e implicación masculina en tareas del hogar.
3. Bastantes mujeres trabajadoras e igualdad de salario para con los hombres.
4. Mayor libertad en la elección de aficiones personales.
5. Ambos sexos educados para el desarrollo personal y profesional.
6. Control de natalidad.
7. Cuidado de los niños parcialmente masculino.
8. Divorcio visto sin culpabilidad.
9. Mayor espontaneidad en la expresión de sentimientos y empatía.

El cuidado de los niños parcialmente a cargo de la figura masculina es el punto de partida para la construcción de núcleos familiares en los que el padre va adquiriendo un rol cada vez más protagónico en el cuidado de sus hijos; la presencia masculina en la atención de los hijos va ganando terreno en el hogar hasta cristalizar en la corresponsabilidad parental que ahora estamos analizado.

Así las cosas, la coparentalidad puede ser definida como:

⁹³ Pastor Ramos, Gerardo, *Sociología de la familia*, 2º ed., España, Sígueme, 1997, p. 324.

...aquella en la que los dos progenitores interaccionan positivamente, cooperan entre sí y mantienen una relación de apoyo mutuo centrada fundamentalmente en la crianza de los hijos e hijas, estando ambos implicados activamente en las vidas de éstos.⁹⁴

Al tenor de la cita textual arriba presentada, la coparentalidad implica: *...algún grado de comunicación entre ambos padres sobre la crianza y un cierto nivel de contacto de cada padre con los hijos.*⁹⁵

La corresponsabilidad parental, como también se le nombra, se encuentra íntimamente relacionada con una estructura familiar en la que el padre y la madre, conjunta e indistintamente, solventan las necesidades y requerimientos psicoemocionales de sus menores hijos; sobre este punto, Aquino Polaino sentencia:

No hay paternidad sin maternidad, y viceversa: ambas están en paridad, tal como lo exige la estructura bicéfala de la familia. El problema es que aunque sólo sea de facto, mucha gente no cree en esta igualdad.⁹⁶

Se puede constatar que en la postura del autor consultado deja de existir la presencia preponderante y casi exclusiva de la madre en las funciones de crianza de los menores hijos, reconociéndosele al padre, en consecuencia, igualdad de aptitudes como sujeto capaz de dar sentido y forma a la personalidad de los niños existentes en el núcleo familiar.

⁹⁴ Bolaños Cartujo, Iñaki, "Custodia compartida y coparentalidad: un enfoque relacional", *Psicopatología clínica, legal y forense*, España, vol. 15, 2015, p. 59.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 60.

⁹⁶ Polaino, Aquino, *¿Hay algún hombre en casa?*, España, Desclée De Brouwer, 2010, pp. 17-18.

Otro efecto significativo que posee la estructura familiar bicéfala, para efectos de este trabajo, es el de reconocer que, en las relaciones entre los padres de familia, el uno y la otra se necesitan mutuamente para un propósito común.

1.2.4 Exordio sobre la figura paterna

En un primer momento, se expuso lo relativo a las necesidades afectivas del niño y las obligaciones de crianza a cargo de los progenitores. Para una segunda ocasión, se estableció que la coparentalidad parte del supuesto de que ambos padres cuentan con plena capacidad para intervenir en la formación de los hijos. Ahora, es menester enfocarse en el papel que juega la figura paterna en la dinámica personal del niño, punto toral de esta investigación, efectuando el acercamiento ya referido desde la perspectiva ofrecida por opiniones y estudios pedagógicos como consultando criterios establecidos por instancias judiciales.

1.2.5 La figura paterna a la luz del conocimiento técnico-pedagógico

José Antonio Ríos estima los siguientes objetivos de la figura paterna en la vida del niño:

- 1) Ser modelo de identificación para el hijo/hija.
- 2) Ser modelo de masculinidad para el hijo varón.
- 3) Establecer un tipo particular de liderazgo (*leadership*) en el interior de la familia.
- 4) Servir de cauce idóneo, aunque no único ni exclusivo, para establecer la apertura del hijo hacia la sociedad.
- 5) Desarrollar una concreta acción formativa en la vida del hijo:
 - a) Dar seguridad.
 - b) Ofrecer un código de valores.
 - c) Ejercer autoridad y mantener una amorosa disciplina.

- d) Respetar la adquisición de la identidad personal del hijo.

97

En el mismo sentido, y como se observa en un estudio relativo a la relación paterno-filial practicado por Arthur T. Jersild, *...una de las mayores satisfacciones de la paternidad es la compañía que proporciona el niño.*⁹⁸ Interesando, para efectos de este trabajo, que una de las conclusiones a las que el especialista en consulta llegó en esta práctica de campo sea lo que él denomina: *...aspectos vocacionales de la paternidad*⁹⁹ y que se sitúan dentro de los siguientes rubros: *...el cuidado de los niños, el cumplimiento de deberes pequeños y grandes, los planes y sistemas en la crianza, la solución afortunada de los problemas que se plantean, etcétera.*¹⁰⁰

1.2.6 La figura paterna a la luz del razonamiento lógico-jurídico

Las tesis jurisprudenciales cuyo contenido sintetizado se pone a la vista en las tablas siguientes, se originaron en instancias españolas, y servirán para dos propósitos:

1. Nutrimento de esta última parte de explicaciones y aproximaciones teóricas.
2. Punto de apoyo a la postura que sostendrá la investigación que ahora se desarrolla.

El primer caso tuvo lugar en la Audiencia Provincial de Barcelona, y trata sobre la ampliación del régimen de visita y convivencia decretado a favor del padre.

⁹⁷ Ríos, José Antonio, *El padre en la dinámica personal del hijo*, España, CCS, 2012, p. 148.

⁹⁸ Jersild, Arthur T., *Psicología del niño*, 10° ed., trad. Luis Echávarri, Argentina, EUDEBA, 1978, p. 312.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 313.

¹⁰⁰ *Íd.*

MATERIA DE AGRAVIO:

*Las relaciones paterno-filiales no quedan suficientemente garantizadas con las especificaciones del régimen de visitas y convivencias fijado por sentencia de instancia, toda vez que gran parte de los problemas con la menor han surgido de los obstáculos que la madre ha introducido en el sistema de comunicación entre el padre y la hija.*¹⁰¹

SENTIDO DEL FALLO:

*Es conveniente implantar un sistema de comunicación y visitas que sea lo suficientemente amplio que permita que el padre pueda tener un contacto frecuente con la hija, al tiempo que posibilite la pernocta de la menor con el padre en un día intersemanal.*¹⁰²

El segundo asunto fue sustanciado y resuelto en la Audiencia Provincial de Madrid, y el objeto de la *litis* fue confirmar la resolución de la Primera Instancia relativa a acceder al cambio de guarda y custodia originalmente promovido por el padre.

MATERIA DE AGRAVIO:

*Alteración sustancial de circunstancias en la dinámica familiar en la cual, por un lado, sobreviene una ruptura convivencial de ambos padres y, por otro, la madre: ...no permite a la menor una continuidad y estabilidad necesaria para [su] desarrollo.*¹⁰³

SENTIDO DEL FALLO:

La Juzgadora de Instancia accede al cambio de guarda y custodia propugnado¹⁰⁴ ...tras haber oído personalmente¹⁰⁵ a la menor y: ...realizarse por la asistente social adscrita al Juzgado un detallado informe de las estructuras ambientales que, como alternativas, se ofrecen como marco de vida de la niña,¹⁰⁶ ...sin que se hayan aportado en la Alzada

¹⁰¹ Pérez Martín, Antonio Javier, *Derecho de Familia*, España, Lex Nova, 2000, p. 283.

¹⁰² *Íd.*

¹⁰³ Hijas Fernández, Eduardo, *op. cit.*, pp. 195.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 194-195.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 195.

¹⁰⁶ *Íd.*

*nuevos elementos para desvirtuar la
decisión objeto de controversia.*¹⁰⁷

¹⁰⁷ Íd.

Capítulo II

MARCO JURÍDICO DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y DEL RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA

2.1 Instrumentos internacionales vinculatorios para México

Las Convenciones que serán objeto de estudio en la presentación del marco jurídico de la presente investigación son:

1. Convención sobre los Derechos del Niño.
2. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

2.1.1 Convención sobre los Derechos del Niño ¹⁰⁸

Esta Convención incluye los derechos de la infancia, los cuales deben ser respetados en los países que forman parte de dicha Convención. Desde el año de 1989 en que se aprobó se convierte en obligatoria para todos los países firmantes. Pero además asumen el deber de hacer efectivo esos derechos instituidos a favor de las niñas, niños y adolescentes.

2.1.1.1 Derechos del niño en lo general, relevantes para el tema de investigación

Nos referiremos, en primer término, a lo que debe de entenderse por niño; en ese sentido el artículo 1 de la Convención en comento establece que niño es todo ser humano menor de dieciocho años. Por otra parte, para velar por el cumplimiento de los derechos de la infancia deberán estar inmersos en esa tarea todas las instituciones de bienestar social, tribunales, administración pública, entre otros.

¹⁰⁸ Cfr. Carbonell, Miguel *et al.* (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Porrúa-CNDH, México, 2002, pp. 137-161.

Se establece como principio el interés superior del niño el cual, se debe respetar por las autoridades jurisdiccionales y administrativas en los casos en los que se ven involucrados los derechos de la infancia; pero sobre todo en materia de adopción.

Se reconoce como personas y corporaciones responsables del niño ante la ley a los padres, la familia ampliada, la comunidad, entre otros. Imponiéndose además la obligación genérica de todos y cada uno de los Estados de respetar los derechos del niño que se consagran en la Convención.

Por otra parte, se establecen como obligaciones específicas de los Estados:

- Tomar en cuenta los derechos y deberes de las personas responsables del niño ante la ley. (art. 3, párr. 2.)
- Dar efectividad a los derechos del niño reconocidos en la Convención a través de medidas administrativas, legislativas, etcétera. (art. 4, primera parte.)

Además, se describe el papel de los padres o tutores en los siguientes términos:

- Reconocimiento del principio de coparentalidad en la Convención. (art. 18, párr. 1, primera parte.)
- Responsabilidad primordial de los padres o representantes legales del niño en la crianza y desarrollo de éste. (art. 18, párr. 1, segunda parte.)
 - Interés superior del niño como preocupación fundamental en su crianza y desarrollo. (art. 18, párr. 1, tercera parte.)

Se reconocen como derechos del niño los siguientes:

- Derecho a la vida. (art. 7, párr. 1.)

- Derecho a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento. (art. 7, párr. 1.)
- Derecho a las relaciones familiares. (art. 8, párr. 1.)
- Derecho a preservar sus relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. (art. 8, párr. 1.)
- Derecho de formarse un juicio en función de su edad y madurez (art. 12, párr. 1.)
- Derecho de expresar libremente su opinión en los asuntos que le afecten (art. 12, párr. 1.)
- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14, párr. 2.)

De la anterior descripción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño podemos apreciar la enorme preocupación no sólo de otorgar y reconocer derechos a ese grupo etario sino también el que se les respeten en todos los ámbitos de su vida.

2.1.1.2 Derechos especiales del niño en la familia separada y del niño frente al procedimiento

- Requisitos para la separación del niño de sus padres (art. 9, párr. 1, primera parte):
 - Determinación conforme a la ley.
 - Previa revisión judicial.
 - Necesidad justificada respetando el interés superior.
- Causales de separación del niño de sus padres expresamente contenidas en la Convención (art. 9, párr. 1, segunda parte):
 - Maltrato hacia su persona.
 - Decisión sobre el lugar de residencia del menor como consecuencia de la ruptura convivencial de sus padres.
- Derecho de todos los interesados de participar en el procedimiento donde deba separarse al niño de sus padres. (art. 9, párr. 2.)

- Derecho de todos los interesados a dar a conocer sus opiniones en el procedimiento donde se separe al niño de sus padres. (art. 9, párr. 2.)
- Derecho del niño a la convivencia familiar cuando sus padres residan en Estados diferentes (art. 10, párr. 2, primera parte); libertad de tránsito de un Estado a otro para que el niño conviva (art. 10, párr. 2, segunda parte).
- El derecho del niño de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres en caso de que éstos se separen cesa cuando la convivencia resulte contraria al interés superior. (art. 9, párr. 3.)
- Derecho del niño de ser oído en todo procedimiento legal que afecte sus derechos. (art. 12, párr. 2.)
- Derecho del niño a la protección y asistencia especiales del Estado cuando éste se halle privado de su medio familiar. (art. 20, párr. 1.)

Observamos que con la regulación contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño se busca proteger al menor de edad de cara a la separación de sus padres con la finalidad de que el mencionado infante continúe desarrollándose plenamente desde el punto de vista biopsicosocial.

2.1.1.3 Problemática y limitaciones en la aplicación de esta Convención

Corresponde a los Juzgadores el deber de atender las necesidades de la población infantil y, en opinión de María Esther Brenes Villalobos, la atención así aludida debe darse:

...en consonancia con la normativa especializada y en particular, tomar en cuenta su opinión en todos aquellos asuntos de su interés, especialmente, los que se refieran a las relaciones familiares...¹⁰⁹

¹⁰⁹ Brenes Villalobos, María Esther, "El derecho a la convivencia familiar", en González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth, (compiladores), *Derechos de la niñez y la adolescencia*, Costa Rica, UNICEF-CONAMAJ, Escuela Judicial, 2001, p. 379.

Sin embargo, el resultado de la atención brindada al menor a través de la actividad jurisdiccional no siempre es el más óptimo, pues ambos, el niño y el Juez, enfrentan:

...el mito de que el hogar es un lugar seguro y cálido, que brinda protección, afecto y comprensión, para dar paso al espacio físico y temporal en donde se propician muchos de los conflictos más traumáticos para el ser humano.

Lamentablemente, una gran mayoría de los niños, niñas y adolescentes que acude a los tribunales de justicia, ve a sus progenitores desgastarse en una contienda sinfín, muchas veces afectados por las secuelas de una relación disfuncional de pareja, que minimiza el objetivo principal de estos asuntos, la relación entre ellos y los menores de edad, el compromiso que como padres y madres deben asumir para que sus hijos sean formados en armonía con los valores familiares y sociales que se aspiran alcanzar.¹¹⁰

Evitar este tipo de situaciones es tarea común entre todos los involucrados en el ambiente biopsicosocial del niño; por ello, se insiste en el pleno ejercicio de su derecho a la participación, en la inteligencia de que:

Escuchar a los menores de edad y valorar sus criterios de acuerdo con su grado de madurez, poner en práctica medios alternos para la solución de conflictos familiares que lo permitan, deben ser estrategias que fructifiquen en los tribunales e instituciones encargadas de la niñez y la adolescencia.¹¹¹

Efectivamente, coincidimos en que a los menores de edad se les debe escuchar para entender sus problemas, comprender sus sentimientos y, en el caso de que ocurra la separación de sus padres, hacer el proceso lo menos difícil y doloroso posible.

¹¹⁰ Íd.

¹¹¹ Ibíd., pp. 379-380.

2.1.2 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ¹¹²

2.1.2.1 Contexto y antecedentes de la Convención

La desigualdad que todavía hoy existe entre hombres y mujeres se verifica en diversos espacios, *...pero posee una raíz única: la discriminación universal que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo.* ¹¹³

Examinando más a fondo esta cuestión, se tiene que las relaciones de poder entre hombres y mujeres que caminan sobre un suelo disparejo:

...son producto de circunstancias histórico-sociales que legitimaron, tanto en el plano legal como social y cultural, la violación de los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Como consecuencia, estos derechos son vulnerados de manera sistemática por la sociedad y por el Estado, ya sea por acción u omisión. Esto se traduce en una respuesta estatal deficiente frente a la violencia contra las mujeres, estando las intervenciones de las distintas instituciones protagonistas marcadas por patrones socioculturales discriminatorios contra ellas, que se han reproducido socialmente. Este contexto favorece un continuo de violencia y discriminación contra las mujeres basado en prácticas sociales que tienden a desvirtuar el carácter grave de un acto de violencia basado en el género. ¹¹⁴

En mérito de las circunstancias narradas, la Organización de Estados Americanos creó un instrumento vinculante, la Convención aquí materia de estudio, con el objeto de que cada Estado firmante adquiriera el compromiso de erradicar la violencia hacia

¹¹² Cfr. Quintana García, Francisco, *Instrumentos básicos de derechos humanos*, Porrúa, México, 2003, pp. 562-566.

¹¹³ Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, *Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, Canadá, OEA, 2014, p. 16.

¹¹⁴ *Íd.*

su población femenina, al tiempo de establecer mecanismos para lograr sociedades en donde ser mujer deje de verse como sinónimo de ser inferior.

2.1.2.2 Aspectos generales de la Convención, relevantes para el tema de investigación

- Definición de violencia contra la mujer: *...cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.* (art. 1.)
- Derecho de toda mujer a ser libre de toda forma de discriminación. (art. 3.)

2.1.2.3 Obligaciones a cargo de los Estados

- Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres basados en estereotipos o conceptos de inferioridad o subordinación. (art. 8, inciso b.)
- Diseñar programas de educación para contrarrestar prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimen o exacerben la violencia en contra de ésta. (art. 8, inciso b.)

2.2 Legislación federal

Además de la Constitución Federal y la Ley de Amparo, existe una norma específica de la materia, denominada Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de escrutinio conjunto con sus correlativas estatales, evitando de esta manera repeticiones innecesarias.

2.2.1 Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos ¹¹⁵

- Obligaciones a cargo del Estado:
 - Expedir gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro del nacimiento. (art. 4, párr. octavo, tercera parte.)
 - Velar y cumplir con el interés superior de la niñez en todas sus decisiones y actuaciones (art. 4, párr. noveno, primera parte.)
 - Garantizar de manera plena los derechos del niño. (art. 4, párr. noveno, primera parte.)
 - Otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez. (art. 4, párr. décimo primero.)
- Obligación, a cargo de padres, tutores o custodios, de preservar y exigir el cumplimiento de los derechos del niño. (art. 4, párr. décimo.)
- Obligación, a cargo de la mujer, de proteger la organización y el desarrollo de la familia. (art. 4, párr. primero, segunda parte.)
- Derecho de toda persona a ser registrada de manera inmediata a su nacimiento. (art. 4, párr. octavo, primera parte.)
- Rubros que comprenden las necesidades del niño para su desarrollo integral (art. 4, párr. noveno, segunda parte):
 - Alimentación.
 - Salud.
 - Educación.
 - Sano esparcimiento.
- Momentos de las políticas públicas dirigidas a la niñez que deben observar el principio del interés superior (art. 4, párr. noveno, tercera parte):
 - Diseño.
 - Ejecución.
 - Seguimiento.

¹¹⁵ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”: <https://bit.ly/39XUzji>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

- Evaluación.

2.2.2 Ley de Amparo ¹¹⁶

- Supuestos normativos en los que la autoridad que conozca del juicio de amparo tiene la obligación de suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios (art. 79, fracc. II):
 - Cuando se involucren derechos de menores.
 - Cuando se involucren derechos de incapaces.
 - Cuando se afecte el orden y desarrollo de la familia.

2.2.3 Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes ¹¹⁷ y correlativas de la Ciudad de México ¹¹⁸ y el Estado de México ¹¹⁹

2.2.3.1 Derechos del niño reconocidos en las tres legislaciones

Los derechos del niño reconocidos en las leyes específicas de la materia son:

- Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.
- Derecho de prioridad.
- Derecho a la identidad.
- Derecho a vivir en familia.
- Derecho a la igualdad sustantiva.
- Derecho a no ser discriminado.
- Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral.
- Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal.

¹¹⁶ “Ley de Amparo”: <https://bit.ly/3OErV5i>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹¹⁷ “Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”: <https://bit.ly/3ngdTev>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹¹⁸ “Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México”: <https://bit.ly/2HfyOvN>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹¹⁹ “Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México”: <https://bit.ly/3u3Ypy2>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

- Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social.
- Derecho a la inclusión del niño con discapacidad.
- Derecho a la educación.
- Derecho al descanso y al esparcimiento.
- Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura.
- Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información.
- Derecho de participación.
- Derecho de asociación y reunión.
- Derecho a la intimidad.
- Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso.
- Derechos del niño migrante.
- Derecho de acceso a las tecnologías de la Información y comunicación.

Es una lista enorme pero es importante describir, enunciar y citar las prerrogativas que la ley concede a los infantes y adolescentes con la finalidad de que las personas adultas y las autoridades pasen del simple reconocimiento a un estudio cabal y profundo del tema que permita lograr el pleno respeto a los derechos de los multicitados menores de edad.

2.2.3.2 Guarda y custodia, régimen de visita y convivencia y derecho del niño a la seguridad jurídica y al debido proceso

Cuando en un procedimiento legal deba resolverse alguna cuestión en donde existan infantes involucrados, es necesario que se dé cumplimiento a las normas protectoras de la infancia, se respeten los derechos que la ley otorga al menor de edad y que las decisiones que emita la autoridad deben ir acordes con el interés superior del menor.

En ese sentido es de indicar que:

- La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separar al niño de su familia de origen ni causa para la pérdida de la patria potestad.

De igual manera se deben colmar los requisitos de procedencia mínimos para la separación de un niño de su núcleo familiar, los cuales se listan a continuación:

- Orden de autoridad competente donde proceda expresamente la separación.
- Preservación del interés superior del menor.
- Ajuste del acto de autoridad que decrete la separación a las causales previstas en ley.
- Garantía de audiencia para todos los involucrados en el procedimiento, en especial al momento de dictar medidas de protección respecto de la convivencia del niño con sus familiares.
- Tomar en cuenta la opinión del niño.
- Los encargados del cuidado del niño, cuando sus padres trabajen lejos de su lugar de residencia, deberán proveer la subsistencia de aquél y asegurarle un entorno libre de violencia.
- Derecho del niño con familia separada a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, incluso cuando éstos se encuentren privados de su libertad; este derecho se verá acotado o suprimido en caso de que la convivencia resulte contraria al interés superior del menor.
- Catálogo mínimo de derechos del niño cuando éste debe comparecer a procedimiento:
 - Garantizar la protección y prevalencia del interés superior de la niñez.
 - Proporcionar información clara, sencilla y comprensible sobre el procedimiento en el que el niño sea parte, incluyendo, en su caso, formatos accesibles de fácil comprensión y lectura para el niño con discapacidad.
 - Derecho del niño a la representación jurídica, así como a las medidas de protección disponibles.

- Proporcionar asistencia de profesionales especializados cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera.
- Proporcionar la asistencia de un traductor o intérprete.
- Ponderar si es pertinente o no que el niño comparezca a la audiencia de que se trate.
- Garantizar el acompañamiento de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, tutela, guarda o custodia durante la sustanciación de todo el procedimiento, salvo disposición judicial en contrario.
- Mantener al niño apartado de los adultos que puedan influir en su comportamiento o estabilidad emocional, cuando así lo determine la autoridad competente, antes y durante la realización de la audiencia o comparecencia respectiva.
- Destinar espacios lúdicos de descanso y aseo para el niño en los recintos en que se lleven a cabo procedimientos en que deban intervenir.
- Ajustarse al tiempo de participación máximo para la intervención del niño durante la sustanciación del procedimiento, en observancia de la autonomía progresiva y la celeridad procesal.
- Implementar medidas para proteger al niño de sufrimientos durante su participación en el procedimiento y garantizar el resguardo de su intimidad y datos personales.

Haciendo notar que los derechos humanos y garantías procesales de la niñez relacionados con la seguridad jurídica y el debido proceso han de observarse durante el desarrollo de la audiencia donde el menor de edad es escuchado; acto seguido, la Representación Social hace uso de la voz y, si no formula pedimento, el Juez queda obligado a pronunciarse sobre las medidas provisionales que demande el caso concreto.

2.2.3.3 Obligaciones y prohibiciones a cargo de los padres y otros involucrados en el desarrollo del niño

Proteger al infante y respetar sus derechos es tarea de sus progenitores, el Estado en sus tres órdenes de gobierno, de las autoridades judiciales y administrativas y la sociedad en general.

En ese sentido se deben de tomar consideración los siguientes aspectos:

- Corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades en el cumplimiento de las obligaciones relativas al niño.
- Aplicación de la ley tomando en cuenta las condiciones particulares de cada niño, a fin de proteger el ejercicio igualitario de todos sus derechos.
- Deber de la familia, la comunidad a la que pertenecen, del Estado y, en general, de todos los integrantes de la sociedad, el respeto y el auxilio para la protección de los derechos del niño, así como garantizarle un nivel adecuado de vida.
- Abstención de cometer actos y omisiones contrarios al derecho del niño a la integridad personal.
- Obligación, a cargo de las autoridades, de garantizar la restitución de los derechos del niño en caso de ser víctima de actos u omisiones que atenten contra su dignidad personal; la recuperación y reincorporación del niño deberá hacerse en ambientes que fomenten su salud física y psicológica, así como el respeto y la dignidad.
- Servicios que las autoridades están obligadas a prestar a padres, tutores o custodios en el cumplimiento de éstos de sus obligaciones para con el niño:
 - Asistencia médica.
 - Asistencia psicológica.
 - Atención preventiva integrada a la salud.
 - Traducción e interpretación.
 - Asesoría jurídica.

- Orientación social.
- Obligaciones mínimas, a cargo de padres, tutores o custodios, respecto de los menores a su cargo:
 - Garantizar sus derechos alimentarios, el libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio de sus derechos.
 - Registrarlos dentro de los primeros sesenta días de vida.
 - Asegurar que cursen la educación obligatoria, participar en su proceso educativo y proporcionarles las condiciones para su continuidad y permanencia en el sistema educativo.
 - Impartir dirección y orientación apropiada al niño.
 - Asegurar un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad.
 - Fomentar el respeto a todas las personas, así como el cuidado de los bienes propios y ajenos, y el aprovechamiento de los recursos que se dispongan para su desarrollo integral.
 - Protegerles contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata de personas y explotación.
 - Abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral.
 - Evitar conductas que puedan vulnerar el ambiente de respeto y generar violencia o rechazo en las relaciones del niño con otros niños y con sus mayores.
 - Considerar su opinión y preferencia para la toma de decisiones.
 - Educar en el conocimiento y uso responsable de las tecnologías de la información y comunicación.
- Entorno familiar afectivo, comprensivo y libre de violencia dentro del cual el niño pueda ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Facultad, a cargo de la autoridad jurisdiccional, de determinar el grado de responsabilidad de quien tenga a su cargo y cuidado al menor en caso de controversia.

- Obligación, a cargo de padres, tutores o custodios, de dar cumplimiento a sus obligaciones para con el niño de manera coordinada y respetuosa, independientemente de que habiten domicilios distintos.
- Abstención del personal que labore en instituciones públicas y privadas de tratar al niño con violencia.
- Obligación, a cargo de las instituciones públicas y privadas, de formular programas e impartir cursos de formación permanente para prevenir y erradicar la violencia contra el niño.
- Prohibición de infligir al niño castigo corporal.

2.3 Legislaciones locales

2.3.1 Constituciones Políticas locales, de la Ciudad de México ¹²⁰ y del Estado de México ¹²¹

La Constitución capitalina se diferencia de su homóloga, la mexiquense, en el aspecto de que la primera hace un examen a fondo sobre el papel que juegan las familias en la construcción y diversidad del tejido social, otorgándoles en consecuencia el reconocimiento y las prerrogativas inherentes a una ciudad que apuesta por la vanguardia en cuestión de derechos humanos; la Ley Fundamental del Estado de México, en cambio, observa una redacción de estilo más reservado.

El marco constitucional de la familia en la Ciudad de México queda expuesto en la lista siguiente:

- Amplia protección a las familias habitantes de la Ciudad de México. (art. 6, apdo. “D”, núm. 1.)

¹²⁰ “Constitución Política de la Ciudad de México”: <https://bit.ly/3xQrbDo>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹²¹ “Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México”: <https://bit.ly/3xWfzib>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

- Reconocimiento constitucional del aporte de las familias habitantes de la Ciudad de México a la construcción de la sociedad. (art. 6, apdo. “D”, núm. 1.)
- Reconocimiento constitucional de las contribuciones familiares al cuidado, formación y transmisión de saberes para la vida destinados a la construcción y bienestar de la sociedad capitalina. (art. 6, apdo. “D”, núm. 1.)
- Reconocimiento constitucional de todas las estructuras, manifestaciones y formas de comunidad familiar en la Ciudad de México. (art. 6, apdo. “D”, núm. 1.)
- Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes. (art. 11, apdo. “D”, núm. 1, primera parte.)
- Derecho humano a la convivencia familiar como derecho tutelado por la Constitución. (art. 11, apdo. “D”, núm. 2.)

Los puntos más significativos de la Constitución Política del Estado de México en materia familiar son:

- Reconocimiento constitucional de los derechos humanos establecidos en la Norma Suprema local y otras legislaciones. (art. 5, párr. primero.)
- Garantía constitucional de observancia del principio pro persona. (art. 5, párr. primero.)
- Obligación, a cargo de la mujer, de garantizar el desarrollo pleno y la protección de la familia y sus miembros por ser la base fundamental de la sociedad. (art. 5, párr. quinto, primera parte.)

2.3.2 Códigos Civiles, de la Ciudad de México ¹²² y el Estado de México ¹²³

2.3.2.1 Rubros comunes y normatividad aplicable

Las normas relativas a la guarda y custodia y el régimen de visita y convivencia quedan comprendidas dentro de los siguientes temas:

- Divorcio. Ambas cuestiones forman parte de las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial; deben mencionarse en la propuesta y contrapropuesta de convenio que debe acompañar a los escritos de fijación de *litis*.
- Nulidad de matrimonio. Observa el mismo comportamiento que el divorcio, con la diferencia de que, para el ejercicio de esta acción, la ley no exige propuesta de convenio.
- Patria potestad. Ambas cuestiones, junto con los alimentos, son rubros que comprenden la patria potestad, lo cual no es otra cosa que el cuidado y protección integral de los menores hijos; su incumplimiento da derecho a promover acciones relativas a la suspensión, limitación o pérdida de ésta.
- Separación. Cuando la separación de la pareja da por concluida la relación de concubinato, se pueden controvertir tanto la guarda y custodia como las visita y convivencia ante la autoridad judicial competente.

No se omite destacar que en ambas leyes queda establecido un derecho de preferencia en favor de la madre para obtener la guarda y custodia de los hijos menores de edad en el caso de que se suscite la ruptura convivencial de la pareja; sin embargo, en el caso del Código Civil capitalino, ese mejor derecho ha sido declarado inconstitucional.

¹²² “Código Civil para la Ciudad de México”: <https://bit.ly/2ECW4Ti>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹²³ “Código Civil del Estado de México”: <https://bit.ly/2INfJNX>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

La fundamentación legal que cada Entidad Federativa marca para los asuntos aquí analizados es la siguiente:

- CÓDIGO CIVIL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO:
 - Facultad del Juez de lo Familiar para dictar medidas provisionales desde la presentación de la demanda en ejercicio de la acción de nulidad de matrimonio (art. 258) y para resolver sobre la guarda y custodia de los menores, los alimentos y su garantía (art. 259, párr. primero).
 - Derecho de ambas partes de convenir formas y términos para la guarda y custodia de los menores y los alimentos en la sustanciación de la nulidad de matrimonio (art. 259, párr. segundo).
 - Obligación, a cargo del Juez de lo Familiar, de escuchar las opiniones, tanto del menor involucrado como del Ministerio Público (art. 259, párr. tercero).
 - Facultad del Juez de lo Familiar de modificar las cláusulas de las propuestas de convenio hechas por ambas partes atendiendo a las circunstancias del caso y siempre velando por el interés superior del menor (art. 260).
 - Guarda y custodia y régimen de visita y convivencia de los hijos menores o incapaces como requisitos de la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial (art. 267, fraccs. I y II).
 - Facultad del Juez de lo Familiar para suplir la deficiencia de las partes en su propuesta de convenio en la tramitación de la acción de divorcio (art. 271).
 - Facultad genérica del Juez de lo Familiar para dictar medidas provisionales sobre alimentos, guarda y custodia y régimen de visita y convivencia, inclusive de oficio desde que recibe el escrito inicial (art. 282, párr. primero).

- Amplitud de facultades del Juez de lo Familiar para dictar medidas provisionales que salvaguarden a los integrantes de la familia, en especial de quienes se consideren víctimas de violencia familiar (art. 282, apdo. A, fracc. I).
- Facultad específica del Juez de lo Familiar para decretar alimentos provisionales a favor de los integrantes de la familia que los requiera (art. 282, apdo. A, fracc. II).
- Facultad específica del Juez de lo Familiar para decretar guarda y custodia provisional de los menores de edad, con audiencia de parte contraria y escuchando la opinión del niño involucrado en el procedimiento (art. 282, apdo. B, fracc. II, párrs. primero y segundo).
- La preferencia materna en la guarda y custodia provisional en menores de doce años (art. 282, apdo. B, fracc. II, párr. tercero).
- Facultad específica del Juez de lo Familiar para decretar régimen provisional de visita y convivencia de los menores de edad, con audiencia de parte contraria y escuchando la opinión del niño involucrado en el procedimiento (art. 282, apdo. B, fracc. III).
- Facultad residual del Juez de lo Familiar para decretar las demás medidas provisionales que considere necesarias (art. 282, apdo. B, fracc. IV).
- Tópicos que abarcan la situación jurídica de la familia dentro de la resolución que declara disuelto el vínculo matrimonial (art. 283):
 - ✚ Suspensión, limitación o pérdida de la patria potestad; derechos y deberes de los progenitores respecto de esta figura (art. 283, fracc. I).
 - ✚ Medidas de protección contra la violencia familiar y contra cualquier circunstancia que lastime u obstaculice el desarrollo armónico del menor (art. 283, fracc. II).
 - ✚ Medidas para garantizar el ejercicio del derecho de visita y convivencia; cuando exista riesgo para los menores, éstas pueden limitarse o suspenderse (art. 283, fracc. III).

- ✚ Obligación, a cargo de ambos divorciantes, de ministrar alimentos a sus menores hijos (art. 283, fracc. IV, segunda parte).
 - ✚ Medidas de seguridad y seguimiento para corregir actos de violencia familiar y violencia contra la mujer en términos de ley (art. 283, fracc. V).
 - ✚ Medidas de protección a favor de los hijos incapaces sujetos a tutela (art. 283, fracc. VI).
 - ✚ Facultad residual del Juez de lo Familiar para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad (art. 283, fracc. VIII).
- Facultad del Juez de lo Familiar de allegarse de pruebas, manifestaciones y diligencias para mejor proveer; el ejercicio de esta facultad queda entendido de oficio o a petición de parte (art. 283, in fine).
 - Obligación, a cargo del Juez de lo Familiar, de escuchar a los progenitores, al menor y al Ministerio Público para producir las determinaciones que considere necesarias sobre el caso concreto (art. 283, in fine).
 - Obligación, a cargo de ambos divorciantes, de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de crianza en caso de ejercitar el derecho a la guarda y custodia compartida (art. 283 bis).
 - El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (art. 285).
 - Facultad del Juez de lo Familiar para aprobar el convenio para la regulación de las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial que libremente presenten las partes si éste no presenta contravención a las disposiciones legales vigentes (art. 287, párr. primero, primera parte).

- Facultad del Juez de lo Familiar para aprobar el convenio, cuando las partes obtengan éste en un procedimiento de mediación (art. 287, párr. primero, primera parte).
- Obligación, a cargo del Juez de lo Familiar, de decretar de plano el divorcio, en mérito del convenio aprobado o exhibido (art. 287, párr. primero, primera parte).
- Facultad del Juez de lo Familiar de dejar a salvo los derechos de las partes para hacerlos valer vía incidental, vista la inexistencia de puntos de acuerdo que produzcan un convenio que colme los extremos exigidos en ley para dictar la sentencia de divorcio (art. 287, párr. primero, segunda parte).
- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia (art. 380).
- Facultad del Juez de lo Familiar para resolver sobre la guarda y custodia del hijo reconocido de progenitores que no cohabitan, oyendo a ambas partes y al menor (art. 380).
- Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores y del menor (art. 381).
- Obligaciones de crianza en ambos progenitores, independientemente de su cohabitación (art. 414 bis):
 - ✚ Procurar la seguridad física, psicológica y sexual (art. 414 bis, fracc. I).
 - ✚ Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico, así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares (art. 414 bis, fracc. II).

- ✚ Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor (art. 414 bis, fracc. III).
 - ✚ Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor (art. 414 bis, fracc. IV).
- Extremos para acreditar el incumplimiento de obligaciones de crianza (art. 414 bis, párr. segundo):
 - ✚ Sin justificación.
 - ✚ De manera permanente.
 - ✚ Sistemáticamente.
- Obligación, a cargo del Juez de lo Familiar, de valorar las circunstancias en que se produce el incumplimiento de las obligaciones de crianza cuando deba resolver, inclusive provisionalmente, en el ejercicio de acciones de suspensión de la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visita y convivencia (art. 414 bis, párr. segundo).
- No se considera incumplimiento de las obligaciones de crianza el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas (art. 414 bis, párr. tercero).
- Obligación, a cargo de ambos padres, de continuar con el cumplimiento de las obligaciones que nacen de la patria potestad en caso de una separación (art. 416, párr. primero, primera parte).
- Derecho de los padres separados de convenir términos sobre la patria potestad en lo general y la guarda y custodia en lo particular (art. 416, párr. primero, primera parte).
- Facultad del Juez de lo Familiar para intervenir en caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la guarda y custodia en una separación (art. 416, párr. primero, segunda parte); el Juez debe obrar apegado a las reglas que rigen las controversias del orden familiar.
- El niño queda bajo cuidado y atenciones de uno de sus padres, con base en el interés superior de la niñez (art. 416, párr. segundo, primera parte).

- El progenitor no custodio estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza de su menor hijo (art. 416, párr. segundo, segunda parte).
- El progenitor no custodio conserva para sí el derecho de convivencia con el menor hijo, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial (art. 416, párr. segundo, segunda parte).
- 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 (art. 416 bis, párr. primero).
- No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes (art. 416 bis, párr. segundo, primera parte).
- En caso de oposición a un régimen de visita y convivencia, y a petición de parte, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo al interés superior (art. 416 bis, párr. segundo, segunda parte).
- El derecho de visita y convivencia deberá ser limitado o suspendido sólo por mandato judicial y considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos (art. 416 bis, párr. tercero).
- Aspectos que integran el interés superior de la niñez (art. 416 ter) en lista enunciativa y no limitativa:
 - ✚ El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal (art. 416 ter, fracc. I).
 - ✚ El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar (art. 416 ter, fracc. II).
 - ✚ El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos (art. 416 ter, fracc. III).

- Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación de educar convenientemente al menor, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda (art. 422, párr. segundo).
 - Quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo (art. 423, párr. primero).
 - La facultad de corregir al menor bajo patria potestad, tutela o custodia no implica infligir sobre él actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica (art. 423, párr. segundo).
- CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO:
 - Personas obligadas a declarar el nacimiento (art. 3.9):
 - ✚ La madre, el padre, ambos o quienes ejerzan la patria potestad dentro de los primeros sesenta días de vida (art. 3.9, párr. primero, primera parte).
 - ✚ Quienes ejerzan la tutela o guarda y custodia (art. 3.9, párr. primero, tercera parte).
 - ✚ Personas que por razón de sus funciones o actividades tengan menores bajo su cuidado (art. 3.9, párr. primero, tercera parte).
 - ✚ Personas que tengan menores bajo su responsabilidad (art. 3.9, párr. primero, tercera parte).
 - ✚ Instituciones públicas, conforme a su ámbito de competencia (art. 3.9, párr. primero, tercera parte).
 - Cuando la sentencia sobre nulidad de matrimonio cause ejecutoria, los padres propondrán la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos (art. 4.83).
 - Obligación, a cargo del Juez de lo Familiar, de resolver sobre la guarda y custodia de los hijos del matrimonio declarado nulo atendiendo siempre al interés preponderante de éstos (art. 4.83).

- Medidas precautorias en el divorcio (art. 4.95):
 - ✚ Fijación y aseguramiento de los alimentos (art. 4.95, fracc. II).
 - ✚ Reglas para determinar la guarda y custodia a falta de acuerdo entre ambos divorciantes (art. 4.95, fracc. III):
 - Preferencia materna para el ejercicio de la guarda y custodia (art. 4.95, fracc. III, primera parte).
 - Audiencia de ambos progenitores y de cualquier otro interesado (art. 4.95, fracc. III, primera parte).
 - Actuación del Juez de lo Familiar en función del interés superior de la niñez (art. 4.95, fracc. III, primera parte).
 - ✚ Régimen de visita y convivencia (art. 4.95, fracc. III, segunda parte); para resolver sobre este régimen deben seguirse las reglas de la guarda y custodia.
 - ✚ El otorgamiento de la guarda y custodia de menores o incapaces quedará preferentemente al cuidado de la madre, atendiendo al interés superior de éstos, a menos que exista una causa justificada a criterio del Juez (art. 4.95, párr. *in fine*, primera parte).
 - ✚ No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos (art. 4.95, párr. *in fine*, segunda parte).
- Tópicos que comprenden los derechos y obligaciones de los padres en la sentencia de divorcio voluntario en relación a sus hijos menores (art. 4.96, párr. primero):
 - ✚ Integridad personal (art. 4.96, párr. primero).
 - ✚ Bienes y conservación de su patrimonio (art. 4.96, párr. primero).
 - ✚ Interés superior (art. 4.96, párr. primero).
 - ✚ Salud (art. 4.96, párr. primero).
 - ✚ Costumbres (art. 4.96, párr. primero).
 - ✚ Educación (art. 4.96, párr. primero).

- Facultad del Juez de lo Familiar de acordar, inclusive de oficio, cualquier providencia que considere benéfica para los hijos o los sujetos a tutela en el divorcio voluntario (art. 4.96, párr. segundo).
- Requisitos de la propuesta de convenio del divorcio voluntario en relación a los hijos menores e incapaces (art. 4.102):
 - ✚ Guardia y custodia durante y después del procedimiento (art. 4.102, fracc. III, párr. primero).
 - ✚ Régimen de visita y convivencia (art. 4.102, fracc. III, párr. primero).
 - ✚ Obligación, a cargo de ambos padres, de velar siempre por lograr un ambiente sano acorde a las necesidades del menor evitando en todo momento generar sentimientos negativos, como odio, desprecio, rencor o rechazo hacia uno de los progenitores (art. 4.102, fracc. III, párr. segundo).
 - ✚ Apercebimiento de que, para quien genere sentimientos negativos en el menor hacia uno el otro progenitor, será sujeto a la suspensión o pérdida de la guarda y custodia (art. 4.102, fracc. III, párr. segundo).
 - ✚ Pago y garantía de los alimentos a favor de los hijos tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio (art. 4.102, fracc. IV).
- Reglas para efectuar el régimen de visita y convivencia durante y después del divorcio voluntario (art. 4.102 bis):
 - ✚ En caso de que el tutor al que le asiste el derecho de visita tuviera una nueva pareja con la cual el menor tuviera que cohabitar, el Ministerio Público realizará las pruebas en materia de psicología familiar y, si éste no las solicita, el Juez las mandará hacer oficiosamente (art. 4.102 bis, fracc. I).
 - ✚ Transcurridos tres meses de que el Juez de lo Familiar haya dictado el régimen de convivencia provisional, solicitará de oficio la comparecencia de ambos tutores y del acreedor

alimentario con el propósito de verificar el cumplimiento del interés superior de la niñez (art. 4.102 bis, fracc. II).

➤ Reconocimiento simultáneo de un hijo por padres que no viven juntos (art. 4.173):

✚ Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos lo tendrá bajo su custodia (art. 4.173).

✚ Facultad del Juez de lo Familiar de decidir lo que creyere más conveniente a los intereses del menor en caso de desacuerdo sobre el ejercicio de la guarda y custodia entre los padres que reconocieron a un hijo pero no cohabitan (art. 4.173).

➤ En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, el hijo quedará bajo la custodia del que lo reconoció primero, salvo convenio en contrario (art. 4.174).

➤ Catálogo mínimo de obligaciones y prohibiciones de quienes ejercen la patria potestad, tutores o custodios, sean los progenitores del menor o instituciones de asistencia pública o privada (art. 4.200):

✚ Garantizar sus derechos alimentarios, su desarrollo integral y el ejercicio de sus derechos (art. 4.200, fracc. I).

✚ Registrarlo dentro de los primeros sesenta días de vida (art. 4.200, fracc. II).

✚ Obligaciones específicas mínimas respecto del derecho del niño a la educación (art. 4.200, fracc. III):

▪ Asegurar que cursen la educación obligatoria (art. 4.200, fracc. III).

▪ Participar en su proceso educativo (art. 4.200, fracc. III).

▪ Proporcionar las condiciones para su continuidad y permanencia en el sistema educativo (art. 4.200, fracc. III).

✚ Formar y educar apropiadamente a niñas, niños y adolescentes, sin que ello pueda justificar limitación,

vulneración o restricción alguna en el ejercicio de sus derechos (art. 4.200, fracc. IV).

- ✚ Asegurar un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno desarrollo de su personalidad (art. 4.200, fracc. V).
- ✚ Fomentar en el menor el respeto a todas las personas (art. 4.200, fracc. VI).
- ✚ Explicar al niño la importancia de cuidar los bienes propios, de la familia y de la comunidad (art. 4.200, fracc. VI).
- ✚ Lograr que el menor tenga un correcto y máximo aprovechamiento de los recursos que se dispongan para su desarrollo integral (art. 4.200, fracc. VI).
- ✚ Protegerlo contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata, de personas y explotación (art. 4.200, fracc. VII).
- ✚ Abstenerse de realizar o propiciar en el niño cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral (art. 4.200, fracc. VIII).
- ✚ Evitar conductas que puedan vulnerar el ambiente de respeto y generar violencia o rechazo en las relaciones entre los menores (art. 4.200, fracc. IX).
- ✚ Abstenerse de comportamientos violentos o de rechazo en las relaciones del niño con quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como con los demás miembros de su familia (art. 4.200, fracc. IX).
- ✚ Considerar la opinión de las niñas, niños y adolescentes para la toma de decisiones que les conciernan de manera directa conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez (art. 4.200, fracc. X).
- ✚ Educar en el conocimiento y uso responsable de las tecnologías de la información y comunicación (art. 4.200, fracc. XI).

- La patria potestad comprende la representación legal y la protección integral del menor en sus aspectos físico, psicológico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección (art. 4.203).
- En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad y no exista acuerdo sobre la guarda y custodia, el Juez de lo Familiar resolverá, quedando preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de la niñez (art. 405, párr. primero).
- A quien no tenga la guarda y custodia le asiste el derecho de visita (art. 405, párr. segundo).
- Causales de pérdida de la patria potestad por sentencia (art. 4.224):
 - ✚ Costumbres depravadas de los que ejerzan la patria potestad (art. 4.224, fracc. II, párr. primero).
 - ✚ Malos tratos (art. 4.224, fracc. II, párr. primero).
 - ✚ Violencia familiar (art. 4.224, fracc. II, párr. primero).
 - ✚ Abandono de sus deberes alimentarios por más de dos meses (art. 4.224, fracc. II, párr. primero).
 - ✚ Incumplimiento de obligaciones deducidas del ejercicio de la guarda o custodia por más de dos meses con compromiso de la salud, seguridad o moralidad de los menores aun cuando esos hechos no constituyan delito (art. 4.224, fracc. II, párr. primero).
- Causales de suspensión de la patria potestad (art. 4.225):
 - ✚ Sustracción o retención indebida del menor por quien no tenga la custodia (art. 4.225, fracc. IV).
- Inclusive perdiendo la patria potestad, los ascendientes quedan sujetos a todas las obligaciones que tengan para con sus descendientes (art. 4.227).
- Guarda y custodia en la patria potestad (art. 4.228)

- ✚ Derecho de quienes ejercen la patria potestad de pactar sobre el ejercicio de la guarda y custodia del menor (art. 4.228, fracc. I).
- ✚ Si los que ejercen la patria potestad no llegan a un acuerdo el Juez determinará a quién le corresponde el ejercicio de la guarda y custodia (art. 4.228, fracc. II).
- ✚ Elementos para la determinación judicial de la guarda y custodia (art. 4.228, fracc. II):
 - Pruebas que obren en el sumario en lo general (art. 4.228, fracc. II).
 - Resultado de las pruebas periciales en materia de psicología familiar practicadas oficiosamente en lo particular (art. 4.228, fracc. II).
 - Escucha del menor (art. 4.228, fracc. II).
- ✚ Preferencia materna para el ejercicio de la guarda y custodia en menores de doce años (art. 4.228, fracc. II, inciso a).
- ✚ Elección del progenitor que ejercerá la guarda y custodia en niños mayores de doce años (art. 4.228, fracc. II, inciso c).
- ✚ Facultad del Juez de lo Familiar para elegir al progenitor custodio del niño mayor de doce años si éste no lo hace (art. 4.228, fracc. II, inciso c).
- ✚ En la resolución que ordene cuál de los padres ejercerá la guarda y custodia, se sujetará al interés superior del menor, velando en todo momento por la integridad física y mental de los hijos, atendiendo las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y a salvaguardar el sano desarrollo de los menores (art. 4.228, párr. *in fine*, primera parte).
- ✚ Práctica de la prueba pericial en psicología familiar a las parejas de los padres, con el fin de verificar la seguridad del menor de

la guarda, custodia y aun de la convivencia (art. 4.228, párr. *in fine*, segunda parte).

- Violencia psicológica es la generación de sentimientos negativos, odio, desprecio, rencor o rechazo hacia uno de los progenitores, tendrá como consecuencia únicamente la suspensión o pérdida de la guarda y custodia del menor (art. 4.397, fracc. I, inciso a), párr. segundo).
- Los que ejerzan la patria potestad tienen obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores de los que tengan la guarda y custodia. (art. 7.163).

2.3.2.2 Obligaciones de crianza

El Código Civil para la Ciudad de México (art. 414 bis) se distingue de su homólogo mexiquense en el hecho de prever expresamente obligaciones de crianza, tal como se aprecia en la siguiente transcripción:

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 de 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, y

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

2.3.3 Códigos de Procedimientos Civiles, para la Ciudad de México ¹²⁴ y del Estado de México ¹²⁵

Para la familia separada, la importancia de los Códigos adjetivos reside en que éstos marcan formalidades y tiempos que han de seguirse ante la autoridad que va a conocer y dirimir la controversia; además, con las reglas en ellos establecidas se puede tener certeza y seguridad jurídicas sobre la situación legal de los menores nacidos dentro de la relación, sea de matrimonio o concubinato, y cuyos derechos se vean involucrados en el procedimiento.

2.3.3.1 Fijación de la *litis*

Los momentos procesales que comprenden la etapa de fijación de la *litis* sobre los cuales habremos de prestar atención para efectos del presente trabajo se enuncian en la lista siguiente:

- Demanda o comparecencia.
- Auto admisorio.
- Contestación a la demanda y, en su caso, planteamiento de reconvención.
- Auto que tiene por contestada la demanda y admitida la reconvención; la costumbre judicial impone que tanto la réplica al escrito inicial como el planteamiento de las acciones promovidas en la contrademanda se produzcan en el mismo libelo.
- Contestación a la reconvención.
- Auto que tiene por contestada demanda reconvencionalista.

¹²⁴ “Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México”: <https://bit.ly/2M5aKgK>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹²⁵ “Código de Procedimientos Civiles del Estado de México”: <https://bit.ly/30mrEUJ>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

En sus escritos respectivos, cada parte solicita, de manera provisional, los alimentos, la guarda y custodia y un régimen de visita y convivencia respecto de los menores hijos; el Juez, en la audiencia respectiva, determina lo que en Derecho proceda.

Sin que pase desapercibida la amplitud de facultades con que cuenta el Juzgador de la materia para pronunciarse de manera urgente, esto es, cuando provee el escrito inicial, sobre las medidas de protección establecidas en ley en caso de que de actuaciones se desprenda la existencia de indicios de violencia familiar.

Para una mejor comprensión del tema, los artículos a observar en cada una de las legislaciones analizadas se muestran enseguida:

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA LA CIUDAD DE MÉXICO:
 - Requisitos y estructura de la demanda, principal, reconvenzional o incidental (art. 255):
 - ✚ Tribunal ante el que se promueve (art. 255, fracc. I).
 - ✚ Nombre y apellidos del actor (art. 255, fracc. II).
 - ✚ Domicilio procesal (art. 255, fracc. II).
 - ✚ Nombre del demandado (art. 255, fracc. III); el nombre debe ser completo.
 - ✚ Domicilio para emplazar (art. 255, fracc. III).
 - ✚ Objetos reclamados, principales y accesorios (art. 255, fracc. IV).
 - ✚ Hechos fundatorios de la acción (art. 255, fracc. V, párr. primero); la narración de éstos deberá ser sucinta, clara y precisa (art. 255, fracc. V, párr. segundo).
 - ✚ Documentos públicos y privados relacionados con los hechos (art. 255, fracc. V, párr. primero).

- ✚ Nombres y apellidos de los testigos (art. 255, fracc. V, párr. primero).
 - ✚ Fundamentos de Derecho, con cita de preceptos legales o principios jurídicos aplicables (art. 255, fracc. VI).
 - ✚ Clase de acción (art. 255, fracc. VI), si ésta es nominada.
 - ✚ Firma del actor o su legítimo representante; si el actor no puede o no sabe firmar, pondrá su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias (art. 255, fracc. VIII).
 - ✚ Para el trámite de incidentes en materia familiar, la primera notificación se llevará a cabo en el domicilio señalado en autos por las partes, si se encuentra vigente el juicio principal (art. 255, fracc. IX).
 - ✚ Supuestos en los cuales el emplazamiento del juicio accesorio se practicará en el lugar en el que resida la parte demandada incidentista (art. 255, fracc. IX):
 - Resolución firme o ejecutoriada en cuaderno principal.
 - Inactividad procesal por más de tres meses.
 - ✚ Propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, con los documentos que acrediten la procedencia de dicha propuesta (art. 255, fracc. X)
 - ✚ Los testigos son innecesarios en la solicitud de divorcio (art. 255, fracc. X).
- Emplazamiento, con copias de la demanda y sus anexos (art. 256).
 - Término de quince días hábiles para contestar la demanda (art. 256).
 - Prevención para demandas obscuras o irregulares, con término máximo de cinco días hábiles para su desahogo (art. 257, párr. primero, primera y segunda partes).
 - Apercebimiento de desechar la demanda para el caso de no desahogar la prevención en tiempo (art. 257, párr. primero, segunda parte).

- Obligación, a cargo del Juez de la causa, de devolver los documentos, originales y copias simples, a la parte actora ante el desechamiento de su demanda (art. 257, párr. primero, segunda parte).
- Requisitos y estructura de la contestación a la demanda (art. 260):
 - ✚ Tribunal ante quien se conteste (art. 260, fracc. I).
 - ✚ Nombre y apellidos del demandado (art. 260, fracc. II).
 - ✚ Domicilio procesal (art. 260, fracc. II).
 - ✚ Personas autorizadas para notificaciones, documentos y valores (art. 260, fracc. II).
 - ✚ Referencia a cada uno de los hechos en que el actor funde su petición (art. 260, fracc. III, primera parte); esta referencia tiene por objeto refutar o desvirtuar los hechos controvertidos.
 - ✚ Documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición (art. 260, fracc. III, primera parte).
 - ✚ Nombres y apellidos de los testigos que presenciaron los hechos relativos (art. 260, fracc. III, segunda parte).
 - ✚ Firma del demandado o su legítimo representante (art. 260, fracc. IV); las reglas de la demanda para el que no sepa o no pueda firmar aplican igualmente para la contestación.
 - ✚ Todas las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueran supervenientes (art. 260, fracc. V, párr. primero).
 - ✚ De las excepciones procesales opuestas por el demandado se le dará vista al actor para que las conteste y rinda las pruebas que considere oportunas (art. 260, fracc. V, párr. segundo).
 - ✚ Dentro del término para contestar la demanda, se podrá proponer la reconvención en los casos en que proceda (art. 260, fracc. VI); la reconvención observa la estructura y formalidades previstas para de la demanda principal.

- ✚ Se deberán acompañar las copias simples de la contestación de la demanda y de todos los documentos anexos a ella para cada una de las demás partes (art. 260, fracc. VII).
- ✚ En los casos de divorcio podrá manifestar su conformidad con el convenio propuesto o, en su caso, presentar su contrapropuesta, debiendo anexar las pruebas respectivas relacionadas con la misma (art. 260, fracc. VIII).
- Las excepciones que no se hayan resuelto en la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales y la reconvencción, se discutirán al propio tiempo y se decidirán en la misma sentencia (art. 261).
- Cuando los hechos que se contesten hayan sido conocidos por algún testigo, se deberá mencionar su nombre y apellidos (art. 266, párr. segundo).
- Quien conteste deberá precisar los documentos relacionados en cada hecho y adjuntarlos precisamente con su contestación (art. 266, párr. tercero).
- La demanda se tendrá por contestada en sentido negativo cuando se trate de asuntos que afecten las relaciones familiares o el estado civil de las personas (art. 271, párr. cuarto).
- El demandado que oponga reconvencción o compensación, lo hará precisamente al contestar la demanda y nunca después, dándose traslado del escrito al actor, para que conteste en el término de nueve días (art. 272).
- Una vez contestada la demanda, y en su caso, la reconvencción el Juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días (art. 272 A, párr. primero).

- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad (art. 940).
- 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 (art. 941, párr. primero).
- Suplencia en los planteamientos de Derecho en las acciones ejercitadas en la vía de controversias del orden familiar (art. 941, párr. segundo).
- Supuestos de procedencia para la ausencia de formalidades cuando se acude al Juez de lo Familiar (art. 942, párr. primero):
 - ✚ Declaración, preservación, restitución, constitución o violación de un derecho (art. 942, párr. primero).
 - ✚ Desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos (art. 942, párr. primero).
 - ✚ Calificación de impedimentos de matrimonio (art. 942, párr. primero).
 - ✚ Diferencias que surjan entre cónyuges sobre:
 - Administración de bienes comunes (art. 942, párr. primero).
 - Educación de hijos (art. 942, párr. primero).
 - Oposición de padres y tutores (art. 942, párr. primero).
 - Todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial (art. 942, párr. primero).
- La ausencia de formalidades para acudir ante el Juez de lo Familiar no es aplicable a los casos de divorcio o de pérdida de la patria potestad (art. 942, párr. segundo).
- Acciones a tramitarse en la vía de juicio oral en materia familiar (art. 1019):

- ✚ Alimentos.
 - ✚ Guarda y custodia.
 - ✚ Régimen de visita y convivencia.
 - ✚ Violencia familiar.
 - ✚ Nulidad de matrimonio.
 - ✚ Acciones deducidas de los atestados del Registro Civil:
 - ✚ Filiación.
 - ✚ Acciones deducidas del ejercicio de la patria potestad.
 - ✚ Constitución forzosa de patrimonio familiar.
 - ✚ Cambio de régimen patrimonial controvertido.
 - ✚ Interdicción contenciosa.
- Los procedimientos de jurisdicción voluntaria, divorcio, pérdida de patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social y adopción nacional se tramitarán conforme a sus reglas generales, ajustándose en lo conducente al procedimiento oral y sus principios (art. 1019, párr. segundo, primera parte).
 - Derecho de los interesados de ejercitar o contestar la acción de alimentos por escrito o mediante comparecencia personal (art. 1019, párr. segundo, segunda parte).
 - La modificación de las resoluciones definitivas dictadas en asuntos de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de convivencias e interdicción contenciosa, se substanciarán en juicio oral autónomo (art. 1019, párr. tercero).
 - Ausencia de formalidades especiales en los juicios orales en materia familiar (art. 1019, párr. cuarto).
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO:
 - Documentos comunes a exhibirse con la demanda o la contestación (art. 2.100):

- ✚ Documentos fundatorios del derecho alegado; documentos físicos o electrónicos (art. 2.100, fracc. I, párr. primero).
 - ✚ Si el promovente no tuviere los documentos a su disposición, designará el archivo o lugar en que se hallen los originales (art. 2.100, fracc. I, párr. segundo).
 - ✚ Acreditación de personería (art. 2.100, fracc. II).
 - ✚ Copias de traslado para el colitigante (art. 2.100, fracc. III, primera parte).
 - ✚ Copia de archivos electrónicos para correr traslado, en caso de promover electrónicamente (art. 2.100, fracc. III, segunda parte).
- Requisitos y estructura de la demanda, principal, incidental o reconvenzional (2.108):
- ✚ Juzgado ante el que se promueve (art. 2.108, fracc. I).
 - ✚ Nombre del actor (art. 2.108, fracc. II).
 - ✚ Domicilio procesal (art. 2.108, fracc. II).
 - ✚ Nombre del demandado (art. 2.108, fracc. III).
 - ✚ Domicilio para emplazar (art. 2.108, fracc. III).
 - ✚ Requisitos de las prestaciones reclamadas (art. 2.108, fracc. IV):
 - Con toda exactitud (art. 2.108, fracc. IV).
 - Términos claros y precisos (art. 2.108, fracc. IV).
 - ✚ Características de los hechos fundatorios de la acción, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa (art. 2.108, fracc. V):
 - Numerados (art. 2.108, fracc. V).
 - Narrados sucintamente (art. 2.108, fracc. V).
 - Claridad (art. 2.108, fracc. V).
 - Precisión (art. 2.108, fracc. V).
 - ✚ Fundamentos de Derecho, con cita de preceptos aplicables (art. 2.108, fracc. VII).

- Si la demanda fuere obscura o irregular, el Juez debe prevenir al actor, una sola vez, para que dentro de tres días la aclare, corrija o complete, señalándole específicamente sus defectos (art. 109).
- Apercebimiento de no admisión de la demanda si ésta no se subsana en tiempo (art. 109, párr. primero).
- El auto que admite una demanda no es recurrible (art. 2110).
- Admitida la demanda se correrá traslado de ella a la parte demandada, emplazándola para que la conteste dentro del plazo de nueve días (art. 2.111).
- Reconvención (art. 2.118):
 - ✚ La reconvención se opone al contestar la demanda (art. 2.118, primera parte).
 - ✚ se emplaza al actor principal y se le corre traslado (art. 2.118, segunda parte).
 - ✚ Término de nueve días para contestar la reconvención (art. 2.118, segunda parte).
 - ✚ Satisfacción de los requisitos de los escritos de fijación de *litis* (art. 2.118, segunda parte).
- Forma de tener por contestada la demanda (art. 2.119):
 - ✚ Efectos del emplazamiento personal y directo del demandado (art. 2.119, primera parte):
 - Confesión ficta de los hechos fundatorios de la demanda si ésta deja de contestarse (art. 2.119, primera parte).
 - A salvo los derechos del pasivo procesal para probar en contra de este emplazamiento (art. 2.119, primera parte).
 - ✚ La rebeldía de un emplazamiento no personal ni directo tiene por contestada la demanda en sentido negativo (art. 2.119, segunda parte).
- Requisitos para la declaración de confeso (art. 2.120):
 - ✚ A instancia de parte (art. 2.120).

- ✚ Examen de oficio de la notificación practicada (art. 2.120).
- ✚ Calificación de legalidad del emplazamiento (art. 2.120).
- En el auto que tenga por contestada o dada por contestada la demanda o reconvención, en su caso, se citará a las partes a una audiencia, dentro de los cinco días siguientes, en la que el Juez, obligatoriamente, precisará sucintamente los puntos de controversia, lo que se hará constar en el acta, e invitará a las partes a una conciliación (art. 2.121).
- Si se logra la conciliación, se levantará acta y serán sus efectos los de la transacción, homologándose a sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 2.123).
- Requisitos de la solicitud de divorcio incausado en relación a los hijos menores o incapaces (art. 2.373):
 - ✚ Copia auténtica del acta de matrimonio (art. 2.373, fracc. I).
 - ✚ Copia certificada de los atestados de nacimiento de los hijos (art. 2.373, fracc. II).
 - ✚ Propuesta de convenio (art. 2.373, fracc. III):
 - Guarda y custodia (art. 2.373, fracc. III, inciso a).
 - Nombre del progenitor custodio (art. 2.373, fracc. III, inciso a).
 - Domicilio que habitarán el progenitor custodio y los hijos (art. 2.373, fracc. III, inciso a).
 - Régimen de visita y convivencia (art. 2.373, fracc. III, inciso b).
 - Alimentos (art. 2.373, fracc. III, inciso d):
 - Forma (art. 2.373, fracc. III, inciso d).
 - Lugar (art. 2.373, fracc. III, inciso d).
 - Temporalidad (art. 2.373, fracc. III, inciso d).
 - Garantía de aseguramiento (art. 2.373, fracc. III, inciso d).

- ✚ Documentación idónea y fehaciente para, en su caso, aducir discapacidad de alguno de los hijos (art. 2.373, párr. tercero).
- ✚ Alimentos vitalicios para el hijo con discapacidad (art. 2.373, párr. tercero).
- Fases procesales del divorcio incausado después de presentada la demanda (art. 2.374):
 - ✚ Admisión de la demanda (art. 2.374, párr. primero).
 - ✚ Vista al otro cónyuge (art. 2.374, párr. primero).
 - ✚ Resolución sobre medidas precautorias promovidas en la solicitud (art. 2.374, párr. primero).
 - ✚ Amplitud de facultades del Juez de lo Familiar para imponer las medidas precautorias necesarias para salvaguardar el interés superior de menores e incapaces (art. 2.374, párr. primero).
 - ✚ Fecha y hora para audiencia de avenencia; se cita después de nueve y antes de quince días posteriores al emplazamiento (art. 2.374, párr. segundo).
- Audiencia de avenencia (art. 2.376):
 - ✚ Exhortación a las partes para continuar el matrimonio (art. 2.376, párr. primero).
 - ✚ Efectos de no querer continuar con el matrimonio una o ambas partes (art. 2.376, párr. primero):
 - Citación para una segunda audiencia en tres días (art. 2.376, párr. primero).
 - Nueva exhortación a continuar con el matrimonio (art. 2.376, párr. primero).
 - Escucha de propuestas y contrapropuestas de convenio para disolver la unión matrimonial, sin modificación o adición de cláusulas respecto de las agregada en autos (art. 2.376, párr. primero).
 - ✚ La conformidad de ambas partes respecto del convenio celebrado en audiencia moverá al Juez de lo Familiar aprobarlo

- y elevarlo categoría de cosa juzgada (art. 2.376, párr. segundo).
- ✚ Decreto de disolución del vínculo matrimonial (art. 2.376, párr. segundo).
 - ✚ Terminación de la sociedad conyugal, en su caso (art. 2.376, párr. segundo).
 - ✚ La aprobación de convenio sólo podrá darse respecto de los puntos donde hubo consenso (art. 2.376, párr. tercero).
- Efectos de la falta de consenso en el convenio debatido en la audiencia de avenencia (art. 2.377):
 - Disolución del vínculo matrimonial de plano (art. 2.337, párr. primero).
 - Terminación de la sociedad conyugal, en su caso (art. 2.337, párr. primero).
 - Apercebimiento para la abstención de ocultar, enajenar, dilapidar bienes y efectos patrimoniales generados durante el matrimonio hasta resolverse la liquidación de la sociedad conyugal (art. 2.337, párr. primero).
 - En la segunda audiencia, se decidirá sobre las medidas precautorias y provisionales, entre otras las referentes a los alimentos, guarda y custodia de menores o incapaces y, régimen de convivencia (art. 2.337, párr. segundo).
 - Término común de cinco días para que los divorciantes satisfagan los puntos del divorcio incausado sobre los que no hubo consenso y los demás que estimen convenientes (art. 2.337, párr. tercero):
 - ✚ Formulación de pretensiones (art. 2.337, párr. tercero).
 - ✚ Narración de hechos (art. 2.337, párr. tercero).
 - ✚ Ofrecimiento de pruebas (art. 2.337, párr. tercero).
 - Término común de cinco días después de promovido el escrito donde los divorciantes formulan propuesta sobre los puntos donde no hubo consenso en el divorcio incausado para los efectos siguientes (art. 2.337, párr. cuarto):

- Otorgamiento de vista (art. 2.337, párr. cuarto).
- Oponer excepciones (art. 2.337, párr. cuarto).
- Esgrimir defensas (art. 2.337, párr. cuarto).
- Ofrecer pruebas (art. 2.337, párr. cuarto).
- Las controversias sobre el estado civil de las personas y del Derecho Familiar se tramitarán conforme a sus reglas y, a falta de éstas, con las comunes (art. 5.1, párr. primero).
- Las controversias del Derecho Familiar se consideran de orden público por constituir la base de la integración de la sociedad (art. 5.1, párr. segundo).
- Asuntos donde se conceden amplias facultades al Juez de lo Familiar (art. 5.1, párr. segundo, primera parte):
 - ✚ Menores (art. 5.1, párr. segundo, primera parte).
 - ✚ Personas con discapacidad (art. 5.1, párr. segundo, primera parte).
 - ✚ Alimentos (art. 5.1, párr. segundo, primera parte).
 - ✚ Guarda y custodia (art. 5.1, párr. segundo, primera parte).
 - ✚ Patria potestad (art. 5.1, párr. segundo, primera parte).
 - ✚ Violencia familiar (art. 5.1, párr. segundo, primera parte).
- Facultad del Juez de lo Familiar de decretar toda clase de medidas cautelares tendientes a preservar la familia y a proteger a sus miembros (art. 5.1, párr. segundo, primera parte).
- El Juzgador deberá implementar las medidas de protección conducentes, a fin de garantizar el pleno goce, respeto, protección y promoción de los derechos humanos del menor involucrado en un procedimiento judicial (art. 5.1, párr. segundo, segunda parte).
- Acciones a tramitarse en la vía de controversias sobre el estado civil de las personas y del Derecho Familiar (art. 5.2):
 - ✚ Alimentos (art. 5.2, fracc. I).
 - ✚ Guarda y custodia (art. 5.2, fracc. I).
 - ✚ Régimen de visita y convivencia (art. 5.2, fracc. I).

- ✚ Patria potestad (art. 5.2, fracc. I).
- ✚ Parentesco (art. 5.2, fracc. I).
- ✚ Paternidad (art. 5.2, fracc. I).
- ✚ Nulidades relativas al Derecho Familiar (art. 5.2, fracc. I).
- ✚ Acciones deducidas del estado civil de las personas (art. 5.2, fracc. II).
- ✚ Las demás relacionadas con el Derecho Familiar (art. 5.2, fracc. I).

2.3.3.2 Medidas provisionales

Las medidas provisionales pueden definirse como:

...aquellas susceptibles de producirse o acordarse ante la presentación de una demanda cuyo objeto sea la ordenación de las relaciones familiares tras una crisis familiar, eventualmente junto a un pronunciamiento de nulidad, separación o divorcio o una vez presentada dicha demanda, conservando determinadas situaciones y regulando las relaciones de los miembros de la familia en crisis, en tanto no sea efectiva la tutela que se dicte en la futura sentencia.¹²⁶

Las medidas provisionales comunes en ambas codificaciones quedan constreñidas en tres rubros específicos: alimentos, guarda y custodia así como el régimen de vista y convivencia.

El Corpus procesal mexiquense merece especial atención en el estudio que al punto se desarrolla, pues este Código dispone medidas en particular (art. 2.355 quinquies), las cuales están destinadas a proteger la integridad de los miembros de la familia cuando se alegue que existe violencia y asegurar los derechos de los

¹²⁶ Soleto, Helena, *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, España, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 15.

acreedores alimentarios en los casos en los que el deudor desconozca su obligación; el arábigo se transcribe a continuación:

Artículo 2.355 quinquies.- Son medidas de protección de naturaleza civil, las siguientes:

I. Suspensión temporal al agresor del régimen de visitas y convivencia con sus descendientes, resolviendo inmediatamente lo relativo a la custodia provisional.

II. Prohibición al agresor de enajenar, dar en prenda o hipotecar bienes de su propiedad cuando se trate del domicilio conyugal y, en cualquier caso, cuando se trate de bienes de la sociedad conyugal, ordenando la inscripción de esta medida en el Instituto de la Función Registral del Estado de México en cada caso.

III. Posesión exclusiva de la víctima sobre el inmueble que sirvió de domicilio, por el tiempo que dure el procedimiento.

IV. Embargo preventivo de bienes del agresor, que deberá inscribirse con carácter temporal en el Instituto de la Función Registral del Estado de México y en los lugares en los que se conozca que tienen bienes, a efecto de garantizar las obligaciones alimenticias.

IV. Embargo preventivo de bienes del agresor, que deberá inscribirse con carácter temporal en el Instituto de la Función Registral del Estado de México y en los lugares en los que se conozca que tienen bienes, a efecto de garantizar las obligaciones alimenticias.

V. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado.

VI. Orden de pago de la obligación alimenticia, en forma provisional e inmediata, a cargo del agresor a favor de la víctima y las y los hijos, en caso de existir.

VII. Emitir una orden de protección y auxilio policial, dirigida a la autoridad de seguridad pública de la que se expedirá copia a la víctima para que pueda acudir a la autoridad más cercana en caso de amenaza de agresión fuera de su domicilio.

VIII. Las demás que considere necesarias.

Es de indicar que si bien en el ordenamiento adjetivo civil vigente en la Ciudad de México, ello no quiere decir que el Juez de lo Familiar no las pueda decretar.

2.3.3.3 Audiencia con el menor

Con el resultado de la entrevista que sostiene el Juzgador con el menor de edad que debe comparecer al procedimiento, y previa lectura de los escritos de fijación de *litis*, el Juzgador puede tomar una primera decisión respecto de las medidas provisionales promovidas en la fase postulatória.

Las formalidades que rigen en la preparación y durante el desarrollo de la diligencia en comento son:

- Las medidas provisionales deben promoverse a petición de parte interesada; en casos excepcionales, se decretan de oficio en el auto que admite a trámite la demanda o comparecencia.

- Señalamiento de fecha y hora para la entrevista con el menor, atendiendo a las cargas de trabajo del Juzgado que tenga radicada la causa.
- Valoración de todos los elementos que estén al alcance del Juez para decidir.
- Obligación, a cargo de la persona con la que el menor esté viviendo en ese momento, de presentarlo a la audiencia mediante notificación personal y bajo apercibimiento para el caso de no hacerlo.
- Comparecencia, previa citación, tanto del Ministerio Público adscrito para actuar como Representación Social, como de un asistente de menores a la audiencia con el objeto de dar apoyo y contención psicoemocional al niño compareciente.
- Escuchar al menor en un ambiente que permita su desenvolvimiento adecuado y la espontaneidad de su declaración. En los divorcios, nulidad de matrimonio y acciones ejercitadas en la vía de controversia del orden familiar, el niño es escuchado en la forma que se acostumbre en el Juzgado del conocimiento para la práctica de esta diligencia; por cuanto hace a los procedimientos orales, la Primera Instancia cuenta con instalaciones especiales para llevar a cabo esta actuación procesal.
- En caso de duda o ante indicios de violencia familiar, el Juez ordenará que las visita y convivencia se desarrollen de manera provisional en el Centro de Convivencia Familiar respectivo.
- Interés superior del menor como principio fundamental en la toma de la decisión.

Dentro de las formalidades arriba mencionadas, debe precisarse, en lo que se refiere a la escucha del menor en los Juzgados Familiares de Proceso Escrito en la Ciudad de México, son dos los estilos en que los titulares de los mismos practican el acto procesal en comento.

La regla general es que se haga a puerta cerrada en su cubículo, con asistencia del Secretario de Acuerdos para dar fe de los hechos que se narren y que formarán parte del acta correspondiente, el agente del Ministerio Público adscrito para tomar

notas y emitir su opinión legal cuando se le dé la palabra y el asistente de menores para darle la contención psicoemocional que en su caso se requiera.

Los preceptos de Derecho que sustentan el presente tema son:

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA LA CIUDAD DE MÉXICO:
 - Formalidades que rigen la entrevista con menor en las acciones promovidas en la vía de controversias del orden familiar (art. 941 bis):
 - ✚ Petición de la parte interesada de medidas provisionales mediante promoción escrita (art. 941 bis, párr. primero).
 - ✚ Vista a la parte contraria con las medidas provisionales solicitadas (art. 941 bis, párr. primero).
 - ✚ Audiencia para la resolver sobre las medidas provisionales (art. 941 bis, párr. primero); esta diligencia debe celebrarse dentro de los quince días posteriores al desahogo de la vista respectiva (art. 941 bis, párr. primero).
 - ✚ Comparecencia del agente del Ministerio Público y del asistente de menores a la diligencia (art. 941 bis, párr. segundo); el asistente no precisa de protestar el cargo y tampoco puede emitir opinión (art. 941 bis, párr. segundo).
 - ✚ Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez (art. 941 bis, párr. tercero), previa notificación personal y bajo apercibimiento para el caso de no comparecer sin justa causa.
 - ✚ El Juez de lo Familiar valorando todos y cada uno de los elementos que tenga 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 (art. 941 bis, párr. cuarto).

- ✚ Facultad del Juez de lo Familiar de depositar en un tercero con parentesco respecto del menor la guarda y custodia de éste ante la imposibilidad de ambos padres para ejercerla (art. 941 bis, párr. quinto, en relación con los arts. 414 y 418 del Código Civil local); el tercero adquiere los derechos y obligaciones inherentes a los de su clase.
 - ✚ Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor (art. 941 bis, párr. sexto).
 - ✚ Cuando el ascendiente que conserva la guarda y custodia cambie de domicilio, éste tiene la obligación de promover 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 (art. 941 bis, párr. séptimo); el incumplimiento de esta obligación se sanciona con las reglas establecidas en ley (art. 941 bis, párr. octavo, en relación con el art. 73 del mismo Código).
 - ✚ Facultad genérica del Juez de lo Familiar de valorar todos los elementos que tenga a su alcance previo a resolver sobre el régimen provisional de visita y convivencia bajo el interés superior del menor (art. 941 ter, párr. tercero, primera parte).
 - ✚ Facultad específica del Juez de lo Familiar de valorar los indicios de violencia familiar alegados por la parte interesada para determinar convivencia supervisada (art. 941 ter, párr. cuarto); pudiéndose practicar evaluaciones psicológicas tendientes a acreditar este extremo, con independencia de existir o no indagatoria al respecto (art. 941 ter, párr. tercero, segunda parte).
- Formalidades que rigen la entrevista con menor en las acciones promovidas en la vía de juicio oral en materia familiar (art. 1029):

- ✚ Petición de la parte interesada de medidas provisionales mediante promoción escrita (art. 1029, párr. primero, primera parte).
- ✚ Vista por tres días a la parte contraria con las medidas provisionales solicitadas (art. 1029, párr. primero, primera parte).
- ✚ El Juez escuchará al menor durante la audiencia preliminar atendiendo al caso concreto (art. 1029, párr. primero, segunda parte).
- ✚ Comparecencia del C. Agente del Ministerio Público y del asistente de menores a este acto procesal sin la presencia de las partes (art. 1029, párr. segundo, primera parte); el asistente no precisa de protestar el cargo, ni puede emitir opinión y deberá contar con licenciatura idónea para el cargo (art. 1029, párr. segundo, primera y segunda partes).
- ✚ La inasistencia del asistente de menores no difiere la entrevista si la esta diligencia se encuentra debidamente preparada (art. 1029, párr. segundo, tercera parte).
- ✚ El Tribunal contará con una sala especial para escuchar al menor, que permita el desenvolvimiento adecuado para las niñas, los niños y adolescentes (art. 1029, párr. tercero).
- ✚ Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez, bajo apercibimiento de apremio (art. 1029, párr. cuarto).
- ✚ El Juez de lo Familiar valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional del menor, con arreglo al interés superior de éste (art. 1029, párr. quinto, primera parte).
- ✚ Facultad del Juez de lo Familiar para determinar convivencia supervisada (art. 1029, párr. quinto, segunda parte).

- ✚ Facultad del Juez de lo Familiar de depositar en un tercero la guarda y custodia del menor ante la imposibilidad de ambos padres para detentarla (art. 1029, párr. sexto, en relación con los arts. 414 y 418 del Código Civil local); el tercero adquiere los derechos y obligaciones inherentes a los de su clase.
 - ✚ Facultad del Juez de lo Familiar para resolver sobre la guarda y custodia y el régimen de visita y convivencia dentro de la misma comparecencia (art. 1029, párr. séptimo).
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO:
 - Principios del procedimiento relacionados con niñas, niños y adolescentes (art. 5.3 bis):
 - ✚ Los principios de protección al menor durante el desarrollo del procedimiento deberán operar tomando en cuenta la edad, el desarrollo evolutivo cognoscitivo y grado de madurez de aquél (art. 5.3, párr. primero).
 - ✚ Garantizar la protección y prevalencia del interés superior de la niñez (5.3 bis, fracc. I).
 - ✚ Proporcionar al niño información clara, sencilla y comprensible sobre el procedimiento de que se trate, destacando la importancia de su participación en el mismo (art. 5.3 bis, fracc. II).
 - ✚ Proporcionar formatos accesibles de fácil comprensión y lectura para menores con discapacidad (art. 5.3 bis, fracc. II).
 - ✚ Garantizar el derecho del niño a ser representado en juicio (art. 5.3 bis, fracc. III).
 - ✚ Proporcionar al niño información sobre las medidas de protección disponibles (art. 5.3 bis, fracc. III).
 - ✚ Proporcionar asistencia de profesionales especializados cuando la naturaleza del procedimiento lo requiera (art. 5.3 bis, fracc. IV).

- ✚ Proporcionar la asistencia de un traductor o intérprete (art. 5.3 bis, fracc. V).
 - ✚ Ponderar la pertinencia de comparecer al menor a la diligencia de que se trate tomando, además, su estado psicológico, así como cualquier otra condición específica (art. 5.3 bis, fracc. VI).
 - ✚ Garantizar al niño la compañía de su tutor o custodio durante la sustanciación del procedimiento, salvo disposición judicial en contrario (art. 5.3 bis, fracc. VII).
 - ✚ Mantener al niño apartado de los adultos que puedan influir negativamente en su comportamiento o estabilidad emocional (art. 5.3 bis, fracc. VIII).
 - ✚ Destinar espacios lúdicos, de descanso y aseo para el niño que comparece a procedimiento en los recintos donde el menor deba presentarse (art. 5.3 bis, fracc. IX).
 - ✚ Ajustarse al tiempo de participación máximo destinado a la intervención del niño durante la sustanciación del procedimiento (art. 5.3 bis, fracc. X).
 - ✚ Implementar medidas para proteger al niño de sufrimientos durante su participación (art. 5.3 bis, fracc. XI).
 - ✚ Garantizar el resguardo de la intimidad y datos personales del niño que comparece al procedimiento (art. 5.3 bis, fracc. XI).
- El interés superior de la niñez es la prioridad que ha de otorgarse a los derechos del niño respecto de cualquier otro derecho (art. 5.16, párr. primero).
 - Los derechos del niño a ser oído y tomado en cuenta son principios rectores que el Juez debe tener siempre como consideración primordial en la tramitación y resolución del asunto sometido a su conocimiento (art. 5.16, párr. segundo).
 - Intervención del agente del Ministerio Público, de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México y de las Procuradurías de Protección Municipales, desde el auto admisorio,

cuando el niño carezca de representante legal (art. 5.30, párr. primero).

- Intervención del Ministerio Público cuando se trate de incapaces, desde el auto admisorio, cuando carezcan de representante legal (art. 5.30, párr. primero).

2.3.3.3.1 Excepciones y particularidades que surgen en la audiencia de menor

La regla general que establece que el Juez de lo Familiar debe practicar la entrevista con el menor a puerta cerrada observa y admite varias excepciones.

La primera de ellas se da con niños de tres años o menos, de quienes se evalúa su condición estando presente el progenitor que lo tiene viviendo en su domicilio habitacional y a quien se le formulan toda clase de preguntas tendientes a darse una noción del estilo de vida del niño objeto de examinación.

La segunda excepción, que se deriva igualmente de la corta edad del menor que comparece, de tal suerte que éste no logra comunicar y expresar una opinión y, por tanto, la entrevista objeto de la diligencia se traduce en un acto de imposible realización. Esta particularidad ha sido resuelta por la costumbre dentro del foro con una interacción entre el infante compareciente y sus progenitores; las reacciones que el pequeño produzca en el desarrollo de esta diligencia orientarán el criterio del Juzgador.

La tercera excepción tiene que ver con el hecho de que algunos Juzgadores consideran invasiva la realización de la audiencia en su privado, por lo que atienden la misma en la mesa de la Secretaría de Acuerdos, con el niño junto a sus dos padres, para que éste se sienta con la confianza necesaria para dar su declaración. El personal judicial y de apoyo a la impartición de justicia (Secretario de Acuerdos, Agente del Ministerio Público y asistente de menores) no deja de estar presente y

cumple sus funciones, pues en todo momento debe salvaguardarse el interés superior.

De ambas legislaciones analizadas, la mexiquense y la capitalina, Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México contiene mandato expreso para hacer comparecer a un asistente de menores designado por el Juez de lo Familiar a la audiencia en la cual habrá de escucharse al menor.

Es trascendente la presencia del asistente de menores a dicha diligencia, actuación procesal en la que el Juzgador habrá de proveer lo conducente en cuanto a las medidas provisionales dentro de la controversia del orden familiar o juicio oral familiar de que se trate, puede comenzar a entenderse a partir de la siguiente transcripción:

Cuando alguna de las partes solicite la custodia y convivencia provisional de menores de edad lo hará por escrito en la demanda principal o reconvenzional o en sus contestaciones, se dará vista a la contraria por el término de tres días, quien por escrito contestará la solicitud. El Juez escuchará al menor durante la audiencia preliminar atendiendo al caso concreto. En caso de rebeldía, por desacuerdo de las partes, o bien, a juicio del Tribunal se señalará día y hora para que el Juez en diligencia privada escuche al menor ante el Ministerio Público, sin la presencia de las partes, en la que podrá comparecer el asistente de menores, quien será profesional en psicología, pedagogía o trabajo social, adscrito al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal u otra institución, sólo para el efecto de facilitar la comunicación libre, espontánea y procurarle protección psicoemocional al menor, sin que se requiera la protesta del cargo del citado profesional. Si la diligencia se encuentra debidamente preparada,

no comparece el asistente y sí el menor, la audiencia se llevará a cabo, correspondiendo al Juez velar por el interés superior del menor.¹²⁷

De la cita inmediata anterior se deduce que la comparecencia del asistente de menores a la audiencia con el niño, niña o adolescente es un requisito que la ley procesal impone para la debida celebración de la diligencia.

Sin embargo, la presencia del mencionado asistente colma algo más que una simple formalidad, pues su trabajo gira en torno a la contención emocional que debe brindar al menor de edad que está siendo objeto de escrutinio judicial.

La contención emocional, en términos generales, puede definirse como:

...un conjunto de procedimientos básicos que tienen como objetivo tranquilizar y estimular la confianza de una persona que se encuentra afectada por una fuerte crisis emocional. Es una intervención de apoyo primario que se realiza en un momento de crisis para asistir a la persona y animarla para restablecer su estabilidad emocional y facilitarle las condiciones de un continuo equilibrio personal.¹²⁸

Enfocando el concepto en estudio con perspectiva de niñez y adolescencia, encontramos que:

La contención emocional es sostener las emociones de niñas, niños y adolescentes, a través del acompañamiento y ofreciendo espacios para la expresión de los sentimientos y las rutas para solucionar problemas.

¹²⁷ Campos Lozada, Mónica, *Práctica forense de Derecho Procesal Familiar*, 2° ed., México, Iure, 2017, pp. 11-12.

¹²⁸ Centro de Promoción de la Mujer Gregoria Apaza, *Guía de contención emocional para brigadistas*, Bolivia, CPMGA, 2018, p. 5.

Además, significa liberar emociones y tramitarlas para que no afecten el cuerpo o las relaciones interpersonales.¹²⁹

El asistente de menores desarrolla, por tanto, dos funciones esenciales dentro de la audiencia en donde se requieren sus servicios profesionales:

1. Ser un puente de comunicación entre el niño que comparece a la diligencia y los adultos presentes (Juez, Secretario de Acuerdos y C. Agente del Ministerio Público) volviendo más accesible el contenido y propósito de esta actuación procesal.
2. Brindar la contención emocional que fuere necesaria en caso de que el niño o adolescente se sienta inseguro, con miedo o incertidumbre respecto de lo que suceda en la audiencia en análisis.

La contención emocional puede lograrse a través de dos vías: ...*(1) la actitud empática, habilidad de colocarse momentáneamente en el lugar de la otra persona, entender sus necesidades y sentimientos; y (2) la escucha activa, capacidad de poner atención al mensaje emitido.*¹³⁰

Debe destacarse que la medida de participación del asistente de menores para brindar la contención emocional ya analizada es casuística, pues cada menor tiene una historia biográfica y cuenta con recursos emocionales distintos, por lo que habrá veces en las que la función del mencionado será de vital importancia para que el niño o adolescente pueda comunicarse con los adultos presentes en la diligencia y existirán ocasiones en donde su intervención será mínima.

Los fundamentos legales que facultan al asistente de menores para comparecer a la audiencia respectiva pueden encontrarse en el numeral 941 bis, párrafo segundo

¹²⁹ Ministerio de Educación del Ecuador, *Contención emocional a las familias en situación de crisis*, Ecuador, Gobierno Nacional de la República del Ecuador, 2020, p. 15.

¹³⁰ Íd.

y en el arábigo 1029, párrafo segundo, ambos del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

2.3.3.4 Pruebas

Sólo el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, dentro de la amplitud de facultades que tiene el Juez en materia probatoria, prevé la necesidad de ordenar, de oficio, la práctica de pruebas periciales en psicología en los asuntos donde los derechos de un menor se vean involucrados.

El artículo 1.251, párrafos tercero y cuarto, de la norma instrumental en consulta a la letra establecen:

Facultades del Juez en materia de prueba

Artículo 1.251.- ...

...

En materia familiar, cuando haya que decidir sobre la guarda y custodia de los menores, en los casos en que las partes, el Ministerio Público o la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México no hayan solicitado la realización de pruebas periciales en materia de trabajo social y psicología familiar, para demostrar qué persona es la más idónea para hacerse cargo de manera definitiva del menor, el Juez las mandará realizar oficiosamente.

En caso de que el tutor con la guarda y custodia tuviera una nueva pareja con la cual el menor tuviera que cohabitar, el Juez podrá solicitar las mismas pruebas periciales a las que se refiere el párrafo anterior con el propósito de garantizar el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

2.3.3.5 Convenio

La ley faculta al Juez de lo Familiar para promover convenio entre los colitigantes a efecto de dar por terminado el procedimiento; con ello se pretende evitar que el juicio se prolongue y que ambas partes queden de acuerdo respecto de los derechos y obligaciones que, en el caso que nos ocupa, estén relacionados con sus menores hijos.

Por regla general, el citado acuerdo de voluntades se puede producir en todo tiempo hasta antes de dictarse sentencia en la Instancia natural; no obstante, en el Corpus instrumental mexiquense encontramos que el derecho para llegar a una amigable composición también puede hacerse valer en la Alzada, asimismo, antes de que la Sala pronuncie su resolución.

Los dispositivos legales que contemplan el convenio que da por concluido el procedimiento quedan listados abajo:

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA LA CIUDAD DE MÉXICO:
 - Facultad del Juez de lo Familiar para promover avenencia entre las partes y llegar a un convenio que ponga fin al procedimiento en las controversias del orden familiar, tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso, inclusive haciéndoles saber sobre el procedimiento de mediación (art. 941, párr. tercero); esta facultad se entiende dentro de los límites de la justicia alternativa, a través de la ley que la regula (art. 941, párr. tercero).

- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MÉXICO:
 - Facultad de ambas partes para producir convenio que ponga fin al procedimiento, inclusive ante la Segunda Instancia, antes de que la autoridad resuelva. (art. 5.6).

- Facultad del Juez o la Sala de lo Familiar para aprobar el convenio que da por terminada la controversia (art. 5.6).
- La facultad de ambas partes para convenir para dar por terminado el procedimiento no aplica en asuntos de violencia familiar (art. 5.6).

2.3.3.6 Sentencia

Sólo el Código Civil para la Ciudad de México contiene supuestos normativos para la existencia o ausencia de acuerdos entre ambas partes en la sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial respecto de las cuestiones exigidas por la ley para satisfacer la propuesta de convenio que debe acompañar tanto la solicitud de divorcio como la contestación.

En la tabla siguiente se encuentran las consecuencias jurídicas tanto para la existencia como para la ausencia del acuerdo en mención:

EXISTENCIA DE ACUERDO	AUSENCIA DE ACUERDO
<p>(ART. 287, PÁRR. PRIMERO, 1RA. PARTE):</p> <ul style="list-style-type: none"> ☞ El Juez aprobará de plano el convenio presentado por las partes cuando el mismo no contravenga disposiciones legales, la moral o las buenas costumbres, decretando el divorcio mediante sentencia. ☞ La misma actitud procesal será observada por el Juzgador cuando el convenio que acompañe la solicitud de divorcio emane de un procedimiento de mediación llevado a cabo en términos de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal 	<p>(ART. 287, PÁRR. PRIMERO, 2DA. PARTE):</p> <ul style="list-style-type: none"> ☞ El Juez decretará el divorcio dejando expedito el derecho de los cónyuges para que lo hagan valer por la vía incidental, exclusivamente por lo que concierne al convenio.

Superior de Justicia de la Ciudad de
México.

2.3.3.6.1 Sentencia que decreta el divorcio y establece las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial

El arábigo 283 del Código Civil para la Ciudad de México contiene mandamiento expreso acerca de todos los puntos que debe contener la sentencia de divorcio en relación a los hijos menores:

El artículo en comento queda transcrito a continuación:

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 sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores.

IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar

las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

V.- 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 y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

VI.- Para el caso de los mayores 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.

VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.

La función primordial del numeral analizado es clara: lograr una sentencia definitiva que abarque la totalidad de las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, ello con base en los principios de exhaustividad y congruencia, tanto

interna como externa, que rigen el dictado de las resoluciones de estudian y deciden el fondo del asunto. En mérito de lo expuesto, es posible calificar a este dispositivo legal como procesalmente idóneo, y más si se mira desde un enfoque lógico-jurídico y, por tanto, inscrito en el mundo del deber-ser.

En la otra cara de la moneda tenemos al comportamiento humano, cuya acción se da en el plano fenomenológico, del ser, con una naturaleza impredecible y hasta temperamental. Conviene, por tanto, prestar oídos a lo que Ambrose Bierce entiende por controversia: *Batalla en la que la saliva o la tinta reemplazan al insultante cañonazo o a la desconsiderada bayoneta*.¹³¹ Que en el caso de los divorcios se traduce en una negativa, velada o tajante, a ofrecer o conseguir puntos de acuerdo entre las partes que auxilien a la Instancia judicial a dar por concluido el vínculo matrimonial que se desea disolver satisfaciendo los extremos exigidos por el numeral bajo escrutinio, en especial el modo de atender las necesidades de los hijos menores o incapaces, sean económicas, afectivas o de instrucción y formación para la vida.

Las circunstancias que rodearon la ruptura convivencial de la pareja en vías de divorciarse ameritan un estudio previo y a conciencia por parte del profesional jurista encargado de postular la causa judicial correspondiente, siendo la finalidad de este ejercicio averiguar si durante el matrimonio existió: *...semejanza de gustos, en particular el gusto por la dominación*¹³² y preparar el terreno de la acción de divorcio a iniciarse o replicarse conforme a las siguientes cinco directrices:

1. Aminorando tensiones y tratando de extinguir animadversiones existentes entre los divorciantes, en especial el que convertirá en su mandante judicial.
2. Velando siempre por hacer ambos procesos, el legal y el emocional, lo más rápido y lo menos desgastante posible, respectivamente.

¹³¹ Bierce, Ambrose, *El diccionario del Diablo*, trad. Rodolfo Walsh, España, EDIMAT, 2007, p. 68.

¹³² *Ibíd.*, p. 114.

3. Enfatizando, las veces que sea necesario, que flaco favor se hace quien intenta combatir el fuego con fuego.
4. Evitando redactar e ingresar promociones a todas luces frívolas o tendientes a complicar o retardar inoficiosamente el procedimiento.
5. Insistiendo en la necesidad de consensuar los términos de la separación durante la audiencia conciliatoria.

Habrà veces en las que esta misi3n tenga 3xito, habrà veces en que no: todo depende de la disposici3n o de la abulia que demuestre el divorciante para el procedimiento que disuelva su v3nculo matrimonial.

Bajo esa tesitura, se sigue que, por m3s que lo que busque el numeral en interpretaci3n sea hacer m3s con menos mediante la econom3a de actos procesales, nada impide a los ahora divorciados volver a verse las caras en el recinto judicial con una nueva disputa entre manos, pues los accesorios (consecuencias inherentes a la disoluci3n del v3nculo matrimonial) derivados del negocio principal (el divorcio) deben tramitarse en el incidente respectivo.

2.3.4 Leyes Org3nicas, del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de M3xico¹³³ y del Poder Judicial del Estado de M3xico¹³⁴

La doctrina especializada en Derecho Administrativo entiende que una ley org3nica tiene por objeto: *...regular la organizaci3n de los poderes p3blicos mediante la creaci3n de dependencias, instituciones y entidades, y la especificaci3n de sus fines, estructura, atribuciones y funcionamiento.*¹³⁵

¹³³ "Ley Org3nica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de M3xico": <https://bit.ly/2R6IWZ6>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹³⁴ "Ley Org3nica del Poder Judicial del Estado de M3xico": <https://bit.ly/3QMyZi5>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹³⁵ Camarillo Cruz, Beatriz, "Glosario", en Valad3s Diego, M3rquez G3mez, Daniel (coordinadores), *200 a3os de administraci3n p3blica en M3xico*, M3xico, INAP-UNAM, Instituto de Investigaciones Jur3dicas, 2010, t. I, p. 229.

Las Leyes Orgánicas de los Poderes Judiciales, tanto de la Ciudad de México como del Estado de México, otorgan cuatro clases de facultades comunes a los Jueces en Materia Familiar:

1. Facultad genérica de intervenir en todos los asuntos familiares que reclamen intervención judicial.
2. Facultad específica de dirimir controversias donde se involucren derechos de menores e incapaces.
3. Facultad específica de sustanciar y resolver juicios sucesorios, testamentarios o intestados, así como las acciones que de éstos se puedan deducir.
4. Facultad específica para emitir, recibir, diligenciar y devolver los exhortos, despachos y cartas rogatorias relacionadas con los asuntos ventilados en la instancia familiar.

Publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 3 de mayo de 2018, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia capitalino faculta a los Secretarios Judiciales y Auxiliares, así como los Oficiales Notificadores, todos adscritos a los Juzgados de Proceso Oral Familiar, quedaron habilitados para dar constancia del cumplimiento de las órdenes de visitas para convivencia y entregas y regreso de menores cuando las necesidades del servicio de impartición de justicia así lo requieran.

En la tabla siguiente quedan enumerados los artículos que contienen las facultades arriba citadas:

LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE MÉXICO:	LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO:
☞ art. 65, fraccs. II, VI, VII y VIII;	☞ art. 42, fracc. II; y
☞ art. 91, fracc. VIII;	☞ art. 72, fraccs. I, IV y V.
☞ art. 92, fracc. V;	

- ☞ art. 93, fracc. VII; y
- ☞ art. 188, párrs. primero y segundo.

2.3.5 Reglamento para el Desarrollo de las Convivencias y Entregas-Recepciones que se llevan a cabo en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México ¹³⁶ y Reglamento de los Centros de Convivencia Familiar del Poder Judicial del Estado de México ¹³⁷

El estudio de ambos Reglamentos se divide en dos apartados: el primero, de análisis general y el segundo, de escrutinio de aspectos específicos.

2.3.5.1 Aspectos comunes

En opinión de Beatriz Camarillo Cruz, un reglamento es: *...la norma general, abstracta e impersonal expedida por una autoridad competente para la ejecución de una ley o para regular el régimen de una corporación, una dependencia o un servicio.*¹³⁸

Los aspectos esenciales tratados de manera común por ambos Reglamentos son:

- Regulación de la estructura y funcionamiento de los Centros de Convivencia.
- Definiciones y aspectos generales sobre el servicio y los usuarios del mismo.
- Datos que debe contar el expediente formado con motivo de la orden judicial que decreta la convivencia supervisada.

¹³⁶ “Reglamento para el Desarrollo de las Convivencias y Entregas-Recepciones que se llevan a cabo en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México”: <https://bit.ly/3bxevJW>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹³⁷ “Reglamento de los Centros de Convivencia Familiar del Poder Judicial del Estado de México”: <https://bit.ly/3OMyPFP>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹³⁸ Camarillo Cruz, Beatriz, “Glosario”, en Valadés Diego, Márquez Gómez, Daniel (coordinadores), *op. cit.*, p. 231.

- Indicación de que el servicio que brindan los Centros de Convivencia es para regímenes provisionales; formalidades para solicitar, en su caso, una prórroga en el uso de dicho servicio.
- Formalidades y horarios de registro, ingreso y salida de las instalaciones.
- Formalidades y horarios para entrega, convivencia y recepción de un menor en las instalaciones de los Centros.
- Facultades y obligaciones a cargo del personal que labora en los Centros de Convivencia.
- Derechos, obligaciones y prohibiciones a cargo de los usuarios, tanto padres como menores, del servicio que otorgan los Centro de Convivencia.
- Causales de no realización de la convivencia programada.
- Causales de terminación de la convivencia supervisada.
- Responsabilidades y sanciones en caso de incumplir con la normatividad.

2.3.5.2 Temas particulares

En la tabla siguiente, se exponen los aspectos particulares que desarrolla el Reglamento de cada Entidad Federativa, lo cual nos ilustra sobre las diferencias que existen entre ambos.

REGLAMENTO DE LA CIUDAD DE MÉXICO:	REGLAMENTO DEL ESTADO DE MÉXICO:
☞ Protocolo de actuación cuando al menor conviviente se le deban administrar alimentos o medicamentos, inclusive cambio de pañales (art. 48); este protocolo incluye disposiciones cuando es necesario salir del Centro a comprar medicamentos (art. 50).	☞ Catálogo de edades y horarios para un mejor control y calidad en las visitas. (art. 4.)
☞ Requerimientos específicos para juguetes. (art. 51.)	☞ Lineamientos para la impartición de talleres psicoeducativos a ascendientes y menores involucrados en la convivencia supervisada. (arts. 20-24.)

- ☞ Protocolo de actuación cuando se pretenda celebrar el cumpleaños de un menor conviviente. (art. 56.)

2.4 Jurisprudencia relativa a la guarda y custodia y al régimen de visita y convivencia

2.4.1 Función de la jurisprudencia en sistema normativo

Manuel González Oropeza puntualiza la función de la jurisprudencia frente a la Norma, sea Fundamental u Ordinaria, y la limitante que le es inherente en observancia del principio de división de poderes mediante la siguiente explicación:

En el sistema de Derecho Civil o Codificado, la ley es interpretada primariamente por el legislador, tal como la antigua Constitución de Cádiz lo estableció y la Constitución actual lo repite; a saber: los Congresos son los intérpretes de la ley. La jurisprudencia, como interpretación de la Constitución, está sometida a las modalidades que la ley le determine y, en la actualidad, la interpretación constitucional o legal que lleva a cabo el Poder Judicial Federal, mediante la jurisprudencia, está constreñida a una observancia de los propios tribunales sin extenderse en sus efectos a las demás autoridades. Al respecto, la lectura del artículo 14 Constitucional es significativa cuando establece en su último párrafo que los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del Derecho.¹³⁹

Las interpretaciones más comunes que llevan a cabo los Organismos encargados de crear jurisprudencia versan sobre los siguientes tres tópicos:

¹³⁹ González Oropeza, Manuel, *La jurisprudencia*, 4° ed., México, SCJN, 2018, pp. 86-87.

1. Apego de la legislación ordinaria, lo mismo materia local que federal, a los derechos humanos consagrados en la Norma Suprema.
2. Limitantes lógico-jurídicas en la actuación de las autoridades de los tres niveles de gobierno sobre la esfera de derechos del particular.
3. Definiciones de uno u otro concepto jurídico, especialmente cuando la ley se muestre omisa o confusa.

El común denominador en la selección de los criterios jurisprudenciales elegidos por el sustentante para colmar este punto de la investigación fueron la frescura y actualidad de los mismos para apoyar el tema de tesis, motivo por el cual únicamente aparecen ejemplos provenientes de la Novena y Décima Épocas.

2.4.2 Criterios jurisprudenciales en particular

2.4.2.1 Primer criterio

El tema de la jurisprudencia que a continuación se transcribe es analizar el derecho de visita y convivencia frente a un eventual cambio de domicilio:

DERECHO DEL MENOR DE EDAD A TENER VISITAS Y CONVIVENCIAS CON SUS PADRES. LA PROHIBICIÓN DE CAMBIO UNILATERAL DE RESIDENCIA DEL PROGENITOR CUSTODIO DURANTE EL JUICIO EN EL QUE SE DIRIME ESE DERECHO, CONSTITUYE UN LÍMITE VÁLIDO A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO. Existe la posibilidad que la libertad de circulación y de residencia del progenitor que tiene la guarda y custodia de un menor de edad entre en colisión con el derecho de visitas y convivencias del niño con el progenitor no custodio. Tal supuesto, se actualiza cuando el progenitor custodio pretende variar su domicilio de forma unilateral durante la tramitación de un juicio en el que se esté dirimiendo el régimen de convivencia paterno-filial, dificultando o haciendo nugatorio el ejercicio de ese derecho. Frente a ello, el Juzgador puede dictar válidamente una medida cautelar de prohibición de cambio de residencia con la finalidad

de preservar el entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones afectivas en tanto resuelve sobre la posible variación del domicilio donde se ejercerá la guarda y custodia durante el juicio, lo que encuentra su fundamento en los artículos 4o. y 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora bien, es necesario precisar que cuando el Juez provea en definitiva lo atinente al cambio de residencia, deberá ponderar los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en el caso específico, velando siempre por el interés superior del menor involucrado, lo que además deberá hacer a la brevedad a fin de evitar una mayor injerencia de la estrictamente necesaria, en el proyecto de vida de las partes.¹⁴⁰

COMENTARIO: La guarda y custodia como derecho que uno de ambos padres ejerce sobre los menores hijos no es absoluto y su ejercicio debe armonizarse con el del régimen de visita y convivencia, que le está reservado al otro progenitor.

En la tesis analizada, el derecho de libre cambio de lugar de residencia de la parte que tiene a su cargo al menor, el cual conlleva, a un cambio de lugar para el ejercicio de la guarda y custodia, queda limitado por acción de los tres factores que enseguida se enumeran:

1. La obligación que tiene el progenitor custodio de manifestar y demostrar, en el juicio donde tenga interés, la intención, tanto más la necesidad de cambiar el lugar de su domicilio habitacional.
2. Las argumentaciones vertidas y pruebas aportadas por el padre no custodio que tengan por objeto garantizarle la convivencia a que tiene derecho con su menor hijo o, en su caso, demostrar el perjuicio que le causa a ambos el cambio de domicilio anunciado por su colitigante.
3. El escrutinio del Juez de la causa a la hora de resolver sobre el particular.

¹⁴⁰ Tesis 1a. CCCIII/2018. (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2018, p. 306.

La decisión que debe tomar el Juez de lo Familiar referida en este último punto puede tomarse a partir de los siguientes dos escenarios procesales:

- Dando vista a ambas partes para que cada una manifieste lo que a su interés convenga, dejándoles a salvo su derecho de promover prueba idónea y suficiente, si en el caso concreto existiere, y arribando a una conclusión en el proveído correspondiente; esta hipótesis se da exclusivamente cuando la *litis* principal todavía no cuenta con sentencia definitiva.
- Resolviendo mediante sentencia interlocutoria lo que en Derecho corresponda cuando el cambio de domicilio de ambas personas, el infante y el progenitor custodio, haya sido materia de incidente.

Debe destacarse que aunque el criterio no distinga momentos procesales específicos cuando impone la obligación de comunicar el cambio de residencia del progenitor custodio y en consecuencia del menor bajo su cuidado, en la práctica la este razonamiento encuentra aplicabilidad efectiva durante la tramitación de la controversia. En sentido contrario, esto es, cuando ya existe sentencia definitiva o convenio que da por concluido el procedimiento, es poco probable que los padres promuevan un escrito de esta naturaleza, por lo que de llegarse a producir un cambio de esta naturaleza, opera la costumbre de discutir el punto y llegar a un consenso de manera extrajudicial.

2.4.2.2 Segundo criterio

El objeto de la jurisprudencia que a continuación se transcribe consiste en dilucidar sobre una circunstancia de hecho que permite otorgar un cambio de guarda y custodia provisional:

GUARDA Y CUSTODIA PROVISIONAL DE UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE. ATENTO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO SI SE ACREDITA QUE EL NIÑO HA ESTADO BAJO

EL CUIDADO DE SU PADRE Y LA MADRE NO HA DEMOSTRADO INTERÉS PARA ASISTIR A RECOGERLO Y DESARROLLAR LAS CONVIVENCIAS DECRETADAS, ES JURÍDICAMENTE VÁLIDO QUE AQUÉL LA OBTENGA. La tendencia actual es llegar a la igualdad de género, transformando los roles que, anteriormente, a cada parte le pertenecía dentro del núcleo familiar, consistentes en que la mujer debía dedicarse tanto a la procreación, como al cuidado de los hijos y del hogar; mientras que el hombre debía ocuparse de garantizar la satisfacción de las necesidades económicas de su familia y su subsistencia; por tanto, la mujer debía encargarse del ámbito doméstico y el hombre mantener el vínculo del sistema familiar con el exterior. Sin embargo, cuando el padre es quien se encarga del cuidado del niño, niña o adolescente, y la madre trabaja en el mercado laboral, al advertirse un cambio de roles de género, para proteger la estabilidad emocional de los menores de edad, es dable que el padre obtenga la guarda y custodia provisional del niño, niña o adolescente cuando lo tenga bajo su cuidado y realice trabajo doméstico, siendo ésa su aportación al hogar, pues el artículo 941 Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aplicable para la Ciudad de México establece que 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 de la infancia. De lo que se deduce que, atento al principio de igualdad de género, si el niño, niña o adolescente ha estado bajo el cuidado de su padre, en tanto que la madre, además, no ha demostrado interés, al no asistir a recogerlo para desarrollar las convivencias decretadas, es jurídicamente válido que el padre obtenga la guarda y custodia provisionalmente.¹⁴¹

COMENTARIO: Al obtenerse un cambio de guarda y custodia, en este caso de manera provisional, el entorno del menor no es el mismo y el progenitor al que se le otorgó debe estar consciente de ello, específicamente en los elementos de novedad e

¹⁴¹ Tesis I.3o.C.276 C. (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, mayo de 2017, p. 1930.

interés que éste, en su calidad de nuevo custodio provisional, puede aportar a la vida de su menor hijo cuya finalidad sea la de potencializar su calidad de vida y con los que desde luego no haya contado en su residencia anterior.

A mayor abundamiento, si uno o varios derechos del niño sufren cambios positivos, es el custodio provisional quien tiene la misión de hacer que las situaciones de hecho donde se produjeron transformaciones encuentren la forma de ser acreditadas en juicio, dado que:

...desde el punto de vista de las partes, la prueba es, además, una forma de crear la convicción del magistrado. El régimen vigente insta a las partes a agotar los recursos dados por la ley para formar en el espíritu del Juez un estado de convencimiento acerca de la existencia e inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio.¹⁴²

En este caso, el extremo a acreditar con el cambio de domicilio habitacional y estilo de vida que lleva el niño es que el padre que obtuvo la guarda y custodia provisional ostenta incuestionablemente un mejor derecho a que le otorguen la definitiva.

2.4.2.3 Tercer criterio

El tema de la jurisprudencia que a continuación se transcribe consiste en definir y explicar el doble aspecto del régimen de visita y convivencia:

DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS, SU CARACTERIZACIÓN COMO UN DERECHO-DEBER. La doctrina especializada caracteriza a las visitas y convivencias con los menores como un “derecho-deber”. Dicha caracterización puede explicarse porque en realidad están en juego dos derechos. Por un lado, es incuestionable que los padres que no tienen o no comparten la guarda y

¹⁴² Couture, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 4° ed., reimpresión, Argentina, B de F, 2005, p. 179.

custodia tienen el derecho de visitas y convivencias con sus hijos menores, en virtud de la patria potestad que ejercen sobre éstos. Con todo, el derecho de visitas y convivencias es primordialmente un derecho fundamental de los menores. En este sentido, el derecho de los menores impone un deber correlativo a cargo precisamente del padre no custodio. Así, desde esta perspectiva, los padres que no tienen ni comparten la guarda y custodia tienen un derecho a visitar y convivir con sus hijos pero tienen sobre todo el deber de hacerlo porque se los exige el derecho fundamental de los menores. De esta forma se explica por qué la doctrina especializada caracteriza a las visitas y convivencias con los menores como un “derecho-deber”.¹⁴³

COMENTARIO: La decisión de observar este criterio a partir de las perspectivas de las relaciones de pareja y la dinámica familiar encontró motivos de peso y fondo en dos factores, a saber:

1. La superabundancia de doctrina jurídica tanto de orden teórico como para prácticas en el foro, y el hecho de que la información contenida en este material es esencialmente la misma.
2. La limitante que enfrenta este tipo de literatura que, al centrarse exclusivamente en lo que dispuesto por la normatividad vigente y aplicable, desdeña la riqueza que brinda la oportunidad de estudiar a la institución de la familia con un enfoque interdisciplinario al mezclar perspectivas jurídicas, psicopedagógicas, socioeconómicas, etcétera.

El funcionamiento regular o irregular del régimen de visita y convivencia entre padres no custodios y sus menores hijos depende, en gran medida, del tipo de relación que lleven los padres separados.

¹⁴³ Tesis 1a. CCCLXIX/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. I, octubre de 2014, p. 601.

Alfonso Bernal del Riesgo distingue entre el divorcio legal y el divorcio afectivo, advirtiéndole sobre lo que para él es el riesgo más evidente cuando el divorcio afectivo extiende sus efectos nocivos en la vida de los menores hijos:

El divorcio legal no es necesariamente más dañino para la prole que el otro divorcio, el divorcio afectivo, del que nadie habla en relación con la crianza. Y en realidad es pernicioso. Los padres que se llevan mal no crían bien.¹⁴⁴

Dicho en otras palabras, si ambos padres se dejan llevar por sus iras y pasiones personales, uno de los primeros lugares donde impactarán de forma negativa estas inquinas será en la relación que tienen con sus hijos pequeños.

En el caso concreto del régimen de visita y convivencia, se traza un panorama general que con los puntos que se aprecian en la lista de abajo:

- El progenitor custodio limita o interrumpe la convivencia constantemente, cuando no las da por canceladas unilateralmente sin causa plenamente justificada.
- El progenitor conviviente le sigue el juego con llamadas telefónicas que terminan en amenazas, injurias y descalificaciones, y hasta puede dejar de pagar alimentos como represalia.
- El niño producto de la relación crece con una figura parental protagónica y otra ausente, y se aumenta el riesgo de que, en el momento de que el menor crezca y forme su propia familia, termine por repetir el patrón de comportamiento.

Bien es cierto que uno sabe con quién se junta pero no de quién se separa, no obstante que mantener una relación cordial con la expareja no es tema menor o asunto negociable cuando hay hijos en edad de crianza de por medio.

¹⁴⁴ Bernal del Riesgo, Alfonso, *Errores en la crianza de los niños*, 59° ed., El Caballito, México, 2000, pp. 51-52.

Continuando con el tema del divorcio, el autor citado enfatiza en el comportamiento cordial entre los padres separados y el nexo que esta conducta guarda con la satisfacción de las necesidades afectivas del niño señalando que:

Los efectos del divorcio legal sobre la crianza de los menores de 6 (sic) años pueden reducirse casi a cero si mamá y papá acuerdan hacerle sentir a sus pequeños lo menos posible la nueva situación. Que sigan recibiendo juguetes y dulces y sobre todo, cariño protector y compañía grata. Que se sientan seguros y felices. Si esto se logra (y puede lograrse...), pues a lo mejor el divorcio mejora la crianza.¹⁴⁵

El deber de respeto al que está obligado el progenitor custodio nace del sentido común y obedece a una finalidad que va más allá de que el padre conviviente y el hijo menor pasen tiempo juntos; dicha finalidad es la de que el primero le dé al segundo las herramientas de vida necesarias para que pueda tener una adultez plena, tal como se observa en el ejemplo siguiente:

Tanto mi padre como mi madre nos prepararon para que fuéramos duros y sobreviviéramos a cualquier cosa que nos deparase la vida. Esperaban de nosotros que supiéramos valernos por nosotros mismos, y eso se aplicaba a mí en igual medida que a mis hermanos.¹⁴⁶

2.4.2.4 Cuarto criterio

Los temas que aborda la jurisprudencia que a continuación se transcribe son la presunción de violencia familiar y, en consecuencia, la determinación de un régimen de convivencia supervisada:

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 52.

¹⁴⁶ Rodham Clinton, Hillary, *Historia viva*, trad. Claudia Casanova, Colombia, Planeta, 2003, p. 26.

MENORES DE EDAD. VIOLENCIA FAMILIAR. BASTA LA EXISTENCIA DE DUDA PARA QUE LAS CONVIVENCIAS PROVISIONALES CON SUS PROGENITORES SE LLEVEN A CABO EN UN CENTRO DE SUPERVISIÓN. El artículo 941 Ter del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal reconoce como derecho de los progenitores el convivir con sus menores hijos y viceversa, con el objeto de continuar con el sano desarrollo del menor, aun ante la disolución de la familia. Por excepción, ante la sola manifestación por cualquiera de las partes de la existencia de violencia familiar, ante la duda generada con dicha declaración el Juez, a efecto de continuar con la salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, debe ordenar que las convivencias de los menores con sus progenitores se realicen en los centros e instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.¹⁴⁷

COMENTARIO: Para lograr una adecuada comprensión de la circunstancia que plantea este criterio, se debe dividir el mismo en las posturas jurídico-procesales que adopta cada parte litigante acorde a su interés jurídico dentro del procedimiento:

BASES PARA LA DEFENSA

DE LA PARTE QUE ALEGA LA VIOLENCIA:

- ☞ Suplencia en la deficiencia de la queja.
- ☞ Interés superior del menor.

BASES PARA LA DEFENSA

DE LA PARTE QUE REFUTA LA VIOLENCIA:

- ☞ Formalidades esenciales del procedimiento.
- ☞ Axiomas que rigen la prueba.

Habiéndose puesto a la vista las mencionadas posturas resulta procedente examinar el contenido de las mismas a la luz de la Regla de la Ley, previa transcripción de la misma, para su mejor comprensión:

Regla de la Ley:

¹⁴⁷ Tesis I.3o.C.1062 C (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. II, febrero de 2013, p. 1387.

Si los hechos están en su contra, invoque la Ley.

Si la Ley está en su contra, insista sobre los hechos.¹⁴⁸

La regla arriba transcrita, aplicada al criterio sobre el que ahora se opina, arroja los siguientes razonamientos:

1. PARTE QUE ALEGA LA VIOLENCIA:

Esta contendiente, en especial cuando su escrito carece de pruebas para demostrarla aunque sea de manera indiciaria, se sostendrá sobre los hechos narrados, pues tanto las formalidades esenciales del procedimiento como los axiomas que rigen la prueba, particularmente el que establece que quien afirma un hecho queda obligado a su acreditación, le son adversos a la hora de conseguir el efecto deseado, el cual no es otro que hacer que el Juez decrete un régimen de convivencia supervisada.

2. PARTE QUE REFUTA LA VIOLENCIA:

Dicha colitigante considerará como extralimitado el uso de la suplencia y el interés superior de la niñez por parte del Juez, dado que, siguiendo el supuesto de inexistencia de pruebas que le señalen como generador de violencia, la defensa de su interés en juicio, es decir, la obtención de un régimen de visita y convivencia sin supervisión, se reduce a únicamente poder invocar la ley, en sus formalidades y axiomas, pues los hechos, al menos para este efecto, están narrados para operar en su contra.

Resulta indispensable hacer una pausa con la cuestión de las pruebas, que se retomará al final del presente comentario, para pasar al modo en el que el Juez debe llegar a una conclusión que se verá reflejada en su determinación de las medidas provisionales que mejor satisfagan el interés superior del menor en el caso concreto.

¹⁴⁸ Bloch, Arthur, *Ley de Murphy III*, 9ª impresión, trad. Javier Ochoa A., México, Diana, 1997, p. 28.

La obligación del Juez, en el caso específico de las medidas provisionales, es allegarse de todos los elementos de convicción, entiéndase que obren en el expediente en calidad de piezas de autos y, acto seguido, distinguir: *...entre lo que es evidente y lo que parece serlo*¹⁴⁹ para, en el fondo, resolver acorde al multicitado interés superior en el caso particular puesto a su consideración y, en cuanto a la forma, respetar los derechos y garantías procesales de ambas partes.

A falta de medios probatorios idóneos y suficientes dentro de autos para que el Juez conceda la convivencia exenta o no de supervisión, la única prueba que puede sacar de dudas a aquél es la información lograda en la entrevista con el menor; sin embargo, se asume el riesgo de que el niño se sienta confundido, invadido en su privacidad o que está obrando con deslealtad hacia sus padres, cuestión que deriva en una declaración errónea o contradictoria, no digamos el más absoluto silencio, y más cuando la violencia que sufrió en el tiempo previo al procedimiento ha quedado interiorizada.

Así las cosas, al Juez no le queda más opción que decretar el régimen de visita y convivencia supervisado, para otorgar al progenitor no custodio la oportunidad de pasar tiempo con su menor hijo bajo las condiciones marcadas en la norma y reduciendo al mínimo, dado el caso, las posibilidades de que el niño continúe experimentando violencia adicional a la que ya padeció.

Retomando el asunto de las pruebas, y en opinión del sustentante, el punto de este criterio jurisprudencial no es la duda en el ánimo del Juzgador sino saber generarla debidamente por el que tiene interés en ello, atentos a las circunstancias de vida contemporáneas.

Hoy en día se disponen de teléfonos inteligentes y tabletas electrónicas, entre otros dispositivos móviles, que permiten obtener imágenes tales como fotografías y

¹⁴⁹ Hamilton, William Gerard, *Lógica parlamentaria*, reimpresión, trad. institucional, México, Senado de la República, Mesa Directiva, 2007, p. 37.

capturas de pantalla de conversaciones escritas; así también, es posible grabar video y mensajes de audio, creándose con este material audiovisual una masa probatoria destinada a convencer al Juez de la causa de que hay indicios de violencia en el círculo familiar y que ésta afecta de manera directa la vida, integridad personal y demás derechos del menor involucrado en el procedimiento.

Ahora bien, en el supuesto de que el padre o la madre que manifiesten la ya referida violencia hacia su menor hijo por parte de su cónyuge o concubino no cuenten con las herramientas tecnológicas necesarias para recabar por ellos mismos probanzas tendientes a acreditar la situación en comento, deben acudir a la Agencia del Ministerio Público que les corresponda para, además de solicitar que se integre una carpeta de investigación en razón de los hechos, acceder a los servicios periciales del personal médico (legistas, victimólogos, etcétera) que allí labora, pues partes en la contienda judicial en ningún momento quedan exentas de probar su dicho en el expediente que al punto se inicie y sustancie.

Obrando en sentido contrario se obtendrá una resolución sobre las medidas provisionales basada en especulaciones y se hará desaparecer a la imparcialidad como eje rector del servicio de impartición de justicia, tal como lo ilustra el ejemplo abajo transcrito:

No tengo por qué saber si eres culpable o inocente, tan sólo debo hacer uso de todo cuanto tengo en contra de ti... Con esa balumba asquerosa acumulada por el Juez de Instrucción debo transformarte en un hombre suficientemente repelente para que el jurado te haga desaparecer de la sociedad.¹⁵⁰

De ahí la necesidad de que los escritos con los cuales queda fijada la *litis* estén elaborados con la meticulosidad que cada asunto precisa; de lo contrario, el efecto producido en causas judiciales como la aquí analizada es que una parte utiliza la

¹⁵⁰ Charrière, Henri, *Papillon*, trad. Domingo Pruna y Vicente Villacampa, España, RBA, 1993, p. 12.

interpretación amplia del texto de la ley para tomar indebida ventaja de ello durante la tramitación del procedimiento –cuestión que, además, puede interpretarse y hacerse valer como indicio de fraude procesal–, y la otra, en consecuencia, queda en un notorio estado de indefensión en la Instancia originaria –quien debe invertir tiempo adicional y retrasar el juicio natural si desea plantear una apelación que tenga por objeto la regularización del mismo–.

2.4.3 Amparo en revisión 331/2019

Mediante el Comunicado de Prensa número 195/2019, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en fecha 21 de noviembre de 2019, se hace del conocimiento general la información siguiente:

La Primera Sala determina que [el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para la Ciudad de México] violenta el principio del interés superior del menor ya que desplaza la función del Juzgador consistente en evaluar las circunstancias particulares de cada caso en concreto para determinar quién es la persona que mejor puede atender las necesidades afectivas y de cuidado del infante. También consideró que la presunción en favor de la madre que establecía la norma controvertida no sólo reafirmaba los estereotipos de género tradicionales, sino que profundiza el rol de mujer-madre e impide erradicar la concepción de la feminidad tradicional.¹⁵¹

Amparos en revisión como el analizado en este subtema encuentran su razón de ser a partir de la interpretación en sentido contrario del principio de relatividad en las sentencias que resuelven los Juicios de Garantías, pues:

¹⁵¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Comunicado de Prensa 195/2019: SCJN declara inconstitucional la norma que otorga a las madres la preferencia automática para ejercer la guarda y custodia provisional los niños menores de doce años en los juicios de divorcio (Legislación de la CDMX)”: <https://bit.ly/39Tb8Xm>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

...si negamos al Juez Constitucional mexicano la facultad para decidir en el curso de un procedimiento de protección de derechos humanos, la facultad para declarar las leyes inconstitucionales, conformándonos con los efectos individualizados a las partes en contienda, también se transgrede el principio constitucional de igualdad ante la ley, pues la anulación de la ley sólo beneficia a las partes.¹⁵²

Los enfoques desde los que se observará la sentencia de amparo en cita son:

- Las complicaciones que adquiere el asunto cuando los libelos de inicio no se encuentran debidamente preparados, en particular el hecho de obtener información relevante para la *litis*, con la consecuente desproporción en el uso de la suplencia de la queja.
- La importancia de ahondar en las circunstancias particulares que ofrece cada caso como factor decisivo al momento de que el Juez de lo Familiar decrete medidas provisionales en la causa bajo su escrutinio.
- Los peligros que entraña la idealización de la familia en cuanto a los roles que desempeñan los integrantes de la familia y los fundamentos científicos que sostienen esta declaratoria general de inconstitucionalidad.
- Las necesidades psicoafectivas del menor durante el proceso de divorcio así como el modo de solventarlas por parte de quien lo tenga bajo su cuidado por el tiempo que dure el proceso judicial.

2.4.3.1 Información relevante para entablar la *litis*

El uso efectivo y adecuado de las amplias facultades otorgadas por la ley al Juzgador en Materia Familiar está íntimamente ligado con la obligación, a cargo de este mismo operador jurídico, de allegarse de todos los elementos disponibles en el momento de procesal de resolver sobre las medidas provisionales.

¹⁵² González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. 476.

Sin embargo, poder cumplir con el mandato normativo depende en gran medida de lo manifestado en los escritos de fijación de *litis*, dado que es carga de ambas partes narrar o refutar los hechos que constituyen la materia de la controversia, por lo que escritos que no contengan hechos interesantes al tema de la contienda, en especial para acreditar un mejor derecho al ejercicio de la guarda y custodia o la obtención de un régimen de visita y convivencia con la menor cantidad de limitantes, carecen de relevancia y utilidad jurídica, a más de que obstaculizan sin oficio ni beneficio la labor del Juez.

Se podría pensar que para situaciones como la descrita en líneas antecedentes, la audiencia con el menor es la solución, pero esta aseveración es parcialmente cierta, máxime casuística, dado que cada niño responde de manera diferente a los estímulos del personal que interviene en la entrevista, y hay menores que se cohíben y, por ende, no se logra la comunicación.

La información que se esperaba conseguir no se obtiene, los autos del juicio en que se actúa se aprecian incompletos para sustanciar la causa en un momento procesal clave y, con todas estas insuficiencias y omisiones, el Juez debe tomar una decisión evitando diferir la audiencia, en aras de la celeridad procesal y tomando en consideración las cargas de trabajo del Juzgado donde la causa se tramite.

A más de que las alegaciones verbales jamás han sido ni serán un vehículo ideal para comunicar las particularidades del asunto *sub judice*, en la inteligencia de que es estricta responsabilidad de los mandatarios judiciales encargados del asunto establecer los hechos que fundan o desvirtúan la causa de pedir con la claridad suficiente para no verse en la penosa necesidad de explicarlos de viva voz, a pretexto de que el apartado fáctico de los ocursores correspondientes es confuso o está incompleto. No es una cuestión que implique la aplicación de la suplencia de la queja deficiente sino de la deficiencia en el planteamiento de los puntos litigiosos.

Cuestión radicalmente distinta si el Juzgador decide interrogar a las partes o a sus legales representantes en busca de aclarar algún detalle en torno a la fijación de la *litis* o de recabar elementos que se traduzcan en pruebas, manifestaciones y diligencias para mejor proveer.

2.4.3.2 Papel del Juez natural

Con esta nueva resolución el Poder Judicial Federal abandona su criterio anterior, el cual declaraba constitucional la porción normativa del arábigo debatido, resultante de una interpretación conforme y que, en última instancia, la preferencia materna otorgada por la ley no debía entenderse de manera literal y excluyente en forma automática de la figura paterna.

Problemas como la vaguedad y falta de contundencia en el criterio ahora desechado ofrecían más problemas que soluciones para orientar el ánimo de los Jueces de Primera Instancia, quienes regresaban a la interpretación estricta y literal del artículo, en aras de cumplir con el deber de proporcionar seguridad jurídica a los involucrados, prestando oídos sordos a las particularidades del caso, en especial los vínculos de psicoafectivos desarrollados por los menores de edad con sus padres varones, que en no pocas ocasiones llegan a ser tan o más fuertes que el que los liga con la figura materna.

2.4.3.3 Situación de los progenitores

Visto desde la perspectiva psicológica, la interpretación y aplicación de la porción normativa del artículo ahora declarado inconstitucional prohibaba la nulificación de la figura paterna dentro de la dinámica personal del hijo y en la dinámica de pareja comentarios como el que abajo se transcribe eran comunes:

Es que el hombre se ha creído eximido de su oficio de padre, pensó que el de madre sería suficiente; pero además, ¿de dónde iba a sacar tiempo y

energía para ser padre, cuando vuelve tan fatigado de su trabajo fuera de casa? ¹⁵³

Lo anterior es así bajo un esquema de roles estrictos en el que se da por hecho que la función del padre dentro de la familia debe ser exclusivamente proveedora, negándosele cualquier otra manera de interactuar y fomentando una distancia insalvable que obstaculiza los afectos que se pueden demostrar los padres varones y sus menores hijos.

A más de que esta visión maniquea de la institución familiar, asimismo, tolera por omisión el abuso que algunas mujeres efectúan en relación al resto de los miembros de la familia, ya que no dudan en utilizar el aire de pretendida superioridad con que la maternidad les inviste –o al menos ellas así lo suponen–, y, llegado el momento de judicializar la separación, encaminan sus esfuerzos a tenerlos bajo su custodia en formas tan cuestionables como la que abajo se cita:

“Si hubiera que contar sólo con él...”, suelen decir las mujeres, sintiéndose victoriosas (una victoria bien corta y que se paga demasiado cara), felices al ver que el hombre ha quedado al margen en la que se sienten superiores a él. ¿Entonces el niño sirve de *bastión* de la mujer en esta infinita *guerra de los sexos*? Así parece, en efecto, a juzgar por el encarnizamiento en reivindicar para sí al niño... ¹⁵⁴

Comportamientos como el arriba evidenciado complican innecesariamente la dinámica familiar que se vive en el esquema de la familia separada y contrarían el interés superior de la niñez por cuanto hace al derecho que el menor tiene de vivir en familia y a que sus padres le brinden el cariño y la protección que le son indispensables para desarrollarse y ser un adulto pleno.

¹⁵³ Olivier, Christiane, *Los hijos de Yocasta*, trad. Marcos Lara, México, FCE, 1989, p. 228.

¹⁵⁴ Íd.

Las crisis familiares deben examinarse y afrontarse mediante sesiones de psicoterapia que hagan ver a los integrantes de la familia la raíz de sus conductas anómalas y, asimismo, buscar estrategias de solución para resolverlas, pues las respuestas que se obtienen cuando la ruptura convivencial de la pareja se judicializa sirven, en estricto sentido, para brindar certeza jurídica en los términos de cumplimiento de las obligaciones que, de acuerdo con la ley, ambos progenitores tienen respecto de su menor hijo, no así para confrontar arrebatos personales.

2.4.3.4 Salvaguarda del interés superior de la niñez

La evidencia científica que sustenta el amparo en revisión:

...muestra que lo más importante para el desarrollo de los menores es la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible a las necesidades del menor, independiente del género y la relación consanguínea.¹⁵⁵

Por el contrario,

...no existe evidencia científica para determinar que resulta más benéfico para un menor permanecer al lado de su madre en el caso de que sus padres decidan interrumpen la cohabitación. Por el contrario, lo que resulta más benéfico es la cualidad de la relación que tiene éste con su cuidador primario, su continua disposición emocional y su consistencia en la crianza.¹⁵⁶

La protección de la integridad del menor se propone amplia y efectiva en el criterio sustentado por el Alto Tribunal mexicano al permitir que a un tercero, *...una persona*

¹⁵⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Amparo en revisión 331/2019": <https://bit.ly/3e4QHdm>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹⁵⁶ Íd.

*ajena a sus progenitores*¹⁵⁷, en palabras de la resolución analizada, se le otorgue la guarda y custodia provisional si las circunstancias del caso lo ameritan.

Ahora bien, enfocándonos en la dinámica personal del menor, la importancia de un cuidador primario estable y sensible a las necesidades psicoafectivas del niño se basa en el hecho de que el primero, durante el tiempo en que se tramite el procedimiento legal, actúa como su principal factor de protección del segundo en la tarea de afrontar y superar la separación de sus padres, especialmente en su infancia más temprana; esto se debe a que:

...los primeros cinco años de vida de una persona son el periodo de desarrollo más rápido y en el que se encuentran más vulnerables, por lo que, la oportunidad para un desarrollo adecuado durante éste es crucial debido a que éste también es el más frágil; que la idea de que el cuidado de los hijos debe estar preferentemente a cargo de la madre está basada únicamente en patrones culturales; y que la evidencia científica demuestra que, aunque existe un patrón preferencial de apego a la madre como cuidador primario, esta preferencia responde a esquemas de género específicos que no condicionan la idoneidad de los progenitores para proveer del apoyo y cuidado que necesitan los menores en esta etapa de su desarrollo.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Íd.

¹⁵⁸ Íd.

Capítulo III

LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

3.1 Francia

En este apartado nos referiremos a la regulación que tiene el sistema normativo francés en relación al tema objeto de la presente investigación.

3.1.1 Código Civil ¹⁵⁹

Para tener una visión clara y precisa de la guarda y custodia y el régimen de visita y convivencia en el sistema jurídico galo es importante desmenuzar la forma en que la parte conducente del Código Civil francés regula los derechos de la infancia y las obligaciones de quienes están a cargo de los multicitados menores; en razón de lo anterior, hemos de precisar los siguientes principios en que se fundan las relaciones jurídicas familiares:

- Los cónyuges contraen juntos, por el simple hecho del matrimonio, la obligación de alimentar, mantener y educar a sus hijos (art. 203).
- Obligación genérica, a cargo de los cónyuges, de asegurar conjuntamente la dirección moral y material de la familia (art. 213, primera parte).
- Obligación específica, a cargo de ambos cónyuges, de proveer la educación de los hijos y preparar su futuro (art. 213, segunda parte).
- Si las capitulaciones matrimoniales no regulan la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio, éstos contribuirán en proporción a sus facultades respectivas (art. 214, párr. primero).
- Remisión expresa al Código de Enjuiciamiento Civil para obtener, un cónyuge del otro, un cumplimiento coactivo de sus obligaciones (art. 214, párr. segundo).

¹⁵⁹ “Código Civil”: <https://bit.ly/3Sc8KCy>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

- Plenos poderes de ambos cónyuges para celebrar contratos que tengan por objeto el mantenimiento familiar o la educación de los hijos (art. 220, párr. primero).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para rechazar la homologación y la sentencia del divorcio si de la lectura de los documentos advierte que no se preserva suficientemente los intereses de los hijos (art. 232, párr. segundo); esta facultad también es aplicable respecto de los esposos (art. 232, párr. segundo) en los derechos y obligaciones que subsistan entre ellos.
- Requisito genérico de precisar en la demanda los modos de cumplimiento de obligaciones inherentes a la separación respecto del otro cónyuge y los hijos cuando se promueva el divorcio por cese de convivencia conyugal (art. 239, segunda parte).
- Competencia del Juez de Asuntos Familiares para las siguientes consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial (art. 247, párr. tercero, primera parte):
 - Modalidades del ejercicio de la patria potestad (art. 247, párr. tercero, primera parte).
 - Fijación y modificación de la pensión alimenticia (art. 247, párr. tercero, primera parte).
 - Modalidades de pago y revisión de la prestación compensatoria (art. 247, párr. tercero, primera parte).
 - Confianza de los hijos a un tercero (art. 247, párr. tercero, primera parte).
- Ausencia de formalidades para acudir al Juez de Asuntos Familiares cuando se diriman las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial (art. 247, párr. tercero, segunda parte).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para prescribir las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los esposos y de los hijos hasta la fecha en que la sentencia adquiera fuerza de cosa juzgada (art. 254); la prescripción de dichas medidas se efectúa al momento de la comparecencia de conciliación (art. 254).

- Obligación, a cargo del Juez de Asuntos Familiares, de considerar los eventuales convenios entre los cónyuges al momento de prescribir las medidas de subsistencia familiar (art. 254).
- El hijo, a cualquier edad, deberá honrar y respetar a sus padres (art. 371).
- Definición de patria potestad: “Conjunto de derechos y deberes cuya finalidad es preservar el interés del niño” (art. 371-1, párr. primero).
- La patria potestad será ejercida por los padres hasta que el hijo alcance la mayoría de edad o su emancipación (art. 371-1, párr. segundo).
- La patria potestad se ejerce mostrando al niño el respeto debido a su persona (art. 371-1, párr. segundo).
- Aspectos que comprende el ejercicio de la patria potestad (art. 371-1, párr. segundo):
 - Velar por su seguridad (art. 371-1, párr. segundo).
 - Mantenerlo con buena salud (art. 371-1, párr. segundo).
 - Vigilar su moralidad (art. 371-1, párr. segundo).
 - Asegurar su educación (art. 371-1, párr. segundo).
 - Permitir su desarrollo (art. 371-1, párr. segundo).
- Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez (art. 371-1, párr. tercero).
- Cada uno de los padres contribuirá a la manutención y a la educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del niño (art. 371-1, párr. cuarto).
- Extinción de pleno derecho de la obligación de ambos padres de contribuir a la manutención y a la educación de sus hijos tras alcanzar éstos la mayoría de edad (art. 371-1, párr. quinto).
- El hijo no podrá, sin permiso de sus padres, abandonar el domicilio familiar (art. 371-3).
- Sólo se podrá apartar al hijo del domicilio familiar en los casos de necesidad que determine la ley (art. 371-3).
- El niño tiene derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes (art. 371-4, párr. primero, primera parte).

- Obstaculización del derecho del niño a mantener relaciones personales con sus ascendientes sólo por motivos graves (art. 371-4, párr. primero, segunda parte).
- Si la obstaculización del derecho a mantener relaciones personales con sus ascendientes fuera en interés del niño, el Juez de Asuntos Familiares fijará las modalidades de relación entre el niño y un tercero, sea o no su pariente (art. 371-4, párr. segundo).
- El hijo no deberá ser separado de sus hermanos y hermanas, salvo si esto no fuera posible o si su interés aconsejara otra solución (art. 371-5, primera parte).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para resolver sobre las relaciones personales entre hermanos y hermanas, si hubiera lugar (art. 371-5, segunda parte).
- El padre y la madre ejercerán en común la patria potestad (art. 372, párr. primero).
- Si los padres no logran ponerse de acuerdo sobre lo que exija el interés del hijo, la práctica que hubieran seguido anteriormente en ocasiones similares les servirá como norma (art. 372-1-1, párr. primero).
- A falta de práctica consuetudinaria en lo concerniente al interés del hijo o en caso de impugnación sobre su existencia o su fundamento, el pariente más diligente podrá recurrir al Juez de Asuntos Familiares que resolverá después de haber intentado conciliar a las partes (art. 372-1-1, párr. segundo).
- Ante los terceros de buena fe, se considerará que cualquiera de los progenitores actuó con el consentimiento del otro cuando realizase a título individual un acto cotidiano de patria potestad en relación con la persona del hijo (art. 372-2).
- La privación del ejercicio de patria potestad opera cuando el padre o la madre que no esté en condiciones de manifestar su voluntad a causa de su incapacidad, ausencia o cualquier otro motivo (art. 373).
- Si uno de los progenitores falleciera o se hallara privado del ejercicio de la patria potestad, el otro ejercerá en solitario tal potestad (art. 373-1).

- La separación de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad (art. 373-2, párr. primero).
- Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor (art. 373-2, párr. segundo).
- Todo cambio de residencia de uno de los padres, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor (art. 373-2, párr. tercero, primera parte).
- En caso de desacuerdo sobre el cambio de residencia del menor, el progenitor más diligente podrá solicitar al Juez de Asuntos Familiares que adopte una decisión en función del interés del niño (art. 373-2, párr. tercero, segunda parte).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para asignar gastos de desplazamiento, ajustando en consecuencia el importe de la contribución para la manutención y la educación del niño (art. 373-2, párr. tercero, tercera parte); dicha facultad se ejerce al momento de resolver lo relativo al cambio de residencia del menor (art. 373-2, párr. tercero, tercera parte).
- Si el interés del niño lo exigiera, el Juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres (art. 373-2-1, párr. primero).
- El ejercicio del derecho de visita y de alojamiento no podrá denegarse al otro progenitor en los casos en que el ejercicio de la patria potestad fuera conferido a uno de ambos padres, salvo por motivos graves (art. 373-2-1, párr. segundo).
- Conservación, a favor del progenitor que no obtuvo el ejercicio de la patria potestad del menor, del derecho y el deber de velar por el mantenimiento y educación del niño (art. 373-2-1, párr. tercero, primera parte).
- Derecho del progenitor que no obtuvo el ejercicio de la patria potestad del menor de ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del niño (art. 373-2-1, párr. tercero, segunda parte).

- En caso de separación entre los padres, o entre éstos y el niño, la contribución a su manutención y educación adoptará la forma de pensión alimenticia, que será entregada, según sea el caso, por uno de los padres al otro, o a la persona a quien se haya confiado el cuidado del niño (art. 373-2-2, párr. primero).
- Obligación, a cargo del Juez del Tribunal de Gran Instancia que entienda en los asuntos de familia, de velar especialmente por la protección de los intereses de los hijos menores en las causas ante él tramitadas (art. 373-2-6, párr. primero).
- Facultad genérica del Juez de Asuntos Familiares para adoptar medidas que permitan garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres (art. 373-2-6, párr. segundo).
- Facultad específica del Juez de Asuntos Familiares para ordenar que se inscriba en el pasaporte de los padres la prohibición para el niño de salir del territorio francés sin la autorización de ambos padres (art. 373-2-6, párr. tercero).
- Los padres podrán recurrir al Juez de Asuntos Familiares para que ratifique el convenio en el que organizan las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución a la manutención y a la educación del niño (art. 373-2-7, párr. primero).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para ratificar el convenio en el que organizan las modalidades del ejercicio de la patria potestad y se fija la contribución a la manutención y a la educación del niño (art. 373-2-7, párr. segundo).
- Excepciones a la facultad del Juez de Asuntos Familiares para ratificar el convenio que organiza las modalidades del ejercicio de la patria potestad (art. 373-2-7, párr. segundo):
 - Preservación insuficiente del interés del niño (art. 373-2-7, párr. segundo).
 - Ausencia de libertad para negociar términos y condiciones del convenio (art. 373-2-7, párr. segundo).

- Vicios en el consentimiento de los padres al momento de la firma (art. 373-2-7, párr. segundo).
- Cualquiera de los padres, un tercero, pariente del menor o no, a través del Ministerio Público, o éste mismo, podrá recurrir al Juez de Asuntos Familiares para que establezca las modalidades del ejercicio de la patria potestad y de la contribución a la manutención y a la educación del niño (art. 373-2-8).
- La residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los padres, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos (art. 373-2-9, párr. primero).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares de ordenar una alternancia de residencia durante un plazo determinado (art. 373-2-9, párr. segundo, primera parte); dicha facultad se ejerce a solicitud del interesado o en caso de desacuerdo entre ambos padres (art. 373-2-9, párr. segundo, primera parte); la facultad tiene carácter provisional (art. 373-2-9, párr. segundo, primera parte).
- Obligación, a cargo del Juez de Asuntos Familiares, de resolver definitivamente sobre el domicilio del menor (art. 373-2-9, párr. segundo, segunda parte); esta obligación se cumple en sustitución de la medida provisional (art. 373-2-9, párr. segundo, segunda parte).
- El Juez de Asuntos Familiares puede mantener su decisión sobre el domicilio alternado del menor o establecer domicilio único (art. 373-2-9, párr. segundo, segunda parte).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares de proponer medidas de mediación, así como un mediador, a efecto de facilitar la búsqueda por los padres de un ejercicio consensuado de la patria potestad (art. 373-2-10, párr. segundo); el mediador acepta el cargo tras obtener el Juez la aceptación de ambos padres para prestar sus servicios (art. 373-2-10, párr. segundo).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para ordenar que ambos padres se dirijan al mediador familiar para que éste les informe sobre el objeto y el desarrollo de la medida de mediación propuesta por el primero (art. 373-2-10, párr. tercero).

- Extremos a observar cuando el Juez de Asuntos Familiares se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad (art. 373-2-11):
 - Prácticas seguidas por ambos padres con anterioridad a la separación (art. 373-2-11, inciso 1°).
 - Convenios a los que hubieran llegado en un momento previo a judicializar su asunto (art. 373-2-11, inciso 1°).
 - Sentimientos expresados por el niño durante su comparecencia ante la instancia del conocimiento (art. 373-2-11, inciso 2°).
 - Aptitudes de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro (art. 373-2-11, inciso 3°).
 - Resultados de los informes periciales que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta particularmente la edad del niño (art. 373-2-11, inciso 4°).
 - Datos de las encuestas y contra-encuestas sociales” que hayan podido llevarse a cabo (art. 373-2-11, inciso 5°).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para encargar a una persona calificada la realización de una encuesta social para fijar las modalidades de ejercicio de la patria potestad y del derecho de visita o que confíe a los hijos a un tercero (art. 373-2-12, párr. primero, primera parte); esta facultad se ejerce antes de resolver sobre el particular (art. 373-2-12, párr. primero, primera parte).
- La encuesta social (estudio socioeconómico) tiene por objeto recabar todas las informaciones sobre la situación de la familia y sobre las condiciones en que viven y son educados los hijos (art. 373-2-12, párr. primero, segunda parte).
- Si uno de los padres impugnara las conclusiones de la encuesta social, podrá ordenarse, a instancia suya, la realización de una contraencuesta (art. 373-2-12, párr. segundo).
- Prohibición de utilizar la encuesta social en el debate sobre la causa de divorcio (art. 373-2-12, párr. tercero).

- Amplitud de facultades del Juez de Asuntos Familiares para modificar o completar las disposiciones del convenio ratificado, así como las decisiones relativas al ejercicio de la patria potestad (art. 373-2-13); esta amplitud de facultades se ejercita a instancia de parte, mediante un tercero, pariente del menor o no, a través del Ministerio Público, o éste mismo (art. 373-2-13).
- La separación de los padres no obstaculizará la adjudicación del ejercicio de la patria potestad como progenitor único, aunque el padre que continuara ejerciéndola hubiera sido privado del ejercicio de ciertos atributos de esta autoridad por efecto de la sentencia dictada contra él (art. 373-3, párr. primero).
- Condiciones para decretar la confianza en los cuidados del niño a un tercero (art. 373-3, párr. segundo, primera parte):
 - A título excepcional (art. 373-3, párr. segundo, primera parte).
 - Exigencia del interés del niño en lo general (art. 373-3, párr. segundo, primera parte).
 - Privación del ejercicio de la patria potestad en uno de ambos padres en lo particular (art. 373-3, párr. segundo, primera parte).
 - Preferencia en el tercero elegido entre los familiares del niño (art. 373-3, párr. segundo, primera parte).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para resolver decidir, incluso en vida de los padres, que en caso de fallecimiento de aquél de ellos que ejerciera esta autoridad, el hijo no sea confiado al cónyuge supérstite (art. 373-3, párr. tercero, primera parte); esta facultad se ejerce a título excepcional (art. 373-3, párr. tercero, primera parte).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para designar la persona a la que será confiado el hijo provisionalmente cuando se decida que, en caso de fallecimiento de uno de ambos padres, el hijo no sea confiado al supérstite (art. 373-3, párr. tercero, segunda parte).
- Cuando el hijo hubiera sido confiado a un tercero, la patria potestad continuará siendo ejercida por los padres (art. 373-4, párr. primero); sin embargo, la persona a quien hubiera sido confiado el hijo cumplirá todos los

actos usuales relativos a su custodia y a su educación (art. 373-4, párr. primero).

- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para la apertura del procedimiento de tutela con el propósito de confiar provisionalmente el hijo a un tercero, (art. 373-4, párr. segundo).
- Si ya no estuvieran los padres para ejercer la patria potestad, se procederá a la apertura de la tutela (art. 373-5).
- Cuando la filiación de un hijo natural sólo se estableciera respecto de uno de sus padres, ejercerá la patria potestad el que lo reconoce (art. 374, párr. primero).
- Cuando la filiación del niño se estableciera respecto de sus dos padres con un plazo mayor de un año en el reconocimiento de éste, la patria potestad será ejercida por la madre (art. 374, párr. segundo, primera parte).
- Ejercicio conjunto de la patria potestad si los dos padres realizaran una declaración conjunta ante el Secretario Judicial Jefe del Tribunal de Gran Instancia (art. 374, párr. segundo, segunda parte); esta declaración conjunta que se entiende hecha con posterioridad al plazo de un año para reconocer al hijo registrado como natural (art. 374, párr. segundo, segunda parte).
- Amplitud de facultades del Juez de Asuntos Familiares para modificar las condiciones de ejercicio de la patria potestad con respecto de un hijo natural (art. 374, párr. tercero, primera parte); esta amplitud de facultades se ejerce a instancia del padre, la madre o el Ministerio Público (art. 374, párr. tercero, primera parte).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para decidir que la patria potestad sea ejercida, bien por uno de los dos padres, bien conjuntamente por el padre y la madre que viven en domicilios independientes (art. 374, párr. tercero, segunda parte); dicha facultad implica la designación, en este último supuesto, del padre en cuya vivienda el hijo tuviera su residencia habitual (art. 374, párr. tercero, segunda parte).

- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para conceder un derecho de custodia al padre que no tuviera el ejercicio de la patria potestad (art. 374, párr. cuarto, primera parte).
- El Juez de Asuntos Familiares no podrá negarle el derecho de visita y alojamiento al padre que no ejerciere la patria potestad respecto de su menor hijo sino por motivos graves (art. 374, párr. cuarto, segunda parte).
- En caso de ejercicio conjunto de la patria potestad, el padre en cuya casa no residieran habitualmente contribuirá a su manutención y a su educación con relación a los medios respectivos de los padres (art. 374, párr. quinto).
- El Tribunal que resuelva sobre el establecimiento de una filiación podrá decidir confiar provisionalmente el hijo a un tercero que estará encargado de solicitar la organización de la tutela (art. 374-1).
- La tutela podrá ser declarada aunque no haya bienes que administrar en todos los casos que involucren el ejercicio de la patria potestad (art. 374-2, párr. primero).
- Si la salud, la seguridad o la moralidad de un menor no emancipado estuvieran en peligro, o si las condiciones de su educación estuvieran seriamente comprometidas, podrán ser ordenadas judicialmente medidas de asistencia educativa a instancia de sus padres conjuntamente, o de uno de ellos, de la persona o del servicio a quien el hijo hubiera sido confiado o del tutor, del propio menor o del Ministerio Público (art. 375, párr. primero, primera parte).
- El Juez de Asuntos Familiares podrá quedar encargado de oficio a título excepcional en el caso de que la salud, la seguridad o la moralidad de un menor no emancipado estuvieran en peligro, o si las condiciones de su educación estuvieran seriamente comprometidas (art. 375, párr. primero, segunda parte).
- Podrán ser ordenadas al mismo tiempo para varios hijos las medidas de protección para el caso de que su salud, moralidad o educación estuvieran seriamente comprometidas que dependieran de la misma patria potestad (art. 375, párr. segundo).

- La resolución fijará la duración de la medida de protección sin que ésta pueda, cuando se trate de una medida educativa ejercida por un servicio o una institución, exceder de dos años (art. 375, párr. tercero, primera parte).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para renovar las medidas de protección impuestas mediante resolución motivada (art. 375, párr. tercero, segunda parte).
- Competencia del Juez de Menores para todo lo que afecte a la asistencia educativa; dicha competencia se entiende con posibilidad de impugnación (art. 375-1, párr. primero).
- El Juez de Menores deberá esforzarse siempre por obtener la adhesión de la familia a la medida proyectada y por pronunciarse teniendo en cuenta estrictamente el interés del niño (art. 375-1, párr. segundo).
- Siempre que sea posible, deberá mantenerse al menor en su entorno actual (art. 375-2, párr. primero, primera parte).
- Para el efecto de que el niño se mantenga en su entorno actual de una manera adecuada, el Juez de Menores designará a una persona calificada o a un servicio de observación, de educación o de reeducación en un entorno abierto, y le asignará la tarea de aportar ayuda y consejo a la familia, al objeto de vencer las dificultades materiales o morales que encontrara (art. 375-2, párr. primero, segunda parte).
- La persona o servicio designado como consejero estará encargado de seguir la evolución del hijo y de elaborar un informe periódico para el Juez de Menores (art. 375-2, párr. primero, tercera parte).
- Facultad del Juez de Menores para subordinar el mantenimiento del hijo en su entorno a obligaciones particulares, tales como frecuentar regularmente un establecimiento sanitario o educativo, normal o especializado, o ejercer una actividad profesional (art. 375-2, párr. primero).
- Orden de prelación en las personas asignadas al cuidado del niño para el caso de separarlo de su entorno actual (art. 375-3):
 - Aquel de sus padres que no haya ejercido la patria potestad o en cuya vivienda no tenga su residencia habitual (art. 375-3, inciso 1°).

- Otro miembro de la familia (art. 375-3, inciso 2°).
- Tercero digno de confianza (art. 375-3, inciso 2°).
- Un servicio o establecimiento sanitario o educativo, normal o especializado (art. 375-3, inciso 3°).
- Un servicio departamental de ayuda social a la infancia (art. 375-3, inciso 4°).
- Cuando hubiera sido presentada una demanda de divorcio o se haya dictado una sentencia de divorcio las medidas de protección sólo podrán ser tomadas si algún hecho nuevo de naturaleza tal que supusiera un peligro para el menor se hubiera manifestado posteriormente a la resolución sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad o que confiara al hijo a un tercero (art. 375-3, párr. segundo, primera parte).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para decidir a quién debe ser confiado el hijo cuando ocurre la separación del núcleo familiar (art. 375-3, párr. segundo, segunda parte); la decisión puede recaer sobre uno de los padres o sobre un pariente (art. 375-3, párr. segundo, segunda parte).
- Aplicación de las reglas para decidir sobre el domicilio y el pariente o tercero custodio del niño cuando se determine la separación de cuerpos (art. 375-3, párr. segundo, tercera parte).
- Facultad del Juez de Menores para encargar, bien a una persona calificada, bien a un servicio de observación, de educación o de reeducación en un entorno abierto que aporte ayuda y consejo a la persona o al servicio a quien hubiera sido confiado el hijo así como a la familia y que siga la evolución del hijo (art. 375-4, párr. primero).
- Amplitud de facultades del Juez de Menores para acompañar la entrega del hijo a la persona o institución que se haga cargo de él con el deber de cumplir las obligaciones particulares destinadas a vencer las dificultades materiales y morales que tuviere su educación (art. 375-4, párr. segundo, primera parte).
- Facultad del Juez de Menores para decidir que se le informe periódicamente de la situación del hijo cuando éste quede confiado a un tercero (art. 375-4, párr. segundo, segunda parte).

- Facultad del Juez de Menores para ordenar la entrega provisional del menor a un centro de acogida o de observación o adoptar alguna otra medida de protección (art. 375-5, párr. primero); las resoluciones producidas a partir de la aplicación de esta facultad admiten posibilidad de apelación (art. 375-5, párr. primero).
- En caso de urgencia, el Fiscal del lugar donde el menor hubiera sido encontrado tendrá el mismo poder de dictar medidas de protección que el Juez de Menores (art. 375-5, párr. segundo); esta amplitud de facultades se entiende bajo taxativa de recurrir al Juez competente dentro de los ocho días siguientes para que mantenga, modifique o anule las medidas decretadas (art. 375-5, párr. segundo).
- Modificación o anulación de las decisiones adoptadas en materia de asistencia educativa por el Juez que las hubiera emitido (art. 375-6); los cambios en las medidas operan en cualquier momento (art. 375-6); de oficio o a instancia de parte (art. 375-6).
- Orden de prelación de los interesados para promover la modificación o anulación de las medidas de protección en materia de asistencia educativa (art. 375-6):
 - Ambos padres (art. 375-6).
 - El padre interesado (art. 375-6).
 - La persona o el servicio a quien el hijo hubiera sido confiado o el tutor (art. 375-6).
 - Ministerio Público (art. 375-6).
 - El propio menor (art. 375-6).
- Los padres cuyo hijo hubiera dado lugar a una medida de asistencia educativa conservarán sobre él su patria potestad y ejercerán todos los atributos que no sean incompatibles con la aplicación de la medida (art. 375-7, párr. primero, primera parte).
- Los padres no podrán emancipar al hijo sin autorización del Juez de Menores, mientras la medida de asistencia educativa se esté aplicando (art. 375-7, párr. primero, segunda parte).

- Si hubiera sido necesario colocar al hijo fuera de la vivienda de sus padres, éstos conservarán un derecho de correspondencia y un derecho de visita (art. 375-7, párr. segundo, primera parte).
- Facultad genérica del Juez de Menores de fijar las modalidades de los derechos de correspondencia y visita cuando el menor quede al cuidado de un tercero (art. 375-7, párr. segundo, segunda parte).
- Facultad específica del Juez de Menores de decidir que el ejercicio de uno o varios derechos del hijo al cuidado de un tercero, sea provisionalmente suspendido, si el interés del menor lo exigiere (art. 375-7, párr. segundo, segunda parte).
- Facultad del Juez de Menores de indicar que el lugar de colocación del hijo se busque en función que facilite, en la medida de lo posible, el ejercicio del derecho de visita por el o los padres cuando aquél sea confiado al cuidado de un tercero (art. 375-7, párr. segundo, tercera parte).
- Los gastos de manutención y de educación del hijo que vaya a ser objeto de una medida de asistencia educativa continuarán correspondiendo a sus padres así como a los ascendientes a quienes pudieran reclamárseles alimentos (art. 375-8).
- Facultad del Juez de Menores para eximir a los padres en todo o en parte de los gastos por concepto de manutención y educación cuando su hijo sea confiado a un tercero (art. 375-8).
- No podrá surtir efecto ninguna renuncia ni cesión de la patria potestad sino en los casos expresamente previstos por la ley (art. 376).
- Facultad del Juez de Asuntos Familiares para resolver sobre las modalidades de ejercicio de la patria potestad o sobre la educación de un hijo menor de edad o cuando decidiera confiar el hijo a un tercero, teniendo en consideración los pactos que los padres hayan podido establecer libremente entre ellos con este objeto, a menos que uno de ellos alegue motivos serios que le autorizan a revocar su consentimiento (art. 376-1).
- Los padres, juntos o por separado, o el tutor autorizado por el Consejo de Familia, podrán, cuando hubieran entregado un hijo menor de dieciséis años

a un particular digno de confianza, a un establecimiento autorizado a este fin o al servicio departamental de ayuda social a la infancia, renunciar en todo o en parte al ejercicio de su autoridad (art. 377, párr. primero).

- La delegación, total o parcial, de la patria potestad resultará de la sentencia dictada por el Juez de Asuntos Familiares por demanda conjunta del delegante y del delegatario (art. 377, párr. segundo).
- La delegación de autoridad en el ejercicio de la patria potestad podrá concederse por solo requerimiento del delegatario, cuando los padres se hubieran desinteresado del hijo desde hace más de un año (art. 377, párr. tercero).
- La delegación de la patria potestad tiene lugar cuando el menor de dieciséis años haya sido acogido sin intervención de los padres o del tutor (art. 377-1, párr. primero, primera parte).
- Para que la delegación del ejercicio de la patria potestad opere en favor del delegatario, éste tiene que declararlo a la autoridad administrativa del lugar después de haber acogido al hijo (art. 377-1, párr. primero, segunda parte).
- La declaración ante la autoridad administrativa en el procedimiento para la delegación del ejercicio de la patria potestad en favor del que acogió al niño se hará en el plazo de ocho días (art. 377-1, párr. segundo, primera parte).
- Obligación, a cargo de la autoridad administrativa, de dar aviso a los padres o al tutor respecto de la declaración hecha por el que acoge al niño dentro del mes siguiente al en que se declaró (art. 377-1, párr. segundo, segunda parte).
- La notificación hecha por la autoridad administrativa a los padres o al tutor del niño acogido abre un plazo de tres meses para reclamar al niño (art. 377-1, párr. segundo, tercera parte).
- Expirados los tres meses en que los padres o tutores pueden reclamar al hijo, y no siendo reclamado éste por ellos, se presumirá que renuncian a ejercer sobre él su autoridad (art. 377-1, párr. segundo, tercera parte).
- El que hubiera acogido al hijo podrá presentar, transcurridos los tres meses posteriores a la notificación para reclamar al niño, un requerimiento ante el

Juez de Asuntos Familiares con el objeto de hacer que se le delegue total o parcialmente la patria potestad (art. 377-1, párr. tercero, primera parte).

- Facultad del Juez de Asuntos Familiares, una vez promovido el requerimiento para la delegación de la patria potestad, de decidir, en interés del hijo, oídos o citados los padres, que la patria potestad sea delegada en el servicio de ayuda social a la infancia (art. 377-1, párr. tercero, segunda parte).
- La delegación de la patria potestad podrá, en todos los casos, llegar a su fin o ser transmitida por una nueva sentencia, si se justificaran nuevas circunstancias (art. 377-2, párr. primero).
- En el caso en que la restitución del hijo se concediera a sus padres, el Juez de Asuntos Familiares pondrá a su cargo, si no fueran indigentes, el reembolso de todos o de parte de los gastos de manutención (art. 377-2, párr. segundo).
- El derecho de consentir la adopción del menor jamás será delegado (art. 377-3).
- Privación total de la patria potestad a los padres a quienes, por sentencia penal condenatoria, se les señale como autores, coautores o cómplices de un crimen o delito cometido en la persona de su hijo, o como coautores o cómplices de un crimen o delito cometido por su hijo (art. 378, párr. primero).
- La privación de la patria potestad también será aplicable a los ascendientes que no sean los padres por la parte de patria potestad que pudiera corresponderles sobre sus descendientes (art. 378, párr. segundo).
- Causales de privación total de la patria potestad imputables a los padres (art. 378-1, párr. primero):
 - Malos tratos (art. 378-1, párr. primero).
 - Consumo habitual y excesivo de bebidas alcohólicas (art. 378-1, párr. primero).
 - Consumo de estupefacientes (art. 378-1, párr. primero).
 - Mala conducta notoria (art. 378-1, párr. primero).
 - Comportamientos delictivos (art. 378-1, párr. primero).
 - Falta de cuidados (art. 378-1, párr. primero).

- Ausencia de dirección (art. 378-1, párr. primero).
- Las causales de privación de la patria potestad imputables a los padres deben poner manifiestamente en peligro la seguridad, la salud o la moralidad del hijo (art. 378-1, párr. primero).
- Los padres podrán verse privados totalmente de la patria potestad cuando se haya tomado una medida de asistencia educativa respecto del hijo y aquéllos se hayan abstenido voluntariamente de cumplir con sus obligaciones durante más de dos años (art. 378-1, párr. segundo).
- La acción de privación total de la patria potestad se entablará ante el Tribunal de Gran Instancia (art. 379, párr., primero).
- Sujetos legitimados para promover la acción de probación total de la patria potestad (art. 379, párr., primero):
 - Ministerio Público (art. 379, párr., primero).
 - Miembro de la familia con interés en ello (art. 379, párr., primero).
 - Tutor del hijo (art. 379, párr., primero).
- La privación total de la patria potestad tendrá efectos de pleno Derecho sobre todos los atributos, tanto patrimoniales como personales, que se relacionen con la patria potestad (art. 379, párr., primero).
- La privación de la patria potestad se extiende sobre todos los hijos menores ya nacidos en el momento de la sentencia, salvo determinación en contrario (art. 379, párr., primero).
- La privación total de la patria potestad supondrá para el hijo dispensa de la obligación alimenticia hacia sus padres, salvo disposición en contrario en la sentencia de privación (art. 379, párr., segundo).
- La sentencia podrá, en lugar de una privación total, pronunciar una privación parcial de la patria potestad, limitada a los atributos que especifique (art. 379-1, primera parte).
- La sentencia de privación de la patria potestad sólo surte efectos respecto de los hijos ya nacidos (art. 379-1, segunda parte).
- Al pronunciar la privación total o parcial de la patria potestad o del derecho de guarda, el Tribunal de Gran Instancia encargado del asunto deberá, si el

otro padre hubiera fallecido o hubiera perdido el ejercicio de la patria potestad, bien designar un tercero a quien será confiado provisionalmente el hijo con obligación para él de solicitar la organización de la tutela, bien confiar el hijo al servicio departamental de ayuda social a la infancia (art. 380, párr. primero).

- Facultad del Tribunal de Gran Instancia que resuelva sobre la privación la patria potestad para adoptar las mismas medidas cuando la patria potestad fuera adjudicada a uno de los padres por efecto de la privación total de la patria potestad dictada contra el otro (art. 380, párr. segundo).
- Los padres que hubieran sido objeto de una privación total de la patria potestad o de una privación de derechos podrán, mediante requerimiento, obtener del Tribunal de Gran Instancia, restitución, en todo o en parte, de sus derechos sobre su menor hijo (art. 381, párr. primero); deben demostrarse, al efecto, un cambio de circunstancias (art. 381, párr. primero).
- La petición de restitución de derechos deducida de una privación de la patria potestad sólo podrá presentarse un año después de que la sentencia que condenó a esa privación sea irrevocable (art. 381, párr. segundo, primera parte); en caso de inadmisión, sólo podrá ser renovada después de un nuevo periodo de un año (art. 381, párr. segundo, primera parte).
- No será admisible ninguna petición de restitución del ejercicio de la patria potestad cuando, antes de promover el requerimiento, el hijo quede colocado con vistas de adopción (art. 381, párr. segundo, segunda parte).
- Si la restitución del ejercicio de la patria potestad fuera concedida, el Ministerio Público solicitará, en su caso, medidas de asistencia educativa (art. 381, párr. tercero).
- Definición de menor de edad: “Individuo de uno u otro sexo que no tiene todavía la edad de dieciocho años cumplidos” (art. 388).
- En cualquier procedimiento que le afecte, el menor de edad capaz de discernimiento puede, sin perjuicio de las disposiciones que prevean su intervención o su consentimiento, ser oído por el Juez de la causa o por la persona designada por el Juez a tal efecto (art. 388-1, párr. primero).

- Cuando el menor de edad lo solicite, su audición (audiencia) sólo podrá ser rechazada mediante una resolución especialmente motivada (art. 388-1, párr. segundo, primera parte).
- El niño podrá ser oído dentro del procedimiento solo, con un abogado o con una persona de su elección (art. 388-1, párr. segundo, segunda parte).
- Si la elección de la persona que acompañará al niño al momento de su comparecencia no pareciera conforme con el interés del menor, el Juez de la causa podrá proceder a la designación de otra persona (art. 388-1, párr. segundo, tercera parte).
- La audición del menor no le confiere la calidad de parte en el procedimiento (art. 388-1, párr. tercero).

3.1.2 Evolución de la situación jurídica del menor en la familia, unida o separada: de la patria potestad a la autoridad parental

Los cambios más significativos en el Derecho francés con relación al tema de los derechos y obligaciones deducidos de la filiación ubican su punto de partida:

...con la Ley N° 70-459 de 4 de junio de 1970 relativa a la autoridad parental, previo a este hito el Código Civil francés distinguía claramente entre la titularidad de la patria potestad y el ejercicio de la misma. La primera, correspondía a ambos progenitores hasta la mayoría de edad o la emancipación, según lo disponía el art. 372, mientras que por el art. 373, se disponía que solo el padre ejercía esta autoridad durante el matrimonio. En la situación de los progenitores no unidos en matrimonio la titularidad y el ejercicio de la patria potestad era unilateral.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ruz Lártiga, Gonzalo, “La evolución de la autoridad parental en Francia y su incidencia en las facultades y deberes del progenitor no custodio”, *Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia*, Chile, vol. XXX, núm. 2, diciembre de 2017, pp. 136-137.

La reforma de 1970 comenzó a equilibrar la balanza entre hombres y mujeres en relación a sus hijos, dado que el texto legal entonces vigente:

...confirió a las madres la misma autoridad que detentaban los padres sobre los hijos imponiendo un cambio de nomenclatura para afirmar el fin de la era patriarcal al desaparecer toda mención a la *patria potestad* (sic) o *puissance paternelle*, para ser reemplazada por la noción de *autorité parentale*.¹⁶¹

La autoridad parental así creada debía comprenderse a partir de las siguientes bases:

...por un lado, la palabra *autorité*, subrayaría que el poder soberano dejaba su lugar a una autoridad concebida como un complejo de derechos y deberes; y, por el otro, la palabra *parentale* destacaba que esta autoridad pertenecía por igual al padre y a la madre que, en un principio, la ejercerían en común.¹⁶²

Al avanzar las décadas, las Instancias judiciales francesas enfrentaron diversa problemática, la cual consistió en determinar los alcances y limitaciones existentes entre las obligaciones de crianza o cuidado personal (en francés: *garde*), a cargo del progenitor custodio, y el derecho de vigilancia (en francés: *droit de surveillance*), reservado al otro, erigiéndose el establecimiento de un domicilio habitacional único para el menor como vértice de este modelo de organización familiar.

El domicilio habitacional único como solución a la problemática de la familia separada funcionó por aproximadamente dos décadas, pues en 1990 –es decir, un año después de creada la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño– el sistema jurídico francés fue puesto a prueba con un caso que rebasó y puso en entredicho la eficacia del mencionado domicilio único.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 137.

¹⁶² *Íd.*

Gonzalo Ruz Lártiga diserta en los siguientes términos sobre las limitaciones legales de forma y fondo que enfrentó el sistema de impartición de justicia galo con un litigio cuyo principal hecho controvertido era que uno de los progenitores fijó su residencia en domicilio extranjero, cuestión incompatible con los criterios legales entonces vigentes:

El fallo *Le Jeune* evidenciaría la posición de la Corte de Casación que destacaba que del art. 4 de la Convención se desprendería que sus disposiciones creaban obligaciones solo para los Estados partes, por lo que no podían invocarse directamente por los particulares ante los tribunales ordinarios de Francia. En claro, la Corte sentaba que la aplicabilidad directa de la Convención no podía ser invocada por los justiciables, pues ella se refería a recomendaciones u obligaciones que se dirigían a los Estados partes y solo a ellos. En materia de autoridad parental, la Corte de Casación francesa seguiría el mismo criterio señalado confirmando, por ejemplo, lo resuelto por la Corte de Apelaciones de París en fallo de 9 de julio de 1991, que había dispuesto que la autoridad parental sería ejercida solo por la madre, fijando la residencia habitual del menor y expresando que el derecho de visita y alojamiento (*droit de visite et d'hébergement*) del padre debía ejercerse solo en territorio mexicano, desoyendo la invocación que hacía el padre de la aplicación de la Convención. Este criterio estrecho de la Corte de Casación evolucionaría una década después consagrando la aplicación directa de la Convención en el Derecho interno francés.

Es en ese contexto donde “la noción de interés del niño pasa a erigirse como la piedra angular de la autoridad parental: su condición medida y fin”, que en el primer tercio de la década del 90 se dictará (sic) una nueva ley (N° 93-22 de 8 de enero de 1993) que colocaría a la *autoridad parental conjunta* como principio rector o esencial del derecho francés, confiriendo al niño (a), cualquiera que sea su filiación, el derecho a crecer con su padre y madre. En

caso de divorcio, a diferencia de lo que venía ocurriendo, el ejercicio en común de la autoridad parental pasará también a ser la regla general que solo podrá romperse en caso que lo exija el interés del niño (a), de manera que el Juez recibirá el mandato de intervenir solo en caso de desacuerdo entre los padres. Tratándose de hijos no matrimoniales todavía, a pesar de la proclama del principio del ejercicio en común de la autoridad parental, se sigue subordinando esta al reconocimiento del menor por ambos progenitores dentro del año de su nacimiento y a la cohabitación de los padres posterior al segundo reconocimiento. Sin la concurrencia de esos presupuestos los progenitores no ejercerán automáticamente y en conjunto la autoridad parental, sino previa declaración común ante el Juez de Asuntos Familiares.¹⁶³

De la transcripción antes hecha se tiene que aporte producido la histórica sentencia *Le Jeune* al sistema legal de protección a los derechos de la niñez en Francia puede resumirse en los siguientes tres puntos:

1. Los inconvenientes de decretar el ejercicio de una autoridad parental exclusiva cuando éste se efectúa en un país extranjero.
2. El cumplimiento deficiente del derecho de convivencias derivado de una autoridad parental que se ejerce fuera del territorio nacional.
3. El notorio estado de indefensión en que se deja a los justiciables como efecto de no poder hacer una invocación directa de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño en una controversia familiar tramitada en el sistema judicial francés.

La resolución *Le Jeune* siguió impactando de manera positiva en el sistema jurídico francés años más tarde con una nueva modificación en la legislación común; el texto vigente y aplicable del Corpus civil así redactado impuso al Juzgador:

¹⁶³ *Ibíd.*, pp. 142-144.

...la exigencia de establecer para el menor de padres separados una residencia única (*résidence habituelle*) en casa de uno de sus progenitores no solo en ausencia de acuerdo entre estos, sino, además, cuando así también lo exigiera el interés del niño (a). A partir de esta regulación, donde la noción de *résidence habituelle* concentrará todas las prerrogativas que integraban el contenido de la autoridad parental (*garde, surveillance* y *éducation*), se dará inicio a una nueva forma de articular las prerrogativas del padre no custodio, lo que traerá consigo el desarrollo al máximo de la noción de *droit de visite et d'hébergement* que, con el correr del tiempo, se extenderá al punto de disfrazar una residencia alternada para el menor, lo que terminará por provocar la reacción del legislador a comienzos del primer decenio del nuevo milenio.¹⁶⁴

*Prohibida bajo el imperio del art. 287 del Código Civil (versión 1993)*¹⁶⁵ y: ...*varias veces sancionada como contraria al interés del menor,*¹⁶⁶ la residencia alternada: ...*había comenzado a imponerse por vía judicial en el último decenio del siglo XX, como consecuencia del droit de visite et d'hébergement.*¹⁶⁷ *Contribuyó a ello, por una parte, que el legislador francés no quiso definir lo que entendía por [residencia alternada], dejándole esta tarea al Juez de Familia,*¹⁶⁸ a más de que: ...*se criticó que sólo la exigencia de una minoría había propiciado el cambio y no se había producido este como respuesta a un imperativo de la realidad que así lo exigía.*¹⁶⁹

Con la transición de un milenio a otro, se acallaron las voces contrarias a la residencia alternada y, con el silencio así generado, se aclararon y pulieron las ideas en torno a esta figura; ocurrió, como era de esperarse, una apoteosis:

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 144.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 148.

¹⁶⁶ *Íd.*

¹⁶⁷ *Íd.*

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 151.

¹⁶⁹ *Íd.*

...de la noción de *résidence alternée*, como máxima expresión del ejercicio de la autoridad parental, como uno de los mecanismos que aseguran un efectivo y concreto ejercicio conjunto de este derecho-función.¹⁷⁰

Con una génesis concomitante,

...la *résidence alternée*, como expresión de la autoridad parental conjunta, pasará a ser definitivamente consagrada por el legislador pudiendo ser decretada por el tribunal a requerimiento de ambos padres; de uno de ellos contra la voluntad del otro; o, incluso contra la voluntad de ambos, cualquiera que sea la edad de los menores.

En efecto, el artículo 373-2-9, inciso 1° del Código Civil francés, bajo la redacción de la Ley N° 2002-305 de 4 de marzo de 2002, prevé que la residencia del menor puede ser fijada en alternancia en el domicilio de cada uno de los padres, sea en el domicilio de uno de ellos. Los Tribunales comienzan rápidamente a consagrar esta nueva regulación, aunque no de manera automática y siempre considerando el interés del menor.¹⁷¹

Un efecto colateral de la residencia alternada lo constituyó la colaboración parental, es decir, un encuentro de voluntades cuyo propósito fundamental no era otro que la búsqueda del equilibrio en el ejercicio de las facultades y deberes de ambos padres.

La promoción intensa de la colaboración parental tuvo repercusiones legales al sentar: *...las bases de un desarrollo doctrinario y jurisprudencial de nociones claves para una efectiva colaboración de los progenitores*,¹⁷² creando nociones de:

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 136.

¹⁷¹ *Ibíd.*, pp. 148-150.

¹⁷² *Ibíd.*, p. 151.

...“decisiones usuales” y “decisiones importantes”, dibujando así –en cierto modo– contornos bien precisos del ejercicio conjunto de la autoridad parental.

En concreto habíase asentado ya en Francia la idea que el ejercicio en común de la autoridad parental implicaba, en principio, requerir el acuerdo de los progenitores para cada decisión referida a los hijos (as). Por un lado, las decisiones acerca de actos usuales o cotidianos, es decir, siguiendo a la profesora Bruggeman, en sentido positivo, aquellos actos benignos que se acostumbran ejecutar o realizar en la vida diaria; o, en sentido negativo, aquellos actos que no significan ninguna ruptura con el pasado del menor y que no comprometen su futuro, gozaban de una presunción de acuerdo (aunque solo respecto de terceros), que eximían a los padres de aportar la prueba del *double accord* respecto de ellas, con lo que el legislador facilitaba el ejercicio conjunto de la autoridad parental. Por otro lado, tratándose de los actos no usuales o cotidianos, la codecisión exigía un esfuerzo de cooperación entre los padres que materializaba el ejercicio conjunto de la autoridad parental. Sin ese esfuerzo de colaboración, las decisiones en caso de conflicto pasaban a ser tomadas por el Juez de Familia.¹⁷³

3.2 España

3.2.1 Código Civil¹⁷⁴

El análisis de las figuras de guarda y custodia y régimen de visita y convivencia en el sistema jurídico hispano que se hará en el presente apartado toma como puntos de partida a los progenitores separados y el convenio regulador que establece formas y modalidades de la ruptura convivencial de la pareja en torno a la situación jurídica de sus menores hijos.

¹⁷³ *Ibíd.*, pp. 151-152.

¹⁷⁴ “Código Civil”: <https://bit.ly/3cXocSW>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Los requisitos del convenio regulador para el caso de separación, divorcio o nulidad de matrimonio que guardan relación directa con los tópicos materia de este trabajo, y que están contenidos en el artículo 90 del Código Civil español, se transcriben a continuación:

Artículo 90. (sic)

1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

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.

b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos

...

c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

...

2. Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente 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 estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así

lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

...

Las medidas que hubieran sido convenidas ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

4. El Juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Conviene igualmente transcribir el arábigo inmediato siguiente de la codificación en consulta pues en él puede apreciarse la facultad de las autoridades competentes para establecer, modificar, renovar o extinguir todas aquellas medidas que tengan por objeto la estabilidad y salvaguarda del núcleo familiar:

Artículo 91. (sic)

En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, el destino de los animales de compañía, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de éstas, las cuáles, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad. En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

Además del artículo 90 existen otras disposiciones legales en el Código Civil español a las que es menester dar cumplimiento, las cuales se transcriben a continuación:

- La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos (art. 92, inciso 1).
- El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos (art. 92, inciso 2).
- En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello (art. 92, inciso 3).
- Facultad de los padres para acordar, en el convenio regulador, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por unos de los cónyuges (art. 92, inciso 4); esta facultad también la conserva el Juez (art. 92, inciso 4); la decisión sobre el tema debe ser en beneficio de los menores (art. 92, inciso 4).
- Ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador (art. 92, inciso 5, primera parte); también se puede convenir al respecto en el transcurso del procedimiento (art. 92, inciso 5, primera parte).

- El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos (art. 92, inciso 5, segunda parte).
- Formalidades para el decreto del régimen de guarda de menor en relación con la idoneidad del diverso de convivencia (art. 92, inciso 6):
 - Recabar el informe del Ministerio Fiscal (art. 92, inciso 6).
 - Oír a los menores que tengan suficiente juicio (art. 92, inciso 6).
 - Considerar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia respectiva (art. 92, inciso 6).
 - Valorar las pruebas practicadas (art. 92, inciso 6).
 - Examinar la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para (art. 92, inciso 6).
- Causales de improcedencia de la guarda conjunta (art. 92, inciso 7).
 - Proceso penal seguido a una de ambas partes por cometer delitos en contra de la otra, o de sus menores hijos (art. 92, inciso 7, primera parte).
 - Indicios fundados de violencia doméstica (art. 92, inciso 7, segunda parte).
- Tipos de delitos cometidos contra el cónyuge o los hijos para declarar improcedente la guarda conjunta (art. 92, inciso 7, primera parte):
 - Delitos contra la vida (art. 92, inciso 7, primera parte).
 - Delitos contra la libertad (art. 92, inciso 7, primera parte).
 - Delitos contra la integridad física (art. 92, inciso 7, primera parte).
 - Delitos contra la integridad moral (art. 92, inciso 7, primera parte).
 - Delitos contra la indemnidad sexual (art. 92, inciso 7, primera parte).
- Excepcionalmente, y en el caso de que la custodia compartida no haya sido objeto de convenio entre las partes, 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 (art. 92, inciso 8).

- Facultad del Juez para 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 (art. 92, inciso 9); esta facultad se entiende ejercitada de oficio o a instancia de parte (art. 92, inciso 9).
- La facultad del Juez de allegarse de pruebas para mejor proveer en las medidas concernientes a los derechos del menor debe ejercitarse en momento previo a resolver sobre las mismas (art. 92, inciso 9).

Para concluir con el examen del Código Civil español en materia de guarda y custodia y régimen de visita y convivencia, debe hacerse notar que el carácter “favorable” del informe rendido por el Ministerio Fiscal ante la instancia judicial donde se sustancie el procedimiento como requisito para la procedencia de la custodia compartida en caso de convenirse ésta entre los interesados fue declarado inconstitucional –y nula la parte relativa del dispositivo legal que lo contiene– mediante sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de octubre de 2012.

3.2.2 Ley de Protección Jurídica del Menor ¹⁷⁵

Si bien es cierto que el Código Civil español contiene disposiciones relativas a la situación jurídica de la niñez y adolescencia en un contexto de separación familiar no es menos verdad que, por su propia y especial naturaleza, dicho corpus es una norma general.

La norma especial, que responde al nombre de Ley de Protección Jurídica del Menor, es analizada en líneas subsiguientes con el fin de presentar un panorama

¹⁷⁵ “Ley de Protección Jurídica del Menor”: <https://bit.ly/2INfJNX>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

más completo y claro del sistema jurídico español en relación a los temas objeto de estudio de la investigación de marras.

3.2.2.1 Análisis del contenido de la Ley de Protección Jurídica del Menor

Los temas generales a que se refiere esta ley son:

- Interés superior del menor.
- Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.
- Derecho a ser oído y escuchado.
- Deberes de los menores:
 - Deberes relativos al ámbito familiar.
 - Deberes relativos al ámbito escolar.
 - Deberes relativos al ámbito social.
- Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos.
- Actuaciones de protección.
- Régimen de visita y permiso de salida.
- Régimen de comunicaciones del menor.

Por lo que hace al interés superior del menor encontramos que éste encuentra su fundamento y alcances en los principios y reglas que se citan a continuación:

- Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado (art. 2, inciso 1, párr. primero, primera parte).
- Prevalencia del interés superior del menor en la aplicación de la ley específica y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos (art. 2, inciso 1, párr. primero, segunda

parte); la prevalencia del interés superior se da sobre cualquier otro interés legítimo (art. 2, inciso 1, párr. primero, segunda parte).

- Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor (art. 2, inciso 1, párr. segundo).
- Reglas específicas a considerarse para la permanencia del menor dentro del entorno familiar [art. 2, inciso 2, fracc. c)]:
 - Prioridad de la permanencia en su familia de origen [art. 2, inciso 2, fracc. c), segunda parte].
 - Preservación del mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor [art. 2, inciso 2, fracc. c), segunda parte].
 - Prioridad del acogimiento familiar frente al diverso residencial en caso de acordarse una medida de protección [art. 2, inciso 2, fracc. c), tercera parte].
 - Valoración de las posibilidades y conveniencia del retorno del menor cuando éste hubiera sido separado de su núcleo familiar, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia [art. 2, inciso 2, fracc. c), cuarta parte].
- Elementos generales para ponderar los criterios que abarca el interés superior del menor en un caso concreto (art. 2, inciso 3):
 - Edad del niño [art. 2, inciso 3, fracc. a)].
 - Grado de madurez [art. 2, inciso 3, fracc. a)].
 - Necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad [art. 2, inciso 3, fracc. b)].
 - Efecto irreversible del transcurso del tiempo en su desarrollo [art. 2, inciso 3, fracc. c)].
 - Necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad [art. 2, inciso 3, fracc. d)].

- Minimización de los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro [art. 2, inciso 3, fracc. d)].
- Preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales [art. 2, inciso 3, fracc. e)].
- Otros elementos de ponderación [art. 2, inciso 3, fracc. f)].
- Los elementos generales de ponderación del interés superior del menor deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara (art. 2, inciso 3, párr. *in fine*).
- Circunstancias de vida que determinan la especial vulnerabilidad del menor [art. 2, inciso 3, fracc. b)]:
 - Carencia de entorno familiar [art. 2, inciso 3, fracc. b)].
 - Maltrato [art. 2, inciso 3, fracc. b)].
 - Discapacidad [art. 2, inciso 3, fracc. b)].
 - Orientación e identidad sexual [art. 2, inciso 3, fracc. b)].
 - Condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria [art. 2, inciso 3, fracc. b)].
 - Pertenencia a una minoría étnica [art. 2, inciso 3, fracc. b)].
 - Cualquiera otra característica o circunstancia relevante [art. 2, inciso 3, fracc. b)].
- Derechos y garantías procesales particulares del niño frente a una decisión de autoridad [art. 2, inciso 5]:
 - Derecho de ser informado, oído y escuchado [art. 2, inciso 5, fracc. a)].
 - Derecho de participar en el procedimiento [art. 2, inciso 5, fracc. a)].
 - Intervención de expertos en el proceso [art. 2, inciso 5, fracc. b), primera parte].

- Participación de progenitores, tutores o legales representantes del niño durante todas las etapas del procedimiento [art. 2, inciso 5, fracc. c)].
- Intervención del Ministerio Fiscal en las diligencias donde el menor esté presente [art. 2, inciso 5, fracc. c)].
- Asignación de un defensor judicial cuando exista conflicto o discrepancia entre los intereses del niño y los de ambos padres en la tramitación del procedimiento [art. 2, inciso 5, fracc. c)].
- Existencia de medios de impugnación que permitan revisar la decisión tomada [art. 2, inciso 5, fracc. e)].
- Los expertos deben contar con la formación idónea y suficiente para determinar necesidades específicas en el niño con discapacidad [art. 2, inciso 5, fracc. b), segunda parte].
- Informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar en decisiones que afecten especialmente al menor [art. 2, inciso 5, fracc. b), segunda parte].
- Elementos que configuran la decisión de la autoridad sobre los derechos del niño [art. 2, inciso 5, fracc. d)]:
 - Motivación del acto [art. 2, inciso 5, fracc. d)].
 - Criterios utilizados [art. 2, inciso 5, fracc. d)].
 - Elementos aplicados a la ponderación [art. 2, inciso 5, fracc. d)].
 - Intereses presentes y futuros [art. 2, inciso 5, fracc. d)].
 - Garantías procesales respetadas [art. 2, inciso 5, fracc. d)].
- Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4):
 - Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 4, inciso 1, primera parte).
 - Rubros inviolables comprendidos también dentro del derecho a la intimidad del menor (art. 4, inciso 1, segunda parte):
 - ✚ Domicilio familiar (art. 4, inciso 1, segunda parte).
 - ✚ Correspondencia (art. 4, inciso 1, segunda parte).
 - ✚ Secreto de comunicaciones (art. 4, inciso 1, segunda parte).

- Definición de intromisión ilegítima: “Cualquier utilización de la imagen o el nombre del niño en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, incluso si consta su consentimiento o de sus representantes legales” (art. 4, inciso 3).
- Obligación, a cargo de los padres y Poderes públicos, de respetar el derecho del niño al honor (art. 4, inciso 5).
- Obligación, a cargo de los padres y Poderes públicos, de proteger el derecho del niño al honor de posibles ataques de terceros (art. 4, inciso 5).
- Derecho a ser oído y escuchado (art. 9):
 - El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia (art. 9, inciso 1, primera parte).
 - El derecho del niño a ser oído debe entenderse tanto en el ámbito familiar como dentro de cualquier procedimiento legal y que afecte su esfera personal, familiar o social (art. 9, inciso 1, primera parte).
 - La opinión que exprese el niño debe entenderse en función de su edad y madurez (art. 9, inciso 1, primera parte).
 - El menor debe recibir información que le permita ejercer su derecho a ser oído en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias (art. 9, inciso 1, segunda parte).
 - Formalidades esenciales en las diligencias donde deba comparecer el menor (art. 9, inciso 2):
 - ✚ Carácter preferente (art. 9, inciso 2).
 - ✚ Realización de la diligencia de forma adecuada a la situación y desarrollo evolutivo específico del menor compareciente (art. 9, inciso 2).
 - ✚ Asistencia de profesionales y expertos, en su caso (art. 9, inciso 2).
 - ✚ Colaboración de intérpretes (art. 9, inciso 2, párr. segundo, primera parte).

- ✚ Derecho a expresar opinión a través de formas verbales y no verbales (art. 9 inciso 2, párr. segundo, segunda parte).
 - ✚ Preservación de la intimidad del niño (art. 9, inciso 2).
 - ✚ Lenguaje comprensible (art. 9, inciso 2).
 - ✚ Información en formatos accesibles y adaptados al caso concreto (art. 9, inciso 2).
 - ✚ Explicación de lo que se le pregunta (art. 9, inciso 2).
 - ✚ Esclarecimiento de consecuencias tras la emisión de su opinión (art. 9, inciso 2).
 - ✚ Respeto pleno a sus garantías procesales (art. 9, inciso 2).
- Garantía de que el menor pueda ejercitar su derecho a ser oído por sí mismo o a través de su representante cuando tenga suficiente madurez (art. 9, inciso 2, párr. primero, primera parte).
 - El niño goza de madurez suficiente cumplidos los doce años (art. 9, inciso 2, párr. primero, tercera parte).
 - Cuando no sea posible que el menor emita opinión o no convenga a su interés superior, aquélla se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales; entre ambos no deben existir intereses contrapuestos (art. 9, inciso 2, párr. tercero).
 - La opinión del menor también se puede conocer a través de terceros que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente (art. 9, inciso 2, párr. tercero).
 - Motivación de la resolución en el interés superior del menor para justificar que la autoridad deniegue la comparecencia del menor a la audiencia (art. 9, inciso 3, primera parte); la denegación debe ser notificada al representante del menor y al Ministerio Fiscal, indicando los medios de impugnación para controvertir esta determinación (art. 9, inciso 3, primera parte).
 - En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración (art. 9, inciso 3, segunda parte).

- Deberes de los menores (art. 9 bis):
 - Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social (art 9 bis, inciso 1).
- Deberes relativos al ámbito familiar (art. 9 ter):
 - Los menores deben participar en la vida familiar con respeto de su parentela (art. 9 ter, inciso 1).
 - Corresponsabilidad de los menores en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo (art. 9 ter, inciso 2).
- Deberes relativos al ámbito escolar (art. 9 ter):
 - Obligaciones específicas de los menores en la escuela (art. 9 quáter, inciso 1):
 - ✚ Respeto de las normas de convivencia (art. 9 quáter, inciso 1).
 - ✚ Estudio durante todas las etapas de enseñanza obligatoria (art. 9 quáter, inciso 1).
 - ✚ Actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo (art. 9 quáter, inciso 1).
 - Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso (art. 9 quáter, inciso 2).
 - A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos (art. 9 quáter inciso 3).
 - Los deberes enseñados a los menores incluyen los adquiridos como consecuencia de utilizar Tecnologías de la Información y Comunicación en el inmueble escolar (art. 9 quáter, inciso 3).

- Deberes relativos al ámbito social (art. 9 quinquies):
 - Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven (art 9 quinquies, inciso 1).
 - Deberes específicos de los menores en el ámbito social (art 9 quinquies, inciso 2):
 - ✚ Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen [art 9 quinquies, inciso 2, fracc. b)].
 - ✚ Cumplir con leyes y normas vigentes y aplicables [art 9 quinquies, inciso 2, fracc. b)].
 - ✚ Respetar derechos fundamentales de terceros [art 9 quinquies, inciso 2, fracc. b)].
 - ✚ Asumir una actitud responsable y constructiva ante la sociedad [art 9 quinquies, inciso 2, fracc. b)].
 - ✚ Conservar y hacer un buen uso de bienes ajenos y espacios públicos y privados [art 9 quinquies, inciso 2, fracc. c)].
 - ✚ Respetar y conocer el medio ambiente y los animales [art 9 quinquies, inciso 2, fracc. d)].
 - ✚ Colaborar en la conservación del medio ambiente dentro de un desarrollo sostenible [art 9 quinquies, inciso 2, fracc. d)].
- Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos (art. 10):
 - Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas, o a través de sus entidades colaboradoras, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto. (art. 10, inciso 1).
 - Acciones en particular a ejercitarse directamente por un menor para la defensa y garantía de sus derechos (art. 10, inciso 2):
 - ✚ Solicitar la protección y tutela de la Entidad pública competente [art. 10, inciso 2, fracc. a)].

- ✚ Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas [art. 10, inciso 2, fracc. b)].
 - ✚ Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo o ante las Instituciones autonómicas homólogas [art. 10, inciso 2, fracc. c), primera parte].
 - ✚ Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas [art. 10, inciso 2, fracc. d)].
 - ✚ Solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses [art. 10, inciso 2, fracc. e), primera parte].
 - ✚ Presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la normativa que la desarrolle [art. 10, inciso 2, fracc. f)].
- Actuaciones de protección (art. 12):
 - Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores (art. 12, inciso 2).
 - Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación (art. 12, inciso 3).

- Régimen de visita y permiso de salida (art. 34):
 - Formalidades para la restricción o suspensión de las visitas de familiares al menor con problemas de conducta (art. 34, inciso 1):
 - ✚ Facultad exclusiva del Director del Centro de Protección para determinar la medida (art. 34, inciso 1).
 - ✚ Observancia del interés superior al momento de dictar la medida (art. 34, inciso 1).
 - ✚ Motivación del acto de autoridad (art. 34, inciso 1).
 - ✚ Medida vinculada a lo que aconseje el tratamiento educativo del menor (art. 34, inciso 1).
 - ✚ Sujeción a los términos contenidos de la autorización judicial de ingreso (art. 34, inciso 1).
 - El derecho de visitas del menor con problemas de conducta no podrá ser restringido por la aplicación de medidas disciplinarias (art. 34, inciso 1, párr. segundo).
 - Facultad del Director de restringir o suprimir las salidas de los menores a su cargo en el Centro de Protección, atendiendo a su interés superior, tratamiento educativo y términos de ingreso (art. 34, inciso 2).
 - Las medidas limitativas del régimen de visita y permiso de salida del menor ingresado al Centro de Protección deberán ser notificadas a éste, los demás interesados y al Ministerio Fiscal (art. 34, inciso 3, párr. primero).
 - El derecho de impugnar las limitantes del régimen de visitas o permiso de salida es común al menor y al Ministerio Fiscal (art. 34, inciso 3, párr. segundo).
 - Formalidades para la impugnación de las limitantes del régimen de visitas o permiso de salida (art. 34, inciso 3, párr. segundo):
 - ✚ Promover ante el Órgano judicial que conozca del ingreso (art. 34, inciso 3, párr. segundo).

- ✚ Recabar el informe del Centro de Protección (art. 34, inciso 3, párr. segundo).
 - ✚ Audiencia con el menor, los demás interesados y el Ministerio Fiscal (art. 34, inciso 3, párr. segundo).
- Régimen de comunicación del menor (art. 35):
 - Derecho del menor con problemas de conducta de remitir quejas de forma confidencial respecto del Centro de Protección en el haya sido ingresado.
 - Autoridades facultadas para recibir quejas del menor ingresado al Centro de Protección (art. 35, inciso 1, primera parte):
 - ✚ Órgano jurisdiccional que conozca de su ingreso (art. 35, inciso 1, primera parte).
 - ✚ Ministerio Fiscal (art. 35, inciso 1, primera parte).
 - ✚ Defensor del Pueblo (art. 35, inciso 1, primera parte).
 - ✚ Instituciones autonómicas homólogas (art. 35, inciso 1, primera parte).
 - El derecho de promover quejas del menor ingresado al Centro de Protección no podrá ser restringido por la aplicación de medidas disciplinarias (art. 35, inciso 1, segunda parte).
 - Las comunicaciones del menor con familiares y otras personas allegadas serán libres y secretas (art. 35, inciso 2).
 - Las comunicaciones entre el menor con problemas de conducta y sus familiares sólo podrán restringirse o suspenderse por el Director del Centro de Protección, motivando su actuación, atendiendo a su interés superior, tratamiento educativo y términos de ingreso (art. 35, inciso 2, párr. segundo, primera parte).
 - Para recurrir la restricción o suspensión de las comunicaciones entre el menor ingresado al Centro de Protección y sus familiares se observan las mismas reglas que para impugnar las limitantes del régimen de visitas o permiso de salida (art. 35, inciso 2, párr. segundo, segunda parte).

3.2.3 Criterio del Tribunal Supremo en materia de custodia compartida

El innegable progreso en materia de derechos de la infancia en España ha llevado a sus máximas instancias judiciales a defender la idea y práctica de la custodia compartida, entendiendo que la ruptura convivencial de la pareja, de hecho o matrimonial, no constituye óbice alguno para que el niño encuentre un ambiente sano y agradable en el cual hallar plenitud en su desarrollo.

En esa tesitura, el Tribunal Supremo Español reconoce a ambos progenitores igualdad de circunstancias y capacidades para hacerse cargo del pequeño, máxime que, en términos del criterio que enseguida se transcribe, se vuelve a colocar al interés superior del menor en un plano protagónico, situación que se observa en el siguiente criterio:

El Tribunal Supremo ha establecido que la interpretación de la custodia compartida ha de estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios, tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se llevaba a cabo cuando los progenitores conviven. La redacción del citado artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá que considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con

ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto y cuanto lo sea.¹⁷⁶

Para una mejor comprensión de lo expresado en la cita anterior, en especial del enunciado “la redacción del citado artículo”, se transcribe el contenido de los apartados 5 y 8 del numeral 92 del Código Civil español, los cuales preceptúan lo siguiente:

Artículo 92... (sic)

...

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador 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 cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

...

8. 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.

Efectivamente, la guarda y custodia compartida debe ser el beneficio del infante.

¹⁷⁶ Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias, *Cuaderno recopilatorio de legislación relativa a menores de edad*, España, DISECO, 2017, p. 144.

3.3 Italia

En el sistema jurídico que se analiza en este apartado los titulares de la responsabilidad parental son ambos padres, que la ejercen de común acuerdo hasta que el hijo alcanza la mayoría de edad o la emancipación. Si surgen conflictos sobre cuestiones de importancia, el padre o la madre pueden acudir al Juez competente, que atribuye la facultad de decidir a la parte que, en el caso en cuestión, sea considerada la más idónea para velar por el interés del hijo.

En las relaciones de filiación natural, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde conjuntamente a ambos padres si han procedido al reconocimiento y conviven. Si no conviven, la responsabilidad parental la ejerce el progenitor con el que convive el hijo y, si no convive con ninguno, el que haya sido el primero en proceder al reconocimiento.

En todo caso, el padre que no ejerza la responsabilidad parental conserva el derecho de velar por la instrucción, educación y condiciones de vida del hijo menor.

Por otra parte, es de destacarse que si los padres han fallecido o no pueden ejercer la responsabilidad parental por cualquier otro motivo deberá iniciarse un procedimiento de designación de tutor en el tribunal donde se ubique la residencia habitual del menor.

Si los padres no ejercen los derechos e incumplen los deberes que les corresponden, se tiene en cuenta su comportamiento en las eventuales medidas para retirar la responsabilidad parental o para efectuar un procedimiento de adopción por encontrarse el mencionado menor en situación de abandono, medidas que implican la designación de un tutor, salvo que haya sido designado ya provisionalmente en el curso de dichas medidas antes de la retirada de la responsabilidad parental.

Ahora bien, en el caso de separación judicial o divorcio, el Juez establece las modalidades de ejercicio de la responsabilidad parental.

En el caso de separación por mutuo acuerdo o divorcio por demanda conjunta, las condiciones relativas a los hijos serán verificadas por el Juez al pronunciar la decisión de reconocimiento de la separación o la sentencia de divorcio.

Los cónyuges tienen derecho a solicitar en cualquier momento la revisión de las medidas relativas a los hijos, cuya eficacia está sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*.

En relación al latinismo arriba mencionado, José Alberto Garrone explica el significado de esta frase en los siguientes términos:

«El principio expresado en latín, “manteniéndose o continuando así las cosas”, según estaban al concertarse el contrato, implica que no cabe compeler el cumplimiento de la obligación si, a la fecha de la ejecución, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que la prestación resulte imposible o excesivamente gravosa o ruinoso para el obligado a su cumplimiento». ¹⁷⁷

Es de indicarse que las modalidades de ejercicio de la responsabilidad parental se regulan en la resolución de separación o divorcio. El Juez debe tener en cuenta el posible acuerdo entre las partes, pero no está vinculado por él y puede adoptar medidas diversas, incluidas las resultantes de diligencias de prueba realizadas de oficio o a instancia de parte.

¹⁷⁷ Garrone, José Alberto, *Diccionario jurídico Abeledo Perrot*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, t. III. p. 238.

En caso de separación por mutuo acuerdo, si el acuerdo entre las partes sobre la custodia y la pensión de alimentos es contrario a los intereses de los hijos, el Juzgador indica a los cónyuges las modificaciones que deberán introducir, pero si la solución no resulta idónea el Juez puede denegar el reconocimiento de la separación.

En caso de demanda de divorcio por demanda conjunta, si el tribunal considera que las condiciones sobre los hijos son contrarias a los intereses de éstos, la causa seguirá su curso ordinario y las partes deberán comparecer ante la presencia judicial.

En ese orden de ideas, el Juez que pronuncia la separación o el divorcio:

- Decide a cuál de los cónyuges se concederá la custodia de los hijos y establece las modalidades de ejercicio del derecho de visita del otro cónyuge; también puede decidir la custodia compartida o la custodia alterna; estas dos fórmulas están previstas expresamente en la ley del divorcio, pero también se aplican a la separación;
- Establece las medidas y formas en que el otro cónyuge debe contribuir al mantenimiento, educación e instrucción de los hijos;
- Adopta medidas en materia de asignación de la vivienda familiar, dando preferencia al cónyuge que tiene la custodia;
- Dicta las medidas oportunas para la administración de los bienes de los hijos y, en caso de custodia compartida, establece la participación de los padres en el disfrute del usufructo legal;
- Adopta cualquier otra medida conveniente en relación con los hijos.

La custodia compartida o custodia alterna, de acuerdo con la fuente en consulta, debe entenderse como una:

Situación legal en que quedan los menores, hijos de una pareja, cuando se produce la ruptura de sus progenitores, ya por nulidad, separación o divorcio de los mismos, en la cual los menores reparten el tiempo, de forma más o menos igualitaria, con ambos progenitores y éstos, a su vez, reparten, de forma más o menos igualitaria, las obligaciones, responsabilidades y derechos parentales.¹⁷⁸

La regla general es que, cuando se resuelva la custodia absoluta a favor de uno de ambos progenitores, el cónyuge que la obtuvo ejerce la responsabilidad parental en exclusiva.

No obstante, las decisiones más importantes para el hijo las adoptan ambos padres, salvo que el Juez disponga lo contrario.

Entre las decisiones más importantes, figuran la elección del centro educativo y la dirección de la escuela; la elección del tipo de trabajo en que se iniciará el hijo; la decisión sobre intervenciones médicas no urgentes, siendo obligatorio informar a la instancia del conocimiento, a menos de que la elección no pueda retrasarse; y el traslado de la residencia del menor a otro país.

En cambio, cuando el tribunal decida que la custodia es compartida, dicha determinación deberá producirse atendiendo al interés superior del menor y atendiendo a la edad del infante en cuestión.

Las previsiones normativas no contienen ninguna obligación específica, que corresponde al Juez determinar.

Ahora bien, en la práctica, cuando se decide la custodia compartida, el menor se queda a vivir por lo general con la madre.

¹⁷⁸ Pérez-Roldán y Suanzes-Carpegna, Javier, “¿Qué es, naturalmente, la custodia compartida?": <https://bit.ly/2H7ilCx>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Se considera importante describir las formalidades que deben cumplirse cuando se exija una responsabilidad parental por la vía judicial; entre los requisitos para que prospere la demanda se encuentran los que a continuación se citan:

- A. En cuanto a las medidas sobre la custodia de hijos menores tras la separación o el divorcio, es competente el tribunal que se pronuncia al respecto. La demanda se presenta mediante un escrito que debe contener la exposición de los hechos en los que se basa e indicar si existen hijos procreados o adoptados dentro del matrimonio. A la demanda y el escrito de alegaciones se adjuntarán las últimas declaraciones de la renta.
- B. En caso de conducta perjudicial de uno o ambos padres, será competente para adoptar medidas que afecten a la responsabilidad parental el tribunal tutelar de menores del lugar de residencia habitual del menor en el momento de la demanda. Este tribunal puede adoptar las medidas oportunas y decidir el alejamiento de los padres generadores de violencia en la residencia familiar, así como la retirada de la responsabilidad parental. Estas medidas pueden revocarse en todo momento.
- C. Si los padres no están casados, el tribunal tutelar de menores del lugar de residencia habitual del menor es competente para ejercer la responsabilidad parental.

Cuando de la narración de los hechos se desprenda que el caso concreto amerita la aplicación de medidas de urgencia estas son las directrices elementales para proceder en ese sentido:

- A. Por lo que toca a las medidas sobre la custodia dictadas tras la resolución de separación o divorcio, se aplica el procedimiento de separación o de divorcio. Si las tentativas de conciliación que se realizan en la audiencia de comparecencias ante la presencia judicial no logran su objetivo, se adoptan medidas provisionales y urgentes en interés de los hijos, medidas que

pueden ejecutarse coactivamente cuando no se cumplan de forma espontánea. No está previsto ningún procedimiento de urgencia. En caso de conducta perjudicial de un padre respecto de los hijos, el tribunal puede adoptar por el procedimiento urgente las medidas que considere oportunas.

- B. En lo referente a las medidas en materia de responsabilidad parental que competen al tribunal titular de menores, se siguen las reglas marcadas en la pregunta inmediata anterior. El tribunal, a instancia del otro progenitor, de familiares o del Ministerio Fiscal, una vez reunido el sumario de declaraciones, adopta las medidas por el procedimiento a puerta cerrada, habiendo escuchado la opinión del Ministerio Fiscal y al padre contra el que se ha entablado el procedimiento. En caso de urgencia, el tribunal puede adoptar de oficio medidas provisionales en interés del hijo. No se requiere estar representado por un abogado.

Si alguna de las partes se muestra inconforme con la determinación de la Instancia de origen existe la posibilidad de impugnar la resolución que le causa agravio.

Las medidas sobre responsabilidad parental adoptadas en el marco de procedimientos de separación y divorcio deben ser combatidas mediante las vías de recurso ordinarias.

Contra la sentencia de apelación puede presentarse un recurso de casación, el cual debe entenderse como un: *...recurso extraordinario contra resoluciones judiciales donde el Tribunal Supremo examina la aplicación del Derecho que han hecho los Tribunales Inferiores.*¹⁷⁹

Es de vital importancia aclarar que, a diferencia del amparo, figura del Derecho mexicano que más se asemeja a la casación, este medio impugnativo: *...no cabe*

¹⁷⁹ "Recurso de casación (proceso civil)": <https://bit.ly/3bp07nx>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

*contra todas las resoluciones, sólo aquellas a las que la Ley entiende que pueden acceder al Tribunal Supremo.*¹⁸⁰

Las medidas que modifican las condiciones establecidas en el marco del divorcio o la separación pueden recurrirse ante el tribunal de apelación en el plazo de diez días desde la notificación de la medida; contra las medidas dictadas por el Juez de Apelación puede presentarse un recurso extraordinario de casación, sólo por motivo de infracción de ley.

Las medidas sobre responsabilidad parental adoptadas por el tribunal tutelar de menores, el cual se arroga competencia cuando se solicita un procedimiento que limite o suprima la responsabilidad parental en caso de que ya se haya dictado sentencia de separación o divorcio, se pueden recurrir ante el tribunal de apelación en el plazo de diez días desde la notificación del procedimiento.

La casación no es aplicable para combatir las medidas dictadas por el tribunal de apelación.

Para comprender mejor la trascendencia de la reforma hecha en fechas recientes a la legislación común italiana que se hará en líneas subsiguientes, esta investigación abordará dos aspectos sustanciales:

1. Un panorama general del matrimonio, las relaciones fuera de éste, la familia y la división generada por la diferencia que la costumbre imponía entre los hijos dentro de la sociedad italiana en diferentes épocas.
2. La reforma como tal, haciendo hincapié en los provechos que reporta la misma al interés superior de la niñez y a la forma en que la ley pretende que la dinámica familiar siga siendo funcional, sobre todo en los esquemas de familia separada.

¹⁸⁰ Íd.

Antes de comenzar con la exposición del panorama de la familia y el menor en la sociedad italiana, es de vital importancia no predisponerse con juicios apriorísticos o fuera de contexto que señalen o reprobren las costumbres sexuales en ese país, pues lo único que se logra es menoscabar la importancia de la reforma legal a analizarse, a más de que se trata de conductas personalísimas y consensuadas que se desarrollan en un contexto donde la moral social es distinta y ninguna persona tendrá jamás el derecho suficiente para opinar al respecto.

Así también, esta investigación resaltarán las contradicciones que encuentre en las conductas sociales y familiares única y exclusivamente con respecto a los derechos de los menores concebidos de forma extramarital, absteniéndose por lo tanto de emitir juicios de valor sobre lo que se considere aceptable o inapropiado en los temas y actos llevados a cabo al margen del matrimonio.

3.3.1 Régimen jurídico vigente

En su redacción original, la legislación común italiana contenía preceptos reguladores de la patria potestad atendiendo a la manera de determinar la filiación, es decir, establecía reglas diferenciadas según los hijos se concibieran dentro del matrimonio o fueran producto de una relación extramarital, con el cúmulo de efectos negativos que, en los círculos familiar y social, apareja el despropósito de distinguir entre uno u otro tipo de descendencia.

El perfeccionamiento legislativo en materia de derechos fundamentales experimentado en la Unión Europea derivó, en el caso que nos ocupa, en una reforma promovida mediante la Ley (en italiano: *Legge*) número 219, publicada en la Gaceta Oficial (en italiano: *Gazzetta Ufficiale*) el 17 de diciembre de 2012 y cuya entrada en vigor se verificó el 1° de enero de 2013; la pretensión abrigada por esta reforma estuvo encaminada hacia la unificación sistemática en el tratamiento de la

ley respecto de los menores hijos y su: ...*regulación en una serie de preceptos de idéntica aplicación con independencia del tipo de filiación existente.*¹⁸¹

Según lo contextualiza Eduardo de la Iglesia Prados:

El punto de partida de esta actuación es el cambio de denominación del título IX del Libro I del *Codice Civile* en el que se integra esta institución que pasa a adoptar una denominación genérica de la realidad apuntada al titularse sobre «la patria potestad de los progenitores y los derechos y deberes de los hijos», modificación formal a la que ha de unirse una importante reforma integral de concretos preceptos insertos en el mismo para garantizar y asegurar normativamente las pretensiones del legislador, pues además de la prohibición del uso de los términos legítimos o naturales en relación a los hijos [...], ha motivado la existencia de una serie de consecuencias formales derivadas de ello en la regulación de esta materia, tales como la supresión de artículos que tenían por objeto precisar concretas cuestiones para los hijos hasta este momento llamados naturales y la integración de contenido de preceptos dispersos a los largo del *Codice* en el capítulo regulador de la patria potestad...¹⁸²

De nacer el hijo dentro del matrimonio, son ambos esposos los titulares de la responsabilidad parental. En caso contrario, esta obligación la ostenta quien lo haya reconocido primero. En el supuesto de que el hijo haya nacido fuera del matrimonio y ambos progenitores lo reconocen conjuntamente, la responsabilidad parental recae sobre los dos.

De acuerdo con la ley, la responsabilidad parental arriba mencionada:

¹⁸¹ Iglesia Prados, Eduardo de la, "La definitiva igualdad en Italia de los derechos de los hijos: la reforma de la filiación y la patria potestad", *Anuario de Derecho Civil del Boletín Oficial del Estado*, Madrid, tomo LXVII, fasc. III, julio-septiembre de 2014, pp. 1040.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 1041.

...se ejercitará «de común acuerdo», si bien para ello debe tenerse en cuenta en todo caso «la capacidad, inclinaciones naturales y aspiraciones del hijo», precisándose de un modo explícito que igualmente de común acuerdo «los padres determinarán la residencia habitual del menor» [...], previéndose la solución en caso de conflicto por ausencia del mencionado y requerido acuerdo, pues habrá de recurrirse al Juez para que resuelva el enfrentamiento que para ello «oirá a los padres, a los hijos mayores de 12 años y menores de tal edad pero con suficiente capacidad de discernimiento, decidiendo lo que estime oportuno conforme a los intereses del hijo y de la unidad familiar». ¹⁸³

Más aún, la normatividad vigente y aplicable impone que el cese de la vida en pareja no constituye motivo para el desconocimiento de las responsabilidades que, como progenitores, ambos padres están obligados a cumplir, tal como lo demuestra la cita que abajo se pone a la vista:

...«la responsabilidad de los progenitores no cesa a consecuencia de la separación, nulidad o divorcio del matrimonio», concretando de tal modo cómo en estas situaciones especiales la crisis matrimonial no es causa de la extinción de la patria potestad y, por tanto, el deber de cumplimiento de los padres de [sus] responsabilidades... sigue vigente. ¹⁸⁴

El derecho genérico a crecer en familia y a tener relaciones con sus parientes favorece especialmente a los hijos extramaritales, a quienes la redacción original desamparaba con la carencia de protección legal en relación a los derechos que asistían a los hijos entonces denominados “legítimos”.

La transformación en las ideas y concepciones de lo que debe entenderse con la denominación de “familia” provocó en la legislación común italiana la inclusión no

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 1046.

¹⁸⁴ *Íd.*

sólo del derecho al contacto y relaciones personales de los hijos no matrimoniales con sus progenitores cuando unos y otros no compartiesen techo sino que también contempla disposiciones normativas que otorgan acción judicial a favor de los ascendientes en segundo grado respecto de la fijación de un régimen de visita y convivencia en la inteligencia de que:

...«los ascendientes tienen derecho a mantener relaciones con sus nietos menores. Si se les impide, pueden recurrir al Juez del lugar de residencia habitual del menor para que se adopten las medidas debidas a tal fin respetando el interés del menor», al que se le deberá dar audiencia cuando corresponda conforme al artículo 336.2, en todo caso de ser mayor de doce años, y además con menos de tal edad «si el Juez entiende que el menor posee suficiente capacidad de discernimiento en relación a la actuación que se tramita judicialmente y le afecta»...¹⁸⁵

La transformación más profunda y radical que sufrió el Código Civil italiano, y que beneficia a los menores a través de la reciente reforma, se inscribe dentro de su derecho a ser oídos en el momento de comparecer a procedimiento; las modalidades y taxativas vigentes quedan expuestas en la siguiente transcripción:

El contenido del derecho de audiencia consagrado por el legislador en el artículo 315 *bis* del *Codice Civile* se precisa con la nueva redacción dada al artículo 336 del mismo texto legal, así como por creación de un nuevo artículo 336 *bis*...

La actuación judicial para cumplimentar tal derecho se iniciará antes de efectivamente oír su opinión, pues se impone al Juez la obligación de informar al menor de los efectos de su actuación y de la naturaleza del procedimiento, estando dirigido el acto de audiencia al menor por el Juez, al que la norma faculta a valerse para ello de expertos u otros auxiliares,

¹⁸⁵ *Ibíd.*, pp. 1047-1048.

reconociéndosele habilitación para participar en el mismo, si son parte del procedimiento que motiva la audiencia del menor, a sus padres, curador o defensor especial del menor, que podrán proponer pruebas y actuaciones, si bien sólo antes del inicio de la audiencia, debiendo quedar constancia del desarrollo de este trámite y de lo manifestado por el menor, ya por escrito, ya por grabación en video.

Este derecho de audiencia del menor, de todos modos no se configura como absoluto, pues se establecen excepciones que facultan al Juez a no cumplimentarlo y, por tanto, tomar la decisión que estime procedente sin escucharlo, si bien se limita tal posibilidad a la concurrencia de un perjuicio para los intereses del menor de llevarse a cabo la audiencia o, en segundo lugar, para el caso de considerarse superflua su realización para la decisión judicial a adoptar.

El reconocimiento de la audiencia del menor se pone de manifiesto, igualmente, en concretas cuestiones de la materia modificadas para adecuarlas a su contenido, tales como el derecho a relacionarse con sus ascendientes (artículo 317 *bis*), la elección de la persona o personas que ostenten su tutela en ausencia de patria potestad (artículo 348) y la adopción de medidas judiciales en tutela de los menores relativas a la administración de sus bienes o su educación (artículo 371).¹⁸⁶

El texto vigente de la codificación bajo escrutinio también establece un catálogo de obligaciones que los descendientes tienen respecto de sus ascendientes, pues conforme al nuevo artículo 315 *bis* del *Codice Civile*, el catálogo ya mencionado:

...se concreta en el debido respeto de los hijos hacia sus progenitores y en el deber de contribuir, en el ámbito de sus posibilidades, al sostenimiento de la familia mientras convivan con ella.

¹⁸⁶ *Ibíd.*, pp. 1049-1050.

Esta última obligación es la que ha suscitado más valoraciones por parte de la doctrina, por la falta de precisión de su contenido, entendiéndose, acertadamente, que debiera haberse abordado esta cuestión con mayor profundidad para concretar cómo ha de cumplimentarse, pues si bien es indudable que el presupuesto de hecho necesario e imprescindible para su existencia es la convivencia del menor con sus progenitores, sin embargo nada se dice sobre la edad desde la cual se genera, no sobre cómo ha de cumplirse, esto es patrimonial o asistencialmente, ni respecto a las consecuencias posibles en caso de negativa por parte del menor obligado a ello.¹⁸⁷

3.4 Estados Unidos de Norteamérica

3.4.1 Notas sobre la tradición jurídica norteamericana

Paul Johnson efectúa una revisión histórica en los temas de producción normativa e interpretación y acotación de la ley en el sistema jurídico de los Estados Unidos de Norteamérica, estableciendo sus conceptos de mayor relevancia con las siguientes palabras:

Es vital comprender que la tradición jurídica de Estados Unidos como la entendían los Padres Fundadores, estaba basada en el *common law* (Derecho Consuetudinario) y la tradición estatutaria de Inglaterra. En la que los Jueces interpretan la ley según la costumbre y administran los reglamentos. Los Jueces ingleses interpretaban la ley de acuerdo con los principios de equidad o imparcialidad, lo que es sinónimo de justicia natural. Pero lo hacían teniendo en cuenta la advertencia de Grotius (1583-1645), el holandés fundador de la ciencia legal moderna, de que la equidad no debería ser más que “la corrección de aquello para lo que la ley es deficiente”. Esa

¹⁸⁷ *Ibíd.*, p. 1044-1045.

lección fue ampliada de la forma más solemne por si William Blackstone (1723-1780), el más grande de todos los juristas ingleses del siglo XVIII, cuyas enseñanzas estaban muy presentes en la mente de los Padres Fundadores cuando diseñaron la Declaración de Independencia y redactaron la Constitución de Estados Unidos. Blackstone decía que los Jueces tenían que tener en cuenta tanto la justicia como la ley, pero que “la libertad de considerar todos los casos bajo la luz de la equidad no debe llegar demasiado lejos, no sea que destruyamos todo el Derecho y dejemos que la decisión de todas las cuestiones descansa en el Juez.”¹⁸⁸

De lo anterior se sigue que para el pueblo estadounidense existe un vínculo indisoluble entre equidad y justicia, pues no se puede hablar de la impartición de la segunda sin tomar en cuenta los parámetros y exigencias de la primera; sobre el particular, Mortimer J. Adler clarifica los alcances de las figuras aludidas estableciendo que:

El principio de justicia al cual se apela es aquél que afirma que quienes son iguales deben ser tratados de la misma forma, y a ello debiera agregarse otra cláusula: que aquellos que no son iguales deben ser tratados en forma desigual, en forma proporcional a su desigualdad. Este doble principio de justicia no agota la esencia de la misma, como a veces se piensa, sino que expresa precisamente ese aspecto de la justicia que consiste en ser equitativo.¹⁸⁹

Las ideas de los autores en consulta establecen un sentido claro y concreto del estilo de pensamiento y trabajo que priva en el sistema jurídico norteamericano, el cual se inscribe dentro de la tradición anglosajona.

¹⁸⁸ Johnson, Paul, *Estados Unidos: la historia*, trad. Fernando Mateo y Eduardo Hojman, 1° reimpresión, España, B de F, 2001, pp. 786-787.

¹⁸⁹ Adler, Mortimer J., *Nosotros creemos en estas verdades*, trad. Victoria Brocca, México, Prisma, 1986, p. 102.

3.4.2 Esencia y generalidades de las contiendas civiles

El litigio civil queda definido como una contienda entre dos partes, quienes en su actuar tienen que cumplir con determinados deberes como son: la puesta en práctica de las normas del Derecho sustantivo así como los valores y políticas en que éste se funda, además de cumplir con el principio de justicia en donde las partes que intervienen: *...dejen constancia de sus valores y la significación de sus intereses...*¹⁹⁰ además de lograr la ejecución de los principios de economía y celeridad procesal.¹⁹¹

Ahora bien, las características fundamentales de los juicios civiles en los Estados Unidos de Norteamérica son dos: el procedimiento acusatorio y la utilización de jurado; Jay M. Feinman desarrolla los pormenores de ambas y expone sus pros y contras en los siguientes términos:

El juicio posee dos características esenciales. La primera de ellas es que se trata de la manifestación más intensa del sistema acusatorio: a merced de los abogados, cada cual hace todo lo posible para favorecer su posición. La segunda, que en la mayoría de los casos civiles las partes pueden decidir que su caso se juzgue ante un jurado; la fundamental función del jurado ha dado forma no sólo al procedimiento civil, sino también al derecho sustantivo. Estas dos características suscitan polémicas. Si se supone que el propósito de un juicio es la búsqueda de la verdad, quizá la batalla acusatoria ante un jurado impresionable no sea la mejor manera de encontrarla. Se impone, así, perseguir un equilibrio entre, por un lado, la búsqueda de la verdad y el deseo de eficiencia y, por el otro, las funciones históricas del sistema acusatorio y el jurado.¹⁹²

¹⁹⁰ Feinman, Jay M., *Introducción al Derecho de Estados Unidos de América*, trad. Enrique Cruz Mercado González, México, Oxford, 2004, p. 89.

¹⁹¹ Íd.

¹⁹² *Ibíd.*, p. 117.

Compuesto por doce miembros de la comunidad, al jurado le corresponde:

...decidir sobre los hechos del caso y al Juez las consideraciones jurídicas, por lo que instruye al primero sobre el derecho aplicable. Cuando el veredicto del jurado no se apega a derecho, el Juez puede declarar el juicio inválido. En general, el veredicto del jurado debe ser unánime, pero en algunas jurisdicciones el voto mayoritario es suficiente.

En los casos que se desarrollan sin jurado el Juez resuelve tanto los puntos de hecho como los de Derecho.¹⁹³

3.4.3 Habeas corpus

El origen de esta figura se remonta a la Edad Media, período histórico en el que Inglaterra, como el resto de los Estados y territorios integrantes de la Europa continental, comenzaban a consolidar sus tradiciones jurídicas, razón por la cual los sistemas de impartición de justicia de esa época enfrentaban vacíos y lagunas en aspectos tan elementales como los de la seguridad y certeza jurídicas sobre los derechos de libertad personal del ciudadano.

En concreto, y como lo detalla Ignacio Fernández Sarasola, el *habeas corpus*:

...tiene su origen más conocido en el common law (sic) británico, es decir, en una serie de reglas consuetudinarias y jurisprudenciales, aunque con posterioridad quedó también recogido en el Derecho escrito inglés (*statute law*). Ya aparecía mencionado en la Magna Charta Liberatorum (sic), impuesta por los aristócratas al Monarca Juan Sin Tierra en 1215, si bien el documento donde se consolidó fue en Habeas Corpus Amendment Act (sic), de 1679. De ahí lo tomaron luego los autores de la primera gran Constitución nacional del mundo, la de los Estados Unidos de 1787, y en la Europa

¹⁹³ Lan Arredondo, Arturo Jaime, *Sistemas jurídicos*, México, Oxford, 2007, p. 107.

continental se plasmaría como una de las libertades básicas de los individuos prevista en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789.¹⁹⁴

Una vez expuestos tanto el origen del hábeas corpus en el naciente sistema legal británico como su devenir histórico dentro los documentos legales y políticos más sobresalientes de Europa y América durante el siglo XVI, cabe preguntarse qué quiere decir esta expresión; a tal efecto, Fernández Sarasola afirma que:

Etimológicamente, el término deriva de la expresión latina *habeas corpus ad subjiciendum* (sic), es decir, «ten el cuerpo presente para su exposición», porque en definitiva de eso se trata en el procedimiento de *habeas corpus*: de obligar a los agentes de la autoridad a exponer ante el Juez una persona detenida.¹⁹⁵

En la actualidad, se distinguen dos tipos de *habeas corpus*: el que se practica dentro del sistema estadounidense y el adoptado en el sistema interamericano de derechos humanos.

Sobre el *habeas corpus* norteamericano, cuyos primeros esbozos son visibles en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, proclamada el 12 de junio de 1776, la doctrina de Domingo García Belaunde establece lo siguiente:

En los Estados Unidos, aunque con variantes de orden procesal, el Habeas Corpus se da a dos niveles: estatal y federal y su campo de acción es muy variado, desde buscar la libertad de una persona puesta en prisión por violación de un derecho federal, hasta cuestionar la validez de una extradición, revisar procedimientos de deportación o exclusión de extranjeros, determinar la legalidad del arresto de una persona, cuestionar la

¹⁹⁴ Fernández Sarasola, Ignacio, "Habeas Corpus": <https://bit.ly/35lfuWy>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

¹⁹⁵ Íd.

competencia de una Corte para someter a una persona por contumacia, etc.

196

En el caso del *habeas corpus* utilizado por la comunidad interamericana, la explicación que lleva a cabo Néstor Pedro Sagüés clarifica el ámbito y los usos actuales de este instrumento de impartición de justicia:

Definido como el “Gran Mandamiento”, el *habeas corpus* se perfila como el padre del derecho procesal constitucional. En efecto, cronológicamente es el primero de los procesos constitucionales y el destinado a tutelar uno de los más importantes derechos, como es la libertad física y ambulatoria, derecho por cierto *fundante*, en el sentido de que posibilita la realización de los demás.

...

El *habeas corpus* ha figurado en la mayor parte de las constituciones actuales, y ha tenido diferentes tratamientos legislativos: muchas veces como un capítulo de los códigos procesales penales. En una visión más avanzada, normado conjuntamente con la acción de amparo. Otra alternativa es la de injertarlo en su hábitat preciso, un código procesal constitucional. Ocasionalmente, ha tenido una ley aparte.

Pero aparte de su instrumentación nacional, el *habeas corpus* ha sido recogido por una serie de instrumentos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. Esto implica que no solamente es un tema que ha preocupado al constituyente y al legislador local, sino también a la comunidad internacional. Por ende, es un instituto que preocupa al bien común nacional, y por sobre él, al bien común internacional.¹⁹⁷

¹⁹⁶ García Belaunde, Domingo, “Los orígenes del Habeas Corpus”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, núm. 31, noviembre de 1973, p. 56.

¹⁹⁷ Sagüés, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016, pp. 293-294.

Interpretando armónicamente a las fuentes en cita que explican el origen y los usos del *habeas corpus*, se desprende que, dentro de los sistemas legales del continente americano, la institución jurídica bajo observación inició su camino el terreno penal adjetivo, área jurídica donde todavía se le sigue poniendo en práctica, y con un nivel de importancia que fue creciendo de manera paulatina, logró establecerse dentro del ámbito procesal constitucional para erigirse en un motor de cambio en los organismos judiciales internos dedicados a la interpretación y aplicación de los derechos humanos.

3.4.4 Panorama general del estatus jurídico del menor en procesos de divorcio o separación de sus progenitores en los Estados Unidos de Norteamérica

3.4.4.1 Aspectos sustantivos

En ciertas ocasiones la vida en pareja puede terminar con resentimientos y en otros casos con un entendimiento real; situaciones como las descritas las enfrentan parejas heterosexuales pero también las sufren personas homosexuales.

Un divorcio que toma como causal el hecho de ya no cohabitar requiere demostrar que los esposos han vivido separados el tiempo que marque la ley local, el cual puede ir de seis meses a un año.¹⁹⁸

Los Estados han adoptado los divorcios por separación y los divorcios “sin falta” reconociendo que una sala de la Corte no es el lugar para revisar lo que sucedió en un matrimonio, y que es a la vez derrochador y degradante para los cónyuges alegar y probar pequeños errores, expectativas no cumplidas o traiciones. Esto no niega el error moral que puede haberse cometido; sólo que las Cortes han dejado la sensibilidad atrás para que sea resuelto por otras fuerzas. Lo que es importante

¹⁹⁸ Curry, Hayden *et al.*, *Una guía legal para parejas LGBT*, trad José Jordán Zetina Heredia, Estados Unidos, Nolo, 2002, p. 8/3.

legalmente, es que el matrimonio no funciona y al menos un miembro de la pareja quiere salir de éste. En un divorcio basado en la separación, no importa cuánto insista el otro en seguir casado, no puede forzarse. Esto es un hecho en la mayoría de los Estados en el caso de un divorcio “sin falta”.¹⁹⁹

Si bien todos los Estados tienen divorcios basados en la separación o sin culpa, más de la mitad de los Estados también permiten divorcios basados en motivos tradicionales, como el adulterio, la crueldad mental o el abandono. Esta es la razón por la que decimos que su orientación sexual “no debería” ser significativa al momento de un divorcio.²⁰⁰

Sin embargo, tenga en cuenta una cosa: No importa qué tipo de divorcio se obtenga, “la falta” (homosexualidad u otra) puede resultar en una disputa por la custodia de los hijos o por las visitas.²⁰¹

3.4.4.1.1 Custodia de menores (*Child custody*)

La custodia de los hijos es la cuestión que representa el problema más grande si los cónyuges acuerdan sobre la custodia, la Corte lo aceptará completamente. Por otro lado, si no hay convenio y se deja la decisión al Juez, éste debe considerar todos los factores y llegar a “lo mejor para el niño”.²⁰²

La custodia es generalmente de dos tipos, física y legal; la custodia física es el derecho de tener al menor con usted, la custodia legal es su derecho de tomar decisiones importantes sobre su menor; por ejemplo, dónde será el hogar del menor, a qué escuela acudirá, qué doctor le atenderá y qué tratamiento médico llevará. Las visitas son el derecho de los padres que no tienen la custodia física de

¹⁹⁹ Íd.

²⁰⁰ Íd.

²⁰¹ Íd.

²⁰² Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/7.

pasar tiempo con el menor. La custodia física y legal puede ser exclusiva o compartida.²⁰³

La custodia física en conjunto funciona bien cuando los padres trabajan amigablemente y están dedicados por igual a la crianza de los hijos. En conjunto significa necesariamente que se puede dividir el tiempo en cualquier porcentaje que funcione para ambos progenitores.²⁰⁴

Si no se quiere compartir la custodia con el padre de sus hijos, hay que tener en cuenta que los estudios muestran que es más probable que los padres apoyen y mantengan una relación más cercana con los hijos cuando los ven más frecuentemente. Sin embargo, una crítica común de la custodia compartida es que el tiempo de las discusiones entre los padres podría prolongarse.²⁰⁵

En la mayoría de los Estados, si los padres no llegan a un acuerdo las Cortes pueden ordenar que los padres acudan a las sesiones de mediación. Incluso si no existe una orden de la Corte, la mediación es una idea excelente; los mediadores trabajan con los padres para ayudarlos a encontrar una solución que derive en un acuerdo mutuo. Los mediadores, a diferencia de los Jueces, no imponen decisiones a los padres.²⁰⁶

Si bien pocas Cortes se niegan a otorgar la custodia legal compartida para que ambos padres tengan voz en la forma en que se crían sus hijos, no necesitamos decirle que los padres LGBT enfrentan una lucha difícil al tratar de obtener la custodia física en muchas Cortes estadounidenses. Esta batalla es aún más difícil cuando los padres viven con otro amor. De hecho, muchos padres homosexuales se han mantenido en matrimonios heterosexuales insatisfactorios, o han vivido

²⁰³ *Ibíd.*, p. 8/7.

²⁰⁴ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/7.

²⁰⁵ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/7.

²⁰⁶ *Ibíd.*, p. 8/7.

vidas homosexuales guardadas en secreto después de la separación, por miedo a perder a sus hijos.²⁰⁷

Sin embargo, un número creciente de Cortes, e incluso unas pocas legislaturas estatales, han sostenido que la orientación sexual de los padres no puede, por sí misma, ser motivo de denegación automática de la custodia. En la actualidad, la mayoría de los Estados exigen que quien se opone a la custodia por parte del padre LGBT demuestre un “efecto adverso” antes de que la orientación sexual de un padre o su participación en una relación no matrimonial se pueda utilizar para restringir la custodia. Idealmente, cuando los Jueces aplican esta prueba de “efecto adverso”, se enfocan en el comportamiento individual del padre y el efecto de esa conducta en el niño, en lugar de sacar conclusiones basadas en el “estatus” del padre como homosexual. Por ejemplo, una Corte del Estado de Iowa ignoró el énfasis de un padre en la relación lesbiana de la madre y otorgó la custodia a la madre, señalando que el padre había sido financieramente irresponsable y era propenso a ser violento (Hodson contra Moore, 464 NW, 2d 699 (1990)).²⁰⁸

Adicionalmente, el Distrito de Columbia tiene una ley que establece que la orientación sexual no puede ser un factor determinante para la custodia de menores.²⁰⁹

Pero es justo decir que hay muchos Jueces que ignoran esto, tienen prejuicios o sospechan de los padres LGBT. Por ejemplo, en 1998 las Supremas Cortes de Alabama y Carolina del Norte, respectivamente, negaron a una madre lesbiana y a un padre gay, la custodia de sus hijos por la única razón de ser homosexuales. De manera similar, la Suprema Corte de Misuri, aunque sostiene que “un padre homosexual no es ipso facto no apropiado para la custodia de su hijo o hija”, logró

²⁰⁷ *Ibíd.*, p. 8/7.

²⁰⁸ *Ibíd.*, p. 8/7-8/8.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 8/8.

negarle a una madre lesbiana la custodia por su “mala conducta” al vivir con otra mujer.²¹⁰

3.4.4.1.2 Casos de custodia controvertida (*Contested Custody Cases*)

En todos los casos de custodia controvertida el Juez aplica el principio de “lo mejor para el menor” según su criterio; los casos de impugnación de custodia están llenos de incertidumbre, no sólo relacionada a la orientación sexual. Pueden surgir todas las cuestiones relaciones con lo que es mejor para el menor.²¹¹

El Juez revisará cada alegato con sus propios estándares y prejuicios, algunos Jueces desaprobarán cualquier condena relacionada con drogas, no importa el tiempo que haya pasado de ese proceso, para otros Jueces no será tan importante. Algunos Jueces tomarán en cuenta religiones o inclinaciones políticas inusuales, muchos otros están predispuestos contra los homosexuales. Otros sin ellos mismos homosexuales.²¹²

Durante la audiencia el Juez querrá hablar con el menor o los menores, cada Juez lo maneja diferente; muchos Jueces que hablan con los menores consideran que por su edad pudieran tener una opinión sensible, otros nunca consultan a los niños. La mayoría de los Jueces dan poco peso a los puntos de vista de los menores de siete años y consideran más a los deseos de los adolescentes, para los menores entre siete y doce años usualmente depende de su madurez. Casi todos los Jueces tratarán de mantener a los menores junto a sus hermanos a menos que haya una razón para no hacerlo.²¹³

²¹⁰ Íd.

²¹¹ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/8.

²¹² Íd.

²¹³ *Ibíd.*, p. 8/9.

Las decisiones de custodia pueden ser reabiertas y cambiadas si un padre muestra cambio de sus circunstancias y el estatus quo no muestra “lo mejor para el menor”.²¹⁴

3.4.4.1.3 Buscando una Corte sin homofobia (*Looking for a Nonhomophobic Court*)

Es de indicar que por lo que toca a la custodia de los hijos menores de edad de padres que viven una relación homosexual o uno de ellos se ha manifestado en ese sentido, éstos se enfrasan en batallas legales por la custodia antes mencionada y a menudo piensan en mudarse a una parte del país donde los Jueces probablemente tengan puntos de vista más liberales. San Francisco puede parecer un paraíso para alguien que vive en Oklahoma, y aunque legalmente usted puede tomar un menor y llevarlo a un nuevo Estado a menos que una orden de la Corte se lo prohíba, la Ley de Competencia Uniforme en la Custodia de Menores (en inglés: *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*; siglas: UCCJA) limita el poder de un Juez para tomar una decisión de custodia. si usted se muda de Oklahoma a San Francisco y eventualmente pide la custodia, el Juez de San Francisco no tiene autoridad (llamada “competencia”) para atender su requerimiento y le enviará de regreso a Oklahoma. Uno de los propósitos de la ley es evitar que los padres se muden de lugar buscando una Corte que les garantice la custodia. La sola presencia de un menor en un Estado no significa necesariamente que ese Estado tenga el poder de regular la custodia de ese menor.²¹⁵

Más bien, la ley que una Corte puede hacer valer para fundamentar una decisión de guarda y custodia, régimen de visita y convivencia o ambas depende de los siguientes criterios:

²¹⁴ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/9.

²¹⁵ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/11.

- Cuál era el Estado hogar del menor; generalmente es el Estado en donde el niño vivió al menos seis meses antes de que el caso de custodia sea presentado ante la Corte.
- Representa lo mejor para los intereses del menor que la Corte tome una decisión porque el menor y al menos uno de los padres tiene una conexión significativa con el Estado y hay evidencia disponible en el Estado, evidencia sustancial concerniente a los cuidados presentes o futuros del menor, protección, capacitación y relaciones personales.
- El menor está presente físicamente en el Estado y ha sido abandonado o necesita protección de emergencia por maltrato o abuso.
- Ningún otro Estado tiene autoridad sobre el caso.²¹⁶

La Ley de Competencia Uniforme en la Custodia de Menores desalienta decretar la custodia en favor del progenitor que reubica su domicilio sólo para crear un Estado de hogar o conexiones significativas en otro Estado.²¹⁷

Si los progenitores iniciaron procedimientos en Estados diferentes, la Corte con un rango menor de competencia según la ley procesal de la materia deberá detener todos los procesos o desechar el caso cuando se pretende eludir la aplicación de la normatividad del Estado hogar del infante, máxime que se puede multar al progenitor por fraude a la ley y, además, obligarlo al pago de gastos y costas en favor de su contraparte.²¹⁸

Si la Corte en un Estado determina que ya hay una orden de custodia del menor, y se determina que al menor se le ha sustraído o trasladado ilegalmente a otro Estado en violación a lo preceptuado por la Ley de Competencia Uniforme en la Custodia de Menores, podrá procesarse al progenitor que propició los ilícitos que

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 8/11.

²¹⁷ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/11.

²¹⁸ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/11.

correspondan aplicando la Ley de Prevención del Secuestro Parental (en inglés: *Parental Kidnapping Prevention Act*; siglas: PKPA).²¹⁹

En los procedimientos de guarda y custodia es importante que la Corte aprecia la opinión de peritos –que en el Derecho norteamericano reciben el nombre de testigos expertos– en psiquiatría, psicología, trabajo social, etcétera, para normar el criterio jurisdiccional.

3.4.4.1.4 Visita y convivencia (*Visitation of Children*)

Como se ha mencionado, las Cortes estadounidenses tienen las facultades de resolver respecto del régimen de vista y convivencia de un infante atendiendo a aquello que más le beneficie; sin embargo, se ha encontrado que en algunos casos los Jueces han obstaculizado y obstruido los derechos de los padres homosexuales a visitar a sus hijos con la misma frialdad y capricho mostradas al no concederles la custodia de éstos.²²⁰

En general, los problemas que enfrenta un padre LGBT en un procedimiento de custodia son los mismos que se deben abordar en un caso de visitas. Pero también existen diferencias significativas: el precedente legal establece que a un padre se le puede negar la custodia simplemente cuando no es lo mejor para el niño. Sin embargo, para denegar las visitas, la Corte debe determinar que éstas serían realmente perjudiciales para el infante.²²¹

Se considera que antes de negar (o restringir en gran medida) el derecho de un padre a ver a su hijo, la Corte debe encontrar conductas extremas que perjudiquen el sano desarrollo del menor, verbigracia abuso infantil, violencia, borracheras repetidas o actos sexuales frente a los niños.²²²

²¹⁹ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/11.

²²⁰ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/13.

²²¹ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/13.

²²² Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/13.

El Juez puede imponer reglas específicas para las visitas. Es decir, decretar, por ejemplo, que el padre que no tiene la custodia que notifique con 48 horas de anticipación su intención de visitas a los hijos, o una Corte puede prohibir que el padre que visita se lleve a los hijos fuera del condado; en situaciones raras no puede llevarse al menor de la casa del otro progenitor o de la casa de un tercero. Es común, si el padre tiene un historial de bebedor, que la Corte requiera que no ingiera alcohol durante la visita.²²³

Pero, ¿puede la Corte restringir las visitas? ¿Puede la Corte prohibir que los menores pasen la noche con su padre si su pareja está presente? Algunas Cortes sí y otras no. ¿Puede la Corte prohibir que un padre homosexual enfermo de sida visite a su hijo? Debido a que el menor no tiene ningún riesgo de contraer el sida de su padre, no hay motivo médico para una prohibición. En la mayoría de los casos las visitas son permitidas pero algunos Jueces las prohibirán supuestamente para “proteger” a los hijos.²²⁴

Una vez que se ingresa una orden de visita, se puede ejecutar como cualquier otra orden judicial. Se sabe que los padres con la custodia se niegan a cumplir con las órdenes de visita, a pesar de su excónyuge. Cualquiera que sea el motivo, es ilegal. Un padre que viola una orden judicial puede ser acusado de desacato, multado o incluso encarcelado.²²⁵

3.4.4.1.5 Pensión a los hijos (*Child Support*)

En cada Estado se requiere que los padres apoyen a sus hijos, sin importar si el progenitor tiene o no la custodia o si le han negado las visitas o si los padres estaban casados cuando nació el niño. Aunque el monto económico del apoyo al menor será

²²³ Cfr. Curry, Hayden *et al.*, *op. cit.*, p. 8/13.

²²⁴ *Ibíd.*, p. 8/13.

²²⁵ *Íd.*

establecido por el Juez, cada Estado ha adoptado una fórmula para establecer este apoyo.²²⁶

3.4.4.2 Cuestiones procesales

3.4.4.2.1 Jurisdicción y *jurisdiction*

Hoy en día, los sistemas procesales hispanoamericanos en las materias civil y familiar distinguen entre jurisdicción y competencia; sin embargo, diferenciar ambos presupuestos formales no siempre resultó tan cotidiano, pues tal como lo expone Eduardo J. Couture:

Hasta el siglo XIX los conceptos de jurisdicción y competencia aparecen como sinónimos. Indistintamente se alude a la falta de jurisdicción como falta de competencia en sentido material, o en sentido territorial, o aun para referirse a la función. Pleonásticamente se llega a hablar de *incompetencia de jurisdicción* (sic).

En el siglo XX, por regla general, se ha superado este equívoco...

La competencia es una medida de jurisdicción. Todos los Jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un Juez competente es, al mismo tiempo, un Juez con jurisdicción; pero un Juez incompetente es un Juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un Juez...

Por el contrario, en la práctica forense norteamericana, el vocablo *jurisdiction*, unifica ambos conceptos, jurisdicción y competencia, y el significado de la palabra obedece por entero al contexto donde se le emplee.

²²⁶ *Ibíd.*, p. 8/13-8/14.

Ello se demuestra a partir de la traducción y el análisis del siguiente enunciado, el cual forma parte del Boletín de Prensa emitido por el Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica con el que se analiza la cuestión instrumental de las controversias que involucran menores en el vecino país del norte:

TEXTO ORIGINAL:

*A court must have jurisdiction (i.e., the power and authority to hear and decide a matter) before it can proceed to consider the merits of the case.*²²⁷

TEXTO TRADUCIDO:

Una Corte tiene *jurisdiction*, esto es, queda investida con el poder y la autoridad necesarios para escuchar y decidir sobre una cuestión determinada, antes de resolver el fondo del asunto.

Del cuadro comparativo inmediato anterior, se desprende que la Corte, esto es, la autoridad judicial encargada de dirimir y sentenciar los asuntos de familia, realiza la función de escuchar y decidir.

En relación a la primera actividad, hemos de indicar que la autoridad debe oír a las partes en las audiencias, declaraciones e interrogatorios con la finalidad de llegar a la verdad de los hechos.

Por lo que toca a la segunda actividad, la autoridad emite sus determinaciones sobre guarda y custodia y régimen de visita y convivencia en el momento procesal oportuno.

El vocablo *jurisdiction* habrá de traducirse y entenderse como “competencia” en el sistema jurídico que se analiza en este apartado, sin que por ello deba entenderse este significado como único e irrevocable.

²²⁷ Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, “Ley de Aplicación Jurisdiccional Uniforme en Materia de Custodia de Menores”: <https://bit.ly/2XpeMpe>, trad. José Jordán Zetina Heredia, p. 1. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

3.4.4.2.2 Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores (*The Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act*)

3.4.4.2.3 Presentación

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores (en inglés: *Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act*; siglas: UCCJEA) es una ley federal uniforme en 1997 por la Conferencia Nacional de Comisionados de Leyes Estatales Uniformes (en inglés: *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*; siglas: NCCUSL) para reemplazar a la Ley Uniforme de Competencia de Custodia de Menores de 1968 (en inglés: *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*; siglas: UCCJA). Dicha Conferencia Nacional redacta y propone leyes donde considera que la uniformidad es importante, pero las leyes entran en vigencia sólo después de su adopción por las legislaturas estatales.²²⁸

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores regula la competencia de los tribunales estatales para hacer y modificar determinaciones de custodia de los hijos un término que incluye expresamente órdenes de custodia y visita.²²⁹

La ley exige que los tribunales estatales hagan cumplir las determinaciones válidas de custodia de menores y visitas hechas por los tribunales estatales homólogos. También establece procedimientos innovadores de aplicación interestatal.²³⁰

La UCCJEA –ley anterior– pretende ser una mejora sobre la UCCJA –norma vigente–. Aclara las disposiciones de la Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores que han recibido interpretaciones contradictorias en los tribunales de

²²⁸ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 1.

²²⁹ Íd.

²³⁰ Íd.

todo el país, codifica las prácticas que efectivamente han reducido el conflicto interestatal, se homologa con las normas de competencia de la Ley de Prevención de Secuestro Parental (en inglés: *Parental Kidnapping Prevention Act*, siglas: PKPA) para garantizar la exigibilidad de las órdenes interestatales y agrega protecciones para las víctimas de violencia doméstica que se mudan fuera del Estado para refugiarse.²³¹

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores, sin embargo, no es un estatuto de custodia sustantivo. No dicta normas para tomar o modificar las decisiones de custodia y visitas de los niños; en cambio, determina qué tribunales de los Estados tienen y deberían ejercer competencia para hacerlo. Un tribunal debe tener competencia (es decir, el poder y la autoridad para escuchar y decidir un asunto) antes de que pueda proceder a considerar los méritos de un caso. La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores no se aplica a los casos de manutención infantil.²³²

3.4.4.3.4 Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores (*The Uniform Child Custody Jurisdiction Act*)

3.4.4.3.4.1 Perspectiva general (*Overview*)

Antes de 1968, los tribunales estatales en todo el territorio norteamericano podían ejercer competencia sobre un caso de custodia de menores, basados en la presencia de un menor en el Estado. Los tribunales también modificaban libremente las órdenes de otros Estados porque los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos no habían resuelto sobre si la Cláusula de Crédito y Buena Fe contenida en la Constitución aplicaba en decretos de custodia.²³³

²³¹ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 1.

²³² *Ibíd.*, p. 1.

²³³ *Ibíd.*, p. 2.

Este clima legal fomentó la sustracción de menores y la elección de un tribunal más favorable, ya que los padres, con la posesión física del menor, podían elegir qué Corte decidiría la custodia; entonces, los padres tuvieron un incentivo legal para sustraer a sus hijos.²³⁴

Por ejemplo, un padre podía llevar a un niño a un Estado en el que el infante no tuviera vínculos previos y un tribunal de ese Estado podría ejercer competencia y tomar o modificar una determinación de custodia. El secuestro llevado a cabo por los padres se benefició con este sistema, pero sus tácticas de “pisa y corre” tuvieron un alto costo para los niños y el sistema judicial. La vida de los niños se vio interrumpida, y los recursos judiciales se desperdiciaron, ya que los tribunales en numerosos Estados a menudo escucharon casos de custodia con los mismos menores.²³⁵

Dada la naturaleza interestatal del problema, se necesitaba una solución interestatal. La Conferencia Nacional de Comisionados de Leyes Estatales Uniformes respondió en 1968 con la Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores, que regía la existencia y el ejercicio de la competencia en las determinaciones iniciales de custodia de los hijos y en los casos de modificación de órdenes existentes. La norma en comento también requería que los Estados hicieran cumplir y no modificaran las órdenes de otros Estados. Los nuevos requisitos estaban destinados a eliminar el incentivo legal de los padres para secuestrar a los niños en busca de un foro amigable que emitiera una orden de custodia de menor o modificar una orden existente.²³⁶

La Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores basaba la competencia con la proximidad y afiliación del menor a un Estado específico, estableciendo cuatro motivos de competencia:

²³⁴ Íd.

²³⁵ Íd.

²³⁶ Íd.

- Hogar o Estado de origen. Reservado para el Estado en el cual el menor ha vivido por lo menos seis meses antes de iniciar el proceso.
- Vínculo significativo. Cuando en el Estado hay evidencia sustancial de las conexiones significativas del niño con ese Estado.
- Emergencia. En situaciones de abandono o abuso que requieren acciones de protección inmediata.
- Vacío. Aplica cuando no existe otra base de competencia.²³⁷

Excepto en los casos de emergencia, la Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores eliminó la presencia física de un niño en un Estado para ejercer competencia. Como resultado, un tribunal ya no podría basar su competencia únicamente en la presencia de un niño dentro de sus límites geográficos, ni la ausencia de un niño necesariamente privaría al tribunal de competencia. Según la regla del Estado hogar de la legislación en análisis, un padre que haya abandonado la localidad puede solicitar la custodia en el Estado de origen del niño incluso después de un secuestro parental.²³⁸

La Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores también requería que los Estados hicieran cumplir y no modificaran las órdenes de custodia y visitas hechas por otros Estados.²³⁹

3.4.4.3.4.2 Problemas sin resolver (*Unresolved problems*)

Aunque la Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores fue una mejora importante sobre la ley anterior a 1968 que rige la competencia en casos de custodia de menores, persistieron algunos problemas. La ley no eliminó la posibilidad de que dos o más Estados tuvieran competencia concurrente (por ejemplo, basados en el Estado de origen y la conexión significativa), y la prohibición del estatuto contra

²³⁷ Íd.

²³⁸ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 2.

²³⁹ *Ibíd.*, p. 2.

procedimientos simultáneos no fue rutinariamente efectiva para evitar que tribunales en diferentes Estados ejerciesen competencia y emitiesen órdenes de custodia contradictorias. Además, en contra de la interpretación restrictiva de la competencia de emergencia prevista por los redactores, algunos Jueces utilizaron esta base para proporcionar medidas de naturaleza permanente, en lugar de abordar un problema urgente de modo temporal hasta que un tribunal con competencia regular pudiera actuar. Los conflictos de competencia también continuaron en los casos de modificación. Por ejemplo, cuando un niño se mudó de su Estado de origen y se iniciaron procedimientos simultáneos, los tribunales de ambos Estados afirmaron tener competencia para modificar las órdenes existentes. Esta superposición a menudo condujo a órdenes de custodia contradictorias e incertidumbre para los padres y sus hijos.²⁴⁰

Aunque la ley entonces vigente obligó a los tribunales a hacer cumplir y no modificar las órdenes de custodia de los tribunales homólogos, no proporcionó procedimientos de ejecución para cumplimentar este requisito. Se dejó que los litigantes descubrieran los procedimientos locales de ejecución por su cuenta y éstos varían considerablemente en todo el país (por ejemplo, juicios por desacato, mociones de cumplimiento y buena fe y procedimientos de hábeas corpus). La variedad de procedimientos de cumplimiento en las legislaciones locales retrasó la aplicación (a veces hasta el punto de negar las peticiones, como en los casos de interferencia de visitas de fin de semana), generó costos adicionales (debido a variaciones en la práctica foral en varios Estados), hizo que los resultados fueran impredecibles y, a veces, permitió que los tribunales locales modificaran órdenes válidas, contrariando la intención de la Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores. Además, algunos Estados que adoptaron esta ley con variaciones terminológicas. Estas variaciones minaron la interpretación uniforme y la aplicación de la ley en todo el país y creó lagunas que condujeron a la emisión de órdenes de custodia contradictorias.²⁴¹

²⁴⁰ Íd.

²⁴¹ Íd.

Las contrapartes en un juicio por custodia han explotado a veces las ambigüedades de competencia para entablar litigios, asegurar órdenes de custodia contradictorias y retrasar (o negar) el cumplimiento de órdenes de custodia y visitas legalmente ejecutables. En estos casos, los recursos que podrían haberse utilizado a los niños se gastaron en litigios interestatales. Eliminar este problema es uno de los propósitos declarados de la Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores, norma que nació con la intención de evitar la competencia concurrente y los conflictos con los tribunales de otros Estados en asuntos de custodia de los hijos que en el pasado han provocado el desplazamiento de los menores de un Estado a otro con efectos perjudiciales para su bienestar así como para desalentar continuas controversias sobre la custodia en aras de una mayor estabilidad del entorno familiar y de las relaciones familiares seguras para el niño.²⁴²

Los padres empeñados en “ganar” un caso de custodia interestatal (o de asegurarse de que el otro padre “pierda”) a veces emplean tácticas que pueden dañar a los niños en el proceso. Irónicamente, algunos padres pierden de vista a sus hijos cuando luchan por el derecho a quedarse con ellos. En un caso particularmente atroz, por ejemplo, y tras tres años de litigio en Indiana que deberían haber resultado en una restitución inmediata del menor a su madre (de conformidad con la orden indiana que ejecuta diversa proveniente de Hawái), un tribunal de menores intervino en el último minuto y ordenó la detención del menor involucrado para una evaluación psicológica. El abogado del padre había orquestado un procedimiento ante los Servicios de Asistencia Infantil (en inglés: *Child In Need of Services*; siglas: CHINS) en un tribunal especializado para evitar que el menor volviera con su madre. El caso sigue siendo un fuerte recordatorio sobre la necesidad de que una norma de competencia especifique claramente los procedimientos a los que se aplica, restrinja el uso de la competencia de emergencia y establezca procedimientos de

²⁴² Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 4.

ejecución que sean expeditos, seguros y predecibles. La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores esos objetivos.²⁴³

Los litigios prolongados y las órdenes de custodia contradictorias no sólo socavan la sensación de estabilidad en el niño sino que también plantean la posibilidad de responsabilidad criminal para uno o ambos padres, quienes pueden enfrentar cargos en un Estado al cumplir con la orden de otro. El asunto de California versus el Tribunal Superior del mismo Estado y el Condado de San Bernardino (*Smolin et al.*), ejemplifica esta situación. En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos se negó a impedir el traslado de un padre de California a Luisiana, donde fue acusado de secuestro parental simple. Los cargos criminales se derivaron de la recuperación de los hijos por parte del padre en Luisiana, donde se habían mudado con su madre. El padre argumentó que no podía ser acusado de secuestro parental bajo la ley de Luisiana (y por lo tanto no debería ser trasladado) porque era el custodio legal de sus hijos de conformidad con una orden emitida en California de conformidad con la Ley de Prevención de Secuestro Parental, radicando en Luisiana de buena fe. La Corte Suprema, sin embargo, sostuvo que bajo la Ley Uniforme de Extradición Criminal, el lugar donde el padre podía hacer valer su defensa, por muy brillante que ésta fuera, contra el cargo penal era Luisiana, no California.²⁴⁴

Los mecanismos de cumplimiento de la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores autorizan a los funcionarios públicos a ayudar en los procedimientos de cumplimiento acelerado y permiten un proceso abreviado de registro asistido por los tribunales. Al hacerlo, estos mecanismos deberían reducir considerablemente las restituciones hechas por propia mano, lo que puede ser emocional y físicamente perjudicial para los niños y legalmente problemático para los padres.²⁴⁵

²⁴³ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁴ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁵ *Íd.*

3.4.4.3.5 Competencia: Artículos 1 y 2 (*Jurisdiction: Articles 1 and 2*)

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores, en vigor desde 1997, es un reemplazo completo de la Ley de Competencia Uniforme de Custodia de Menores (1968-1997). Los Artículos 1 y 2 de la norma instrumental hoy aplicable contienen reglas de competencia apegadas a los lineamientos de establecidos en la Ley de Prevención de Secuestro Parental con la intención de producir determinaciones judiciales de custodia informes y legalmente válidas bajo el principio de buena fe en todos los Estados.²⁴⁶

De manera esencial, los Artículos 1 y 2 de la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores establecen que la norma en cita:

- Se aplica a una variedad de procedimientos en los que los derechos de custodia o visitas están en litigio.
- Otorga prioridad a la competencia por hogar o Estado de origen.
- Preserva la competencia exclusiva o continua en el Estado donde se determinó conceder la orden de custodia si en ese Estado existe un fundamento legal para ejercer competencia. Ésta continúa hasta que el niño, sus padres o quien lo tenga bajo sus cuidados se muden de esa circunscripción.
- Autoriza a los tribunales a ejercer competencia de emergencia en caso de abuso infantil y limita la ayuda disponible en casos de emergencia a órdenes de custodia temporal.
- Renueva las reglas que rigen el análisis del foro inconveniente, requiriendo a los tribunales el examen de factores específicos para decidir sobre esta cuestión.²⁴⁷

²⁴⁶ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁷ *Íd.*

3.4.4.3.6 Ejecución: Artículo 3 (*Enforcement: Article 3*)

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores también establece procedimientos uniformes para el litigio interestatal de la custodia de los hijos y las determinaciones de visitas.

En particular, el Artículo 3 de la norma instrumental antes aludida:

- Autoriza la aplicación temporal de determinaciones de visitas.
- Crea un proceso de registro interestatal para las determinaciones de custodia a ejecutarse fuera del Estado.
- Establece un procedimiento para una aplicación rápida de determinaciones de custodia y visitas interestatales.
- Autoriza la emisión de órdenes de detención que facultan a las fuerzas del orden público a recoger a los niños en riesgo de ser expulsados del Estado.
- Autoriza a los funcionarios públicos a ayudar en la aplicación civil de las determinaciones de custodia y en los casos donde se aplique el Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (25.X.1980).²⁴⁸

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores se aplica a una gran variedad de procedimientos.

Específicamente, los tribunales de los Estados que han adoptado dicha legislación deben cumplir con la normatividad cuando surgen controversias por la custodia y o visitas en los procedimientos de divorcio, separación negligencia, abuso, dependencia de cuidados, tutela, paternidad, terminación de los derechos de los padres y protección contra la violencia doméstica. La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores no se aplica a los procedimientos de manutención de menores o casos de adopción. La identificación

²⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 4-5.

de los procedimientos específicos a los que se aplica la norma mencionada aclara a los tribunales cuándo deben cumplir con esta ley, lo que debería minimizar la probabilidad de que más de un Estado se declare competente sobre el mismo asunto.²⁴⁹

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores otorga competencia de los tribunales para emitir órdenes permanentes, temporales, iniciales y modificatorias. Las reglas que rigen la competencia de los tribunales para emitir una determinación inicial de custodia difieren de las que rigen la competencia para modificar una orden existente. El tipo de procedimiento de custodia determina qué reglas se aplican y si un tribunal tiene la autoridad para actuar.²⁵⁰

3.4.4.3.7 Órdenes y procedimientos de custodia extranjera (*Foreign Custody Orders and Proceedings*)

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores exige que los tribunales estatales reconozcan y hagan cumplir las determinaciones de custodia hechas por tribunales extranjeros en circunstancias fácticas que se ajustan sustancialmente a las normas de competencia de esa ley otorgando a los tribunales extranjeros el carácter de locales. Sin embargo, los tribunales locales no deben aplicar la norma (es decir, no deben hacer cumplir la orden judicial extranjera o reconocer la competencia de un tribunal foráneo) si la normatividad en materia de custodia del país extranjero viola los principios fundamentales de los derechos humanos. Esta disposición se deriva del artículo 20 del Convenio de la Haya.²⁵¹

Según el análisis legal de dicho convenio realizado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de Norteamérica, la defensa de los derechos humanos y las

²⁴⁹ *Ibíd.*, p. 5.

²⁵⁰ *Íd.*

²⁵¹ *Íd.*

libertades fundamentales para que la restitución de un menor pudiera ejecutarse por parte de un tribunal extranjero puede rehusarse en la excepcional ocasión en que el regreso de ese menor conmocione por completo la conciencia del tribunal u ofenda las nociones mínimas del debido proceso.²⁵²

3.4.4.3.8 Disposiciones de competencia de la UCCJEA (*Jurisdictional Provisions of the UCCJEA*)

De conformidad con la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores existen dos requisitos para emitir o modificar una determinación de custodia: (1) el tribunal ante el que se promueve resulta competente en términos de ley y (2) las partes deben ser notificadas para ejercer su oportunidad de ser escuchadas. Resultan inoperantes en consecuencia los criterios de competencia basados en el domicilio habitacional de las partes o de su menor hijo o en razón de la comunidad con la que hayan estrechado vínculos en su lugar de residencia. Además, un tribunal que tenga competencia no puede adjudicar la custodia a menos de que tenga una base para seguir prorrogando su competencia.²⁵³

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores establece cuatro supuestos para ejercer la competencia inicial:

- Hogar o Estado de origen.
- Conexión significativa.
- Tribunal más apropiado.
- Competencia de vacío.

También autoriza a los tribunales a emitir órdenes temporales por motivos de emergencia. Estas bases se analizan a continuación.

²⁵² Íd.

²⁵³ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 5.

❖ **Hogar o Estado de origen (*Home State jurisdiction*)**

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores otorga prioridad a la competencia del Estado de origen en la fase inicial de los procedimientos de custodia de menores. Al hacerlo, dicha ley se ajusta a los parámetros establecidos en la Ley de Prevención de Secuestro Parental y rechaza el trato igualitario entre este criterio y el de conexión significativa existente en la norma instrumental anterior. Sólo en los casos en que un niño no tiene una residencia fija o el Estado de origen declina su competencia, otro tribunal puede aplicar el criterio de la conexión significativa. Este cambio en la legislación tiene la intención de reducir significativamente el número de casos en los que más de un Estado de la Unión resulta competente sobre un caso. A su vez, la incidencia de órdenes de custodia contradictorias emitidas por tribunales en diferentes Estados también debería disminuir.²⁵⁴

Según la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores, un tribunal tiene competencia en el Estado de origen del menor si éste vive allí a partir de la fecha en que se inician los procedimientos o si ha vivido allí con sus padres o con la persona que lo tenga bajo su cuidado los seis meses anteriores al inicio del juicio. Este criterio sigue rigiendo incluso si alguno de los padres ya fijó residencia en otra localidad.

❖ **Conexión significativa (*Significant connection jurisdiction*)**

Cuando un niño no tiene residencia fija o cuando el tribunal que conocía de su caso declina su competencia, otro tribunal puede ejercerla si el niño tiene lazos suficientes con el Estado y hay evidencia sustancial disponible sobre la presencia del menor en la localidad. Un niño no necesita estar físicamente presente en su circunscripción para que un tribunal ejerza competencia por conexión significativa.

²⁵⁴ *Íd.*

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores resuelve el conflicto competencial a favor del primer procedimiento promovido. Sin embargo, se requiere que los tribunales se comuniquen, y el tribunal del procedimiento más viejo puede declinar en favor del más nuevo después de practicada la comunicación judicial.²⁵⁵

❖ **Foro más adecuado (*More appropriate forum jurisdiction*)**

Según la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores, existe una tercera base para la competencia inicial cuando los criterios de Estado de origen y conexión significativa son rechazados por los tribunales al momento de decidir ejercer competencia, éste se puede pasar declinar en favor de otra localidad por motivos de foro inconveniente o conducta injustificable.²⁵⁶

❖ **Competencia de vacío (*Vacuum jurisdiction*)**

Similar a la normatividad ahora en desuso, la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores establece que ninguno de los criterios anteriores es aplicable, se puede utilizar la competencia de vacío, y entonces un tribunal toma el caso en la fase inicial del procedimiento por custodia. Esta disposición se aplicaría a situaciones en las que los menores no permanezcan el tiempo suficiente para formar apegos (por ejemplo, niños sin hogar, hijos de trabajadores migrantes o personal militar, o niños enviados con otro familiar para cuidado temporal).²⁵⁷

²⁵⁵ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 6.

²⁵⁶ Íd.

²⁵⁷ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 6.

❖ **Competencia de emergencia temporal (*Temporary emergency jurisdiction*)**

Según la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores, los tribunales tienen competencia de emergencia temporal cuando un niño ha sido abandonado o cuando se necesite protección de emergencia porque este mismo niño o algún familiar directo ha sido sometido o está amenazado con prácticas de maltrato o abuso. La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores limita el concepto de “emergencia” de su predecesora al excluir los casos de negligencia, volviendo a la ley ahora vigente paritaria en criterios con la Ley de Prevención de Secuestro Parental, al tiempo de que amplía la definición para la cobertura de emergencias que ponen en riesgo a los padres o hermanos del menor, en consonancia con los de la Ley de Prevención de la Violencia contra las Mujeres (en inglés: *Violence Against Women Act*, siglas: VAWA).²⁵⁸

Según la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores, los tribunales pueden ejercer competencia de emergencia y emitir órdenes temporales incluso si se ha iniciado un procedimiento en otro Estado. La comunicación judicial inmediata es obligatoria para resolver la emergencia, proteger la seguridad personal de las partes y del niño, y determinar cuánto tiempo debe permanecer vigente una orden temporal.²⁵⁹

Se debe notificar y dar oportunidad de ser escuchado en audiencia para que una orden de emergencia sea ejecutable en otros Estado, de conformidad con la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores y la así como con los de la diversa Ley de Prevención de Secuestro Parental. Como mínimo, ambas leyes requieren que se notifique a cualquiera de ambos padres cuyos derechos parentales no hayan sido terminados por decisión judicial y a cualquier

²⁵⁸ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 6.

²⁵⁹ Íd.

persona que tenga la custodia física del niño. Las disposiciones de custodia temporal o visitas en una orden de protección que se obtuvo ex parte (es decir, sin haber notificado al contrario) no se pueden ejecutar. Sin embargo, las disposiciones legales sobre este tema pueden ser exigibles dentro del Estado que emitió la orden si las leyes contra la violencia doméstica u otra normatividad así lo establecen. La duración de una orden de custodia temporal o de emergencia depende de si la custodia esté siendo litigada de manera simultánea. Si no hay una orden de custodia previa que sea legalmente ejecutable de acuerdo con la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores y no se ha iniciado procedimiento en un tribunal competente, la orden de emergencia temporal se convierte en definitiva cuando el Estado emisor se convierte en el lugar de residencia del niño, es decir, después de seis meses. La notificación debe producirse con las formalidades que exige la norma en alusión. Si existe una orden anterior o se ha iniciado un procedimiento por custodia en un tribunal competente, el de emergencia temporal debe especificar un período adecuado dentro del cual la parte víctima de violencia puede obtener una orden de custodia de otro tribunal. La orden temporal permanece vigente hasta que se obtenga una nueva o el plazo concedido en aquélla expire.²⁶⁰

3.4.4.3.8.1 Modificación de competencia (*Modification Jurisdiction*)

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores aborda la competencia para modificar las determinaciones existentes de custodia de menores o visitas en dos Secciones complementarias: la Sección 202 establece reglas de competencia continua en el Estado que otorga la orden y la Sección 203 regula cuándo otro Estado puede modificar un decreto existente.²⁶¹

²⁶⁰ Íd.

²⁶¹ *Ibíd.*, p. 7.

❖ **Competencia continua o exclusiva (*Exclusive, continuing jurisdiction*)**

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores adoptó una regla de exclusividad de competencia similar a la de la Ley de Prevención de Secuestro Parental. De acuerdo con la ley procesal vigente, un tribunal que emitió una orden tiene competencia exclusiva para modificar su decreto hasta en tanto no ocurra uno de los siguientes supuestos:

- El tribunal pierde competencia bajo el criterio de conexión significativa.
- El niño, sus padres o la persona que lo tiene bajo su cuidado ya no vive en el lugar del foro.²⁶²

Sólo la Corte que decretó la orden puede determinar si tiene una competencia de conexión significativa. Es decir, una Corte homóloga no puede sustituir el mandato original. Por el contrario, cualquier tribunal estatal puede determinar que las partes interesadas han abandonado el lugar donde se lleva a cabo el juicio.²⁶³

Si una localidad tiene competencia exclusiva, ninguna otra puede modificar la orden expedida, incluso si el niño se muda a otro lugar de residencia. (En tal escenario, el padre que no obtuvo la custodia permanece en la localidad donde se lleva a cabo el juicio.) Un tribunal en el nuevo domicilio del menor (o de cualquier otro lugar) no puede modificar el decreto inicial, a menos de que el Estado donde éste se emitió pierda la competencia que tenía o que el nuevo lugar de residencia del menor atraiga el caso con los estándares de la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores. Estos requisitos están destinados a eliminar la práctica que se realizaba con la Ley Uniforme de Competencia de Custodia de Menores en la que el Estado del domicilio anterior del menor y el nuevo alegaban tener competencia de modificación de decretos, lo que probablemente generaría órdenes contradictorias y confusión sobre cuál es la orden que tiene

²⁶² Íd.

²⁶³ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 7.

prioridad. Las órdenes contradictorias también han causado que muchos agentes de la ley rechacen cooperar para hacer cumplir una orden debido a la incertidumbre sobre su validez.²⁶⁴

3.4.4.3.8.3 Declinación de competencia (*Declining jurisdiction*)

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores, establece que la declinación de competencia de un tribunal en favor de otro surge a partir de las dos causales que se analizan a continuación:

❖ Foro inconveniente (*Inconvenient forum*)

Según la Sección 207 de la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores, un tribunal puede, después de tomar en cuenta factores específicos, determinar que otro Estado está en mejores condiciones para decidir la custodia. Estos factores incluyen la existencia de violencia doméstica y, de ser así, se decide en qué circunscripción territorial puede proteger mejor a las partes involucradas y al niño, cuánto tiempo ha vivido el niño fuera de su lugar de origen, dónde se encuentra evidencia para sustentar el caso, y qué tribunal está más familiarizado con el asunto.²⁶⁵

❖ Conducta inadmisibles (*Unjustifiable conduct*)

Sujeta a las excepciones específicas que marca la Sección 208 de la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores esta causal requiere que un tribunal rechace la competencia si ésta se arrogó por la conducta inadmisibles o injustificables de la parte que promueve la acción. Además, la ley exige que el tribunal sancione al infractor con los gastos necesarios y trámites como consecuencia, a menos de que éste pueda probar que la sanción es

²⁶⁴ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 7.

²⁶⁵ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 7.

claramente inapropiada. Aunque la norma no define “conducta inadmisibles”, los ejemplos pueden ser: traslado, retención u ocultamiento ilícito de un niño.²⁶⁶

3.4.4.3.9 Cumplimiento de la UCCJEA (*Duty To Enforce Under the UCCJEA*)

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores exige que los tribunales estatales reconozcan y hagan cumplir las determinaciones en materia de custodia de menores pronunciadas de conformidad sustancial con las disposiciones de competencia establecidas en la ley vigente o realizadas en circunstancias de hecho que cumplan con los estándares de competencia contenidos en la norma de la materia. Este deber básico de hacer cumplir la ley es el mismo que el que existe en la Ley Uniforme de Competencia de Custodia de Menores; sin embargo, una orden de custodia puede hacerse cumplir sólo si el tribunal emisor ejerció competencia de conformidad con la legislación procesal actual.²⁶⁷

Lo anterior puede producirse de la siguiente manera:

❖ Registro de una determinación de custodia obtenida en otro Estado (*Registration of an out-of-State custody determination*)

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores crea un proceso para registrar órdenes de custodia y visitas fuera del Estado. Los padres y otras partes interesadas no están obligados a registrar una determinación de custodia o visitas pero pueden elegir hacerlo por los siguientes motivos:

²⁶⁶ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 7.

²⁶⁷ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 8.

- El registro notifica a los tribunales de otro Estado respecto de una determinación de custodia existente y de la competencia exclusiva y continua del tribunal emisor.
- El registro es una prueba previa de exigibilidad, es decir, se puede usar para obtener la seguridad que la determinación de custodia se aplicará en el futuro.
- El registro puede obviar la necesidad de defensores públicos en un caso, lo que sería un gran beneficio para los padres que no pueden pagar un abogado.
- Una orden registrada es exigible como si hubiera sido emitida por un tribunal local a partir de la fecha de su registro.²⁶⁸

El proceso para registrar las determinaciones de custodia fuera del Estado de origen es sencillo. La parte interesada envía una solicitud de registro a un tribunal de otro Estado, junto con copias de la determinación de custodia de los hijos y alguna otra información requerida. El tribunal ingresa la orden como un fallo extranjero y notifica al padre (o persona que tenga a los menores bajo su cuidado) a quien se le ha otorgado la custodia o las visitas en la orden. Las personas que reciben la notificación tienen veinte días para solicitar una audiencia para impugnar la validez de la orden. Si no se realiza dicha solicitud, la orden se confirma como cuestión firme y se puede hacer cumplir como si fuera una orden local.²⁶⁹

Si el registro es impugnado, sólo hay tres defensas disponibles:

- Que el tribunal que emitió la determinación de la custodia carecía de competencia.
- Que la persona que impugna el registro no recibió la notificación correspondiente.

²⁶⁸ Íd.

²⁶⁹ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 8.

- Que la determinación de custodia haya sido anulada, suspendida o modificada.²⁷⁰

El proceso de registro establecido en la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores difiere de la disposición de la disposición legal anterior, el cual requiere que los secretarios de los tribunales mantengan un registro para ingresar determinaciones fuera en otro tribunal. La disposición de registro de la Ley Uniforme de Competencia de Custodia de Menores se omitió en el dispositivo legal vigente.²⁷¹

❖ **Órdenes de visita temporales (*Temporary visitation orders*)**

Según la norma procesal vigente, los tribunales pueden emitir órdenes temporales para hacer cumplir los horarios de visitas en las órdenes judiciales de otros Estados o las disposiciones de visitas de órdenes foráneas que no contienen un horario específico. Por ejemplo, los tribunales pueden ordenar el tiempo de visita compensatoria o dar un significado específico a la concesión de “visita razonable” obtenida en otro Estado.²⁷²

Aunque la Sección donde se contienen los derechos arriba mencionados otorga a los Jueces la autoridad para emitir órdenes temporales para facilitar las visitas que de otra manera no podrían ocurrir, no confiere competencia de modificación para hacer cambios generales a las órdenes procedentes de otros Estados. De conformidad con la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores así como con la Ley de Prevención de Secuestro Parental, los cambios permanentes a la orden de custodia original sólo pueden ser realizados por el tribunal con competencia de modificación, a menos de que el tribunal de ejecución de la orden decida ejercer competencia.²⁷³

²⁷⁰ Íd.

²⁷¹ Íd.

²⁷² Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 8.

²⁷³ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 8.

❖ **Aplicación acelerada de determinaciones de custodia (*Expedited enforcement of custody determinations*)**

Las Secciones 308-310 de la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores crean un nuevo sistema de cumplimiento, cuyo objeto es la recuperación inmediata de un niño. Su naturaleza es la de un procedimiento sumario. Si existe un riesgo de daño físico grave o secuestro este mecanismo se puede usar junto con una orden de detención física del niño de que se trate.²⁷⁴

Las Secciones de cumplimiento acelerado de la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores provén una audiencia de cumplimiento, normalmente dentro de las veinticuatro horas hábiles siguientes. Si esa fecha es imposible, la audiencia debe celebrarse al primer día judicial posible. En otras palabras, esta es una prioridad procesal.²⁷⁵

En la audiencia, el demandado tiene defensas limitadas, cuya disponibilidad depende de si la orden fue registrada. Si es así, la única defensa disponible es que la orden haya sido anulada, suspendida o modificada. Si la orden de custodia no se ha registrado, el demandado puede hacer valer las tres defensas que podían haberse planteado en un proceso de registro: 1) falta de competencia en el tribunal de apelación; 2) la orden de custodia ha sido anulada, suspendida o modificada; 3) falta de notificación.²⁷⁶

Al final de la audiencia, y a menos de que el demandado haya establecido una defensa, el tribunal debe emitir una orden autorizando al peticionario a tomar la custodia física inmediata del niño. De conformidad con la Sección 312, el tribunal también debe ordenar al demandado que pague los gastos de su contraparte, a

²⁷⁴ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁵ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁶ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 8.

menos de que éste demuestre que esta sanción es claramente inapropiada. (Si, por el contrario, al demandado es absuelto en sentencia, es el solicitante quien debe correr con los gastos y costas de su contrario.) La orden de devolución del menor también puede incluir una directriz para la asistencia policial de la entrega.²⁷⁷

❖ **Garantías para tomar la custodia física de un niño (*Warrants to take physical custody of a child*)**

La Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores también incluye un procedimiento para garantizar la seguridad y la presencia de un niño en una circunscripción territorial cuando la notificación de un procedimiento de ejecución puede causar que el padre que lo tiene consigo dañe o huya con el niño. En el hallazgo de que un niño tiene una probabilidad inminente de sufrir daños físicos graves o ser expulsado de la localidad donde se encuentre, la Sección 311 autoriza específicamente a un tribunal a emitir una orden judicial que indique a los agentes de la ley que tomen la custodia física inmediata del niño.²⁷⁸

Las órdenes para tomar la custodia física de un niño (también conocidas como “órdenes de restitución”) se obtienen cumpliendo con los requisitos de la ley instrumental vigente y aplicable junto con una acción de cumplimiento. El peticionario presenta una solicitud verificada para obtener una orden de detención física del niño al presentar una acción de cumplimiento. El tribunal debe tomar testimonio del peticionario y de otro testigo. El testimonio se puede tomar por teléfono, en persona o por cualquier otro medio permitido por la ley local. Si el tribunal determina que el niño tiene una probabilidad inminente de sufrir daños físicos graves o ser expulsado de la localidad en que se encuentra, el tribunal puede emitir una orden de retención del niño. El documento debe ordenar a los agentes de la ley que recojan al niño de inmediato y debe prever la colocación del niño en espera de audiencia de ejecución. El demandado debe recibir la petición, la orden

²⁷⁷ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 8.

²⁷⁸ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 8.

y ésta se ejecuta inmediatamente después, y la petición de ejecución debe ser escuchada al próximo día hábil, a menos de que esa fecha sea imposible.²⁷⁹

Este mecanismo puede ser especialmente útil para prevenir los secuestros internacionales. La Ley de Mecanismos Civiles contra la Sustracción de Menores (en inglés: *International Child Abduction Remedies*; siglas: ICARA) contempla que los tribunales que escuchan los casos de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores puede tomar medidas bajo las leyes estatales y federales para proteger el bienestar de un niño o para evitar su posterior traslado u ocultamiento antes de la disposición final de la petición. La Sección 311 de la Ley de Cumplimiento y Competencia Uniforme en Materia de Custodia de Menores proporciona la autoridad para hacerlo.²⁸⁰

3.5 Canadá

3.5.1 Tradición jurídica canadiense

En palabras de Juan Antonio Herrera Izaguirre, la tradición jurídica del Canadá posee una vertiente doble, pues:

...la forma de aplicar la ley canadiense está conformada por dos grandes sistemas jurídicos: el Código Civil, que rige solamente en la provincia de Quebec y la *Common Law* británica, la cual es aplicable en el resto de las provincias y de los territorios, así como a nivel federal.²⁸¹

²⁷⁹ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, pp. 8-9.

²⁸⁰ Cfr. Departamento de Justicia del Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, *op. cit.*, p. 9.

²⁸¹ Herrera Izaguirre, Juan Antonio *et al.*, "Derecho de las personas y la familia. El divorcio: el Código Civil para el Estado de Tamaulipas vs. Divorce Act canadiense", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, núm. 136, 2013, p. 364.

El contexto del Código Civil para Quebec que se menciona en la transcripción anterior debe entenderse a partir de la comprensión de los hechos que sintetizamos en la tabla de abajo:²⁸²

AÑO:	ACONTECIMIENTO HISTÓRICO:
• 1608:	<ul style="list-style-type: none">☞ En su segunda expedición al Nuevo Mundo, Samuel de Champlain funda Quebec en un promontorio contiguo al río San Lorenzo.☞ Gracias a la navegabilidad del río, su objetivo era utilizar la ciudad como base para la colonización de la llamada Nueva Francia.
• 1756:	<ul style="list-style-type: none">☞ Las dos grandes potencias europeas del momento, Francia e Inglaterra, libran una guerra por la hegemonía (Guerra de los Siete Años).☞ El conflicto se extiende a las colonias norteamericanas, donde ya se habían experimentado rifirrafes anteriormente.
• 1763:	<ul style="list-style-type: none">☞ La Derrota de los Planos de Abraham, a las puertas de la ciudad, marca el fin de la soberanía francesa en el territorio quebequense.
• 1774:	<ul style="list-style-type: none">☞ El Parlamento Británico promulga la <i>Quebec Act</i>, que reconoce la posición de la lengua francesa, la religión católica y el Código Civil francés en la colonia.

3.5.2 Nombre y estructura general de la ley

La ley que se encarga de regular las consecuencias inherentes a la separación recibe el nombre de Ley de Divorcio (en inglés: *Divorce Act*) y se compone de treinta

²⁸² Cfr. González, Ricard, “Cuatro siglos de historia de Quebec”: <https://bit.ly/2VmB7nB>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

y seis artículos, cuyo contenido queda descrito esencialmente en el cuadro de abajo:²⁸³

ARTÍCULOS:	CONTENIDO SINTETIZADO:
• art. 1:	☞ Título corto. ☞ Se da a conocer el nombre de la ley.
• art. 2:	☞ Interpretación. ☞ Glosario donde se definen los conceptos utilizados.
• arts. 3-7:	☞ Jurisdicción. ☞ Competencia de los tribunales.
• arts. 8-14:	☞ Materia de la ley. ☞ Facultades y deberes del abogado que se encarga del asunto. ☞ Obligaciones a cargo de las partes que promuevan el divorcio.
• arts. 15-20:	☞ Corolario de socorro. ☞ Procedimiento ante un tribunal en el que uno o ambos excónyuges pueden solicitar una orden de manutención para los hijos, una orden de manutención del cónyuge o una orden de custodia.
• arts. 21-31:	☞ Apelaciones y otros medios de defensa.
• arts. 32-35:	☞ Disposiciones transitorias.
• art. 36:	☞ Fecha de entrada en vigor de la ley.

La Ley de Divorcio, que es la norma a partir de la cual se puede disolver el vínculo matrimonial, es una ley emanada de la Federación, por lo que su aplicación es vigente tanto en las provincias (Alberta, Columbia Británica, Manitoba, Nueva Brunswick, Terranova y Labrador, Nueva Escocia, Ontario, la Isla del Príncipe Eduardo, Quebec y Saskatchewan) como en los territorios (Nunavut, el Yukón y los Territorios del Noroeste). *A contrario sensu* de la legislación encargada de regular

²⁸³ Cfr. Herrera Izaguirre, Juan Antonio *et al.*, *op. cit.*, p. 365.

la institución del matrimonio, la cual, por ser materia civil y en observancia del Acta de la Norteamérica Británica (en inglés: *British North America Act*), es competencia de los Poderes legislativos locales.²⁸⁴

3.5.3 Reglas para la fijación del tribunal competente

La solicitud de divorcio o, en su caso, de alimentos o custodia, debe promoverse ante el tribunal local que sea competente en el lugar de residencia habitual del solicitante.

Los supuestos que establece la Ley de Divorcio para atribuir competencia a uno u otro tribunal, una vez promovida la disolución del vínculo matrimonial, son:

Si cada cónyuge comenzó por separado el proceso de divorcio en días diferentes y no se interrumpe el procedimiento durante los 30 días siguientes a los de su inicio tendrá competencia el tribunal que recibió primero la orden de manutención o de custodia mientras que el que conoció del proceso después, se le considerará como que se ha interrumpido.²⁸⁵

Otra de las hipótesis que prevé la ley en observación instituye que:

en el caso de que ambos cónyuges iniciaran por separado el proceso y no se interrumpe el procedimiento dentro de los 30 días después de que se inició, pero lo llevaron a cabo el mismo día, el tribunal federal tendrá la exclusiva jurisdicción para conocer del divorcio y el proceso será transferido a la Corte Federal.²⁸⁶

Para agotar este punto, es menester subrayar que aunque por regla general el tribunal al que debe acudir el solicitante para promover la disolución de su vínculo

²⁸⁴ Cfr. Herrera Izaguirre, Juan Antonio *et al.*, *op. cit.*, p. 364.

²⁸⁵ Cfr. Herrera Izaguirre, Juan Antonio *et al.*, *op. cit.*, p. 367.

²⁸⁶ *Ibíd.*, p. 368.

matrimonial es el de competencia territorial en su domicilio habitual, también es legalmente válida la decisión conjunta de ambos divorciantes de aceptar la jurisdicción de la Corte y, en consecuencia, que la causa se sustancie y resuelva en la instancia federal.

3.5.4 Reglas para la solicitud de una orden de custodia

El artículo 16 de la Ley de Divorcio faculta a la instancia judicial respecto de la custodia de los menores hijos en los siguientes términos:

Un tribunal de jurisdicción competente podrá, a solicitud de uno o ambos cónyuges o por cualquier otra persona, hacer un petito respecto de la custodia o el acceso a cualquiera o todos los hijos del matrimonio.²⁸⁷

Los supuestos normativos que tanto la autoridad como los interesados en la custodia de un menor deben observar son:

- 1) Al cónyuge que se le concede la custodia sobre un hijo de matrimonio tiene el derecho de hacer preguntas y recibir información sobre aspectos como la salud, la educación y el bienestar del niño.
- 2) El tribunal puede establecer una orden para conceder, a la persona que tenga la custodia del hijo de matrimonio, un plazo de 30 días para notificar el cambio de residencia a su contraparte.
- 3) Cuando el tribunal dicte una orden deberá tener en cuenta los intereses que más beneficien al hijo de matrimonio.
- 4) El tribunal no tomará en cuenta la conducta pasada de cualquiera de ambos cónyuges, a menos de que ésta haya sido relevante para su capacidad de actuar como progenitor.²⁸⁸

²⁸⁷ *Ibíd.*, p. 372.

²⁸⁸ Cfr. Herrera Izaguirre, Juan Antonio *et al.*, *op. cit.*, pp. 372-373.

3.6 Argentina

3.6.1 Código Civil y Comercial de la Nación ²⁸⁹

Los aspectos más importantes del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de lo que esa normatividad denomina como responsabilidad parental y otros temas asociados y deducidos de la guarda y custodia y del régimen de visita y convivencia quedan expresados en las siguientes líneas

El Código sustantivo argentino establece una diferencia significativa entre lo que debe entenderse por “niño” y “adolescente” como puede apreciarse en la siguiente transcripción:

Artículo 25. Menor de edad y adolescente

Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.

Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

El legislador argentino entiende que, con la llegada de la adolescencia, el estatus jurídico del menor de edad admite ciertos cambios trascendentales en su pensamiento y acciones; por tanto, en lo que respecta a las decisiones sobre su propio cuerpo, es el adolescente de dieciséis años en adelante quien tiene la última palabra, en atención a lo establecido por el artículo 26, sexto párrafo, de la codificación en consulta:

Artículo 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.

...

²⁸⁹ “Código Civil y Comercial de la Nación”: <https://bit.ly/2HQM7BM>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

El derecho de representación y asistencia legal del niño –que éste adquiere desde el momento en que el producto es declarado apto para la vida y se extingue por ministerio de ley cuando alcanza su plena capacidad jurídica– lo ejercen los progenitores, por lo que, de presentarse un conflicto entre éstos que involucre los derechos o intereses del menor de edad, los interesados deben acudir con asistencia letrada ante el Juez competente, tal como se observa en los tres primeros párrafos del artículo 26 del Código en comento:

Artículo 26. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

El divorcio o separación de los padres que se judicializa se efectúa mediante un convenio regulador, documento en el que deberá pactarse respecto del ejercicio de la autoridad parental.

Se transcribe a continuación el dispositivo legal pertinente para una mejor comprensión del tema:

Artículo 439. Convenio regulador. Contenido

El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

El Juez que deba conocer de las cuestiones legales relativas a la ruptura del núcleo familiar conserva facultades para exigir garantías reales o personales si el caso lo amerita; así también, en el ánimo de ajustarse lo mejor posible a la realidad material de la causa, el Juzgador puede revisar o modificar una determinación tomada con anterioridad:

Artículo 440. Eficacia y modificación del convenio regulador

El Juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio.

El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

El uso de la vivienda es una cuestión importante cuando concluye la convivencia entre los progenitores; el Código Civil y Comercial de la Nación establece el siguiente orden de prelación de las personas que pueden habitar el inmueble:

Artículo 443. Atribución del uso de la vivienda. Pautas

Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El Juez

determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

a) *la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;*

...

d) *los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.*

La definición, el ejercicio, los principios generales y las figuras derivadas de lo que debe entenderse como responsabilidad parental es la piedra angular sobre la que descansa el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los progenitores o personas que tengan a los menores de edad bajo su cuidado; con ello se pretende un desarrollo adecuado de los infantes y adolescentes en el que existan herramientas útiles y suficientes para poder enfrentar los retos de la vida adulta.

Los numerales 638 al 641 del Código Civil y Comercial de la Nación, transcritos a continuación, ilustran al respecto:

Artículo 638. Responsabilidad parental. Concepto

La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Artículo 639. Principios generales. Enumeración

La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

a) *el interés superior del niño;*

- b) *la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;*
- c) *el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez.*

Artículo 640. Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental

Este Código regula:

- a) *la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental;*
- b) *el cuidado personal del hijo por los progenitores;*
- c) *la guarda otorgada por el Juez a un tercero.*

Artículo 641. Ejercicio de la responsabilidad parental

El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

- a) *en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición;*
- b) *en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;*

- c) *en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;*
- d) *en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;*
- e) *en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el Juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.*

La intervención judicial se vuelve indispensable para cuando los progenitores se manifiestan inconformes sobre alguno, varios o todos los términos de su convenio regulador.

Se destaca que la facultad genérica que tiene el Juez de la materia para atraer, sustanciar y resolver las desavenencias entre ambas partes –facultad contenida en el artículo 642 del Código estudiado– involucre asimismo facultades específicas para encausar la controversia en la vía judicial que mejor cumpla con el principio de celeridad procesal, sancionar al progenitor litigante que realice maniobras tendientes a retardar inoficiosamente el procedimiento y someter a las partes a métodos autocompositivos de resolución de conflictos:

Artículo 642. Desacuerdo

En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al Juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público.

Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el Juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El Juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

En el Derecho Civil argentino existe la figura de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, que consiste en otorgar la tenencia de los hijos menores o incapaces a favor de un tercero; dicha persona debe ser un familiar con quien los hijos tengan contacto frecuente y cercano; el cuidado en manos del mencionado tercero puede durar hasta un año y el plazo es prorrogable por una sola vez.

El arábigo 643 del Código Civil y Comercial de la Nación, abajo transcrito, establece las modalidades específicas que debe observar este tipo de cuidado para ser legalmente válido:

Artículo 643. Delegación del ejercicio

En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

La guarda en manos de un pariente, que es una figura similar a la analizada en líneas antecedentes, observa la diferencia de que el pariente a quien se le hace entrega del menor o menores para su cuidado puede no ser una persona con lazos tan cercanos y evidentes respecto del círculo familiar.

La persona que ejerce la guarda obtiene toda clase de facultades para tomar decisiones en lo atinente al desarrollo del niño, niña o adolescente sin que ello implique que sus padres las perdieron o les fueron suspendidas o disminuidas:

Artículo 657. Otorgamiento de la guarda a un pariente

En supuestos de especial gravedad, el Juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el Juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.

El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

Para el caso de una paternidad o maternidad tempranas, es decir, cuando el padre o la madre todavía no cumplen los dieciocho años y por lo tanto no pueden considerarse como adultos que puedan actuar por propio derecho y plena autonomía en decisiones que afectan a sus menores hijos, la legislación común establece diversas reglas.

Los progenitores adolescentes quedan obligados por ministerio de ley en las tareas de cuidados, educación y salud de sus hijos menores de edad.

Sin embargo, cuando existan una situación donde deba decidirse sobre cuestiones trascendentales en la vida de los menores, los abuelos de éstos podrán oponerse a dichas determinaciones e incluso intervenir cuando los progenitores omitan realizar actos tendientes al debido cuidado del infante.

De presentarse diversidad o contradicción de criterios o intereses entre los involucrados debe acudirse ante el Juzgador correspondiente a dirimir la o las diferencias.

Se transcribe artículo pertinente para una mejor comprensión del tema:

Artículo 644. Progenitores adolescentes

Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el Juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.

La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

Una de las causales de separación y cese de convivencia entre el niño y sus familiares se actualiza cuando se advierten que éstos infligen actos de maltrato en perjuicio del aquél.

La legislación común argentina, en concordancia con el panorama actual de los derechos de infantes y adolescentes, entiende que las prácticas de violencia, menoscabo o maltrato hacia el menor deben quedar erradicadas, por lo que el artículo 647 del Código Civil y Comercial de la Nación no sólo contiene una prohibición contundente al respecto sino que, además, abre opciones a los progenitores para que las Instituciones correspondientes les brinden ayuda con el propósito de encontrar la manera más adecuada de educar a sus hijos.

El dispositivo legal estudiado en líneas antecedentes se cita a continuación:

Artículo 647. Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado

Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes.

Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

Los artículos 648 y 649 del Código Civil y Comercial de la Nación definen qué debe entenderse por cuidado personal de los menores hijos y quiénes están obligados al mismo; el numeral 650, por su parte, establece las modalidades en que dicho cuidado personal puede llevarse a cabo:

Artículo 648. Cuidado personal

Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.

Artículo 649. Clases

Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.

Artículo 650. Modalidades del cuidado personal compartido

El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

En el ánimo de hacer equitativas las cargas y responsabilidades deducidas de la tenencia de uno o varios hijos menores de edad de los cuales hacerse cargo, el Código Civil argentino establece claramente derecho de preferencia al cuidado compartido que el Juez debe decretar cuando resuelve sobre la situación jurídica del infante o adolescente que vive el proceso de separación de sus padres.

Sin embargo, si el escenario anterior resultara jurídica o materialmente imposible, la ley establece la posibilidad de un cuidado unilateral, con una lista de requerimientos para hacerlo valer e imponiendo las obligaciones, a cargo del responsable del cuidado unilateral, de estar en constante comunicación y colaboración con el otro progenitor, en el ánimo de seguir haciendo del cuidado de los infantes un trabajo en equipo.

Los artículos 651 al 654 del Código Civil y Comercial de la Nación dan cuenta de modalidades y requerimientos específicos que estas dos formas de cuidado, compartida y unilateral, establecen para ser válidas y admisibles en un procedimiento legal:

Artículo 651. Reglas generales

A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el Juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

Artículo 652. Derecho y deber de comunicación

En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo.

Artículo 653. Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración

En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el Juez debe ponderar:

- a) *la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;*
- b) *la edad del hijo;*
- c) *la opinión del hijo;*
- d) *el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.*

El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.

Artículo 654. Deber de informar

Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

Distribuir el tiempo que los progenitores separados o divorciados pasarán con sus menores hijos a efecto de ejercer la custodia o hacer valer el derecho de convivencia es una actividad que en el Derecho Civil argentino toma el nombre de plan de parentalidad.

Este plan es admite toda clase de modificaciones en cualquier tiempo a efecto de seguir siendo útil a los integrantes de la familia.

Para lograr consenso en la elaboración y puesta en práctica del plan de parentalidad se necesita no sólo el acuerdo de ambos progenitores y el visto bueno del Juez de la causa sino que también resulta indispensable tomar en cuenta los deseos y necesidades del hijo menor de edad.

Artículo 655. Plan de parentalidad

Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:

- a) *lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;*
- b) *responsabilidades que cada uno asume;*
- c) *régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;*
- d) *régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.*

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas.

Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación.

Aunque la libre voluntad y la buena fe son los ejes rectores que posibilitan la existencia del plan de parentalidad puede ocurrir que el disenso entre los progenitores alcance tales dimensiones o que las particularidades del asunto concreto sean tan adversas al interés superior de la niñez que sea el Juez de la materia quien deba determinar lo conducente.

El artículo 656 del Código Civil y Comercial de la Nación establece los lineamientos básicos así como las limitaciones legales que deben normar el criterio del Juzgador que deba decretar un plan de parentalidad a falta de consenso entre los progenitores interesados:

Artículo 656. Inexistencia de plan de parentalidad homologado

Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el Juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.

En el marco del interés superior del infante debe concebirse a la obligación de suministrar alimentos a partir de una base fija y, al mismo tiempo, con una aplicación dinámica.

La base fija la constituyen los rubros que el alimentante debe procurar respecto de su o sus alimentados y que corresponde con un piso de necesidades básicas del

menor de edad de cuya satisfacción depende su supervivencia diaria y desarrollo en el plazo inmediato.

La aplicación dinámica está ligada a los deberes y tareas que se llevan a cabo en forma cotidiana entre el niño y los adultos que conviven con él en su círculo familiar; éstos tienen que ver con el cuidado y aliño personal del menor y se enfocan, en la primera infancia, en la creación de hábitos de higiene y limpieza que el infante habrá de incorporar a su comportamiento por el resto de su vida.

Atender al infante en casa es un trabajo que por regla general no se remunera, es decir, no se le paga una cantidad de dinero a quien la realiza pero que bajo ninguna circunstancia debe considerarse que no es valorizable en dinero, en especial cuando la misma es objeto de debate frente al Juez de la materia.

Se transcriben los artículos 659 y 660 del Código Civil y Comercial de la Nación para una mejor comprensión del tema:

Artículo 659. Contenido

La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.

Artículo 660. Tareas de cuidado personal

Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

Hoy en día es muy común saber de padres o madres que tras un proceso de divorcio o separación decidieron rehacer su vida con una relación sentimental y el infante ahora convive con la pareja de su ascendiente; esta persona recibe el nombre de progenitor afín y sus deberes están regulados por los artículos 672, 673, 674, 675 y 699 del Código Civil y Comercial de la Nación:

Artículo 672. Progenitor afín

Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

Artículo 673. Deberes del progenitor afín

El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor.

Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

Artículo 674. Delegación en el progenitor afín

El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.

Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

Artículo 675. Ejercicio conjunto con el progenitor afín

En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente.

Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor.

Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental.

...

Artículo 699. Extinción de la titularidad

La titularidad de la responsabilidad parental se extingue por:

- a) *muerte del progenitor o del hijo;*
- b) *profesión del progenitor en instituto monástico;*
- c) *alcanzar el hijo la mayoría de edad;*
- d) *emancipación, excepto lo dispuesto en el artículo 644;*
- e) *adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente.*

Las causales que el Código Civil y Comercial de la Nación establece para la privación de la responsabilidad parental deben concebirse como un catálogo de

ilícitos en agravio del interés superior del infante cuyo común denominador es el ejercicio de la violencia sobre la persona del niño o adolescente con insondables consecuencias que se verán y padecerán en su vida adulta.

En virtud de lo anterior,

Los asuntos parentales requieren menos deferencia hacia la paternidad cuando existe mayor relación con los intereses de la sociedad o los del niño o la niña. Es verdad que no sólo el padre o la madre es quien tiene un interés respecto a sus hijos o hijas, sino también la sociedad, cuyo interés es contar con miembros sanos y educados.²⁹⁰

Para salvaguardar el interés superior del niño, se establecen supuestos legales en que se priva de la responsabilidad parental, los cuales quedan previstos en las hipótesis normativas que se citan a continuación.

Artículo 700. Privación

Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:

- a) *ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata;*
- b) *abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero;*
- c) *poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo;*

²⁹⁰ Ryznar, Margaret, “Capítulo XI: El escrutinio judicial sobre los derechos parentales”, en Espejo Yaksic, Nicolás (editor), *La responsabilidad parental en el Derecho*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, p. 538.

d) *haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.*

En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo.

Artículo 701. Rehabilitación

La privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el Juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo.

Artículo 702. Suspensión del ejercicio

El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:

- a) *la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento;*
- b) *el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años;*
- c) *la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio;*
- d) *la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.*

Artículo 703. Casos de privación o suspensión de ejercicio

Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción,

según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente.

Artículo 704. Subsistencia del deber alimentario

Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

Convencido de que: *Los litigios de familia se diferencian de los demás conflictos entre las partes pues no se trata de resolverlos dando la razón a alguna y declarando culpable a la otra, sino que se procura eliminar el conflicto y colaborar para que la familia encuentre un nuevo orden,*²⁹¹ el legislador argentino depura el sistema procesal familiar vigente y aplicable de formalidades ociosas o inconducentes a la tutela del interés superior del infante sin por ello perjudicar o quebrantar o conculcar los parámetros mínimos de seguridad y certeza jurídicas a que tienen derecho todos los justiciables; es a partir de estos argumentos que los principios que rigen el litigio familiar en el sistema jurídico argentino:

...son directrices que se formulan con un grado de abstracción que impide suministrar la solución exacta del caso, pero orientan, regulan, direccionan o cohesionan la actividad creadora del juez. Brindan determinadas pautas de carácter general con el objetivo de dar cabal cumplimiento a las garantías constitucionales de los involucrados en los litigios y hacer posible la satisfacción más plena posible de los derechos. Son de naturaleza procesal, en función de la importancia que para la efectivización de un derecho sustancial tienen los actos concatenados que conducen al pronunciamiento jurisdiccional.²⁹²

Los puntos de mayor relevancia del sistema procesal familiar vigente en la República Argentina quedan resumidos en la siguiente lista:

²⁹¹ Herrera, Marisa *et al.* (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 2° ed., Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, t. II, p. 579.

²⁹² *Ibíd.*, p. 544.

1. Preferencia por la resolución pacífica de los conflictos.
2. Celeridad, oficiosidad y sencillez en el procedimiento.
3. Criterios para fijación de competencia territorial de los Juzgados que deban conocer de las acciones judiciales de alimentos, custodia o convivencia familiar así como en los procedimientos de filiación.
4. Asistencia legal, inclusive de oficio, para el infante o adolescente que requiera ejercitar su derecho de acceso a la justicia.
5. Protocolos para que menores, incapaces y personas con discapacidad o de la tercera edad tengan una participación efectiva en el procedimiento.
6. Admisión o exclusión de testigos que sean parientes o allegados al círculo familiar.
7. Secrecía y seguridad en el préstamo y manejo del expediente.
8. Apoyo multidisciplinario para la resolución de controversias.
9. Flexibilidad en materia probatoria, tanto en las probanzas aportadas por las partes como en las que deban ordenarse para mejor proveer.
10. Carga de la prueba basada en el criterio de mejor oportunidad probatoria.

Se transcriben los artículos 706, 707, 708, 709, 710, 711, 716, 718 y 720 del Código Civil y Comercial de la Nación respectivos para una mejor comprensión del tema:

Artículo 706. Principios generales de los procesos de familia

El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

- a) *Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.*

- b) *Los Jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.*

- c) *La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.*

Artículo 707. Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes

Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tomada en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

Artículo 708. Acceso limitado al expediente

El acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso.

En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro Juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva.

Artículo 709. Principio de oficiosidad

En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del Juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.

El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

Artículo 710. Principios relativos a la prueba

Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.

Artículo 711. Testigos

Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos.

Sin embargo, según las circunstancias, el Juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados.

...

Artículo 716. Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes

En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra Jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el Juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

...

Artículo 718. Uniones convivenciales

En los conflictos derivados de las uniones convivenciales, es competente el Juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor.

...

Artículo 720. Acción de filiación

En la acción de filiación, excepto que el actor sea persona menor de edad o con capacidad restringida, es competente el Juez del domicilio del demandado.

En las contiendas de naturaleza civil o comercial,

...las medidas cautelares se otorgan para asegurar el contenido de la sentencia a dictarse y para evitar que el derecho invocado se torne ilusorio; requieren que tal derecho sea verosímil –grado de probabilidad apreciable– y que exista peligro en la demora ordinaria que irrogan los procesos; se exige contracautela y se disponen sin audiencia ni intervención de la otra parte, pudiendo ser modificadas, sustituidas e incluso dejadas sin efecto.²⁹³

Sin embargo, la tutela judicial diferenciada dentro de la cual se inscribe el procedimiento familiar permite un grado de flexibilidad y amplitud en las decisiones que se toman durante el tiempo en el que el juicio se sustancie que pretende escapar a rigideces y formalidades que repercutirán en entorpecimientos de la secuela procesal con afectación personal e irreparable de derechos de infantes o adolescentes involucrados en la causa judicial de que se trate.

En consecuencia,

Las medidas cautelares clásicas se transforman entonces en medidas provisionales, pues no estarán ya dirigidas a asegurar el resultado de la sentencia, sino a proteger a las personas y a determinados intereses que reclaman premura en su resguardo. En ocasiones, incluso, el proveimiento de la medida significa la satisfacción de la pretensión de fondo, y quien la obtiene no se encuentra compelido a plantear un juicio principal. Es el caso de las denominadas “medidas autosatisfactivas”, que se presentan

²⁹³ *Ibíd.*, p. 578.

frecuentemente en supuestos de violencia familiar, cuando se disponen medidas protectivas como la prohibición de contacto y acercamiento.²⁹⁴

Las medidas provisionales que dispone el sistema procesal argentino se agrupan en dos rubros:

- A. Medidas relativas a los hijos.
- B. Medidas relativas a los bienes.

El Código Civil argentino, arábigos 721, 722 y 723, instituye una lista de medidas provisionales concretas para los procesos de familia, aplicables en los casos de divorcio o cesación de uniones convivenciales; el carácter de la lista aludida es enunciativo y no limitativo en virtud de que pueden existir decretos judiciales con medidas que no figuren en el texto del Código pero que pueden considerarse legalmente válidas si observan el mismo propósito:

Artículo 721. Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio

Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el Juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso.

Puede especialmente:

- a) *determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;*
- b) *si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;*

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 579.

- c) *ordenar la entrega de los objetos de uso personal;*
- d) *disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro;*
- e) *determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433.*

Artículo 722. Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio

Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el Juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.

También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.

La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración.

Artículo 723. Ámbito de aplicación

Los artículos 721 y 722 son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.

Existe una correlación lógica y natural entre derechos y deberes en las relaciones jurídicas de las personas a través de la cual se pretende equilibrar lo que se da y lo que se recibe. Obrar en sentido contrario aparejaría como efecto la materialización de conductas y la realización de actos leoninos cuya naturaleza estaría fuera de la lógica jurídica más elemental.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula los deberes de los progenitores en sus artículos 646 y 671, mismos que se transcriben a continuación:

Artículo 646. Enumeración

Son deberes de los progenitores:

- a) *cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;*
- b) *considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;*
- c) *respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;*
- d) *prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;*
- e) *respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;*
- f) *representarlo y administrar el patrimonio del hijo.*

...

Artículo 671. Enumeración

Son deberes de los hijos:

- a) *respetar a sus progenitores;*

- b) *cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior;*
- c) *prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria.*

3.6.2 Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes ²⁹⁵

De acuerdo con Montesquieu,

Las leyes son establecimientos y las costumbres inspiraciones, y esta es la razón (por la que) éstas afectan más al espíritu general, y aquéllas a las instituciones particulares, y por lo mismo o más todavía trastornar el espíritu general que mudar una institución especial. ²⁹⁶

En la tesitura de la cita inmediata anterior, podemos deducir que las formas novedosas en el trato social sustituyen a las anteriores y, por tanto, el proceder consuetudinario se transforma; la nueva costumbre adquiere presencia y fuerza en sociedad y, mediante los mecanismos de acción y voluntad política del Poder Público, se vuelve ley.

El efecto de las palabras de Montesquieu se ve reflejado en el hecho de que transformar usos y costumbres en las sociedades modernas permite que hombres y mujeres se convenzan cada vez más de que el sentido de dignidad y buen trato

²⁹⁵ “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”: <https://bit.ly/3SB3iJH>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

²⁹⁶ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. institucional, México, Partido de la Revolución Democrática, Comité Ejecutivo Nacional, 2018, p. 321.

entre las personas es el motor que pone en marcha las relaciones sin importar su naturaleza: social, familiar, interpersonal, etcétera.

De igual manera, las formas y costumbres en el trato hacia niños, niñas y adolescentes han sufrido transformaciones positivas a lo largo del siglo XX gracias, en gran medida, a la divulgación de investigaciones y avances científicos que cuyo objeto de estudio se centró en esas etapas del desarrollo humano.

Los principios, derechos y garantías reconocidos en favor de la infancia y adolescencia argentinas por la ley de la materia pueden apreciarse en la lista siguiente:

- Derecho a la vida (art. 8°).
- Derecho a la dignidad y a la integridad personal (art. 9°).
- Derecho a la vida privada e intimidad familiar (art. 10).
- Derecho a la identidad (art. 11).
- Garantía estatal de identificación (art. 12).
- Derecho a la documentación (art. 13).
- Derecho a la salud (art. 14).
- Derecho a la educación (art. 15).
- Gratuidad en la educación (art. 16).
- Prohibición de discriminar por estado de embarazo, maternidad o paternidad (art. 17).
- Medidas de protección de la maternidad y paternidad (art. 18).
- Derecho a la libertad (art. 19).
- Derecho al deporte y al juego recreativo (art. 20.)
- Derecho al medio ambiente (art. 21).
- Derecho a la dignidad (art. 22).
- Derecho de libre asociación (art. 23).
- Derecho a opinar y a ser oído (art. 24).
- Derecho al trabajo de los adolescentes (art. 25).

- Derecho a la seguridad social (art. 26).
- Garantías mínimas de procedimiento (art. 27).
- Principio de igualdad y no discriminación (art. 28).
- Principio de efectividad (art. 29).
- Deber de comunicar (art. 30).
- Deber del funcionario de recepcionar denuncias (art. 31).

A continuación se analizarán disposiciones normativas concretas de interés y relevancia con los temas que conforman el presente trabajo.

Los artículos 1° y 2° de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes a la letra establecen:

Artículo 1°.- Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño.

La omisión en la observancia de los deberes que por la presente corresponden a los órganos gubernamentales del Estado habilita a todo ciudadano a interponer las acciones administrativas y judiciales a fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos, a través de medidas expeditas y eficaces.

Artículo 2°.- Aplicación obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los

dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Tanto el objeto como la aplicación obligatoria de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes esbozan dos cuestiones fundamentales: la pretensión de alcance de la legislación estudiada así como los sujetos por ella obligados; en otras palabras, los dos primeros artículos de dicha norma: ...*declaran sintéticamente las necesidades legales y jurídicas que la sanción de la ley aspira a satisfacer.*²⁹⁷

A partir del concepto que obsequia la cita inmediata anterior se desprende que son varios los involucrados de cuya participación depende poder cumplir con los planes y propósitos establecidos en la ley objeto de análisis, lo cual se logra con la puesta en marcha de políticas públicas que asuman:

...una lógica netamente integral e intersectorial, al abarcar distintas dimensiones de la esfera social y áreas de política (desarrollo social, género trabajo, salud, educación), una multiplicidad de actores (Estado, familias, sociedad civil y mercado) y niveles de gobierno involucrados en la prestación de estos servicios, así como diversas poblaciones, con necesidades diferenciales, destinatarias de los mismos.²⁹⁸

Aunque es cierto que existen múltiples factores y sujetos involucrados en la satisfacción integral de los derechos del niño es el Estado quien conserva la rectoría

²⁹⁷ Barón, María, *Formación y sanción de leyes en el Poder Legislativo*, Argentina, CIPPEC, 2003, p. 9.

²⁹⁸ Roffler, Erika, "I. Arquitectura institucional, avances y desafíos para el sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes", en Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, *Miradas diversas sobre los derechos de las infancias*, Argentina, Ministerio de Desarrollo Social, 2020, p. 28.

de planes y programas para lograr que la implementación de políticas públicas en la materia se efectúe de la mejor manera posible; de modo que las Instituciones que integran el cuerpo del Estado deben ajustar su actuación a la realidad del núcleo social sobre el que van a incidir.

Así funciona el principio de efectividad consagrado en el artículo 29 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 29.- Principio de efectividad. Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Existen referencias del interés superior del niño en Código Civil y Comercial de la Nación en los preceptos normativos cuyo precepto trata, explica o afecta la situación o derechos de los menores de edad; sin embargo, la definición de lo que debe entenderse por tal interés así como las características y dimensiones jurídicas que abarca dicho concepto quedan precisadas en la ley de la materia.

La satisfacción de los rubros que integran el interés superior del niño depende en muy buena medida de la responsabilidad familiar, cuestión que asimismo se detalla en la norma especializada en la inteligencia de que la finalidad de la responsabilidad familiar en cita es hacer que todos y cada uno de los integrantes de la familia se distribuyan y asuman determinados deberes y cargas impuestas en la ley con el objeto de que la persona menor de edad que cohabite con ellos cuente con medios para su subsistencia diaria y, al mismo tiempo, desarrolle la mayor cantidad de habilidades que le serán útiles en las etapas posteriores de su vida.

El papel del Estado en la vida del niño debe ser siempre complementario entendiendo que el deber de socorro del infante recae en primer término sobre los miembros de su familia.

Se pone a la vista el contenido de los artículos 3° y 7° de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para visualizar con mayor detalle lo que comprende los multicitados conceptos de interés superior y responsabilidad familiar:

Artículo 3°.- Interés superior. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

Debiéndose respetar:

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.

Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

...

Artículo 7º.- Responsabilidad familiar. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos.

Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones.

Carlos M. Ayala Corao y María Daniela Rivero explican los alcances jurídicos del derecho a la vida en los siguientes términos:

El derecho a la vida que tiene toda persona humana es la condición previa necesaria para la realización y disfrute de todos los demás derechos. En efecto, de no ser respetado y garantizado el derecho a la vida, los demás derechos de la persona se desvanecen, ya que se afecta la existencia misma de su titular.²⁹⁹

El de permanecer vivo es, bajo esa tesitura, el derecho más importante de la persona humana a cualquier edad, pues de ello depende ejercer o no el resto de derechos que la ley le confiere.

²⁹⁹ Ayala Corao, Carlos M. y Rivero, María Daniela, "Artículo 4. Derecho a la vida", en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 2º ed., Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2019, p. 127.

En los contextos de infancia y adolescencia el derecho a la vida goza de una protección aún más intensa si se toma en consideración que el interés superior de la niñez ofrece una interpretación que mira hacia el futuro, esto es, la ley obliga a mantener con vida al menor de edad no solamente para que goce sus derechos durante dicha etapa de su existencia sino para que, en la medida de lo posible, se convierta en un adulto feliz y pleno cuya presencia en sociedad sea provechosa e inclusive sobresaliente.

El artículo 8° de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes tutela el derecho fundamental del niño a la vida en los siguientes términos:

Artículo 8°.- Derecho a la vida. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida, a su disfrute, protección y a la obtención de una buena calidad de vida.

Manuel Toscano Méndez aborda el tema de la dignidad humana a través de las siguientes ideas:

Más que a ninguna otra cosa, la idea de dignidad debe su popularidad a su estrecha asociación con los derechos humanos, como se recogen desde la Carta fundacional de Naciones Unidas hasta los grandes pactos internacionales. En la medida en que muchos ven en el discurso de los derechos humanos la *lingua franca* moral de nuestros días, no es sorprendente que se atribuya a la idea de dignidad un papel prominente en el pensamiento moral, entendida como la clave de bóveda de una concepción humanista de la moralidad centrada en el respeto por las personas.³⁰⁰

³⁰⁰ Toscano Méndez, Manuel, "Dignidad": <https://bit.ly/3EQZZK0>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

La legislación argentina especializada en infancia y adolescencia divide en dos grandes rubros el derecho humano en comento de sus destinatarios.

En primer lugar, se asocia el derecho a la dignidad de la persona menor de edad a deberes, obligaciones y responsabilidades a cargo de terceros de respetar la persona y derechos del menor de edad absteniéndose de toda clase de conductas que ultrajen o menoscaben su integridad.

En segundo término, el contenido nuclear del derecho a la dignidad queda emparentado con la reputación, estando entre el titular de esta prerrogativa y los terceros un cúmulo de obligaciones de no permitir, no hacer y no dañar.

El legislador argentino acertó en esta última dimensión de la dignidad, puesto que en la actualidad las redes sociales funcionan como una extensión de la persona en el universo digital y, en consecuencia, los derechos a la reputación y buen nombre de un infante o adolescente quedan expuestos y pueden ser vulnerados.

Para finalizar el análisis de esta cuestión, debe decirse que la dignidad del menor es un derecho compartido en virtud de tutelarse de manera conjunta tanto el derecho del infante o adolescente como el de su círculo familiar frente a las conductas catalogadas como prohibidas por la legislación correspondiente.

Los artículos 9° y 22 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes se transcriben para contar con una idea clara y completa del tema:

Artículo 9°.- Derecho a la dignidad y a la integridad personal. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias,

explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral.

La persona que tome conocimiento de malos tratos, o de situaciones que atenten contra la integridad psíquica, física, sexual o moral de un niño, niña o adolescente, o cualquier otra violación a sus derechos, debe comunicar a la autoridad local de aplicación de la presente ley.

Los Organismos del Estado deben garantizar programas gratuitos de asistencia y atención integral que promuevan la recuperación de todas las niñas, niños y adolescentes.

...

Artículo 22.- Derecho a la dignidad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen.

Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.

En un escenario ideal es la familia, tanto nuclear como extendida, quien hace frente a las necesidades de los hijos menores de edad y, por ende, se vuelve innecesaria la presencia del Estado en dicho entorno familiar; se pueden presentar, sin embargo, situaciones que escapen del control de los progenitores y ni parientes ni amistades cercanas prestarles toda la ayuda que precisan.

Una etapa crucial en el crecimiento del niño es la infancia temprana, y en casos de necesidad como el antes descrito, el desarrollo del infante puede quedar gravemente comprometido; para minimizar el nivel de riesgo en los primeros años de vida del niño, el Estado, a través de sus Instituciones de asistencia social, pone en marcha diversos planes y programas tendientes a satisfacer las necesidades de sus cuidadores primarios.

Así lo preceptúa el artículo 18 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes cuyo mandato es el siguiente:

Artículo 18.- Medidas de protección de la maternidad y paternidad. Las medidas que conforman la protección integral se extenderán a la madre y al padre durante el embarazo, el parto y al período de lactancia, garantizando condiciones dignas y equitativas para el adecuado desarrollo de su embarazo y la crianza de su hijo.

Respecto del derecho infantil a la dignidad humana, el artículo 11 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reglamenta lo siguiente:

Artículo 11.- Derecho a la identidad. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y

permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño.

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

Integrar la identidad del niño, en términos de la ley argentina de la materia, requiere la asociación de varios derechos en un conjunto coherente, los cuales ponen a la vista en la lista siguiente:

- Derecho a la nacionalidad.
- Derecho a la lengua de origen.
- Derecho al conocimiento de quiénes son sus padres.
- Derecho a la preservación de sus relaciones familiares.
- Derecho a la cultura de su lugar de origen.
- Derecho a preservar la identidad e idiosincrasia.

Estos derechos reunidos carecen de un funcionamiento automático sino que la presencia y ayuda de la familia, nuclear y extendida, observa un papel fundamental para poder ejercer y dar dirección al potencial de estas prerrogativas fundamentales consagradas en ley.

En la visión contemporánea del cuidado del infante la familia acredita un mejor derecho para convivir y hacerse cargo del primero frente a la intervención estatal en

la inteligencia de que existen lazos de afecto y parentesco que, en principio, no deben alterarse ni romperse, pues con ello hay peligro de afectar el desarrollo psicoemocional del menor en especial en edades tempranas.

La regla general que permite al niño estar entre los suyos puede verse rota parcial o completamente atendiendo a la situación particular que sus progenitores y cuidadores primarios enfrenten, como puede ser la obtención de asilo y residencia en territorio extranjero, un divorcio al que no se le ve fin o purgar una pena de prisión.

Cuando se actualizan estas hipótesis, y con la agravante de que ninguno de los familiares del menor pueda hacerse cargo del menor, es el Estado quien por excepción asume las funciones de cuidado y crianza del infante o adolescente.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada en niñez insisten en explorar todas las posibilidades de convivencia y comunicaciones de la persona menor de edad con sus padres y demás familiares antes tomar una decisión tan drástica como es la de apartar al pequeño de sus parientes observando con este modo de actuar un estricto respeto a los derechos de encuentro o reencuentro que la ley prevé para ascendientes y descendientes.

El artículo 10 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes a la letra establece:

Artículo 10.- Derecho a la vida privada e intimidad familiar. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar.

Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales.

La simple lectura de la disposición legal transcrita resulta insuficiente para comprender e interpretar el contenido y los alcances de los derechos que la ley concede a sus destinatarios: es a través de normas jurídicas adicionales y doctrina

especializada que puede producirse una idea concreta de qué son, cómo se hacen valer y cuáles son las excepciones que admiten los derechos a la vida privada e intimidad familiar.

En opinión de Ángeles Guzmán, el objeto de protección del derecho a la intimidad:

...no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, sino los datos de carácter personal. Cabe enfatizar que el derecho a la protección de datos personales no protege a los datos *per se*, sino a su titular.

...

Así, el derecho a la intimidad tiene la función de proteger, frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de la vida personal y familiar, aquella información que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad. Por su parte, el derecho de protección de datos le garantiza al individuo un poder de control sobre sus propios datos, su uso y destino, impidiendo su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Esta garantía impone al sector público y privado la prohibición de convertirse en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebida de dicha información.³⁰¹

Úrsula Cristina Basset formula, con una perspectiva enfocada al círculo familiar, una definición *a contrario sensu* de la intimidad que coloca la mirada tanto en los derechos que integran la contraparte de ésta como en el efecto adverso que se provoca cuando ocurre una desprotección de los mismos:

³⁰¹ Guzmán, Ángeles, "Derecho a la intimidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, (coordinadores), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, PJF, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, t. I, p. 352.

El ataque a la privacidad familiar (...) es el reverso del deber de tutela de la honra y la dignidad (...). No tutelar la privacidad familiar, es así presentado, en la narrativa de los derechos humanos en el marco de la Convención (Americana de Derechos Humanos), como un ataque a la dignidad humana.

302

Así también, la doctrinaria consultada esclarece el contexto y papel del menor de edad en el marco de la protección a su privacidad e intimidad al revelar que:

El niño no es concebido (...) como un sujeto recortado de sus relaciones familiares, sino precisamente inserto en un contexto familiar, más allá de reconocer su condición de titular de derechos subjetivos que puede hacer valer respecto de otros miembros de la familia o el Estado.³⁰³

El derecho a la intimidad observa una conexión inseparable con otro derecho, el de la información; la convivencia ideal de estos dos derechos en sociedades acostumbradas a la presencia cotidiana de la prensa puede apreciarse en la siguiente cita:

Es claro que los fines de las leyes internacionales (...) tendientes a proteger a los niños, los medios de comunicación y los periodistas coinciden. El caso es que aunque esta alianza haya estado vigente por casi tres décadas aún queda mucho camino por andar y múltiples desafíos para conseguir que los temas de la niñez ganen más presencia en las agendas mediáticas de tal modo que se sensibilice más a la ciudadanía sobre los derechos de los niños y su bienestar.

³⁰² Basset, Úrsula Cristina, "Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Uruguay, Segunda Época, año 14, núm. 17, octubre de 2018, p. 17.

³⁰³ *Ibíd.*, p. 21.

“Los medios de comunicación desempeñan un rol determinante en la sensibilización del público con relación a los derechos del niño; la manera cómo los medios de comunicación representan a los niños, niñas y adolescentes en sus publicaciones ejerce un impacto positivo o negativo sobre la forma en que la sociedad ve a la niñez y la adolescencia”, apunta Kyungsun Kim (...).³⁰⁴

Por los motivos expuestos en líneas antecedentes son inadmisibles las prácticas periodísticas morbosas o sensacionalistas, ya que la imagen del niño o sus familiares afectados por las mismas no es conteste ni acorde con la realidad, entendiéndose que la información se produce a partir de premisas falsas o exageradas.

El derecho del niño a ser escuchado y tomado en cuenta está presente en cada momento y durante todas las actividades que lleva a cabo en su cotidianidad; sin embargo, no todas las decisiones de las que forma parte el menor de edad poseen la misma relevancia: no es lo mismo, por ejemplo, optar por una u otra marca de pasta dental que decidir a qué escuela entrar, máxime comparecer ante un Juez para contestar todas sus preguntas.

La legislación argentina especializada en infancia y adolescencia establece pautas legales amplias para que el menor de edad ejercite su derecho a participar de las decisiones que lo atañen, tal como se puede desprender de la lectura del arábigo 24 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes:

Artículo 24.- Derecho a opinar y a ser oído. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;

³⁰⁴ Reyes, Yasmina, *Manual de periodismo sobre la niñez y adolescencia*, Panamá, UNICEF-CELAP, 2019, p. 9.

b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Ninguno de los derechos humanos configurados como obligaciones del Poder Público frente al gobernado es de aplicación potestativa o negociable, esto es, la aplicación de estos derechos no está sujeta a la voluntad de quienes son representantes de la autoridad, lo mismo funcionarios titulares de las Instituciones que los empleados que desahogan las cargas cotidianas de trabajo.

Los derechos de acceso, impartición y obtención de justicia encuadran dentro de esta clasificación y, en consecuencia, a diario se atienden toda clase de demandas, quejas y denuncias de la ciudadanía en general.

El derecho específico que la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo 31, consagra en favor de sus destinatarios menores de edad sigue la interpretación establecida en líneas antecedentes; sin embargo, nace de la obligación jurídica y humanitaria de proteger con mayor intensidad el interés superior del niño frente a todos aquellos agentes o situaciones que puedan comprometer su estabilidad o causarle un daño que repercuta de manera negativa en su normal desarrollo.

Se transcribe el numeral en cita para una mejor comprensión del tema:

Artículo 31.- Deber del funcionario de recepcionar denuncias. El agente público que sea requerido para recibir una denuncia de vulneración de derechos de los sujetos protegidos por esta ley, ya sea por la misma niña, niño o adolescente, o por cualquier otra persona, se encuentra obligado a recibir y tramitar tal denuncia en forma gratuita, a fin de garantizar el respeto,

la prevención y la reparación del daño sufrido, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en la figura de grave incumplimiento de los Deberes del Funcionario Público.

No sólo los progenitores o custodios de los menores de edad tienen el derecho de iniciar procedimientos legales cuando se advierta que los derechos de éstos se encuentran en peligro o se conviertan en cuestión litigiosa o debatida sino que todas aquellas personas que conformen el universo cotidiano de los mencionados menores tienen el derecho-deber de acudir, mediante comparecencia o por escrito, ante las Instancias correspondientes apenas noten, observen indicio o tengan noticia de alguna irregularidad o falta cometida en contra del niño o adolescente.

El artículo 30 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes marca a las personas obligadas e hipótesis normativas en que cobra vigencia el citado deber de comunicar:

Artículo 30.- Deber de comunicar. Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión.

Una vez iniciado cualquier procedimiento legal se impone la obligación legal de que éste se desarrolle al tenor de ciertas pautas procesales que tienen como propósito primordial dotar a la causa litigiosa de un mínimo de certeza y seguridad jurídicas para que la resolución de la misma se produzca conforme a Derecho tanto en la forma como en el fondo.

Los niños, niñas y adolescentes que sean parte en alguna controversia que deba dirimirse en tribunales cuentan con una lista de derechos procesales especiales

cuya misión es aproximarlos al procedimiento de una manera ágil y sencilla y, por tanto, su participación en él resulte provechosa.

Artículo 27.- Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

En el caso específico del infante o adolescente que debe comparecer a procedimiento, existen se han planteados diversos cambios cuya incorporación a los usos del foro debe traer como consecuencia que la participación del niño en un proceso judicial o administrativo se convierta en una experiencia más sencilla, amable y comprensible que permita arrojar información útil y veraz a la autoridad que requiere de su declaración para poder resolver el caso de que se trate.

Las propuestas concretas de Moira Revsin y Gabriel Eugenio Tavip, autores consultados para estudiar el apartado de marras, consisten en las siguientes acciones y recomendaciones:

Las entrevistas a los niños, niñas y adolescentes deben quedar grabadas en algún sistema audiovisual, que posibilite al/la representante complementario, al Juzgador y eventualmente a los integrantes de la cámara de apelación poder tener acceso a lo que dijo, sin necesidad de ser citado nuevamente por el mismo motivo.

La escucha no debe ser un elemento puramente formal para “hacer como que se cumple la manda legal” (sic), sino que forma parte central y medular del proceso judicial para hacer efectivos los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Lo referido por el niños, niñas y adolescentes no determina la resolución, puesto que si esto fuera de este modo no sería necesaria la presencia de la magistratura, pudiendo resolverse únicamente con su voluntad. No obstante, su voz debe ser escuchada, con atención, con cuidado, con respeto, con un análisis adecuado del contexto psicosocial que sea determinante de su madurez y en caso de resolver en contra de su deseo o de su interés personal será necesario dar una explicación clara de por qué se resuelve en sentido distinto a sus manifestaciones, debiendo hacerle llegar este mensaje del modo más directo posible.³⁰⁵

Finalmente, debe decirse que el aspecto mejor logrado en la legislación argentina relativa a la niñez y adolescencia es de haber podido transitar, de una autoridad parental centrada en decisiones adultas que no tomaban en cuenta las ideas y razones de los menores de edad, a un entramado normativo que entiende a los

³⁰⁵ Revsin, Moira y Tavip, Gabriel Eugenio, “II. ¿Cómo escuchamos las juezas/ces a los niños y adolescentes?”, en Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, *op. cit.*, p. 160.

infantes como sujetos de derechos que deben ser escuchados, máxime haber flexibilizado la norma para que los actos de autoridad que afecten su esfera jurídica sean lo más cercano a su realidad particular y cotidiana.

3.6.3 Evolución, contenido y ejercicio de la responsabilidad parental como eje rector del cuidado de la infancia y adolescencia en el sistema jurídico argentino

Herencia directa de la tradición jurídica romano-canónica en los sistemas de Derecho escrito tanto de Europa continental como de América Latina, la patria potestad debe conceptuarse en los siguientes términos:

Patria viene del latín *patrus, patria, patrium*, que refieren al padre, y *potestas*, que significa potestad.

Desde el punto de vista gramatical, la palabra *padre* tiene entre sus acepciones las de “varón o macho que ha engendrado” y “cabeza de una descendencia, familia o pueblo”; mientras que por *potestad* se entiende “dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”. Luego, la patria potestad puede concebirse, desde este enfoque, como el poder o facultad conferida al varón que ha engendrado.³⁰⁶

De la transcripción anterior puede deducirse que en las esferas social y legal la institución familiar quedaba estructurada a través de formas y modelos rígidos y autoritarios, por lo que la consecuencia natural era concebir a los hijos como sujetos a la mencionada patria potestad al tiempo de tenerse como objetos de una protección paternalista y condescendiente.

³⁰⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Patria potestad*, México, SCJN, 2010, p. 9.

A inicios de la Posguerra, es decir, en los primeros años de la década de 1950, ...se asocia la familia nuclear con la modernidad, la industrialización y la urbanización.³⁰⁷

Esta concepción se mantendría vigente sólo durante los siguientes tres decenios pues, en la década de 1980, al presentarse diversas debacles económicas que las sociedades latinoamericanas debieron enfrentar, dichas crisis obligaron a replantearse algunas cuestiones de fondo.

La primera de ellas se refería a si el padre de familia debería mantener el papel económico preponderante, pues, como se demuestra con la siguiente cita, los ingresos del hombre destinados al sostenimiento del hogar y los hijos dejaron de ser los únicos:

Cabe preguntarse acerca del efecto de la incorporación de las mujeres... al mercado de trabajo en la relación de la pareja, en términos de jerarquía, poder y afectividad. La ruptura de hecho del patrón de familia, en el que el hombre es el proveedor único, parece haber llevado implícitos algunos signos de modernidad...³⁰⁸

La segunda estaba enfocada a reconsiderar en quién recaía la dirección de actividades y la asunción de responsabilidades en el seno de la familia, en la inteligencia de que:

La distribución del poder dentro de estas familias se ha caracterizado, en general, por su carácter machista y autoritario, justificado en privilegios “naturales” derivados del sexo y con escaso espacio para discusión de las decisiones. La demanda de legitimidad de ese poder se ha basado históricamente en la fuerza de los valores tradicionales y en el cumplimiento de los roles que éstos establecen. Esta concepción de la distribución

³⁰⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Cambios en el perfil de las familias*, Chile, ONU-CEPAL, 1993, p. 22.

³⁰⁸ *Ibíd.*, p. 27.

intrafamiliar del poder fue cuestionada simultáneamente a partir de la consideración de tres fenómenos: i) el incumplimiento del rol masculino de proveedor único o principal de los ingresos destinados a satisfacer las necesidades de los miembros del hogar; ii) el debilitamiento de la imagen paterna como modelo para las nuevas generaciones, y iii) la acción de corrientes ideológicas orientadas a fomentar una mayor igualdad entre los sexos y por ende a cuestionar los autoritarios valores machistas.³⁰⁹

El primer registro, así como la definición que se tiene de la figura jurídica de la responsabilidad parental en Occidente, proviene de una legislación británica promulgada en las postrimerías del siglo XX; de manera concreta, Paola Truffello y Guido Williams, autores de la cita inmediata posterior, precisan que:

El concepto de “responsabilidad parental”, proviene de la Ley de Infancia (*Children Act*) de 1989, del Reino Unido, y su uso es generalizado en los países europeos. En su sección 3.1, la *Children Act* de 1989 establece el significado de la responsabilidad parental como los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y la autoridad que por ley tiene un padre o madre respecto de un niño en relación con su persona y bienes.³¹⁰

En el contexto hispanoamericano, los códigos y leyes que abordan los temas de cuidado de los menores de edad y separación del núcleo familiar han experimentado diversas metamorfosis, *...estableciendo mecanismos de corresponsabilidad parental e implementando figuras de cuidado personal compartido o alternado*³¹¹; sin embargo, el mayor obstáculo que enfrentan en la praxis es el de necesitar, casi forzosamente: *...el acuerdo de ambos progenitores*,³¹² en razón de que las

³⁰⁹ *Ibíd.*, p. 114.

³¹⁰ Truffello G., Paola y Williams O., Guido, “Responsabilidad parental y cuidado personal compartido de los hijos e hijas”: <https://bit.ly/3K10VXK>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

³¹¹ *Íd.*

³¹² *Íd.*

decisiones en materia de responsabilidad parental: *...no proceden por decisión judicial, aunque así lo solicite uno de los progenitores.*³¹³

En estas circunstancias, puede apreciarse que las normas argentinas en materia de hijos menores de edad:

...han avanzado en considerar la guarda y custodia compartida (establecida por acuerdo, ley o decisión judicial) como una expresión de la responsabilidad parental que permite una relación de colaboración entre los progenitores que no viven juntos para facilitar la relación con sus hijos.³¹⁴

La responsabilidad parental que se aprecia en líneas antecedentes debe ser vista como una figura jurídica de vanguardia y acorde a la época presente, que pretende dejar atrás el control y la sujeción mediante los cuales se ejercían antiguamente las obligaciones parentales de educación y desarrollo de habilidades para la vida con la figura de la patria potestad; el Código Civil y Comercial de la Nación lo logra mediante dos objetivos fundamentales:

...adecuar la normativa interna a las obligaciones jurídicas internacionales asumidas, en sintonía con el sistema interamericano de derechos humanos; y ofrecer un sistema legal que responda a las exigencias de una sociedad de mayor complejidad, caracterizada por la diversidad y el pluralismo.³¹⁵

A juicio de María Victoria Pellegrini, son tres los elementos distintivos de principios y normas en materia de responsabilidad parental:

...1) la responsabilidad, como eje fundante del conjunto de deberes y derechos de ambos progenitores; 2) el reconocimiento del principio de coparentalidad en un pie de igualdad, sin preferencias de un género sobre el

³¹³ Íd.

³¹⁴ Íd.

³¹⁵ Herrera, Marisa *et al.* (directores), *op. cit.*, t. II, p. 466.

otro, sean del mismo o diferente sexo; y 3) con una clara finalidad: la protección, desarrollo y formación integral de los niños, niñas y adolescentes, receptando el principio de autonomía progresiva, al incorporar el desarrollo a la fórmula del art. 264 CC.³¹⁶

Ahora bien, el análisis del interés superior de niños y adolescentes no podría estar completo sin examinar lo que debe entenderse como principio de autonomía progresiva, cuyo contenido esencial consiste en que:

...las NNA ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. A este proceso gradual se le ha denominado autonomía progresiva o “adquisición progresiva de la autonomía”.

La autonomía progresiva, entonces, está íntimamente relacionada con la evolución de las facultades de NNA. Esta progresividad evolutiva de facultades ha sido considerada... como un verdadero “principio habilitador” de la totalidad de los derechos reconocidos por el parámetro de regularidad constitucional.

A partir de ello se ha reconocido que las infancias y adolescencias pueden disponer del ejercicio de sus derechos en virtud de la evolución progresiva de sus capacidades, pero las personas cuidadoras tienen la obligación de orientarles para que puedan alcanzar dicho desarrollo psicológico, social y emocional.³¹⁷

Por lo tanto, y en consonancia con las razones que se han venido esgrimiendo a lo largo del presente subcapítulo,

³¹⁶ *Ibíd.*, p. 469.

³¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia*, México, SCJN, 2021, pp. 71-72.

Este piso de los trece años es entonces la pauta de distinción para los dos grupos que conforman el universo de infancia: niños y adolescentes. La denominación es, claramente, un avance respecto de la ya obsoleta del CC en lo atinente a la pubertad –condición del desarrollo personal–, que fue traducida y elevada a condición jurídica.

Adoptar, en cambio, la distinción entre “niños” y “adolescentes” es una opción coherente con la perspectiva de los derechos humanos y de la más moderna doctrina en materia de infancia –que ya venía empleando estas denominaciones, atenta al efecto no neutral del lenguaje y a la necesidad de “nombrar” a las personas en su etapa de infancia por su propia denominación y no con referencia a una condición de desarrollo más despersonalizada–.³¹⁸

Los efectos jurídicos concretos de la autonomía progresiva pueden observarse en esta interpretación de diversos artículos Código Civil y Comercial de la Nación, en las cuales, a partir de los trece años:

...el adolescente puede decidir por sí respecto a tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgo para su salud o su vida (art. 26 CCyC); en los casos de conflicto de intereses con sus representantes legales naturales –padres– en los que corresponda la designación de tutor especial, si el menor de edad es adolescente puede actuar por sí, en cuyo caso el Juez puede decidir que no es necesaria la designación de tutor especial, actuando entonces el joven con patrocinio letrado (art. 109, inc. a CCyC); la facultad de iniciar una acción autónoma para conocer los orígenes (art. 596 CCyC) se concede en favor del adolescente, además del derecho de todo adoptado con edad y madurez suficiente para acceder a los expedientes administrativos y judiciales y a toda información registral relacionada con su adopción; el ejercicio de la responsabilidad parental en forma personal se reconoce en favor de los progenitores adolescentes (art. 644 CCyC); existe una

³¹⁸ Herrera, Marisa *et al.*, *op. cit.*, t. I, p. 63.

presunción de autonomía del hijo adolescente para intervenir en un proceso en forma conjunta con sus progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada (art. 677 CCyC); se le reconoce la facultad para iniciar juicio contra un tercero, aun con oposición de sus padres, si cuenta con autorización judicial, actuando en el proceso el adolescente con asistencia letrada (art. 678 CCyC); la posibilidad de actuar en juicio criminal cuando es acusado sin necesidad de autorización de sus padres ni judicial; igual facultad para reconocer hijos (art. 680 CCyC); entre otros.³¹⁹

Los titulares de la responsabilidad parental son ambos progenitores, a los que la ley impone el deber de cuidar y atender a los hijos menores de edad en forma equitativa; paralelamente, cuando se habla de una separación familiar, es preferible el uso de mecanismos autocompositivos para resolver el procedimiento con brevedad e inteligencia: es en este punto donde los interesados *...pueden presentar el denominado “plan de parentalidad” (art. 655 CCyC) mediante el cual especifiquen las modalidades, responsabilidades y demás circunstancias relativas a la forma de desarrollar el ejercicio de la responsabilidad parental.*³²⁰

A efecto de conocer los requisitos mínimos del plan de parentalidad aludido en el párrafo inmediato anterior se transcribe el contenido del artículo 655 del Código Civil y Comercial de la Nación:

Artículo 655. Plan de parentalidad

Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:

- a) *lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;*
- b) *responsabilidades que cada uno asume;*

³¹⁹ *Ibíd.*, p. 65.

³²⁰ Herrera, Marisa *et al.*, *op. cit.*, t. II, p. 473.

- c) *régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;*
- d) *régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.*

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas.

Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación.

De lo anterior podemos observar que la participación del menor en los asuntos atinentes a su persona y situación jurídica debe ser activa, respetándose con ello su derecho a ser escuchado y tomado en cuenta por las personas adultas que lo cuidan o que actúan en funciones de autoridad.

3.7 Uruguay

3.7.1 Código Civil ³²¹

*La importancia de la familia dentro del ordenamiento jurídico uruguayo,*³²² según puntualiza la doctrina, ...se encuentra como punto de partida en el artículo 40 de la Constitución, que declara que la familia es la base de nuestra sociedad y que el

³²¹ “Código Civil de la República Oriental del Uruguay”: <https://bit.ly/2ZjXSWA>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

³²² Rivero de Arhancet, Mabel, “Sobre el Derecho de Familia y los negocios jurídicos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Uruguay, Segunda Época, año 7, núm. 7, octubre de 2012, p. 229.

*Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad.*³²³

Analizamos en consecuencia los artículos más destacados del Código Civil de Uruguay que tienen que ver con la materia de la presente investigación:

- Pasados seis meses después de la desaparición del padre o madre ausentes, sin haberse recibido noticias suyas, se proveerá de tutor a los hijos menores cuando el otro padre no exista o no esté en ejercicio de la patria potestad (art. 79).
- La designación de tutor aplica asimismo en el caso de que cualquiera de los cónyuges se haya ausentado, dejando hijos menores de un matrimonio precedente (art. 80).
- Por el mero hecho del matrimonio, contraen los cónyuges la obligación de mantener y educar a sus hijos, dándoles la profesión u oficio conveniente a su estado y circunstancias (art. 116, inciso primero).
- Aspectos familiares regidos por leyes y judicaturas civiles (art. 146, inciso primero):
 - Separación de cuerpos en sus efectos civiles (art. 146, inciso primero).
 - Divorcio (art. 146, inciso primero).
 - Nulidad de matrimonio (art. 146, inciso primero).
 - Patrimonio de los cónyuges (art. 146, inciso primero).
 - Libertad personal de los integrantes de la pareja
 - Crianza de los hijos (art. 146, inciso primero).
- Causales de procedencia de la separación de cuerpos en el matrimonio (art. 148, fracc. 5°):
 - Conato del marido o de la mujer para prostituir a sus hijos (art. 148, fracc. 5°).
 - Connivencia en la prostitución de los hijos (art. 148, fracc. 5°).

³²³ Íd.

- En la audiencia preliminar fijada al presentarse demanda de separación de cuerpos, nulidad o disolución del matrimonio se resolverá sobre las pensiones alimenticias, régimen de tenencia y de visitas de los hijos menores o incapaces (art. 154, inciso segundo).
- Intervención necesaria del Ministerio Público en todos los juicios de separación de la pareja desde que éstos inician (art. 165).
- Prohibición de dictar sentencia definitiva en acciones de separación de cuerpos, nulidad o disolución del matrimonio en tanto no esté resuelta la situación jurídica de los menores e incapaces (art. 167, inciso primero).
- En todo tiempo podrán los cónyuges celebrar acuerdos relativos a la situación de los hijos, salvo que la separación personal fuera motivada por el conato de prostitución de los menores hijos habidos dentro del matrimonio (art. 172).
- Obligación, a cargo del Juez, de proveer sobre la situación de los menores (art. 173, inciso primero); dichas providencias se realizan de oficio o a instancia de parte (art. 173, inciso primero); debe tenerse en cuenta el interés de aquéllos (art. 173, inciso primero).
- Audiencia del Ministerio Público en todo caso de separación, disolución o nulidad que involucre hijos menores (art. 173, inciso segundo).
- Preferencia materna para la tenencia de los hijos menores de cinco años (art. 174, inciso primero); esta preferencia se entiende salvo motivo grave (art. 174, inciso primero).
- El decreto de la tenencia de los hijos mayores de cinco años se resuelve oyendo las razones tanto de ambos progenitores como del Ministerio Público (art. 174, inciso segundo).
- Ambos cónyuges quedan solidariamente obligados al sostén y educación de sus hijos (art. 176).
- La tenencia de los hijos puede ejercerse por uno o ambos cónyuges o por un tercero, si así lo convinieren (art. 177).

- Validez exclusiva sobre la tenencia de los hijos en las convenciones celebradas entre cónyuges en los procedimientos de separación (art. 177).
- Derechos y deberes deducidos del ejercicio de la patria potestad no pueden ser objeto de convenio judicial (art. 177).
- Cualquiera que sea la persona a quien se confíen los hijos, el padre y la madre conservan el derecho de vigilar su educación (art. 178).
- Realizada la adopción, la separación o divorcio ulterior de los cónyuges no les exime de sus obligaciones con respecto al adoptado, si fuese menor, aun cuando fueran privados del ejercicio de la patria potestad o de su tenencia (art. 245, inciso tercero).
- Los padres que consienten la adopción pierden la patria potestad que pasa al adoptante (art. 249, inciso segundo).
- Definición de patria potestad: “Conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad” (art. 252, párr. primero).
- Ejercicio común de la patria potestad por ambos padres, sin perjuicio de las resoluciones judiciales que lo priven, suspendan o limiten (art. 252, párr. segundo); el ejercicio común opera igualmente respecto de los convenios sobre la situación de los hijos en caso de separación (art. 252, párr. segundo).
- Cuando no se obtenga el acuerdo de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, cualquiera de ellos podrá recurrir ante el Juez competente (art. 252, párr. tercero).
- Cualquiera de los padres podrá solicitar la intervención del Juez Letrado para corregir o prevenir actos o procedimientos del otro que considere perjudiciales para la persona o bienes del menor (art. 253).
- Si el progenitor que ha perdido la patria potestad contrajere nuevo matrimonio, su cónyuge podrá pedir al Juez, en caso de nacer hijos, que se le otorgue la patria potestad exclusiva sobre éstos (art. 255).

- Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a su padre y a su madre (art. 256).
- Prohibición, hecha a los hijos menores, de abandonar sin permiso la casa paterna o aquella en que sus padres los han puesto (art. 257).
- Derecho de la autoridad doméstica de hacerse auxiliar por la pública con el propósito de hacer volver los hijos al poder y obediencia de sus padres (art. 257).
- Los padres dirigen la educación de sus hijos y los representan en todos los actos civiles (art. 258).
- Los padres pueden exigir de los hijos que están en su poder, que les presten los servicios propios de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar recompensa alguna (art. 259).
- Facultad de los padres para corregir moderadamente a sus hijos (art. 261).
- Cuando la corrección moderada no bastare, los padres podrán ocurrir, aun verbalmente, al Juez para internar al menor en un establecimiento destinado a ese objeto (art. 261, primera parte).
- El Juez, respecto de la internación del hijo en un establecimiento destinado a su corrección, y atendiendo las circunstancias del caso, dispondrá lo que estime conveniente (art. 261, segunda parte).
- Los empleados públicos menores de edad son considerados como mayores en lo concerniente a sus empleos (art. 262).

3.7.2 Código de la Niñez y la Adolescencia ³²⁴

El Código de la Niñez y la Adolescencia uruguayo engloba de forma general los derechos y obligaciones en materia de guarda y custodia y régimen de visita y convivencia en la siguiente lista:

³²⁴ “Código de la Niñez y la Adolescencia”: <https://bit.ly/2HnwZej>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

- De los deberes de los padres o responsables.
- De los deberes de los niños y adolescentes.
- Tenencia de los padres.
- Tenencia por terceros.
- Facultades del Juez de Familia.
- Principio general.
- Determinación de las visitas.
- Régimen de visitas definitivo.
- Incumplimiento en permitir las visitas.
- Incumplimiento en realizar las visitas.
- Sanción por incumplimiento.
- Concepto de deber de asistencia familiar.

Los temas particulares de la norma en consulta que atañen a este trabajo de investigación arroja los siguientes tópicos:

- De los deberes de los padres o responsables (art. 16):
 - Respetar y tener en cuenta el carácter de sujeto de derecho del niño y del adolescente [art. 16, inciso A)].
 - Alimentar, cuidar su salud, su vestimenta y velar por su educación [art. 16, inciso B)].
 - Respetar el derecho a ser oído y considerar su opinión [art. 16, inciso C)].
 - Colaborar para que sus derechos sean efectivamente gozados [art. 16, inciso D)].
 - Prestar orientación y dirección para el ejercicio de sus derechos [art. 16, inciso E)].
 - Corregir adecuadamente a sus hijos o tutelados [art. 16, inciso F)].
 - Solicitar o permitir la intervención de servicios sociales especiales cuando se produzca un conflicto que no pueda ser resuelto en el

interior de la familia y que pone en grave riesgo la vigencia de los derechos del niño y del adolescente [art. 16, inciso G)].

- Velar por la asistencia regular a los centros de estudio y participar en el proceso educativo [art. 16, inciso H)].
- Todo otro deber inherente a su calidad de tal [art. 16, inciso I)].
- De los deberes de los niños y adolescentes (art 17):
 - Todo niño y adolescente tiene el deber de mantener una actitud de respeto en la vida de relación familiar, educativa y social, así como de emplear sus energías físicas e intelectuales en la adquisición de conocimientos y desarrollo de sus habilidades y aptitudes (art. 17, párr. primero).
 - Listado de deberes mínimos de niños y adolescentes [art. 17, incisos A)-G]):
 - Respetar y obedecer a sus padres o responsables, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes [art. 17, inciso A)].
 - Cuidar, en la medida de sus posibilidades, a sus ascendientes en su enfermedad y ancianidad [art. 17, inciso B)].
 - Respetar los derechos, ideas y creencias de los demás [art. 17, inciso C)].
 - Respetar el orden jurídico [art. 17, inciso D)].
 - Conservar el medio ambiente [art. 17, inciso E)].
 - Prestar, en la medida de sus posibilidades, el servicio social o ayuda comunitaria, cuando las circunstancias así lo exijan [art. 17, inciso F)].
 - Cuidar y respetar su vida y su salud [art. 17, inciso G)].
- Tenencia de los padres (art. 34):
 - Cuando los padres estén separados, se determinará de común acuerdo el ejercicio de la tenencia [art. 34, fracc. 1)].

- Facultad del Juez de Familia de resolver la tenencia cuando no exista acuerdo entre ambos padres [art. 34, fracc. 2)].
- Facultad del Juez de Familia para dictar las medidas necesarias para el cumplimiento de la tenencia [art. 34, fracc. 2)].
- Facultades del Juez de Familia (art. 35):
 - Recomendaciones a observar por el Juez de Familia en el momento de resolver sobre la tenencia de los hijos, visto el desacuerdo entre ambos progenitores [art. 35, incisos A)-C)]:
 - El hijo deberá permanecer con el padre o la madre con quien convivió el mayor tiempo, si esta circunstancia lo favorece [art. 35, inciso A)].
 - Preferencia de la madre para la tenencia cuando su hijo sea menor de dos años, siempre que la tenencia no resulte perjudicial para éste [art. 35, inciso B)].
 - El Juez deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño [art. 35, inciso C)]; la facultad del Juzgador se entiende ejercida bajo su más seria responsabilidad funcional [art. 35, inciso C)].
- Tenencia por terceros (art. 36):
 - Cualquier interesado puede solicitar la tenencia del menor siempre que ello tenga el interés superior de éste [art. 36, fracc. 1), primera parte].
 - Facultad del Juez de Familia para evaluar el entorno familiar ofrecido al menor por parte del interesado en obtener su tenencia; dicha tenencia se entiende bajo su más seria responsabilidad funcional [art. 36, fracc. 1), segunda parte].
 - La persona que ejerce la tenencia está obligada a brindarle la protección y cuidados necesarios para su desarrollo integral [art. 36, fracc. 2)].

- Terminación de la tenencia por incapacidad del que la obtuvo [art. 36, fracc. 3)]; el tenedor debe promover ante el Juez de Familia para que éste resuelva [art. 36, fracc. 3)].
- Principio general (art. 38):
 - Todo niño tiene derecho a mantener el vínculo, en orden preferencial, con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente, a un régimen de visitas con los mismos (art. primera parte).
 - Facultad del Juez de la Causa para incluir en el régimen de visitas a terceros distintos de sus progenitores con los que el menor haya mantenido vínculos afectivos estables durante la vida en común de sus padres (art. 38, segunda parte); el Juzgador hará valer esta facultad basado en el interés superior de la niñez (art. 38, segunda parte).
- Determinación de las visitas (art. 39):
 - Principio de libre voluntad para que los interesados pacten las modalidades del régimen de visitas [art. 39, fracc. 1)].
 - Facultad del Juez de lo Familiar para decretar el régimen de visitas a falta de acuerdo entre las partes [art. 39, fracc. 2), primera parte]; esta facultad aplica también cuando uno de ambos progenitores pretende impedir o limitar el ejercicio de este derecho [art. 39, fracc. 2), primera parte].
 - Derecho del niño a ser oído en un ambiente adecuado en un momento previo a resolver sobre las modalidades del régimen de visitas [art. 39, fracc. 2), segunda parte].
- Régimen de visitas definitivo (art. 41):
 - Remisión de antecedentes, del Juez de Familia de Urgencia o Autoridad competente sustituta al Juez de la Causa, de la fijación del régimen de visitas proyectado como definitivo (art. 41, párr. primero); los antecedentes deben remitirse al día siguiente (art. 41, párr. primero).

- Resolución del Juez de la Causa sobre el mantenimiento o modificación del régimen de visitas propuesto como definitivo (art. 41, párr. primero).
- Formalidades y actos procesales que el Juez de la Causa debe observar y efectuar para resolver sobre el mantenimiento o modificación del régimen de visitas definitivo (art. 41, párr. segundo):
 - Citación a audiencia para ambas partes (art. 41, párr. segundo, primera parte); deben estar asistidos por letrado (art. 41, párr. segundo, segunda parte).
 - Comparecencia de los interesados (art. 41, párr. segundo, primera parte); la audiencia debe celebrarse a más tardar a los tres días hábiles posteriores a recibir los antecedentes remitidos por el Juez de Familia de Urgencia o autoridad competente sustituta (art. 41, párr. segundo, primera parte).
 - Intervención del Ministerio Público y Fiscal en la diligencia (art. 41, párr. segundo, segunda parte).
- Incumplimiento en permitir las visitas (art. 40):
 - La parte que está obligada a permitir las visitas o entregar al menor de acuerdo al régimen establecido, y se negara en forma inmotivada, habilitará a que la otra parte acuda personalmente ante el Juez de Familia de Urgencia (art. 40, párr. primero, primera parte); éste puede ser sustituido por diversa autoridad cuando en la localidad no exista (art. 40, párr. primero, primera parte).
 - Facultad del Juez de Familia de Urgencia para hacer comparecer ante su presencia a la parte incumplidora de inmediato (art. 40, párr. primero, primera parte); esta comparecencia debe notificarse a través de la Policía (art. 40, párr. primero, primera parte).
 - Audiencia de ambas partes ante el Juez de Familia de Urgencia o quien haga sus veces para cesar la reticencia inmotivada de permitir la convivencia (art. 40, párr. segundo).

- Efectos de la reticencia inmotivada a permitir las visitas (art. 40, párr. segundo):
 - Aspectos a considerar previo a la toma de una decisión por parte del Juez de Familia de Urgencia (art. 40, párr. segundo):
 - Apreciación de las circunstancias particulares del caso (art. 40, párr. segundo).
 - Consideración de la edad del menor (art. 40, párr. segundo).
 - Preponderancia del interés superior (art. 40, párr. segundo).
 - Entrega del menor a la parte que reclama el incumplimiento (art. 40, párr. segundo).
 - Reserva del menor en casa del progenitor que reclamó el incumplimiento hasta en tanto el Juez de la Causa resuelve la situación jurídica del niño (art. 40, párr. segundo).
- Autorización del uso de la Fuerza pública para hacer comparecer a la parte que impide las visitas ante el Juez de Familia de Urgencia (art. 40, párr. primero, segunda parte).
- Incumplimiento en realizar las visitas (art. 41):
 - Si la parte a cuyo favor se establece un régimen de visitas, no cumpliere con el mismo, podrá la otra parte acudir al Juez de Familia competente, explicando la situación y la repercusión que la falta de cumplimiento por parte del obligado tiene sobre sus hijos (art. 41, párr. primero).
- Sanción por incumplimiento (art. 43):
 - El incumplimiento del régimen de visitas versa sobre la desatención de las necesidades afectivas del menor (art. 43, párr. primero).
 - Apercibimiento para la parte que incumple, grave o reiteradamente, el régimen de visitas (art. 43, párr. primero), con

los efectos y penas deducidos de incumplir (art. 43, párr. primero); el apercibimiento aplica para ambos regímenes, el homologado y el fijado judicialmente (art. 43, párr. primero).

- Efectos y penas para el progenitor que incumple con el régimen de convivencias (art. 43, párrs. primero y segundo):
 - Variación de la tenencia si ello no perjudica el interés superior del menor (art. 43, párr. primero).
 - Sanción pecuniaria, en beneficio del progenitor que demuestra el incumplimiento del régimen de visitas (art. 43, párr. primero); la sanción pecuniaria se decreta de oficio o a instancia de parte (art. 43, párr. primero).
 - Investigación por el delito de omisión de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 43, párr. segundo).
 - Pérdida de la patria potestad (art. 43, párr. segundo).
- Concepto de deber de asistencia familiar (art. 45):
 - El deber de asistencia familiar está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección material y moral de los miembros de la misma (art. 45, párr. primero).

3.7.3 Comentarios a la normatividad uruguaya en materia de niñez y adolescencia

El Derecho de Familia uruguayo descansa sobre un: *...principio básico esencial: el reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad,*³²⁵ así como otros principios que pueden apreciarse en la lista siguiente:

- Respeto a la identidad personal.³²⁶

³²⁵ Rivero de Arhancet, Mabel, *op. cit.*, p. 233.

³²⁶ Íd.

- Respeto a la identidad sexual.³²⁷
- Principio de solidaridad.³²⁸
- Principio de interés superior del niño y adolescente.³²⁹
- Principio de derecho del menor de edad a vivir en familia.³³⁰

Respecto del derecho del menor de edad a vivir en familia en relación con el principio de autonomía progresiva es importante precisar que el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

...determina cuál es el rol de los padres o persona que esté a cargo de éste les corresponde dirigir y orientar al menor para que pueda ejercer sus derechos, lo que implica que éstos tienen la responsabilidad de ir modificando continuamente los niveles de apoyo y orientación que otorgan al niño, niña y adolescente. Estos ajustes deben tener en cuenta los intereses y deseos del menor, así como las capacidades de éste para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior. Es decir, la autonomía es inversamente proporcional: a menor autonomía del menor, mayor orientación y apoyo de los padres o personas a su cargo. A mayor autonomía, menor apoyo y orientación por parte de los padres o personas que estén a cargo del menor.

En cuanto al Estado, el artículo 5° establece que le corresponde a éste, respetar los derechos y facultades de los padres o personas que estén a cargo del niño, niña o adolescente.

Respecto al grado de desarrollo, no hay duda de que hay grandes diferencias en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen los niños. “La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual que la de un adolescente de 16 años: por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los

³²⁷ *Ibíd.*, p 234.

³²⁸ *Ibíd.*, p. 235.

³²⁹ *Íd.*

³³⁰ *Íd.*

procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.³³¹

Por lo tanto, en los casos donde se requiera la intervención de la autoridad para dirimir o resolver conflictos o situaciones de hecho que involucren a los menores de edad,

...el operador del derecho, sea en el ámbito administrativo como en el judicial, debe tomar en consideración las “condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponde, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.³³²

Por cuanto hace a los adultos que deben acudir ante la autoridad jurisdiccional para resolver las cuestiones inherentes al divorcio, nulidad de matrimonio o separación de hecho, la doctrina toma como punto de partida el principio de autocomposición del proceso; dicho en otras palabras, aunque se haya promovido la acción legal correspondiente, se considera primordial dar por concluida la causa judicial respectiva con acuerdos entre las partes cuya taxativa principal es la de producirse de buena fe.

Mabel Rivero de Arhancet lo explica en los siguientes términos cuando toca el tema de la especificidad de los convenios referidos a menores de edad:

³³¹ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Uruguay, Segunda Época, año 14, núm. 18, diciembre de 2018, p. 229.

³³² *Ibíd.*, p. 120.

Ciertamente que lo acordado debe ser cumplido y no queda librado a la voluntad exclusiva de uno de sus componentes (artículo 1253 del Código Civil), y de acuerdo al artículo 1291 lo acordado es ley entre las partes.

Debemos sin embargo recordar que lo acordado en el negocio jurídico constituido por los convenios referidos a menores tiene la particularidad de que su cumplimiento estricto queda sujeto a que no haya variaciones en las situaciones que originaron tales acuerdos, lo que es ampliamente tratado y conocido en doctrina como la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, que permite entonces la no aplicación del principio *pacta sunt servanda*.

Tal principio, aplicable sin discusión a situaciones vinculadas a guarda, tenencia y alimentos de menores, está vinculado a la buena fe exigible a quienes acuerdan.

Al respecto tenemos normas especiales referidas a los alimentos que permiten su modificación en función de las necesidades del acreedor y la variación en la situación económica del deudor, como surge de los artículos 123 del Código Civil y 55 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

También la modificación de lo acordado o resuelto en lo referido a la tenencia y visitas de los menores de edad surge de las disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia, ya que las referencias al interés del niño abren la puerta a una posible modificación de lo acordado.

CAUMONT ubica entonces los convenios celebrados respecto a los hijos menores en esa identificación de los negocios jurídicos de accertamento, los que en definitiva permiten que las obligaciones familiares originadas en la ley puedan ser reguladas por vías extralegislativas en cuanto no existan normas legales que lo prohíban.

Deberán por lo tanto respetarse las normas que específicamente regulan las relaciones de progenitores e hijos, y ello en convenios que no pueden dejar de cumplirse inmotivadamente, negocios jurídicos en definitiva a los cuales deben aplicarse los principios y normas reguladoras de tales negocios. Entre ellos el de buena fe –aplicable a todos los negocios jurídicos, el de reconocimiento de la familia como base de nuestra sociedad, el de

solidaridad familiar –específico para las relaciones de familia–, el de la protección de los componentes más vulnerables de la familia y, en fin, aquellos que previamente hemos mencionado.³³³

³³³ Rivero de Arhancet, Mabel, *op. cit.*, pp. 242-243.

Capítulo IV
DETERMINACIÓN JURISDICCIONAL
DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y EL RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA

4.1 Necesidad de presentar un caso concreto

La naturaleza de este proyecto, que es la de proponer la creación de un sistema de normas jurídicas que permitan efectuar el régimen de visita y convivencia en días entre semana adicionando la normatividad de la materia, demanda que se acredite la necesidad de esta adición a través del escrutinio de un caso concreto.

Del asunto aquí presentado habrán de evaluarse los siguientes siete aspectos:

1. Las pretensiones que ambos progenitores hicieron valer en el momento procesal de entablar la *litis*.
2. La fijación de medidas provisionales relativas a la guarda y custodia y el régimen de visita y convivencia.
3. El examen de las pruebas que sirvieron para crear ánimo en el Juzgador al momento de dictarse sentencia definitiva.
4. La rigidez en la valoración de las pruebas antepuesta a una auténtica salvaguarda del interés superior de la niñez.
5. Las contradicciones en que incurre el Resolutor en el tema de las condiciones del domicilio habitacional de la menor y su impacto sobre el pago de alimentos.
6. Las complicaciones inherentes a la preferencia materna en la obtención de la guarda y custodia establecida en ley y sustentada por la jurisprudencia vigente en el tiempo de impartirse justicia en la controversia de marras.
7. Los impedimentos y dificultades producidos por un régimen de visita y convivencia que sólo abarca los fines de semana.

4.2 Datos del asunto

En estricto respeto al manejo de los datos personales de los terceros involucrados en la investigación que ahora se desarrolla, únicamente se proporciona la siguiente información del asunto presentado:

- La *litis* se entabló en un Juzgado Familiar del Estado de México.
- El asunto fue iniciado en 2016 y resuelto en 2018.
- Las pretensiones, principales y reconconvencionales, hechas valer fueron: alimentos, guarda y custodia y régimen de visita y convivencia.

En la tabla siguiente se hace una síntesis de los momentos procesales del asunto, obteniéndose los datos a partir de la lectura de la sentencia definitiva:

CRONOLOGÍA:	ACTUACIONES RELEVANTES:
• 08.VIII.2016:	☞ Demanda; pretensiones: alimentos, guarda y custodia.
• 09.VIII.2016:	☞ Auto que admite la demanda; fijación de guarda y custodia y alimentos provisionales.
• (fecha ilegible):	☞ Emplazamiento al demandado.
• (fecha ilegible):	☞ Contestación a la demanda.
• (fecha ilegible):	☞ Reconvención; pretensiones: alimentos, guarda y custodia, régimen de visita y convivencia.
• 27.X.2016:	☞ Auto que tiene por contestada la demanda; admisión de la reconvención; el emplazamiento de la misma.
• 01.XII.2016:	☞ Contestación a la reconvención.
• 01.XII.2016:	☞ Auto que tiene por contestada la reconvención; señalamiento de fecha y hora para la audiencia inicial.
• 11.II.2017:	☞ Audiencia inicial sin posibilidad de convenio; revisión de medidas provisionales; régimen provisional de visita y convivencia.
• 01.VI.2017:	☞ Audiencia principal para desahogo de pruebas.

- 12.II.2018: ☞ Continuación de la audiencia principal de desahogo de pruebas; producción de alegatos de apertura y cierre; citación para oír sentencia.
- 07.III.2018: ☞ Sentencia definitiva.

Finalmente, y con el objeto de entender el contexto del caso, se hacen saber los pormenores que rodearon la causa judicial en examen:

- En el año en que inició el procedimiento la edad de la menor era de cuatro años; para cuando el controvertido fue sentenciado, la niña estaba por cumplir los seis.
- Ninguna de las partes alegó o demostró indicios o existencia de alguna de las formas de violencia familiar definidas en la normatividad mexiquense.
- El asunto fue resuelto en un momento anterior a la declaratoria general de inconstitucionalidad de la preferencia materna para la obtención de la guarda y custodia en la legislación sustantiva civil de la Ciudad de México.

4.3 Atribución de la guarda y custodia y fijación del régimen de visita y convivencia

4.3.1 Guarda y custodia y régimen de visita y convivencia decretados como medidas provisionales

La guarda y custodia provisional se decretó a favor de la madre de la menor.

Las modalidades del régimen provisional de visita y convivencia a favor del padre fueron las siguientes:

- Primer y tercer sábado; segundo y cuarto domingo de cada mes.
- De diez a dieciocho horas.

- Entrega y recepción de la menor en el domicilio habitacional de la parte actora.

4.3.2 Guarda y custodia y régimen de visita y convivencia resueltos por sentencia definitiva

La guarda y custodia definitiva fue decretada a favor de la madre.

Las modalidades del régimen definitivo de visita y convivencia a favor del padre, fueron las siguientes:

- Sábados y domingos de cada quince días.
- De las diez horas del sábado a las diecinueve horas del domingo.
- Entrega y recepción de la menor en el domicilio habitacional de la parte actora.

4.5 Sentencia definitiva

Esta parte del trabajo se enfocará en el análisis de la sentencia que resolvió el fondo del asunto, en especial en la manera de valorar los acervos probatorios que cada parte aportó para sostener la procedencia de sus pretensiones.

Así también, se citarán y comentarán los criterios jurisprudenciales que el Resolutor utilizó para apoyar su decisión en lo relativo a la guarda y custodia.

4.5.1 Medios y elementos de convicción para obtener la guarda y custodia

Con el objeto de presentar lo más esencial del caso en cuanto a los caudales probatorios de cada contendiente, y tomando en consideración la abundancia de pruebas existentes en esa causa judicial, se decidió analizar los aspectos más relevantes de los medios probatorios que sirvieron para crear convicción en el ánimo

del Juzgador al momento de dictar la multicitada sentencia, desechando en consecuencia todas aquellas probanzas que no aportaran un valor cierto y definido a la investigación que ahora nos ocupa.

4.4.1.1 Aportación de pruebas de la madre en sus escritos de fijación de *litis* y valoración de las mismas dentro de la sentencia definitiva

En la tabla siguiente se listan todas las probanzas que ofreció la señora para acreditar los hechos en que fundó su la controversia planteada, así como el valor probatorio que la ley asigna a cada una de ellas:

MEDIO DE CONVICCIÓN OFRECIDO:	VALOR PROBATORIO ESTABLECIDO EN LEY:
Acta de nacimiento de la menor:	Pleno; es la base de la acción.
Confesional:	Pleno.
Declaración de parte:	Pleno.
Testimoniales (2):	Tasado.
Pericial en psicología (de oficio):	Pleno.
Pericial en trabajo social (de oficio):	Pleno.
Instrumental de actuaciones:	Pleno.
Presuncional en su doble aspecto:	Tasado.

4.4.1.1.1 Confesional y declaración de parte

Tanto la confesional como la declaración de parte desahogada por la señora, resultaron impertinentes para acreditar que ella es quien se ha hecho cargo de la menor desde su nacimiento y cuenta con mejores elementos para su crianza, pues tanto las posiciones como las preguntas formuladas, no están encaminadas a ello.

Tanto la confesional como la declaración de parte de la señora únicamente tuvieron por objeto saber la fuente y el monto de sus ingresos ordinarios y extraordinarios; siendo el caso que dicho monto asciende a los setecientos pesos semanales.

4.4.1.1.2 Testimoniales

A las testimoniales no es factible otorgarles valor probatorio pleno, en virtud de que se encuentran viciadas de origen, ya que ambas declarantes manifestaron tener un interés personal en el juicio.

La primera testigo, al momento del desahogo de la prueba en comento, específicamente cuando se le cuestionó si tenía algún interés personal en el presente asunto contestó en sentido afirmativo, refiriendo que sí tenía un interés personal, siendo este interés el hecho de que su nieta se quedara a vivir con ellas (la madre, la abuela y una tía), porque ese era el mejor lugar para la menor.

La segunda testigo obró en lo general en idéntico sentido, pues al preguntársele si tenía algún interés personal refirió que sí, que su interés personal era atestiguar a favor de su hermana.

En la sentencia definitiva, las testimoniales ofertadas por la parte actora principal fueron valoradas en el sentido de que estos medios de convicción resultaron parciales, por los motivos arriba expuestos.

4.4.1.1.3 Pericial en psicología

La pericial en materia de psicología sitúa el estilo de crianza de la madre como autoritario, definiendo la profesional encargada de la práctica de esta prueba, que los padres autoritarios son más compasivos que punitivos y tienden a valorar y dar razones e independencia a sus hijos, a más de considerar este estilo de crianza como el más efectivo.

Si bien existe una presunción de buena crianza de acuerdo con el dictamen pericial obtenido, cabe igualmente preguntarse si las particularidades de la casa que ambas,

madre e hija, habitan hacen que ésta resulte idónea para la menor; la psicóloga responsable de la prueba omite pronunciarse al respecto en su dictamen, lo que provoca que la guarda y custodia definitiva le sea concedida a la madre de la menor.

4.4.1.1.4 Pericial en trabajo social

La parte del peritaje en trabajo social practicado en el domicilio habitacional de la señora y de la menor hija de ambas partes que el Juzgador tomó en consideración al momento de dictar sentencia refiere que la vivienda presenta regulares condiciones de orden, higiene, iluminación y ventilación, y demostró la existencia de ocho gatos, hecho que alegaría el demandado a la hora de sustentar su excepción de falta de acción y derecho respecto de la acción de guarda y custodia ejercitada por la actora en lo principal y plantear su acción reconvencional.

Con una cantidad exorbitante de felinos habitando en un domicilio donde se ejerce la guarda y custodia, resulta de lo más lógico pensar en uno o varios escenarios de zoonosis, es decir, de una: *...Enfermedad o infección que se da en los animales y que es transmisible al hombre en condiciones naturales.*³³⁴

Las advertencias sobre el peligro de zoonosis para la niña con una cantidad excesiva de fauna reunida en el departamento ocupado por la menor hija de ambas partes y su familia materna, que también están presentes en el dictamen rendido por la trabajadora social, fueron ignoradas por la Instancia natural al momento de emitir su fallo, lo que hace presumir que ésta obró contra el interés superior de la menor.

Ocurre lo mismo con el exceso de recetas médicas a nombre de la infante, puestas a la vista de la trabajadora social para demostrar las necesidades alimentarias de aquélla, dado que la señora no planteó en la demanda condición médica alguna que

³³⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., España, Espasa, 2001, t. X, p. 1593.

ameritara ingerir esa cantidad de medicamentos; esta cuestión permite presumir, sin que exista prueba en contrario que corra agregada al cuaderno de actuaciones, que la niña enferma constantemente a consecuencia de los descuidos y negligencias de quien obtuvo la guarda y custodia.

4.4.1.2 Aportación de pruebas del padre en sus escritos de fijación de *litis* y valoración de las mismas dentro de la sentencia definitiva

En la tabla que a continuación se inserta se listan todas las probanzas que ofreció el demandado para acreditar sus excepciones y defensas a la demanda instaurada en su contra, a la vez que demostrar los extremos de la acción ejercitada en la reconvencción, así como el valor probatorio que la ley asigna a cada una de ellas:

MEDIO DE CONVICCIÓN OFRECIDO:	VALOR PROBATORIO ESTABLECIDO EN LEY:
Acta de nacimiento de la menor:	Pleno; es la base de la acción.
Confesional:	Pleno.
Declaración de parte:	Pleno.
Fotografías (3):	Tasado.
Impresión simple de conversaciones entre ambos padres vía WhatsApp:	Tasado.
Copia simple de la portada del largometraje <i>El cisne negro</i> :	Tasado.
Impresión simple de los criterios de clasificación de las películas distribuidas en territorio nacional de la Dirección General de Radio, Televisión y Cinematografía (RTC) de la Secretaría de Gobernación (SEGOB):	Tasado.
Audios en disco compacto (2):	Tasado.
Pericial en psicología (de oficio):	Pleno.
Pericial en trabajo social (de oficio):	Pleno:

Instrumental de actuaciones: Pleno.
Presuncional en su doble aspecto: Tasado.

Ahora bien, para efectos de esta investigación, interesa saber la valoración de algunos elementos convictivos en particular, los cuales se irán desarrollando a partir de la lectura de la sentencia definitiva que ahora se analiza.

4.4.1.2.1 Confesional y declaración de parte

Tanto la confesional como la declaración de parte del señor únicamente tuvieron por objeto saber la fuente y el monto de sus ingresos ordinarios y extraordinarios; siendo el caso que dicho monto asciende a dos mil pesos semanarios.

4.4.1.2.2 Fotografías

Al acervo fotográfico mediante el cual se intentó acreditar un mejor derecho a la guarda y custodia –y que fue promovido como prueba adjunta al ocurso reconvectivo– no se le otorgó valor probatorio contundente, estableciéndose en la resolución definitiva que en el domicilio habitacional la menor convive con ocho gatos que las señoras que tienen bajo sus cuidados a la menor poseen en calidad de mascotas, los cuales, según se alegó en la contrademanda, serían responsables de los rasguños que presenta la menor en las imágenes; no obstante lo anterior, el Juez de la causa natural consideró que no se advertía que estas heridas pusieran en riesgo la salud o integridad física de la menor.

4.4.1.2.3 Impresión simple de conversación vía WhatsApp, portada de la película *El cisne negro* y la clasificación B15, otorgada por la RTC

La relación que existe entre estas tres probanzas es la siguiente:

- La edad de la menor al momento de ventilarse el procedimiento en el Juzgado natural es de cuatro años.
- La madre de la menor relata en el mensaje de texto hecho llegar al padre vía WhatsApp que la niña quedó muy impactada luego de ver *El cisne negro*.
- El padre le contesta a la madre a través del mismo servicio de mensajería que sea cuidadosa con el material audiovisual que le proyecta a su menor hija, pues luego de ver *El cisne negro*, la niña tuvo un episodio agresivo simulando matar a uno de sus muñecos.
- Escenas de violencia psicológica que los personajes ejercen unos sobre otros, automutilación y escenas de contenido sexual sugerido hacen que este largometraje no resulte apto para menores de 15 años.
- Se exhiben ante el Juzgado del conocimiento las constancias que demuestran la clasificación B15: criterios de clasificación emitidos por la RTC con la explicación de las características de cada una de las clasificaciones (AA, A, B, C y D) y portada y contraportada de la cinta, ambos en copia simple.
- Se exhibe ante el Juzgado del conocimiento una impresión a color con la conversación escrita entre los progenitores de la niña.

A los elementos de convicción antes mencionados se les asignó un valor probatorio muy pobre, dado que la fuerza de la verdad que pretendían probar, en la especie un inadecuado ejercicio de la guarda y custodia y falta de conocimiento sobre las dimensiones de las obligaciones de crianza, con el argumento de que los materiales ofertados no gozaban de certificación alguna que los convirtiese en documentos genuinos.

Abundando sobre las obligaciones de crianza, el episodio de la película genera una presunción que opera en contra de la señora de que ella no es consciente de que el juicio de la menor, dada su edad, todavía no alcanza el grado suficiente de madurez como para entender las situaciones expuestas en la película.

4.4.1.2.4 Audios en disco compacto

Los audios promovidos en disco compacto en donde se muestran conversaciones del padre con su menor hija no generaron convicción en el ánimo del Juzgador de la instancia, en el entendido de que no se trataba de documentos con valor probatorio pleno, a más de que el Resolutor estableció que no se podía tener la certeza de que la voz de la niña entrevistada tanto en la audiencia respectiva como en las grabaciones fuera la misma.

En este material, se puede escuchar a la niña, en un primer momento, intentando explicar la idea de una vida eterna después de la muerte, una de las bases ideológicas del culto en el grupo religioso denominado Testigos de Jehová, y ya después confesando la insistencia de su señora madre en mantener en secreto estas concepciones, es decir, omitiendo deliberadamente comunicarlas al padre, con lo que implícitamente se le niega a éste el derecho a opinar y decidir sobre la educación religiosa de la menor hija de las partes en disputa.

Si bien el material auditivo promovido obtuvo un auto admisorio por reunir las características que la ley marca para hechos y pruebas supervenientes, no es menos cierto que se debió dejar sin efectos la citación para oír sentencia entendiendo que, de existir duda, la autoridad jurisdiccional debió ordenar la realización de diligencias para mejor proveer, en la inteligencia de que con la admisión de hechos y pruebas supervenientes queda sobrentendido el cambio de circunstancias dentro de la contienda y en la vida de la menor.

Una nueva entrevista con la niña y una sesión de preguntas abiertas hechas por el Juez con ambas partes obligadas a responder arrojarían los siguientes tres resultados positivos:

1. La actora reconvenional estaría en posibilidad de ejercitar con efectividad su derecho de ser oída y vencida en juicio.

2. La actora principal podría ofrecer su versión de los hechos disipando, en su momento, toda clase de dudas.
3. La información obtenida con la práctica de diligencias para mejor proveer ostentaría la contundencia probatoria necesaria para acreditar un mejor derecho del actor en la reconvención para obtener la guarda y custodia definitiva.
4. La amplitud de facultades estaría ejercitada adecuadamente, salvaguardándose efectiva y oportunamente el interés superior de la niñez en el caso concreto.

No obstante, como la sentencia fue dictada únicamente con lo obtenido de la entrevista con la menor agregada en actuaciones, tanto el padre como su menor hija quedaron en un notorio estado de indefensión.

4.4.1.2.5 Pericial en psicología

El dictamen psicológico rendido por la perito ubica al estilo de crianza del padre como permisivo, acentuando dicha profesionista la indulgencia como característica de esta manera de criar, cuestión que no abona a la pretensión reconvencional de guarda y custodia ejercitada por el señor.

El dictamen es omiso en tocar el tema del criterio del padre ante situaciones complejas, cuestión indispensable a futuro, cuando la transición de la niñez a la adolescencia ameritase un cuidador primario capaz de entender el mundo en sus paradojas y nudos gordianos y hacer que la niña, para entonces convertida en una adolescente, se forme un criterio amplio que le permita tomar mejores decisiones.

4.4.1.2.6 Pericial en trabajo social

Aunque el dictamen rendido por la perito en trabajo social obra en autos y califica con condiciones regulares por lo que hace al orden y la higiene del inmueble donde

habita el demandado principal y actor reconvenional, no se aprecia valoración alguna en el cuerpo de la sentencia definitiva, circunstancia que hace ignorar al sustentante si el domicilio habitacional del señor pudiera reunir características que pudieran sustentar un mejor derecho a obtener la guarda y custodia definitiva de la menor.

4.4.1.3 Jurisprudencias

En este apartado, se harán las precisiones consideradas como idóneas respecto de lo que se ha manifestado como rigidez en la valoración de las pruebas.

La parte conducente del criterio que el Juzgador natural tuvo respecto de las fotografías se transcribe a continuación:

FOTOGRAFÍAS. SU VALOR PROBATORIO. Conforme a lo dispuesto por el artículo 217 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria, el valor probatorio de las fotografías de documentos o de cualesquiera otras aportadas por los descubrimientos de la ciencia, cuando carecen de certificación, queda al prudente arbitrio judicial como indicios, y debe estimarse acertado el criterio del Juzgador si considera insuficientes las fotografías...³³⁵

Para las impresiones y copias simples anexas al escrito de fijación de *litis*, se utilizó la tesis siguiente:

COPIAS FOTOSTÁTICAS. VALOR PROBATORIO DE LAS. Las copias fotostáticas no pueden considerarse documentos privados sino medios de prueba como lo son las fotografías, y éstas carecen de valor probatorio pleno de no

³³⁵ Tesis 216975, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XI, marzo de 1993, p. 284.

encontrarse debidamente certificadas, por lo tanto su valor queda reducido al de un indicio que sirve de prueba en tanto no se encuentren desvirtuadas.³³⁶

En efecto, las pruebas así ofrecidas sólo pueden tomar el carácter de indiciarias. Sin embargo, una cosa es que ostenten calidad de indicio, y otra, a qué clase de indicio se refieren exactamente.

Desde la visión del trabajo que al punto se desarrolla –y en relación a la cinta *El cisne negro*–, el indicio apuntaba hacia un desconocimiento sobre el grado de comprensión de la realidad en la psique de la menor hija de ambas partes y, en consecuencia, que la clasificación legal del material cinematográfico proyectado evidenciara que éste no sería idóneo para su edad y grado de madurez, circunstancias de hecho que cuestionaban el derecho preferente a la guarda y custodia que la señora tenía a su favor por mandato de ley.

Las impresiones y copias simples que acreditaban los hechos nunca fueron tomadas en cuenta para que la Primera Instancia decidiera ahondar sobre el particular en el peritaje psicológico que ordenó practicar sobre todos los integrantes de la familia, en especial el de la menor de edad. El resultado de esta omisión es la obtención de una prueba pericial que no aporta evidencia sobre la crianza deficiente que recibe la niña mientras está al cuidado de su señora madre. Criterio jurídico-procesal que pone en tela de juicio la actuación del Juez de lo Familiar que conoció de la controversia en lo relativo a una salvaguarda efectiva del interés superior de la niñez al no tomarse en cuenta todas las circunstancias y pruebas del caso en concreto.

Por otro lado, para el Juez de la controversia, el material fotográfico que muestra rasguños en el brazo de la menor únicamente acredita lo siguiente:

³³⁶ Tesis VI. 2o. J/137, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. VIII, julio de 1991, p. 97.

Así las cosas, dichos medios de convicción se encuentran adminiculados con la confesión expresa hecha por la señora..., al momento de dar contestación a la demanda reconvenzional, en la cual refirió: *“si bien es cierto que de las fotos que agrega el actor reconvenzionista, se desprenden rasguños, es de señalar a su señoría que los mismos fueron provocados por un gatito que tenemos en casa...”* En ese sentido la afirmación hecha por la demandada en la reconvencción, constituye una confesión expresa en términos de lo dispuesto por el artículo 1.267 y 1.268 del Código de Procedimientos Civiles.

En relación al ejercicio de la guarda y custodia, la resolución analizada se apega al razonamiento del Poder Judicial de la Federación del que se transcribe la parte conducente:

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR [INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO]. Como ya lo ha establecido esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores pues, en principio, tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos. Así las cosas, el intérprete, al momento de aplicar el inciso a), de la fracción II, del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que dispone que si no se llega a ningún acuerdo respecto a la guarda y custodia, “los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor”, deberá atender, en todo momento, al interés superior del menor. Lo anterior significa que la decisión judicial al respecto no sólo deberá atender a aquel escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino, por el contrario, deberá buscar una

solución estable, justa y equitativa que resulte lo más benéfica para éste...

337

De acuerdo con el Juzgado del conocimiento –y luego de valorarse pormenorizada y concienzudamente los caudales probatorios que cada parte aportó para justificar sus pretensiones–, el escenario más benéfico, o bien el menos perjudicial, para la menor de edad resultó ser el domicilio habitacional de la parte actora.

4.5 Alimentos definitivos

Aunque en estricto sentido los alimentos no forman parte del análisis de la sentencia definitiva que al punto nos encontramos observando, hemos decidido incluirlos a efecto lograr una presentación completa del caso que ahora se observa.

Interesa de la mencionada sentencia el segundo punto resolutivo, pues es en esa parte de la resolución donde el Juez de lo Familiar medita sobre la causa, y establece las modalidades en las que el padre ha de solventar las necesidades de la hija alimentada en caso de que el exceso de fauna gatuna siga representando un inconveniente para la integridad y el desarrollo de esa menor.

Se transcribe lo siguiente:

SEGUNDO.- En suplencia de la queja, se impone la obligación a [se omite el nombre de la madre de la menor] para que, previa comunicación con las personas que habita, es decir la abuela y la tía de la niña, esté en aptitud de regalar 5 de los 8 gatos que tienen, lo anterior para optimizar el hábitat en el que se desarrolle la menor hija de ambas partes.

³³⁷ Tesis 1a./J. 53/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, junio de 2014, p. 217.

Generándose, a los ojos del sustentante, las contradicciones que quedan visibles en la lista de premisas siguiente:

- De regalar los cinco gatos a que se refiere la sentencia, la realización de los trámites y cuidados para dejar en adopción a esta quinteta de mininos generará gastos, que seguramente acabarán corriendo por cuenta del señor.
- De no regalar ninguno de los cinco gatos a que se refiere la sentencia, la niña involucrada dentro del presente procedimiento sigue corriendo el riesgo de zoonosis, que también se traducirán en gastos por concepto de medicinas, y que terminarán siendo cubiertos el señor.

En íntima relación con lo analizado en líneas precedentes, el segundo párrafo del multicitado segundo punto resolutivo establece:

SEGUNDO.- ...

...

En caso de desacuerdo con sus cohabitantes, la señora deberá buscar un lugar más apropiado en donde habitar con su menor hija, para lo cual será necesario que previamente se acredite que la salud de la menor se encuentre en riesgo debido a la existencia de los ocho gatos y, en caso de que así sea, el señor quedará obligado a aportar el monto de renta de una vivienda digna acorde al binomio de proporcionalidad que impera en materia de alimentos, que establece que éstos serán acordes a las necesidades del acreedor y la posibilidad económica del deudor, lo cual, en su caso, se determinará en ejecución de sentencia.

Nuevas contradicciones se desprenden de la lectura de la transcripción arriba hecha, las cuales se pueden observar en los enunciados siguientes:

- El monto de la renta de la vivienda a que se refiere el Resolutor rebasa la capacidad económica demostrada en autos por el alimentante, pues la adquisición de ese compromiso lo dejaría sin dinero para poder hacerse cargo de sus gastos más indispensables.
- Aunque la alternativa más viable para solucionar el problema de zoonosis al que se expone a la menor en su domicilio habitacional actual sería deshacerse de cinco de ocho gatos, el problema sería que ninguna de las tres voluntades con capacidad de decisión en esa casa, es decir, la madre, la abuela y la tía de la menor, tendrían disposición para hacerlo.

4.6 Conclusión

Desde la perspectiva del sustentante, resulta evidente la postura descuidada y rígida de la Instancia que conoció y resolvió el asunto, hizo a un lado el espíritu del interés superior de la niñez, al dejarse de investigar la verdad histórica y las condiciones de vida reales de la niña cuyos derechos fueron objeto de debate en la controversia en observación, para en su lugar centrarse única y exclusivamente en las reglas que rigen la valoración de las pruebas, específicamente en los valores probatorios de las fotografías, audios, impresiones y copias fotostáticas, los cuales, en la carencia de la fuerza convictiva que caracteriza a los documentos públicos, fueron desestimados para dar la razón al promovente reconvenional y otorgarle a él la guarda y custodia definitiva de su menor hija.

A más de que el régimen definitivo de visita y convivencias concedido al progenitor conviviente es el que coloca a éste en lo que en el argot procesal familiar se conoce como “papá de fin de semana”.

4.7 Determinación de horas-madre versus horas-padre por semana, mes y año

Para efectuar el cálculo a que se refiere el presente apartado, se tomó en consideración en lo resuelto por sentencia definitiva del caso en observación.

Las horas-madre resultantes del conteo realizado son: 99 (noventa y nueve) a la semana, 198 (ciento noventa y ocho) al mes y 2,376 (dos mil trescientas setenta y seis) horas al año.

Con el otro fin de semana, en el que no se produce convivencia alguna, el cálculo asciende a 132 (ciento treinta y dos) horas por semana, 264 (doscientas sesenta y cuatro) por mes y 3,168 (tres mil ciento sesenta y ocho) al año.

Es oportuno destacar que en la operación aritmética que determinó las horas-madre hubo un descuento de 36 (treinta y seis) horas semanales. Las primeras 30 (treinta) resultan de multiplicar 6 (seis) horas por 5 (cinco) días, que corresponden al horario escolar de la menor. Las restantes seis responden a las horas de trabajo de la señora en un empleo de fotógrafa de eventos sociales que realiza, en promedio, 3 (tres) horas, 2 (dos) días a la semana.

Las horas-padre resultantes del conteo efectuado son: 33 (treinta y tres) a la semana, 66 (sesenta y seis) al mes y 792 (setecientos noventa y dos) al año.

Las horas a que se refiere esta parte del cálculo están determinadas a partir de los dos fines de semana en el que al progenitor no custodio le toca convivir con su menor hija dentro de las cuatro semanas con las que por regla general cuenta cada mes, excluyéndose por tanto a los otros dos.

4.8 Dificultades e impedimentos del progenitor no custodio respecto a cumplimentar sus obligaciones de crianza con un régimen de visita y convivencia muy limitado

Con un régimen de visita y convivencia tan limitado como el que se determinó en el apartado anterior, la relación paterno-filial observa un comportamiento ineficaz en dos sentidos, a saber:

1. El padre no custodio deja de cumplimentar sus obligaciones de crianza y nunca conoce el disfrute pleno de los derechos inherentes a la paternidad.
2. La menor hija ve menoscabados sus derechos en dicha relación, a más de los únicos valores, costumbres y normas son los que le proporciona el círculo familiar del lado materno.

Ambos tópicos quedan pormenorizados en la tabla siguiente, elaborada a partir de la lista de derechos reconocidos en el texto de la Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México, dado que fue en esa Entidad Federativa donde tuvo verificativo el procedimiento judicial aquí analizado:

RUBRO:	DESCRIPCIÓN EN SÍNTESIS:
• Identidad:	<ul style="list-style-type: none">☞ La menor y el padre no custodio tienen muy limitado el tiempo para establecer puntos de conexión o divergencia entre los rasgos de ambas personalidades.☞ En la misma tesitura, está muy limitado el tiempo para saber cuáles son los gustos e intereses de cada uno y, partiendo de ello, hacer planes a corto, mediano y largo plazo que los involucren como individuos y como integrantes de una familia.☞ El sentimiento de responsabilidad que experimenta el padre respecto de su menor hija nunca alcanza un punto de plenitud.☞ No existe un contrapeso o una opinión alternativa que enriquezca el desarrollo de la personalidad de la menor, pues la dinámica familiar trabaja bajo la predominancia de la figura materna.☞ Es muy difícil que la menor vea en su padre un reflejo de su personalidad que le permita autoafirmarse frente a terceros.

- Vida en familia:
 - ☞ La dinámica familiar en la relación paterno-filial queda marcada por lo que coloquialmente se conoce como “papá de fines de semana”.
 - ☞ En la vida de la menor, el progenitor no custodio figura más como una visita que realmente como su padre.
 - ☞ La convivencia con la familia paterna extensa es prácticamente inexistente.
- Educación:
 - ☞ El padre no observa de primera mano el desarrollo escolar de su menor hija.
 - ☞ El padre, en consecuencia, se encuentra impedido para dar instrucciones precisas o emitir recomendaciones idóneas que optimicen el rendimiento escolar de su menor hija.
 - ☞ El progenitor no custodio se ve impedido para involucrarse en talleres para padres, firmas de boletas, festivales escolares y demás actos de importancia inherentes a la vida académica del lugar donde su menor hija se encuentra cursando estudios.
- Convicciones éticas, pensamiento y conciencia:
 - ☞ Los valores y creencias predominantes en la vida de la menor son los marcados por la madre.
 - ☞ Los valores y creencias del padre son prácticamente inexistentes en la vida de la menor.
 - ☞ No existe un mecanismo o parámetro que sirva de contraste entre unos y otros; esto no significa que existan contradicciones entre ellos sino que se pierde la oportunidad de enriquecer el criterio de la menor con lo que ambos padres pueden aportar a la formación de éste.
- Dirección y orientación:
 - ☞ La figura de autoridad que el padre está obligado a ejercer en el proceso de formación de la menor es prácticamente nula.

- ☞ La ayuda que el padre pueda ofrecer en la resolución de las situaciones inherentes a la etapa de formación de su menor hija es mínima.
- ☞ Es muy difícil que ella vea en su padre un bastión emocional del cual asirse en tiempos de crisis.
- Alimentación:
 - ☞ El padre se encuentra ostensiblemente limitado en sus funciones de alimentante, pues la única que desempeña es la de proveedor.
 - ☞ El padre no puede involucrarse en las decisiones y tratamientos tendientes a que su menor hija goce de una salud física óptima a partir de una alimentación adecuada.

El caso analizado en el presente trabajo de investigación permite apreciar la necesidad de contar con una regulación específica en materia de régimen de visita y convivencia.

El interés superior de la infancia y adolescencia, principio con presencia y operación dentro del marco normativo estudiado, exige que en todos los asuntos relativos a la situación jurídica de las personas menores de edad debe resolverse atendiendo a lo que más les beneficie, además de buscar que el niño, niña o adolescente crezca y se desarrolle en el seno familiar incluso si sus progenitores y cuidadores primarios han decidido separarse.

Abundando, el Juez de lo Familiar siempre debe escuchar la opinión del infante con el propósito de normar su criterio, pues con ello el Juzgador contará con más y mejores elementos que le permitan tomar la determinación más benéfica al momento de decretar la guarda y custodia.

Por analogía y en íntima relación con lo anterior, la obligación procesal del Juez de la materia de escuchar los razonamientos y opiniones del menor de edad se

extiende al régimen de visita y convivencia, entendiendo que lo que se debe salvaguardar es el derecho humano del infante a convivir adecuadamente con su ascendiente no custodio de manera constante y armónica y, en consecuencia, que se pueda lograr un adecuado desarrollo biopsicosocial de su persona.

Consideramos, por otra parte, que las personas encargadas de impartir justicia en materia familiar deben convocar a los progenitores para concluir el procedimiento a través de un convenio en el que la guarda y custodia sea compartida; así, ambos progenitores estarán en posibilidades de brindar el trato, respeto, convivencia, ayuda, solidaridad, amor y protección que la ley establece en favor de todos y cada uno de los integrantes de la familia.

A lo anterior se suma el hecho de que tanto el padre como la madre están obligados a cumplir con sus respectivos deberes de crianza cuya finalidad es que los años de formación del infante transcurran de manera armónica y feliz dentro de su familia.

Ahora bien, en el supuesto de que no se logre un acuerdo entre los progenitores será el Juez de lo Familiar quien resolverá sobre la guarda y custodia asignándola a uno de los contendientes de tal suerte que al otro le estará reservado su derecho a un régimen de visita y convivencia.

En la decisión sobre estos dos tópicos deberá verse aplicado el interés superior de la niñez en los sentidos de no tener preferencia alguna por uno de los padres y sin poner en riesgo la integridad, el normal desarrollo y demás derechos del niño, niña o adolescente; en otras palabras, la determinación judicial sobre guarda y custodia y régimen de visita y convivencia no deberá afectar la esfera biopsicosocial o afectiva del menor.

El mecanismo más óptimo para tomar la mejor decisión en los multicitados temas es analizar adecuada y minuciosamente las circunstancias específicas de cada

causa judicial así como valorar y administrar las pruebas ofrecidas y desahogadas por cada parte.

4.9 Propuesta de una mejor regulación

Una de las obligaciones más importantes a cargo de los Jueces de lo Familiar, establecida tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la legislación interna local y federal, es la de hacer que los menores de edad sean escuchados con efectividad en los procesos en que se vean involucrados como parte esencial de su derecho humano de acceso a la justicia.

El caso expuesto deja al descubierto una serie de irregularidades que se dan en la práctica por parte del Órgano jurisdiccional que debe resolver una controversia en materia de guarda y custodia y régimen de visita y convivencia.

Ante la evidente desproporción que existe entre las horas-madre versus las horas-padre –con el consecuente desbalance en el que queda atrapada la relación paterno-filial– es que se propone un mecanismo a través del cual se pueda hacer exigible el derecho a un régimen de visita y convivencia que incluya días entre semana.

La propuesta que ahora se plantea se hará adicionando los artículos correspondientes de los Códigos de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México y del Estado de México.

4.9.1 Exposición de motivos

La adición de este conjunto de hipótesis y mandatos al texto de los Códigos procesales capitalino y mexiquense intenta responder al menor en su interés superior y a su derecho a vivir en familia pesar de la separación de sus padres, y al derecho que le asiste de convivir con su progenitor no custodio en lo particular,

cuestión que implica tanto colmar las necesidades psicoafectivas que el niño presenta en las diversas etapas de su vida como el cumplimiento de las obligaciones de crianza que son inherentes a la paternidad.

La mayoría de los casos que se presentan ante la Instancia familiar se resuelven otorgando la custodia de los hijos a la progenitora y quedando el padre como conviviente; sobre el particular, consideramos que para decidir sobre una cuestión tan importante y trascendente para los infantes no se debe partir de la premisa de preferir a un ascendiente sobre otro, sino que debe analizarse cada caso en particular y atendiendo a las circunstancias para determinar la guarda y custodia partiendo de la idea de que la decisión tomada está destinada a cumplir con el interés superior del infante.

En este orden de ideas, deben abordarse de manera periférica los roles de la mujer como esposa y madre, en la inteligencia de que dicha conversación cuenta con foros para conversaciones y debates más prolijos, intensos y propositivos. Limitándose esta investigación a reafirmar la libertad de la que aquélla debe gozar para formular y ejecutar su plan de vida después de la separación, y que en estos regímenes de convivencia amplios se pretende fortalecer este derecho con un tiempo libre en el que el cuidado de los hijos queda a cargo del excónyuge o exconcubino. Enfatizando que la libertad y el tiempo libre referidos en líneas antecedentes no son una merced, tanto menos un obsequio, sino herramientas que posibilitan ir al encuentro de la autorrealización y la felicidad a la que cada mujer tiene derecho.

Estas adiciones a las leyes de la materia se enfocan en la recuperación de la figura paterna, tradicionalmente ausente o distante dentro del seno familiar, vistos los estudios que demuestran todos y cada uno de los beneficios que brinda contar con su presencia en los años de formación del menor. A mayor abundamiento, se trata de sanar y restañar los lazos paterno-filiales que haya sido rotos tras el fin de la relación de pareja en aras de que el infante sufra lo menos posible en esta ruptura

y para el efecto de equilibrar la balanza en las prerrogativas y responsabilidades que ambos progenitores adquieren por ministerio de ley.

La propuesta a presentarse está formulada para que, tomando como punto de partida el principio de autonomía de la voluntad de los interesados, se llegue a puntos de acuerdo durante la audiencia en el Juzgado donde se tramite el procedimiento correspondiente; en ese sentido, la facultad del Juzgador de promover convenio queda convertido en un vehículo que exhorta efectivamente a las partes a pactar sobre un régimen de convivencias con días entre semana teniendo presente en todo momento que su acuerdo de voluntades no sólo dará por concluido el procedimiento sino que el beneficio a producirse impactará de manera positiva en lo tocante al tiempo de convivencia entre quien no obtuvo la guarda y custodia y su menor hijo.

Aunque el escenario del párrafo inmediato anterior resulta idóneo y es por demás recomendable, es verdad sabida que algunos casos suelen retrasarse y complicarse por la actitud repelente de los colitigantes. La rispidez de este panorama vuelve imperioso el deber de dotar al Juez de una serie de atribuciones y directrices que le permitirán analizar el fondo de la controversia a la luz de razonamientos y medios de prueba técnica y jurídicamente relevantes para que, llegado el momento, la resolución que dicte el Juzgador en su oportunidad cumpla con el principio de exhaustividad de las sentencias y se produzca acorde a la realidad familiar en la que vive el niño por cuyos derechos la autoridad jurisdiccional está obligada a velar.

Es por esta razón que las propuestas no consisten en una anodina o inofensiva amplitud de facultades a ejercitarse cuando el Juzgador deba promover consenso para llegar a un convenio, sino que entretejen una serie de mandamientos de ley y supuestos normativos a utilizarse en caso de que el procedimiento deba concluirse mediante sentencia y otorgan toda clase de facilidades a los convivientes para que éstos tengan un goce efectivo del tiempo que pasan juntos, en un esfuerzo por

equilibrar la balanza restando fuerza al carácter omnímodo y unipersonal a la guarda y custodia que en algunos casos se llega a dar.

Se hace hincapié, una vez más, en que el derecho del niño a vivir en familia se traduce en la obligación de ambos progenitores de mantener una relación post-separación sea lo suficientemente sana y madura para que el ambiente familiar sea un elemento que despliegue el potencial del menor, favoreciendo su libre desarrollo de la personalidad y convirtiéndolo, al término de su crecimiento, en un adulto pleno.

4.9.2 Reforma del Código Civil para la Ciudad de México

Con la finalidad de que se cumpla con el interés superior de la niñez y adolescencia, se propone la modificación al Código Civil para la Ciudad de México, en sus arábigos 282 y 283, cuyo texto sería el siguiente:

Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

A. De oficio:

I.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio de la Ciudad de México y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

B. Una vez contestada la solicitud:

I.- El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad, pudiendo decretar, atendiendo a las circunstancias del caso un régimen de visitas entre semana para que el infante conviva con el progenitor no custodio.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

III.- 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;

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, decretando, de ser procedente, un régimen de visita y convivencia entre semana para que el infante conviva con el progenitor custodio; 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 sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores;

IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges

tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos;

V.- 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 y Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para la Ciudad de México. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México;

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

VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso;

VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.

4.9.3 Reforma del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México

En íntima relación con la propuesta de modificación al Código Civil para la Ciudad de México, se sugiere la creación de un artículo 941 quáter en el texto del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, cuya redacción quedaría en los siguientes términos:

Artículo 941 quáter.- El régimen de visita y convivencia con días entre semana derivará de la propuesta realizada por el progenitor no custodio con la que se dará vista a la parte contraria, para que manifieste lo que a su derecho corresponda; el Juez resolverá lo procedente en caso de desacuerdo al término de la entrevista con el o los menores hijos.

Para tomar dicha determinación el Juez requerirá a ambos progenitores informen bajo protesta de decir verdad, si trabajan o no y el horario de jornada laboral en su caso, precisando con claridad sus días de descanso.

4.9.4 Reforma del Código Civil del Estado de México

Atendiendo al interés superior de la infancia, se propone la modificación de los artículos 4.95 y 4.96, ambos del Código Civil del Estado de México, cuyo texto sería el siguiente:

Medidas precautorias en el divorcio

Artículo 4.95.- Al admitirse la solicitud de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el procedimiento, 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 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 provisional de las y los hijos se decretará por el Juez quedando preferentemente al cuidado de la madre, debiendo escuchar a ambos progenitores, a las hijas o hijos y a cualquier otro

interesado, en función del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de los sujetos a tutela. El Juez actuará de la misma manera para establecer el régimen de convivencia, pudiendo determinar, atendiendo a las circunstancias del caso un régimen de visitas entre semana para que el infante conviva con el progenitor no custodio.

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 otorgamiento de la guarda y custodia de las niñas, los niños y los adolescentes o incapaces quedará preferentemente al cuidado de la madre, atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes, a menos que exista una causa justificada a criterio del Juez. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Resolución de divorcio en relación a los hijos

Artículo 4.96.- En la resolución que decrete el divorcio voluntario, se determinarán los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, respecto a la persona y bienes de los hijos, teniendo en cuenta el interés superior de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio; además, de resultar procedente, el Juzgador decretará un régimen de visitas entre semana para que el infante conviva con el progenitor custodio; así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.

El Juez acordará de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos o los sujetos a tutela.

4.9.5 Reforma del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México

Finalmente, se elabora una propuesta de reforma que adicione el Código de Procedimientos Civiles del Estado de México con un artículo 5.45 bis, cuyo texto sería del tenor siguiente:

Régimen de visita y convivencia entre semana

Artículo 5.45 bis.- El régimen de visita y convivencia con días entre semana derivará de la propuesta realizada por el progenitor no custodio con la que se dará vista a la parte contraria, para que manifieste lo que a su derecho corresponda; el Juez resolverá lo procedente en caso de desacuerdo al término de la entrevista con el o los menores hijos.

Para tomar dicha determinación el Juez requerirá a ambos progenitores informen bajo protesta de decir verdad, si trabajan o no y el horario de jornada laboral en su caso, precisando con claridad sus días de descanso.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La familia ha evolucionado en su integración y dinámica a lo largo de las épocas, particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, y, aunque lo ideal es que permanezca unida, es cada vez más frecuente el escenario de su desintegración.

SEGUNDA. No existe una definición legal de lo que debe entenderse bajo la denominación de “familia”; la doctrina jurídica contemporánea, no obstante, se ha encargado de suplir esta laguna estableciendo diversos modelos familiares con dos denominadores comunes: el vínculo –afectivo, consanguíneo, o ambos– que une a sus integrantes.

TERCERA. El interés superior de la niñez es un principio fundamental para resolver cualquier situación en donde estén involucrados los derechos de los infantes. Las múltiples definiciones que existen, tanto doctrinarias como legales, del mencionado interés superior observan tres elementos comunes: constituye un derecho sustantivo, funciona como principio general de interpretación y se erige en una norma de procedimiento.

CUARTA. En materia familiar, la suplicia en la deficiencia de la queja es una herramienta jurídico-procesal que hace posible la indagación de hechos y aportación de pruebas con el objeto de recabar información abundante e idónea para un caso concreto; la información así obtenida tiene por objeto producir la decisión jurisdiccional más ajustada a la realidad que vive el menor involucrado en el procedimiento legal.

QUINTA. La guarda y custodia constituye la tenencia física de los menores hijos; en principio, ésta se entiende a favor de ambos progenitores, pero cuando se produce la separación de éstos, se privilegia el convenio sobre este tema y, en caso de desacuerdo, un Juez de lo Familiar debe decidir.

SEXTA. La determinación judicial de la guarda y custodia debe estar regida por el interés superior de la niñez. Este principio se materializa en un doble aspecto. Por un lado, cuando el menor sobre el cual se decide su situación jurídico-familiar comparece a procedimiento y ejercita su derecho a ser oído por el Juez de la causa y por el otro, a través de la amplitud de facultades con que cuenta dicha autoridad jurisdiccional para emitir la decisión que más favorezca al infante.

SÉPTIMA. La guarda y custodia compartida de hijos menores prevista para los casos de divorcio no está expresamente prohibida en las controversias del orden familiar o en los juicios familiares orales; debe, por tanto, explorarse dicho escenario con mayor asiduidad cuando los progenitores que judicializan su separación acuerdan los términos de ésta mediante convenio.

OCTAVA. No debe otorgarse un derecho de preferencia a ninguno de los progenitores para obtener la guarda y custodia de sus menores hijos; sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto y declarado como inconstitucional cualquier norma que otorgue el mencionado derecho de preferencia a favor del padre o la madre.

NOVENA. La declaratoria general de inconstitucionalidad dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para la Ciudad de México –cuyo texto ordena que los hijos menores de edad deberán quedar al cuidado de la madre–, establece que la forma de obtener la guarda y custodia provisional de los hijos menores de edad en un procedimiento de divorcio deberá tomar como sustento y punto de partida el cumplimiento de los deberes de crianza que cada uno de los progenitores contendientes pueda demostrar en el juicio correspondiente.

DÉCIMA. En consecuencia, y de acuerdo con la declaratoria general de inconstitucionalidad del artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del

Código Civil para la Ciudad de México a que nos referimos en la conclusión anterior, en caso de que ambos progenitores litigantes no logren ponerse de acuerdo en quién ejercerá la guarda y custodia provisional de los menores hijos, el Juez de lo Familiar puede decretar la mencionada guarda y custodia provisional a favor de un familiar que no sea parte ni tenga interés en el procedimiento de divorcio

DÉCIMA PRIMERA. En toda controversia judicial cuyo objeto sea la guarda y custodia de menores, el órgano jurisdiccional debe proponer a los contendientes concluir el procedimiento mediante convenio y, de ser posible, establecer la guarda y custodia compartida en beneficio de sus descendientes; por el contrario, y de no lograrse acuerdo entre las partes, el Juzgador determinará la guarda y custodia en favor de uno de los progenitores y establecerá el régimen de visitas y convivencias para que continúen las relaciones jurídico-familiares entre el infante y su ascendiente no custodio.

DÉCIMA SEGUNDA. La coparentalidad es un concepto que se ha desarrollado en otras legislaciones, como la argentina, en substitución del concepto de patria potestad; puede definirse como una relación en la que ambos progenitores interactúan positivamente cooperando entre sí y manteniendo un apoyo mutuo en la educación de los hijos. Mediante la coparentalidad, los deberes, responsabilidades y cargas inherentes y asociados a la crianza de los hijos menores de edad deben compartirse entre ambos progenitores, no importa si viven bajo el mismo techo o han decidido separarse; así también, la mencionada coparentalidad debe tener como finalidad única el interés superior de la niñez.

DÉCIMA TERCERA. En la práctica vemos que los órganos jurisdiccionales no suelen determinar un régimen de visita con días entre semana; al respecto consideramos que la finalidad de decretar días entre semana está encaminada a mantener, respetar, potenciar y fortalecer el derecho de los infantes a mantener los lazos, relaciones y comunicaciones con el progenitor no custodio.

DÉCIMA CUARTA. En consecuencia, se propone modificar los artículos 282 y 283 del Código Civil para la Ciudad de México, para quedar en los siguientes términos:

Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

A. De oficio:

I.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio de la Ciudad de México y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

B. Una vez contestada la solicitud:

I.- El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad, **pudiendo decretar, atendiendo a las circunstancias del caso un régimen de visitas entre semana para que el infante conviva con el progenitor no custodio.**

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

III.- 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;

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, **decretando, de ser procedente, un régimen de visita y convivencia entre semana para que el infante conviva con el progenitor custodio**; 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 sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores;

IV.- Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del artículo 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos;

V.- 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 y Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para la Ciudad de México. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México;

VI.- Para el caso de los mayores 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;

VII.- En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar, en la sentencia de divorcio, habrá de resolver sobre la procedencia de la compensación que prevé el artículo 267 fracción VI, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso;

VIII.- Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.

DÉCIMA QUINTA. En concordancia con la modificación a la norma sustantiva, se propone la creación de un artículo 941 quáter en el texto del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, para quedar en los siguientes términos:

Artículo 941 quáter.- El régimen de visita y convivencia con días entre semana derivará de la propuesta realizada por el progenitor no custodio con la que se dará vista a la parte contraria, para que manifieste lo que a su derecho corresponda; el Juez resolverá lo procedente en caso de desacuerdo al término de la entrevista con el o los menores hijos.

Para tomar dicha determinación el Juez requerirá a ambos progenitores informen bajo protesta de decir verdad, si trabajan o no y el horario de jornada laboral en su caso, precisando con claridad sus días de descanso.

DÉCIMA SEXTA. En la misma tesitura, se propone una reforma a los artículos 4.95 y 4.96 del Código Civil del Estado de México, cuya redacción quedaría en el tenor siguiente:

Medidas precautorias en el divorcio

Artículo 4.95.- Al admitirse la solicitud de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, podrán dictarse sólo mientras dure el procedimiento, 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 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 provisional de las y los hijos se decretará por el Juez quedando preferentemente al cuidado de la madre, debiendo escuchar a ambos progenitores, a las hijas o hijos y a cualquier otro interesado, en función del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de los sujetos a tutela. El Juez actuará de la misma manera para establecer el régimen de convivencia, **pudiendo determinar, atendiendo a las circunstancias del caso un régimen de visitas entre semana para que el infante conviva con el progenitor no custodio.**

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 otorgamiento de la guarda y custodia de las niñas, los niños y los adolescentes o incapaces quedará preferentemente al cuidado de la madre, atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes, a menos que exista una causa justificada a criterio del Juez. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

Resolución de divorcio en relación a los hijos

Artículo 4.96.- En la resolución que decrete el divorcio voluntario, se determinarán los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, respecto a la persona y bienes de los hijos, teniendo en cuenta el interés superior de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio; **además, de resultar procedente, el Juzgador decretará un régimen de visitas entre semana para que el infante conviva con el progenitor custodio; así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores.**

El Juez acordará de oficio cualquier providencia que considere benéfica para los hijos o los sujetos a tutela.

DÉCIMA SÉPTIMA. Para mayor congruencia y efectividad en la modificación a la norma sustantiva, se propone la creación de un artículo 5.45 bis en el texto del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, cuya redacción sería la siguiente:

Régimen de visita y convivencia entre semana

Artículo 5.45 bis.- El régimen de visita y convivencia con días entre semana derivará de la propuesta realizada por el progenitor no custodio con la que se dará vista a la parte contraria, para que manifieste lo que a su derecho corresponda; el Juez resolverá lo procedente en caso de desacuerdo al término de la entrevista con el o los menores hijos.

Para tomar dicha determinación el Juez requerirá a ambos progenitores informen bajo protesta de decir verdad, si trabajan o no y el horario de jornada laboral en su caso, precisando con claridad sus días de descanso.

BIBLIOGRAFÍA

ADLER, Mortimer J., *Nosotros creemos en estas verdades*, México, Prisma, 1986.

ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María *et al.* (coordinadores), *Diccionario de Derecho Civil y de Familia*, México, Porrúa-UNAM, 2004.

ANÓNIMO, *Yo cacé terroristas*, Argentina, Emecé, 2003.

BARRAGÁN ALBARRÁN, Oscar y CERVERA RIVERO, Oscar Gregorio, *Procesos orales en materia familiar*, México, InterWriters, 2015.

BARÓN, María, *Formación y sanción de leyes en el Poder Legislativo*, Argentina, CIPPEC, 2003.

BERNAL DEL RIESGO, Alfonso, *Errores en la crianza de los niños*, 59° ed., México, El Caballito, 2000.

BIERCE, Ambrose, *El diccionario del Diablo*, España, EDIMAT, 2007.

BLOCH, Arthur, *Ley de Murphy III*, 9° impresión, México, Diana, 1997.

CAMPOS LOZADA, Mónica, *Práctica Forense de Derecho Procesal Familiar*, 2° ed., México, Iure, 2017.

CANTO-SPERBER, Monique (directora), *Diccionario de ética y filosofía moral*, México, FCE, 2001.

CANTÓN DUARTE, José y CORTÉS ARBOLEDA, María Rosario, *Malos tratos y abuso sexual infantil*, España, Siglo XXI, 1997.

CENTRO DE PROMOCIÓN DE LA MUJER GREGORIA APAZA, *Guía de contención emocional para brigadistas*, Bolivia, CPMGA, 2018.

CHARRIÈRE, Henri, *Papillon*, España, RBA, 1993.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Cambios en el perfil de las familias*, Chile, ONU-CEPAL, 1993.

CONSEJERÍA DE SERVICIOS Y DERECHOS SOCIALES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, *Cuaderno recopilatorio de legislación relativa a menores de edad*, España, DISECO, 2017.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 4° ed., reimpresión, Argentina, B de F, 2005.

CURRY, Hayden *et al.*, *Una guía legal para parejas LGBT*, 11° ed., Estados Unidos, Nolo, 2002.

ESPEJO YAKSIC, Nicolás (editor), *La responsabilidad parental en el Derecho*, México, SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, 2021.

ESPINOZA BARRAGÁN, Manuel Eduardo, *Juicio de amparo*, 2° ed., México, Oxford, 2015.

FEINMAN, Jay M., *Introducción al Derecho de Estados Unidos de América*, México, Oxford, 2004.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, (coordinadores), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, PJF, Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

- FINE, Anne, *Señora Doubtfire*, México, Alfaguara, 2005.
- GALIMBERTI, Umberto, *Diccionario de psicología*, México, Siglo XXI, 2002.
- GARRONE, José Alberto, *Diccionario jurídico Abeledo Perrot*, Argentina, Abeledo Perrot, 1987.
- GILBERTI, Eva, *La familia, a pesar de todo*, Argentina, Novedades Educativas, 2005.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica (coordinadora), *Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, Porrúa, 2011.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coordinadora), *Temas de actualidad jurídica sobre la niñez*, México, Porrúa, 2012.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, *La jurisprudencia*, 4° ed., México, SCJN, 2018.
- GONZÁLEZ OVIEDO, Mauricio y VARGAS ULATE, Elieth, *Derechos de la niñez y la adolescencia*, Costa Rica, UNICEF-CONAMAJ, Escuela Judicial, 2001.
- HAMILTON, William Gerard, *Lógica parlamentaria*, reimpresión, México, Senado de la República, Mesa Directiva, 2007.
- HERRERA, Marisa *et al.* (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 2° ed., Argentina, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016.

HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo, *Derecho de Familia*, 2° ed., España, Lex Nova, 2001.

HUXLEY, Aldous, *El joven Arquímedes*, México, ELAP, 1981.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LAS REVOLUCIONES EN MÉXICO,
Historia de las mujeres en México, México, INEHRM-SEP, 2015.

JERSILD, Arthur T., *Psicología del niño*, 10° ed., Argentina, EUDEBA, 1978.

JIMÉNEZ, María (coordinadora), *Caras de la violencia familiar*, México, UACM, 2005.

JOHNSON, Paul, *Estados Unidos: la historia*, 1° reimpresión, España, B de F, 2001.

KING, Stephen, *Eso*, 9° reimpresión, México, De Bolsillo, 2013.

LAN ARREDONDO, Arturo Jaime, *Sistemas jurídicos*, México, Oxford, 2007.

LOZANO RAMÍREZ, Raúl, *Derecho Civil*, México, PACJ, 2007.

MARCHIORI, Hilda, (directora), *Visibilización de la violencia*, Argentina, Encuentro,
2016.

MARTIN, Katarina y SCHERVIER-LEGEWIE, Barbara, *Madre separada*, España,
Desclée De Brouwer, 2009.

MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCION DE BELÉM DO PARÁ, *Guía para la
aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y
Erradicar la Violencia contra la Mujer*, Canadá, OEA, 2014.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN DEL ECUADOR, *Contención emocional a las familias en situación de crisis*, Ecuador, Gobierno Nacional de la República del Ecuador, 2020.

MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, México, Partido de la Revolución Democrática, Comité Ejecutivo Nacional, 2018.

MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Derecho Familiar*, 1° reimpresión, México, Oxford, 2013.

OLIVIER, Christiane, *Los hijos de Yocasta*, México, FCE, 1989.

OSPINA BOTERO, Mireya, *Un escalón más...*, Universidad Católica de Pereira, Colombia, 2017.

OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 9° ed., México, Oxford, 2003.

PASTOR RAMOS, Gerardo, *Sociología de la familia*, 2° ed., España, Sígueme, 1997.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derecho de Familia y Sucesiones*, México, Nostra-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

-----, *Derechos de las familias*, 3° ed., México, INEHRM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

PÉREZ DUARTE, Alicia, 2007, *Derecho de Familia*, México, FCE, 2007.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier, *Derecho de Familia*, España, Lex Nova, 2000.

POLAINO, Aquino, *¿Hay algún hombre en casa?*, España, Desclée De Brouwer, 2010.

- QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel, *Teoría y práctica del juicio de amparo en materia civil*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1994.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22° ed., España, Espasa, 2001.
- REYES, Yasmina, *Manual de periodismo sobre la niñez y adolescencia*, Panamá, UNICEF-CELAP, 2019.
- RÍOS, José Antonio, *El padre en la dinámica personal del hijo*, España, CSS, 2012.
- RODHAM CLINTON, Hillary, *Historia viva*, Colombia, Planeta, 2003.
- ROUDINESCO, Elisabeth, *La familia en desorden*, España, Anagrama, 2004.
- SATIR, Virginia, *Nuevas relaciones humanas en el núcleo familiar*, 2° ed., México, Pax, 2002.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.
- SECRETARÍA NACIONAL DE NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y FAMILIA, *Miradas diversas sobre los derechos de las infancias*, Argentina, Ministerio de Desarrollo Social, 2020.
- SOLETO, Helena, *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, España, Tirant Lo Blanch, 2002.
- STEINER, Christian y FUCHS, Marie-Christine (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Patria potestad*, México, SCJN, 2010.

-----, *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia*, México, SCJN, 2021.

TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *Antología jurídica civil-familiar*, México, Porrúa, 2016.

-----, *La suplencia en el Derecho Procesal Familiar*, México, Porrúa, 2004.

TREVIÑO PIZARRO, María Claudina, *Derecho Familiar*, México, Iure, 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE MÉXICO, *Quince años del Centro de Convivencia Familiar Supervisada*, TSJCDMX, Instituto de Estudios Judiciales, 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, *Conoce tus derechos en materia familiar*, 2° ed., México, TSJDF, Instituto de Estudios Judiciales, 2013.

VALADÉS, Diego y MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel (coordinadores), *200 años de administración pública en México*, México, INAP-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

VALDÉS CUERVO, Ángel Alberto y OCHOA ALCÁNTAR, José Manuel (compiladores), *Familia y crisis*, México, Pearson-ITESO, 2010.

VIVEROS CHAVARRÍA, Edison Francisco y VERGARA MEDINA, Cruz Elena, *Familia y dinámica familiar*, Medellín, Fondo Editorial FUNLAM, 2014.

ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Derecho Familiar*, 3° ed., México, Porrúa, 2011.

HEMEROGRAFÍA

- BASSET, Úrsula Cristina, “Una identidad latinoamericana: el derecho del niño a su vida privada y familiar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Uruguay, núm. 17, oct. 2018.
- BOLAÑOS CARTUJO, Iñaki, “Custodia compartida y coparentalidad: una visión relacional”, *Psicopatología clínica, legal y forense*, Madrid, vol. 15, núm. 1, 2015.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Los orígenes del Habeas Corpus”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, núm. 31, nov. 1973.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Uruguay, Segunda Época, núm. 18, dic. 2018.
- HERRERA IZAGUIRRE, Juan Antonio *et al.*, “Derecho de las personas y la familia. El divorcio: el Código Civil para el Estado de Tamaulipas vs. *Divorce Act* canadiense”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 136, ene.-abr. 2013.
- IGLESIA PRADOS, Eduardo de la, “La definitiva igualdad en Italia de los derechos de los hijos: la reforma de la filiación y la patria potestad”, *Anuario de Derecho Civil del Boletín Oficial del Estado*, Madrid, fasc. III, jul.-sep. 2014.
- RIVERO DE ARHANCET, Mabel, “Sobre el Derecho de Familia y los negocios jurídicos familiares”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, Uruguay, núm. 7, dic. 2012.

RUZ LÁRTIGA, Gonzalo, “La evolución de la autoridad parental en Francia y su incidencia en las facultades y deberes del progenitor no custodio”, *Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia*, Chile, núm. 2, dic. 2017.

TURCO, Lucía, “Testigos silenciosos de la degradación” (entrevista a Andrea Jeftanovic), *Letras Libres*, México, núm. 197, may. 2015.

VARGAS LLOSA, Mario, “Un mundo sin novelas”, *Letras Libres*, México, núm. 22, oct. 2000.

LEGISLACIÓN FEDERAL

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: <https://bit.ly/39XUzji>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Ley de Amparo: <https://bit.ly/30ErV5i>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: <https://bit.ly/3ngdTev>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

LEGISLACIÓN DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Constitución Política de la Ciudad de México: <https://bit.ly/3xQrbDo>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Código Civil para la Ciudad de México: <https://bit.ly/2ECW4Ti>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México: <https://bit.ly/2M5aKgK>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Ley de Sociedad de Convivencia para la Ciudad de México:
<https://bit.ly/3KazeAE>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México:
<https://bit.ly/2HfyOvN>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México:
<https://bit.ly/2R6IWZ6>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Reglamento para el Desarrollo de las Convivencias y Entregas-Recepciones que se llevan a cabo en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México: <https://bit.ly/3bxevJW>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México: <https://bit.ly/3xWfzib>.
Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Código Civil del Estado de México: <https://bit.ly/2INfJNX>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México: <https://bit.ly/3OmrEUJ>.
Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México:
<https://bit.ly/3u3Ypy2>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de México: <https://bit.ly/3QMyZi5>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Reglamento de los Centros de Convivencia Familiar del Poder Judicial del Estado de México: <https://bit.ly/3OMyPFP>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

JURISPRUDENCIA

Tesis VI. 2o. J/137, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. VIII, julio de 1991, p. 97.

Tesis 216975, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Octava Época, t. XI, marzo de 1993, p. 284.

Tesis I.5o.C. J/33 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, junio de 2012, p. 699.

Tesis I.3o.C.1062 C (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, febrero de 2013, p. 1387.

Tesis VI.1o.P.8 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, marzo de 2014, p. 1740.

Tesis 1a./J. 53/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, junio de 2014, p. 217.

Tesis 1a. CCCLXIX/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2014, p. 601.

Tesis I.3o.C.276 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, mayo de 2017, p. 1930.

Tesis 1a. CCCIII/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2018, p. 306.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994.

DERECHO EXTRANJERO

Argentina:

- Código Civil y Comercial de la Nación: <https://bit.ly/2HQM7BM>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.
- Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: <https://bit.ly/3SB3iJH>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

España:

- Código Civil: <https://bit.ly/3cXocSW>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.
- Ley de Protección Jurídica del Menor: <https://bit.ly/2INfJNX>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Francia:

- Código Civil: <https://bit.ly/3Sc8KCy>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

Uruguay:

- Código Civil de la República Oriental del Uruguay: <https://bit.ly/2ZjXSWA>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.
- Código de la Niñez y la Adolescencia: <https://bit.ly/2HnwZej>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

PUBLICACIONES EN INTERNET

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DEL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA, “Ley de Cumplimiento y Aplicación Competencial Uniforme en Materia de Custodia de Menores”: <https://bit.ly/2XpeMpe>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, “Habeas Corpus”: <https://bit.ly/35lfuWy>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

GARCÍA BARBA, Eva Luna, “La importancia del desarrollo afectivo del niño/a”: <https://bit.ly/2Q8cO5U>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

GONZÁLEZ, Ricard, “Cuatro siglos de historia de Quebec”: <https://bit.ly/2VmB7nB>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

PÉREZ-ROLDÁN Y SUANZES-CARPEGNA, Javier, “¿Qué es, naturalmente, la custodia compartida?”: <https://bit.ly/2H7iICx>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Amparo en revisión 331/2019”: <https://bit.ly/3e4QHdm>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

-----, “Comunicado de Prensa 195/2019: SCJN declara inconstitucional la norma que otorga a las madres la preferencia automática para ejercer la guarda y custodia provisional los niños menores de doce años en los juicios de divorcio (Legislación de la CDMX)”: <https://bit.ly/39Tb8Xm>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

TOMÁS, Rafael, “Las 15 necesidades de tu hijo que debes atender para que tenga una buena salud mental”: <https://goo.gl/41qmMf>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

TOSCANO MÉNDEZ, Manuel, “Dignidad”: <https://bit.ly/3EQZZK0>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

TRUFFELLO G., Paola y WILLIAMS O., Guido, “Responsabilidad parental y cuidado personal compartido de los hijos e hijas”: <https://bit.ly/3Kl0VXK>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

“Recurso de casación (proceso civil)”: <https://bit.ly/2J59UiR>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.

“Responsabilidad parental – Italia”: <https://bit.ly/2LlyFUn>. Fecha de consulta: 27 de julio de 2022.