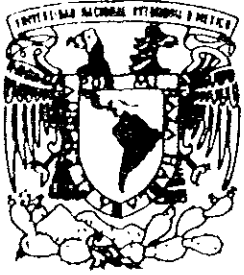


2ej

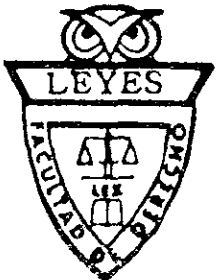
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO

DERECHO DE CONVIVENCIA
PATERNO-MATERNO FILIAL.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIA ANTONIETA MAGALLON GOMEZ



MEXICO, D. F.

1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

0275643



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Agradezco a Dios por darme la vida y su amor;
a mis padres por su dedicación y amparo,
a mi esposo y mis hijos, por su compañía e inspiración;
a mis hermanos, amigos y maestros por su confianza y cariño

INTRODUCCIÓN

DERECHO DE CONVIVENCIA PATERNO - MATERNO FILIAL.

Entonces la mujer de quien era el hijo vivo, habló al rey (por que sus entrañas se le conmovieron por su hijo), y dijo: ¡Ah, señor mío! dad a ésta el niño vivo, y no lo matéis. Mas la otra dijo: Ni a mí ni a ti: partidlo.
1ª Reyes 3:26

Es nuestra época predominantemente analítica y ávida de penetrar lo más profundo posible en la investigación de la naturaleza de los seres humanos y de las relaciones con sus semejantes, con el propósito de reglamentar éstas convenientemente, de manera que se pueda crear la estructura necesaria que permita el normal desarrollo y superación a pesar de los embates que por el destino y las circunstancias se enfrenten; se está intentando profundizar en estos terrenos -los cuales en muchas ocasiones están vedados, sea por manipulación de los ordenamientos jurídicos de que son objeto principalmente por parte de los Poderes de la Unión o por desidia, falta de voluntad, por intereses con tintes políticos y económicos y hasta por la inexistencia de los mismos que ponen en tela de juicio las básicas nociones de *derecho*-. ¿Qué cosa es éste? ¿Qué fines persigue? ¿Obedece a principios inmutables o refleja la realidad variable de cada día? ¿Cuales son los medios idóneos para que realice sus fines? ¿Cuáles son los instrumentos de

que debe valerse? ¿Tendrá todo el *derecho* el carácter de positivo, o habrá otro superior al establecido?

Toribio Esquivel Obregón observa que debido a la postura crítica y dubitativa asumida en la actualidad y que contrasta con la asumida por la filosofía medieval -para la cual los universos de lo social y de lo físico estaban normados por un orden preestablecido por Dios,- se ha ido formando un criterio para juzgar las leyes emanadas de los hombres, según se ajustaran o no a ese orden universal llamado *derecho natural*. Debido a esa actitud, es que comienza la lucha contra el *derecho positivo* principalmente hacia las instituciones del sistema patriarcal, su vasallaje, las servidumbres de tierras y hombres; las complicaciones a la libertad de pensamiento y de conciencia, la opresión de los gremios en el trabajo, el martirio y el juicio de Dios, el rigor de las penas, los privilegios de clases, etc.¹ Es de advertirse que aunque la idea del *derecho natural* la encontramos tanto en Aristóteles, como en Cicerón y en la legislación romana, ella corresponde realmente a lo que se llamaba *derecho de gentes*; surgiendo diversas doctrinas notables que pretenden explicar la naturaleza del *derecho*, su contenido y alcance; el mismo Esquivel Obregón da la pauta para mencionarlas brevemente:

HEGEL: Para este autor, la historia y el *derecho* se confunden, porque son tan sólo, el desenvolvimiento dialéctico del ser, tanto en el mundo real como en el intelectual.

¹Cfr. ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho en México, México, Editorial Porrúa S.A , 1984, tomo I, p.224.

SAVIGNY: Se basa en el criterio que manifiesta que toda nación posee un instinto, una identidad propia, por la cual en cada pueblo se responde de manera diferente a las manifestaciones de la vida social que se va desarrollando, asumiendo que ésta debe ser la más adecuada a su realidad social.

ESCUELA DE LOS POSITIVISTAS: Las doctrinas comentadas con antelación suministraron alguna base para juzgar las disposiciones legislativas, según que ellas estuvieren o no de acuerdo sea con aquella dialéctica, o fuere con aquel sentimiento nacional de lo jurídico; pero esta nueva escuela orienta su criterio a sostener que no hay más *derecho* que el que dimana de la ley positiva; que todo juicio que de ella se forme es extrajurídico y que además pertenece al dominio de la moral. En virtud de estas reflexiones se criticó esta tesis desde la base; apuntando que el *derecho así concebido no tiene contenido alguno, excepto su forma; porque es necesario que dimane de una autoridad, que se exteriorice por la publicidad y se sancione.*

HANS KELSEN: logra una mayor abstracción, por la cual explica que lo jurídico es sólo aquella función mental que sirve para separar dos categorías fundamentales: la del *ser* y la del *debe ser*. Que a la primera categoría pertenecen la naturaleza física, espiritual y social, así como los fenómenos que lo conforman, y a la segunda, corresponden las normas; sin que exista nada en común entre estas dos concepciones. A mayor abundamiento, el propio Kelsen afirma que el espíritu, al concebir la norma, el *debe ser*, de lo que *es*, forma el *derecho*: colocándose en una región donde se confunden

lo bueno y lo malo; que toda norma que se refiera al *debe ser* es *derecho*, y que es ajena a éste, cuando forme juicio en torno a la bondad de la misma.

RODOLFO STAMMLER considera que es importante saber cómo debe ser el *derecho* para cumplir con las exigencias de la justicia. Explica que el *derecho* es una categoría especial de nuestro pensamiento, en la cual se colocan todos los actos y hechos de la vida del ser que asumen el carácter de jurídicos; teniendo importancia el reconocer que la función mental que clasifica un hecho como jurídico o normativo da sólo la *forma* del *derecho* y, las especialidades o preceptos normativos constituyen la materia del *derecho*; habiendo en dichos preceptos un ser al cual se puede juzgar jurídicamente en su nivel de adaptación a la vida en sociedad, sin tener que salir de lo jurídico.²

En razón de lo anterior, se constata que el *derecho privado* -en concordancia con el *derecho natural*-, cobra importancia en la vida diaria del ser humano; que se refleja en el trato que mantiene con su comunidad; en la manera en que celebra los contratos, así como en el cabal cumplimiento de sus obligaciones, en la existencia del otorgamiento de créditos con mutua confianza, en su espíritu de ahorro y de previsión, en el grado de adaptación y sociabilidad, y en la labor de beneficencia para con los desvalidos; así también el *derecho privado* influye en la vida íntima privada del ser, y en sus relaciones familiares; todas estas actitudes, constituyen la pauta con las cuales se puede apreciar la configuración jurídica de un pueblo.³

²Cfr ESQUIVEL OBREGON, Toribio, Op. cit. Loc. cit.

³Cfr ESQUIVEL OBREGON, Toribio, Op. cit. Loc. cit.

Con respecto al *derecho de convivencia paterno-materno filial*, se confirma lo que señala Toribio Esquivel Obregón en el sentido de que tanto *el derecho* como cada una de las doctrinas filosóficas, ha sido obra de elaboración espontánea y que por ello contiene sólo parte de la verdad, y que sus diferencias han provenido probablemente del punto de vista especial que cada autor le imprime a su obra, o del derecho que todos tenemos de circunscribir el campo de nuestra investigación según el plan que nos trazamos.⁴ Así las cosas, se puede apreciar que han surgido diferentes conceptos jurídicos para regular un mismo *derecho*: *llámese de convivencia, de visita, de comunicación, de estancia, etcétera*; para ello basta observar estas variadas manifestaciones jurídicas que presentan los diferentes pueblos, para comprobar como cada uno de ellos ha respondido en tiempo y forma diferente a las necesidades que se les presentaron; así como también se puede comprobar como las razas humanas han observado una actitud particular ante lo jurídico, una manera individual de reaccionar ante los hechos sociales, produciéndose lo que la escuela histórica considera como un *instinto popular de derecho*. Por ello creemos no poder desconocer que el *derecho* surge de manera espontánea, por el hecho de que cada raza ostenta una configuración mental propia, irreductible, que provoca que cada una tenga un concepto distinto de la vida y de los valores de las cosas, y que por ello es divergente, como se comprueba con el hecho de que por siglos han estado en contacto los pueblos europeos con los asiáticos, los africanos con los aborígenes de América, y aún así no se han borrado las diferencias que los distinguen, ni se han perdido los rasgos fundamentales de sus actitudes mentales o jurídicas.

⁴ Cfr ESQUIVEL OBREGÓN Toribio. Op. cit . Loc. cit.

Es por lo relatado anteriormente, que observamos como el nivel de adaptación a la vida en sociedad, determina lo particular de la norma jurídica, que consiste en que ésta ha de reconocer la necesidad social con el establecimiento de hipótesis acertadas, a fin de que sea obedecida.

La experiencia personal obtenida durante la practica de la prestación de mi servicio social, en el Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal, en cuya labor pude reconocer y constatar que una de las graves tragedias que enfrentan las familias mexicanas, que pasan por una controversia judicial, -sea de divorcio, de nulidad de matrimonio, de pérdida de la patria potestad, de guarda y custodia, etcétera, tanto en el proceso como después de ejecutoriada las sentencia- es el riesgo que corren los progenitores de un menor, no solamente a perder el vínculo de afecto, comunicación y convivencia con su menor hijo que ha sido apartado de alguno de ellos; sino que además éstos se ven obligados a enfrentar un sistema legal que no contempla, regula ni protege, en su sistema de *derecho positivo*, el trascendental derecho y deber natural de convivir, comunicarse y visitarse los padres con sus hijos, aunado a que el juez del conocimiento habrá de someter a su mera discreción el *derecho natural* de convivir del padre o madre con su menor hijo; siendo ésta eminentemente subjetiva, con la agravante de que una vez efectuada la labor jurisdiccional con resolución definitiva y habiendo sido agotados todos los recursos procesales; en la mayoría de los casos, ésta decisión judicial no es observada por alguna o ambas partes; sea porque no se ajusta a la realidad social, o en razón de que se considera por parte de uno de los progenitores que no conviene al mejor interés del menor, o por creer que no esta apegada a *derecho*, o peor aún, simplemente por que resulta no ser la voluntad del obligado acatar dicha

resolución judicial, y porque la fuerza del *derecho* no ha sido validada en normas de *derecho* coercitivas y sancionadoras efectivamente.

Ante el hecho real de las lagunas existentes en nuestra preceptiva positiva, hemos constatado que el probo *juez* de lo Familiar, Licenciado Lázaro Tenorio Godínez, en sus sentencias, ha integrado a la ética de las relaciones paterno-filiales, el *derecho a convivir* y visitarse en nuestro Ordenamiento legal; tratando con ello contribuir a la aplicación de una solución real al problema que nuestra comunidad enfrenta a diario, en los Tribunales de lo Familiar del Distrito Federal.

CAPITULO I.

El Derecho a la Convivencia Paterno - Materno Filial en la Familia.

1. Importancia del *derecho de convivencia paterno-materno filial* en la familia.

Centraremos nuestro interés en la *relación de convivencia paterno-materno filial*, que surge de una familia establecida formalmente, no por considerar que la relación afectiva que se da entre padres e hijos fuera de ella sea menos importante, sino por que la generalidad de los vínculos filiales que se rompen de manera estrujante, *provienen de esa célula social*; y porque creemos que dentro del pequeño círculo de la familia es en el que desenvuelve la historia de la humanidad; porque es ése núcleo el que experimenta el impacto de todo cambio profundo que se da en la convivencia humana, *tanto personal como en la colectiva*; existiendo una relación directa entre el cambio social y el cambio en la estructura y funciones de la familia. Ahora bien, sabiendo que constituye la familia el grupo en el que generalmente se modela al hombre científico, líder social, sacerdote, maestro, etc., *sin excluir de esas alternativas también al psicópata o al delincuente*, debemos ocuparnos de normar y proteger la actividad del progenitor que desea moldear adecuadamente y trabajar en su obra (su hijo), así como en el receptor (el menor) que habrá de ser desarrollado en los ámbitos que conforman su personalidad, carácter, moral, vida espiritual y cultural, en la que en definitiva influirán, tanto el progenitor que tenga su guarda y custodia, como el que conviva con él de vez en cuando, así como las circunstancias y el ambiente familiar y social que lo rodeen.

Este nivel de desarrollo del menor, repercutirá y se vera reflejado en la sociedad, la cual se manifestará como sean las familias, pues a través de la función básica de convivencia, comunicación, educación y socialización que se da en el seno de éstas, el niño aprende a convivir tanto interna como externamente con los valores que apoyan una sociedad sana.

El menor, al desarrollar la función de convivencia con sus progenitores y con sus hermanos -si los hay- se integra fácilmente a la comunidad familiar a la cual él sabe que pertenece y con la cual se identifica; para posteriormente adaptarse a la comunidad formada por la sociedad en su conjunto. No acontece igual con los progenitores quienes al convivir entre sí, experimentan un nivel de conflicto para ajustarse convenientemente a las necesidades de su pareja y de sus hijos. Se corrobora lo anterior, con lo que el maestro Luis Recasens Siches observa, al citar textualmente al sociólogo alemán Ferdinand Toennies; a quien le atribuye el establecimiento en 1887 del concepto de comunidad como distinto del concepto de asociación; considerando que cada uno de estos conceptos constituye una categoría sociológica fundamental y concluyendo que en virtud de lo anterior, que en la familia coexisten tanto comunidad como asociación, por lo cual, los hijos pertenecen al grupo social comunitario que genera la unión de sus padres, sin que para éstos haya habido necesidad de otorgar consentimiento para pertenecer a dicha familia; sin embargo los padres, y no ellos, se ubican en el grupo asociativo en razón de sus preferencias o de su voluntad.⁵ Ahora bien al variar esta voluntad se rompe el lazo asociativo de los progenitores que unen a la familia como tal; debiendo subsistir los vínculos

⁵Cfr. RECASENS SICHES, Luis, *Sociología*, México, Edit Porrúa, 1972, Pág. 381

comunitarios que unen al menor con ambos progenitores -sí este supuesto protege el mejor interés del menor-, con el fin de que en dicha familia, no se pierda el sentimiento de pertenencia de origen de padres e hijos.

En el mismo sentido, se recoge el pensamiento del Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra, en el que se verifica su observación en cuanto a que el vínculo de consanguinidad es la manifestación primaria de la célula familiar; al cual debe agregarse un segundo elemento: el jurídico; que es el que determina los hechos normales de la existencia en el ángulo normativo, y realiza en la familia una distinción mutua, en virtud de la unión que se implica entre las personas, cuyas posiciones están dadas las unas en favor de las otras y recíprocamente. Fortalece su expresión al evocar el Radio Mensaje de 17 de junio de 1945 que dirigió Eugenio Pacelli (Pío XII) a las familias francesas en el que afirmaba: "El valor y prosperidad de un pueblo no radican en la ciega acción de una multitud amorfa, sino en la organización normal de la familia, bajo la autoridad del padre y la vigilancia de la madre, en una unión íntima con los hijos".⁶

Ahora bien, si se habla de que el vínculo jurídico se manifiesta en la familia y determina su íntima unión; entonces se puede decir que es una organización jurídica y social, tal y como la califica el Decano del Tribunal de la Sagrada Rota de la Nunciatura Apostólica en Madrid España, León Del Amo: "sociedad doméstica", sobre la cual apunta: "...si es *sociedad* exige agrupación de personas y si es *doméstica* tiene que tener relación

⁶ Cfr. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A., Tomo III. México, 1988, p. 11

muy estrecha con la domus o casa, en la que viven alrededor del hogar y bajo el mismo techo los miembros de una familia.

"El hogar, la casa significa la familia. Tanto es lo que para la vida familiar hace la casa. Los juristas ven en ella el asilo seguro de cuantos en ella viven - cita a Gayo-: <<Domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum est>>; y continúa con el pensamiento de Cicerón de quien dice: ...considera a la casa como un recinto sagrado: << Nihil sanctius, nec omni religione sanctius quam domus uniuscuiusque civium>>. Nada hay más sagrado ni de cualquier religión más santo que la casa de cada ciudadano." ⁷

En el supuesto de que alguno de los progenitores se aparte del hogar; deberá continuar la relación con su menor hijo en la tesitura de "unión íntima", la cual sólo se puede mantener si se conserva un régimen jurídico de convivencia amplio; el cual estimo deberá diferenciarse de un régimen jurídico de visitas, las cuales se pueden dar entre familiares no tan allegados, como los nietos con los abuelos, tíos, primos etcétera, y no así entre padres e hijos.

A mayor abundamiento, se observa que de la convivencia íntima derivan multiplicidad de funciones que se concentran en la institución de la familia, como en ninguna otra; éstas son entre otras la procreación, protección, manutención, seguridad, asistencia, división del trabajo, producción, consumo, control social, educación, autoridad, religión, recreación,

⁷ DEL AMO, León, "Criterios Para Decidir Sobre la Guarda de los Hijos y el Derecho de Visita en el Derecho y la Jurisprudencia Canónicos", *El Derecho de visita Teoría y Praxis*. VILADRICH, Pedro - Juan, "dir.", Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Segunda Edición, España, 1982, p.p. 428-429

socialización, etcétera, y a todo esto se debe sumar la conjugación, que se da nuevamente en su seno, de las diferentes personalidades, temperamentos, capacidades, culturas, ideologías, intereses, vocaciones, creencias, valoraciones, preferencias e impulsos sexuales o pasionales; diferencias generacionales, percepciones políticas, religiosas, económicas, éticas; así como las diferencias en las limitaciones físicas, psíquicas, sociales etc. Todo esto combinado, repercute de manera trascendental en la formación y la conducta del menor que tendrá tanto consigo mismo como con sus padres; por tanto, es importante que los progenitores procuren mantener una convivencia estrecha con el menor a pesar de cualquier circunstancia; pues de la respuesta que obtengan los padres tanto del mismo menor, como de los demás miembros de la familia -en correlación al comportamiento y conducta que sostengan entre ellos- se irán definiendo las actitudes que se mantengan al interior de su hogar.

Sin embargo, a pesar de todas las buenas intenciones que los progenitores puedan tener para generar un ambiente familiar sano y agradable; -propiciando una atmósfera familiar unitaria, armoniosa y funcional- es muy fácil caer en el sistema de la disgregación, de la falta de comunicación y comprensión; produciéndose la falta de convivencia y el caos. Todo esto, repercutirá de manera principal, en los hijos -que son la parte más vulnerable de esa célula social- y reflejarán sus efectos en la sociedad, hundiéndola cada día más en una crisis de valores y principios fundamentales, que actualmente afectan ya la estructura orgánica de las naciones.

Al referir el *derecho a la convivencia paterno-materno filial*, se hace patente la obligación de buscar su etiología y actualidad, en razonamientos trascendentes como son los vertidos por del Magistrado Fernando Martínez Sapiña, quien afirma: "Constituye ya un tópico, desgraciadamente cierto, decir que el mundo está en crisis. Del mismo modo, decir que esta crisis mundial afecta, principalmente, a los valores religiosos y morales. Y constituye ya un tópico decir que esta crisis de los valores religiosos y morales repercute, directamente, en la institución matrimonial. Sí, es un hecho indudable que el matrimonio sufre una gravísima crisis y que ésta se refleja en los procesos de nulidad y separación matrimoniales y en las medidas subsiguientes.

"Hace años, no demasiados, los procesos matrimoniales y las medidas complementarias, constituían una excepción. Desde hace ya unos pocos años, estas medidas constituyen uno de los tantos juicios habituales; casi podría decir que constituyen el pan, amargo pan, nuestro de cada día."⁸

En relación con lo anterior, podemos agregar lo que explica el articulista Baltazar Sosa Chávez, en el sentido de que a través de los tiempos, pensadores y científicos se preguntan cual es la razón fundamental, la pieza clave que ha hundido a la familia moderna en tan grave crisis - con más de trescientos mil divorcios al año en México - llegando a la conclusión de que es la falta de comunicación una de las principales causas.⁹ Adherida a dicha

⁸ MARTÍNEZ SAPIÑA, Fernando, "El régimen de Visitas. Criterios Para su Determnación en los Iversos Supuestos Fáticos". *El Derecho de visita. Teoría y Praxis*, VILADRICH, Pedro -Juan, "dir.", Ediciones Universidad de Navarra. S.A., Segunda Edición, España, 1982, p.p 347-348

⁹ Cfr SOSA CHAVEZ, Baltasar, "*Lectura en familia; Integración familiar*". *El Herald de México* México, 7 abril 1998 13-A 1º.col.

reflexión; debe añadirse que la crisis familiar actual, también se da por la falta de una sana convivencia entre sus miembros. En un análisis retrospectivo, se observa como los grupos familiares de antaño, a pesar de no contar con los instrumentos y vías de comunicación con los que actualmente se vive y de que las labores que tenían que realizar para satisfacer sus necesidades -al ser rudimentarias-, requerían muchas más horas de trabajo que lo que se necesita ahora, para obtener el mismo producto o servicio-; además requerían cubrir mayor espacio para subsistir; sin embargo en sus casas, cabañas, chozas, cuevas o tiendas, delimitaban un espacio íntimo, silencioso y propicio para convivir, para intercambiar ideas e ideales, cariño y amor, conocimientos y dudas, trabajo y descanso, disgustos y sonrisas, logros y fracasos, sin ser víctimas de la irrupción constante y agresiva que propician los modernos instrumentos de comunicación implantados en el seno de millones de hogares, que demandan de manera grotesca y brutal, la atención, sea de alguno o de todos los miembros de la familia, en cualquier hora y día, sin respetar los momentos y espacios íntimos de la comunicación familiar; resquebrajando así la convivencia auténtica y dinámica que debe existir como cimiento estructural de la institución en la familia.

Deben considerarse también como causales de la crisis en que se encuentra la institución de la familia -entre otras-, las referidas por el articulista Nemesio Rodríguez Lois, en la sección de editorial del Diario "El Heraldo de México", quien comenta: "la familia se encuentra en crisis, (y) en gran parte se debe a que muchas de las parejas que se acercan a contraer matrimonio lo hacen de manera frívola y sin meditar en la gran responsabilidad que están a punto de contraer. Muchos llegan al matrimonio

a tontas y a locas, movidos ya sea por el interés o la sensualidad y siempre con la mentalidad de que si las cosas marchasen mal pueden salir del problema huyendo por la puerta falsa del divorcio".¹⁰ En otro artículo periodístico, Nemesio Rodríguez Lois escribe nuevamente, en la sección editorial citada: "La Familia Mexicana", comentando: "En estos negros tiempos que nos ha tocado vivir, una de las instituciones que con mayor saña reciben los ataques de los enemigos de nuestra nacionalidad, es la familia que es combatida desde los más variados frentes. Contra la familia están los demoleedores del orden social o sea todos aquellos que aprueban y acatan leyes tales como la que permite el divorcio o -en otros países- el matrimonio entre homosexuales. Contra la familia están tipos que se las dan de intelectuales y que se dedican a escribir novelas, obras de teatro o guiones cinematográficos en que se ridiculiza la fidelidad conyugal, la unidad matrimonial, al padre responsable, a los hijos modelo, etcétera. Contra la familia está un vasto rebaño de infelices que, sin pensar lo que están haciendo, obedecen los dictados de la moda aunque éstos vayan contra la familia.

"La explicación por la cual - decíamos al principio - quienes atacan a la familia son enemigos de nuestra nacionalidad, estriba en el hecho de que la patria no es un ente abstracto sino más bien algo tangible de carne y hueso puesto que está constituida por la unión de millones de familias.

¹⁰RODRIGUEZ LOIS, Nemesio, "Crisis Moral, El Matrimonio", El Heraldo de México, México, 21 de abril 1998, 13-A 1º col,

"Por lo tanto, en el preciso instante en que una familia se desintegra, muere una célula que contribuye a dar vida a ese gigantesco cuerpo social que es la nación.

Y si, en vez de ser una, son miles las familias destruidas, ni duda cabe que antes de *medio siglo* se producirá un enfrentamiento generacional entre padres e hijos que traerá como consecuencia el quebrantamiento del orden establecido..."¹¹

Por nuestra parte, creemos que esta realidad, produce en la gran mayoría de los casos, un conflicto muy difícil de superar para los hijos, que solo pueden contemplar y padecer el resquebrajamiento de su hogar, así como la ausencia de la convivencia fraterna y cotidiana que tenían con el progenitor que se ha tenido que separar y alejar del mismo.

Al respecto, el *juez* de lo Familiar, Lázaro Tenorio Godínez, explica: "De acuerdo a las estadísticas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en los cuarenta juzgados de lo familiar que existen actualmente, *ingresa un promedio de 40,000 asuntos anuales, de los cuales, tan sólo en el año de 1996, 27,000 obedecen a divorcios necesarios y voluntarios, pérdida de la patria potestad, controversias del orden familiar sobre guarda y custodia, alimentos etc.; cada caso representa un promedio de dos hijos, todo esto sin tomar en cuenta los que no llegan a tribunales, y que podrían ser los más. Es común advertir que en todos ellos existe la necesidad de regular una convivencia de padres e hijos. Sin embargo, nos hemos*

¹¹ RODRIGUEZ LOIS, Nemcsio, "*Nuevos Tiempos, La familia mexicana*", El Heraldo de México. México. 31 de agosto 1998: 19-A 1ª col .

encontrado ante el hecho de que la voluntad de los contendientes ha logrado superar el imperio de la ley.

"Acosados por la violencia intrafamiliar y la indiferencia que prevalece en los hogares de las familias mexicanas, motivados esencialmente por la severa crisis económica y de valores morales por la que atraviesa nuestro país, los progenitores prefieren muchas veces huir con sus hijos hacia un destino incierto o permanecer arrestados por treinta y seis horas, como máxima medida de apremio (Art. 73 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles) después de un largo proceso de amparo, a obedecer el mandato judicial en el sentido de permitir la convivencia con el progenitor contrario. La sanción penal además de irrisoria, resulta ineficaz, pues no garantiza ni restituye tal derecho -de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad- (Art. 178 del Código Penal)...

"Ante tales circunstancias, en algunos juzgados, la convivencia paterno-filial se lleva a cabo en el propio local del juzgado, entre el calor y el bullicio, entre el temor y la duda, en menoscabo de su propia integridad humana.

"En otras ocasiones, los padres, parecen recordar el juicio de Salomón, y antes de partir en dos a sus hijos, prefieren huir, privándolos de la paternidad y a veces de lo más indispensable para sobrevivir; los alimentos.

"Los juzgadores, no obstante la indeclinable voluntad para solucionar los conflictos de cuenta, permanecemos impotentes ante la ineficacia de la ley y de instituciones que garanticen la salud, la moralidad, la seguridad, custodia

y convivencia alusiva de todos los miembros de la familia. Luego entonces, en muchas de las ocasiones dictamos resoluciones conforme a derecho pero sin resolver de fondo el problema planteado.

"Existen infinidad de asuntos en materia familiar que se pierden por una mala defensa, por los exagerados tecnicismos que prevalecen, y que además permiten al Estado intervenir, sin eficacia regenerativa, en lo más sagrado del ser humano: su intimidad.

"Los postulantes, ante los precarios recursos económicos de sus clientes, en la mayoría de las ocasiones se limitan a tramitar el conflicto que se ventila, y no obstante presenciar el dolor que embarga al núcleo familiar, tan pronto se pronuncia la resolución correspondiente, se olvidan del asunto, como quien acaba de salir de la peligrosa selva, donde no hay antídoto que cure el mal, dejando la subsecuente responsabilidad al juez de lo familiar, quien se reitera, no cuenta con recursos legales, humanos ni de infraestructura para atacar de raíz y frontalmente el fenómeno social aludido."¹²

Ante tal panorama, tornase indispensable advertir que en todos y cada uno de estos casos que surgen en la vida diaria, es necesario regular el régimen de convivencia que habrá de prevalecer entre progenitores e hijos menores separados, el cual habrá de observarse, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriada la sentencia que se dicte en el juicio correspondiente; antes de que la situación se torne legalmente insuperable.

¹²TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, *Estudios Jurídicos*, México, abril 1997. Editada por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. pp225-229

Por lo descrito en párrafos precedentes, en el presente trabajo, solamente estudiaremos la necesidad de regular y tipificar el *derecho de convivencia* o de relación del padre y de la madre con sus hijos menores, así como el derecho del niño a esas relaciones personales como derecho propio y exigible por él; dejando a un lado el derecho de otros parientes o allegados, no por considerarlos menos importantes, sino por razones de tiempo y espacio. Además al ver con alarma los números que presentan las estadísticas citadas; nuestro interés se motiva a buscar vías alternas tanto jurídicas como morales y sociales para aminorar este impulso social, así como para reivindicar el *derecho a la convivencia entre padres e hijos* en aquellos casos en que la controversia de la pareja sea irreconciliable.

Acertadamente, el maestro Julian Guitrón Fuentevilla comenta, que hasta ahora los juristas y los legisladores se han preocupado y dedicado a reglamentar los derechos y obligaciones de los miembros de la familia; tratando de dar mayor certeza, seguridad y justicia a las mismas; reglamentando las instituciones relacionadas como son: el matrimonio, el parentesco, los alimentos, la patria potestad, la tutela, la curatela, el patrimonio familiar, el divorcio, etcétera. Por lo que también se necesita volver los ojos al gran tema de nuestro tiempo, “La Convivencia en la Familia”, especialmente, en estos momentos en que esta sufriendo la mayor convulsión y estremecimiento -por contradicciones jurídicas y pasiones atropelladas- que acunan al infante en un torbellino procedimental y existencial, que arrebatada, trastorna, confunde e incluso mata los más nobles sentimientos y la más férrea esperanza de poder convivir y comunicarse - aunque separadamente por razones de divorcio - con todos y cada uno de los miembros de la familia, de una manera natural, sana e incluso de ser

necesario de forma dirigida y guiada por terceras personas; atendiendo ante todo al interés prevalente del menor.¹³

2. Diferencia entre el *derecho de convivencia paterno-materno filial* y del *derecho de visita*.

Al respecto en otros países como España, Argentina, Francia, Suiza, y Alemania ya se han implementado normas para regular la problemática en comento, a la cual se le denomina *derecho de visita*; por lo que procederé a analizar los conceptos de convivencia y visita para poder establecer su diferencia; con apoyo, en el Diccionario de la Real Academia Española; (dejando de lado los términos de comunicación y estancia como también suelen llamarlo algunos autores.):

- a) Convivir: "Vivir en compañía de otro u otros, cohabitar."; y
- b) Visitar: "Ir a ver a uno en su casa por cortesanía, atención, amistad o cualquiera otro motivo".¹⁴

De estas explicaciones se aprecian diferencias entre una y otra acción; y al analizar la última, se observa primeramente la concurrencia de dos personas, en la que una es quien ejerce la acción de visitar en casa ajena y la otra es el visitado en su casa (hablamos de Derecho de Familia) por diversos motivos; personas entre las cuales se suscita una relación limitada a la visita -como sería cuando la pareja, lleva una relación de noviazgo- no

¹³Cfr. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho Familiar*, 2ª De., Tuxtla, UNACIF. 1988. p. 230

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Décimo Novena Edición, II. Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid España 1970, pp. 360 y 1356.

haciéndose compañía, conviviendo o habitando bajo el mismo techo, en el cual se genera la participación de una intimidad que sólo se da entre los miembros que comparten el pan y la sal, en el seno de un hogar; ejerciendo cada uno la acción de convivir con el otro en forma recíproca; como cuando se vive ya en pareja.

Es ésta relación de convivencia estrecha y libre la que debe permanecer entre los progenitores y sus hijos, puesto que los sucesos o motivos que han llevado a los mismos a separarse se han dado únicamente entre la pareja; procurando que el menor resienta lo menos posible el desgajamiento de su familia y no pierda fácilmente el sentido de identidad y pertenencia a la misma.

Ahora bien, para conceptualizar el *derecho de convivencia* que se da entre padres e hijos con preeminencia sobre el de *visita*; habrá que considerarse el concepto jurídico de familia; y siguiendo la lógica diaria, primeramente podemos decir que es aquel que considera al grupo formado por la pareja hombre-mujer, sus ascendientes y descendientes, los cuales están regidos por una normatividad que la institucionaliza. Así conceptualizada, se puede agregar, lo que los maestros Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez señalan como: "la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social. (agregan) También se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la

¹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Décimo Novena Edición, II. Editorial Espasa Calpe. S.A. Madrid España 1970, pp 360 y 1356

desarrollo, primero en el seno de la familia dentro de la cual nace y posteriormente en el de la familia que hace."¹⁵

Por todo lo anterior, creemos que la convivencia, facilita -en la persona y especialmente en el hijo de familia-, el considerarse como elemento de un todo, que le vivifica la conciencia de pertenencia a un núcleo sólido; sentimiento que lo revitaliza y fortalece para tener la capacidad de cumplir con los derechos y obligaciones que el día de mañana el destino le depare, dentro de su propia familia. De ahí que el Derecho de Familia, debe comprender y participar en todas y cada una de las relaciones - por intrincadas que sean - que se dan entre los cónyuges, entre los padres e hijos y entre todos los parientes y la sociedad en su conjunto, porque confirmamos, que la familia representa la célula básica de la convivencia social. Además, el sistema normativo debe participar en la consolidación de la estructura y funciones de la familia, para ampliar la fuerza integradora del todo social.

Una de las funciones integradoras del ente social más importante y trascendente que se establece principalmente para la familia, es la educación que deben los padres a los hijos. Al respecto el Decano (jubilado) del Tribunal de la Sagrada Rota de la Nunciatura Apostólica en España, León del Amo, en su estudio sobre los criterios que se deben seguir para decidir sobre la guarda de los hijos y el correspondiente *derecho de visita* en el *derecho y jurisprudencia canónicos* escribe: "A nadie como a los padres urge el deber de amar, criar y educar a sus hijos. El padre tiene

¹⁵ BAQUEIRO R., Edgar, BUENROSTRO B., Rosalía. *Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Harla, México 1990, p.7

recibido de Dios el principio de generación o vida, el principio de educación para la vida, el principio de autoridad para la disciplina y el orden en la casa. Según esto, - cita el criterio del Papa Pío XI - <<la familia tiene inmediatamente del Creador la misión y, por tanto, el derecho de educar a la prole, derecho inalienable, por estar inseparablemente unido con la estricta obligación, derecho anterior a cualquier derecho de la sociedad y del Estado y, por lo mismo inviolable por parte de toda potestad terrena.>>

"Por derecho natural la función de educar a los hijos va unida a la función de procrearlos. Educar, del *educere* latino, es sustentar, defender, formar, enseñar, dirigir, mandar, corregir. No es derecho exclusivo del padre, que no puede suplir lo femenino de la madre; como no es exclusivo de la madre, la cual tampoco puede suplir lo viril del padre.

"El derecho de educar a los hijos el padre lo comparte con la madre, como es razonable, porque la obra sublime de la educación tiene necesidad de esos dos pedagogos, padre y madre, de características peculiares distintas, pero eficacísimas y tan sabiamente ordenadas que mutuamente se completa. De aquí el daño irreparable que causan a sus hijos los padres que se separan o divorcian"¹⁶ Es en éste último supuesto, en el que surge la necesidad de apreciar la falta de similitud entre los conceptos de derecho de convivencia y de visita principalmente, e incluso con el de comunicación; para lograr conocer a fondo las consecuencias que afectan al menor y al progenitor separados en su íntima relación; de implementarse un régimen jurídico de convivencia eficaz para coadyuvar con el desarrollo integral del menor, o

¹⁶ DEL AMO, León, ob. cit., nota 7, p. 426

recurrir a un *derecho de visita* limitado a un espacio particular; así como diferenciar los efectos de ambos con el denominado derecho de comunicación.

El Magistrado de Bilbao, José Ramón San Roman Moreno, al hacer un análisis de las bases conceptuales del *derecho de visita*, confirma la postura que se apoya en el presente estudio, al no acreditar el término "derecho de visita" como el idóneo para denominar la facultad que se desprende de la problemática que se presenta en los asuntos de índole familiar; proponiendo utilizar en su lugar, *derecho de comunicación*; al respecto dice: "El mal denominado *derecho de visita*, con más propiedad llamado *derecho de comunicación*, participa de todas las características que definen los derechos-deberes de naturaleza personal de la institución familiar; es difícilmente coercible y viene a ser como un sustantivo desdibujado y empalidecido del derecho y correlativa obligación de convivencia por cuanto que carece de la condición de estabilidad y permanencia que dentro de la familia normalmente constituida, se inicia con el matrimonio, se enriquece con el nacimiento de los hijos, se prolonga durante la minoría de éstos y termina, normalmente, con su salida del hogar familiar para tomar estado u organizar su vida personal con independencia de sus progenitores.

"El *derecho de visita* se inscribe, por consiguiente, en la esfera de las relaciones personales familiares y más concretamente, en la de las relaciones paterno-filiales, puesto que considerado en sentido estricto -en cuyo sentido regula nuestro derecho positivo-, no se extiende, en principio, a otros familiares distintos de los padres, aunque trabajosamente, se ha ido abriendo camino la extensión del derecho de visita a otros familiares y en

esta línea se pronuncia la Ley de 13 de mayo de 1981, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico de matrimonio, que en el párrafo 2º del art. 161 reconoce que ese derecho no podrá impedirse sin justa causa entre el hijo y otros parientes y allegados...pues si en su primera redacción se definió el derecho de visita como la facultad correspondiente al padre o madre de <<visitar a sus hijos y comunicarse con ellos>>, según la redacción dada a dicho artículo por la ley de 24 de abril de 1975, se añade a esas dos facultades, la de <<tenerlos en su compañía>> para en la nueva redacción del Código Civil, definir este derecho como <<la facultad de relacionarse con los hijos>> (Artículo 161, párrafo 1º).

"Gramatical y jurídicamente nos parece más acertada la definición que del derecho de visita ofrece este artículo redactado conforme a la Ley de modificación del Código Civil de 13 de mayo de 1981, ya que en el terreno de los comportamientos humanos, la palabra relación significa gramaticalmente, trato o comunicación de la persona con otra y dentro de ese concepto caben todas las posibilidades que, tanto en la vida social como en la familiar, puedan concebirse y que van desde la comunicación oral a la escrita; desde la esporádica y de corta duración, a la prolongada y permanente; de la accidental o casual a la preparada o convenida; de la íntima y confiada a la distante o despegada; etc.

"La distinción que ofrecía el art. 68 del C.C. según la redacción dada al mismo por la Ley de 1958, entre visita y comunicación, no servía para resolver toda la problemática que el derecho de visita plantea al estudioso, pues si por visita había de entenderse relación o comunicación de corta

duración en el tiempo, dado que gramaticalmente significa la acción de ir a ver a una persona a su casa para estar con ella un corto período de tiempo cifrado en unas horas como máximo; comunicación se refiere a una relación ya sea oral - personal o telefónica -, ya escrita, también de corta extensión o duración.

"No obstante esas limitaciones legales de orden gramatical establecidas en el art. 68 del C.C., los Juzgados y Tribunales han ofrecido una interpretación amplia de la normativa relativa al derecho de visita, puesto que una interpretación literal o gramatical del precepto, no servía, en modo alguno, para dar satisfacción más o menos cumplida a los legítimos deseos de muchos padres de tener en su compañía, convivir y hacer vida familiar con sus hijos durante varios días cuando menos. Y para superar esas dificultades legales, ha sido frecuente en las resoluciones judiciales incluir dentro del concepto legal visita, no sólo la visita en sentido estricto, que consistía en la autorización concedida al progenitor para permanecer con sus hijos durante un período de tiempo determinado, en días expresamente fijados (por ej., desde las 10 horas a las 20 horas, de tal día o tales días) y las estancias, que permitirían al padre o madre tener en su compañía al hijo durante un período de tiempo más o menos largo, de varios días generalmente, en determinadas épocas del año, coincidentes con los períodos de vacaciones escolares (por ej. la mitad de las vacaciones de verano, Navidad o Semana Santa). Distinción entre visita y estancia que había tomado carta de naturaleza, desde antiguo, en la jurisprudencia de Francia. En cambio, por comunicación se entendía, corrientemente, y con arreglo a su sentido gramatical, la relación personal de corta duración (en el

Colegio durante los recreos o a la salida del Colegio), así como la epistolar o telefónica."¹⁷

Con las ideas expuestas en párrafos precedentes se hace patente la dificultad que representa la correcta denominación del *derecho* a que nos hemos venido refiriendo; por lo que también resulta interesante la reflexión que hace el Vicepresidente del Tribunal Tutelar de Menores de Pamplona, Francisco Salinas Quijada, acerca del *derecho a la comunicación* entre padres e hijos, en el supuesto de suspensión, pérdida o recuperación de la patria potestad, explica: "En realidad no existe, en la normativa que regula los Tribunales de Menores, ningún precepto específico que suspenda el derecho de comunicación individual entre padres e hijos, si entendemos comunicación en el sentido de conservación, intercambio de ideas, sentimientos e informaciones entre dos o más personas por medio del lenguaje, lo que aproxima la comunicación al término educación. De ahí que la comunicación pueda tener efectos educadores o deseducadores."¹⁸

Siguiendo con nuestra pléyade de Magistrados el también alto funcionario judicial español Francisco Rivero Hernández, denomina el derecho en cuestión como *derecho de visita*, del cual comenta que tiene por objeto un conjunto de relaciones entre dos personas de las cuales una es menor de edad, y que por ésta misma razón les es difícil vivir en compañía, cohabitar

¹⁷ SAN ROMÁN MORENO, José Ramón, "Criterios Judiciales Sobre la Titularidad del Derecho de Visita en los Diversos Supuestos de Conflicto Matrimonial Familiar", *El Derecho de visita. Teoría y Praxis*. VILADRICH, Pedro -Juan, "dir.", Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Segunda Edición. España. 1982, p. 280, 286, 287.

¹⁸ SALINAS QUIJADA, Francisco, "El Derecho de comunicación con motivo de la Suspensión de la Patria Potestad por los Jueces y Tribunales de Menores, y de su Pérdida en los Binubos según el Derecho Foral Navarro", *El Derecho de visita. Teoría y Praxis*. VILADRICH, Pedro -Juan, "dir.", Ediciones Universidad de Navarra. S. A., Segunda Edición, España, 1982, p.p.399-340.

de manera normal con el progenitor aislado, pues existe el obstáculo jurídico de que el menor ha quedado bajo la guarda y custodia, en unos casos, o bajo la patria potestad, en otros, de persona diferente de con quien se pretende *convivir* y con la que en la mayoría de los casos, quien debe *convivir* con el menor, mantiene una relación conflictiva de índole personal.¹⁹

Se desprende del texto anterior, que la finalidad de regular las visitas entre progenitor y menor separados, es que éstos puedan convivir, a pesar de las dificultades humanas y obstáculos legales que se interpongan en su relación.

Agrega el mismo autor: " Pero no es poco, ciertamente, el que a través de esta institución un padre no sea un extraño para su hijo al cabo de algunos años, y puedan ambos gozarse recíprocamente al margen y por encima de querellas familiares disgregadoras; y que ese niño o joven, afectado por una situación familiar complicada, pueda comunicarse con otras personas de su entorno afectivo y asomarse por esa ventana a un mundo relacional que le proporcione ocasión y equilibrio psicológico necesario para su pleno desarrollo personal y social. De ahí su enorme importancia en el orden humano y familiar (y por tanto, en el jurídico también), lo enriquecedor y fecundo para sus protagonistas en satisfacciones -por las que proporciona, y por las penas que puede curar al permitir seguir tratándose y mostrándose su recíproco afecto a personas que el Derecho separa.

¹⁹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El Derecho de Visita*, Edit. José María Bosch, Barcelona, 1997, p.p. 18- 19

"Pero sería un tanto ingenuo ignorar cómo en la realidad es a veces empleado el derecho de visita y comunicación, y el niño en quien se concreta, como arma arrojada entre los contendientes, y como medio de hacerse daño y crearse recíprocamente problemas: dificultando cada uno las relaciones del menor con el otro, fomentando enemistad entre el niño y el contrario al hablarle mal de éste; o dando toda clase de caprichos al niño para ganárselo frente al guardador jurídico, y con ello crear problemas a éste en su educación. Empleando para el mal, el derecho de visita es un medio óptimo, con lo que, desnaturalizado, se convierte en algo malo y peligroso en manos desaprensivas: y ello lo es particularmente para el niño, delicado y receptivo, en cuyo desarrollo espiritual y afectivo puede hacer gran y negativa mella. No sorprenderá por tanto, que no todos los autores se refieran a nuestra institución para encomiarla, y que psicólogos y pedagogos la consideren como fuente frecuente de dificultades en la educación del niño en quien se concretan las visitas y relaciones de quo, con alguna crítica, aunque aislada, también entre juristas, lo que pone de evidencia la necesidad de su cuidadoso tratamiento."²⁰

Para lograr un adecuado manejo de la institución que permite la relación entre progenitores e hijos menores separados, será contundente pasar a un nivel superior de lo que permite ascender la limitada visita o de la cuestionada comunicación, para elevarla a la dignidad que merece; denominándola preferentemente en la presente labor: *derecho de convivencia paterno-materno filial*. De la misma manera, es indispensable que el legislador regule dicha institución de manera práctica y conveniente; precisando la responsabilidad de los progenitores del menor, la del juez, y la

²⁰ Idem p. 19-20.

de las terceras personas e instituciones que participen en la toma de decisiones durante el proceso de una controversia y después de ejecutoriada la sentencia del juicio; para procurar, que el desarrollo de dichas relaciones se lleven a cabo en forma respetuosa, amorosa, digna y educativa; previniendo además a los contendientes en el sentido de que tal derecho se les confiere para el enriquecimiento individual y recíproco, a fin de mejorar o salvar sus lazos afectivos con el menor; por lo que deberán abstenerse de mantener conductas perniciosas, egoístas y desviadas; evitando así la probable modificación, limitación e incluso suspensión o pérdida de ese *derecho*.

Al respecto el maestro Manuel F. Chávez Asencio, acepta que: "El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia. Esta convivencia tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor. Es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual. Como deber correlativo, ésta también corresponde al hijo, que está obligado a responder en la medida en que su edad y madurez lo permita, pero tiene el deber de procurar que la convivencia familiar se logre con afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual. Como deber correlativo, éste también corresponde al hijo, que está obligancia (sic) está el de ser respetados en su persona y en su intimidad, necesarios para lograr la convivencia familiar. Esta convivencia entre padres e hijos que normalmente se da en la relación familiar normal, sufre un cambio cuando hay crisis conyugal y el divorcio y, como consecuencia, la separación de los progenitores. Surge, en este supuesto, el derecho de visita que tiene su origen en esta convivencia. En el derecho de visita el principal protagonista

es el menor; lo son también el progenitor que no tiene la custodia y los abuelos del menor.²¹ El pensamiento del maestro antes citado con respecto a que el *derecho a la convivencia* deriva de la patria potestad y del deber de la guarda y custodia que tienen los progenitores sobre sus menores hijos; propone un supuesto con el que difiero, pues el *derecho de convivencia* no se otorga en función de que los progenitores mantengan o no las prerrogativas antes citadas, sino que es un *derecho natural* que tienen tanto el menor como sus padres para relacionarse entre sí, sin importar la condición jurídica que impere entre ellos, y por tal razón ni el menor ni sus progenitores pierden la facultad de ejercer dicho derecho aún cuando los últimos se separen. Por otro lado para que se pudiera aceptar la tesis propuesta por el maestro Chavez Asencio, tendría que ocurrir el desgajamiento del *derecho de convivencia*, para convertirse en *derecho de visita*, lo cual tampoco ocurre, pues como afirma él mismo, que el *derecho de convivencia* es consecuencia de la patria potestad; es de explorado derecho que no en todos los juicios de divorcio, el cónyuge apartado pierda esta prerrogativa de la patria potestad sobre sus menores hijos; por lo que surge la interrogante: ¿En qué momento desaparece el *derecho de convivencia* entre progenitores e hijos menores, para convertirse en otro derecho?

Por si fuera poco, el también Magistrado de Salamanca España, Hilario Muñoz Méndez asevera "Pues bien, si nos adentramos en las cuestiones jurídicas dimanantes de la crisis del matrimonio, tanto en su primer estado de separación o en su último, de disolución y tratamos de analizar como

²¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel R., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, tercera edición. Ed. Porrúa S.A., México, 1997, p 321.

consecuencia de esta separación física o disgregación en el matrimonio, (que la) custodia no puede ser otorgada nada más que a uno de los cónyuges, aun cuando pueda ser en forma permanente o alternativa, la circunstancia del alejamiento de los hijos del matrimonio del cónyuge al que no se le concede la custodia genera la posibilidad de lo que se denomina en el temario del Symposium "la visita".."²²

Al considerar el criterio sustentado por el Magistrado español citado, en el sentido de que, deriva la facultad de ejercer el acto de "la visita" a los menores hijos para el progenitor apartado, cuando éste pierde o no obtiene la concesión de la guarda y custodia y el otro progenitor sí la conserva; luego entonces preguntamos: ¿en el supuesto de que la guarda y custodia sea otorgada a ambos como sucede en ocasiones en Francia, podría decirse que para esos progenitores no existe la facultad de establecer un régimen jurídico de convivencia con su menor hijo?; a mayor abundamiento, ¿en el supuesto que a ninguno de los progenitores les sea concedida dicha guarda y custodia y, que resuelva el juzgador que el menor deberá permanecer en una Institución de Beneficencia o con sus abuelos, o con algún otro pariente ¿Tampoco tendrán los progenitores derecho de convivir con su menor hijo?

Por todo lo analizado en los párrafos precedentes, es factible remarcar la diferenciación ya referida en lo concerniente a la expresión *derecho de convivencia* y *derecho de visita*, de las cuales aun cuando en principio, parece que se refieren a lo mismo: a la relación que se puede establecer

²² MUÑOZ MENDEZ, Hilario, "La Competencia de los Tribunales Tutelares de Menores en Orden a la Elaboración, Modificación o Cesación del Régimen de Visitas", *El Derecho de visita Teoría y Praxis* VILADRICH, Pedro -Juán, "dir ", Ediciones Universidad de Navarra, S A., Segunda Edición. España, 1982. p 381-382

entre dos personas que se encuentran reunidas en un mismo lugar. Se puede establecer que el derecho de *visita*, se sustenta en el acto de visitar, el cual se torna limitado o esporádico, de corta duración por estar cifrado en unas horas y, que por ende sostiene una la relación circunstancial, intermitente, que ha de llevarse a cabo generalmente en la propiedad de uno de los dos personajes reunidos, y existiendo la posibilidad de que en ocasiones la misma visita se desarrolle sin que ambos realmente puedan entrar en una comunicación íntima, sino por ejemplo, simplemente viéndose de cerca o de lejos, a través de un cristal o de una reja, -como se verá más adelante-etcétera; no así el concepto general del *derecho de convivencia* que presupone el acto de convivir, de estar en constante comunicación, o comunión aún cuando no se este bajo el mismo techo cohabitando con la otra persona; hecho con el cual se edifica una relación entre dos o más personas que no nada más se ven o comunican en un determinado lugar u horario, sino que, además entran en una comunicación íntima, con la cual se forma de manera integral el desarrollo físico, espiritual, moral, social y cultural del hijo menor, así como se facilita al progenitor separado conservar la armonía físico-psicológica consigo mismo; prefiriendo por lo expresado -entre otras razones- referirme a un *derecho de convivencia entre progenitores e hijo menor*, y dejar el *derecho de visita* para los parientes cercanos del mismo menor

3. Legitimación de la titularidad del *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

Como corolario de todo lo apuntado anteriormente, analizaremos con posterioridad, que la legitimación que la normatividad otorga a los titulares

del *derecho de convivencia filial*, difiere de la que se concede a los titulares del *derecho de visita*.

Es claro que el padre y la madre son los sujetos activos principales del *derecho a convivir* con su menor hijo, resultando éste y el incapacitado ser el sujeto pasivo del mismo. Mas sin embargo no es posible olvidar que en todo conflicto matrimonial se encuentran involucradas de una u otra manera en un segundo plano hermanos mayores, abuelos, tíos, primos, etc. quienes deben evitar agravar el *conflicto conyugal*, así como los daños morales, espirituales y sociales que afectan al menor. Por lo que a veces resulta eficaz reconocerles la titularidad de un *derecho de visita* para ellos -no de convivencia- sea que lo ejerzan simultáneamente en casos especiales con uno de los progenitores, para permitir -por ejemplo- que se realice en su domicilio la convivencia paterno-materno filial; o de manera separada si conviene al mejor interés del menor. La doctrina jurisprudencial francesa, (veremos más adelante) ante la falta de reconocimiento del *derecho de visita strictu sensu*, para legitimar a los abuelos acudió a la ingeniosa figura de la *estancia*, para reconocerles la posibilidad de mantener con sus nietos un régimen de visita. Sin embargo los autores en la actualidad hablan del *derecho de visita*, refiriendo la titularidad del mismo, en igualdad de términos, tanto para los progenitores del menor así como para los parientes allegados al mismo; provocando una serie de confusiones y conflictos, como se ve a continuación:

Apunta María Josefa Méndez Costa: "Son titulares del derecho a visitar los parientes que deban legalmente alimentos a aquellos que quieren visitar, es decir los incluidos en los artículos 367 y 368 del Código Civil (argentino),

no distinguiéndose entre matrimoniales y extramatrimoniales y debiendo tenerse en cuenta la obligación alimentaria en caso de adopción. No es preciso que medie condena a pasar alimentos.

"La ley ha tomado el régimen alimentario para estructurar el derecho de visitas. Podría haber tomado el sucesorio, solución que Molinario consideraba más adecuada. En esta etapa de la legislación argentina, la remisión al derecho hereditario intestado hubiera ampliado el grupo de titulares en cuanto a los colaterales, porque se extiende al tercer grado (tíos y sobrinos) y al cuarto (primos hermanos) pero lo habría reducido en el parentesco afín sólo a suegro y suegra con respecto a la nuera por ser ésta el único pariente por afinidad dotado de derecho patrimonial post mortem aquellos. El orden de la tutela, por su parte, hubiera incluido a los tíos pero limitado a los abuelos el derecho de los ascendientes y excluido totalmente a los parientes por afinidad. Además, hubiera desvirtuado el derecho por carecer de reciprocidad.

"Los parientes consanguíneos del adoptado en adopción plena no gozan del derecho de visitarlo, mientras que sí lo invisten los consanguíneos del adoptado en adopción simple porque entre ellos no se ha extinguido el derecho-deber alimentario aunque la patria potestad haya pasado al o los adoptantes."²³

Para señalar quienes son titulares del derecho a ser "visitados" agrega la misma autora María Josefa Méndez Costa: "Tienen derecho a ser visitados

²³ MENDEZ COSTA, María Josefa, D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia. Vol. III . Editorial Rubinzal-Culzoni. Argentina, 1996 pp.314, 315

los que pueden exigir alimentos a los titulares del derecho a visitar que se hallen en alguna de las siguientes situaciones: menores de edad sometidos a patria potestad o a tutela; mayores de edad sometidos a curatela o enfermos mentales o físicos, ancianos, alcohólicos, toxicómanos, que se encuentren imposibilitados de hecho para comunicarse con aquellos por estar internados y/o sometidos a guarda privada o institucional. Los inhabilitados civiles (art. 152 bis) aun los que lo han sido por debilidad mental, sólo se consideran incluidos en este grupo si los afecta la mentada imposibilidad.

"Estos sujetos son hábiles para exigir que no se impidan las visitas. Las dificultades con que tropiecen para ello por ser su representante legal el que las traba o por otras circunstancias que les entorpecen hacer valer su voluntad, deberán encararse para suprimirlas considerándolas como lo que son, verdaderas restricciones a la libertad.

"El contacto personal puede ser conveniente y aun necesario para la regulación del derecho alimentario. En tal supuesto, el necesitado por sí mismo o por intermedio de su representante legal puede exigir esa comunicación que será una "visita" pero distinta de las consideradas en el artículo 376 bis.

La misma autora manifiesta además quienes son los sujetos que deben permitir las "visitas": "Los padres de los menores de edad, sus tutores, los curadores de los incapaces mayores de edad (todos ellos tengan o no al menor o pupilo); los guardadores de ancianos, enfermos e imposibilitados (directores o responsables de hospitales, hospicios, residencias u hogares

geriátricos, institutos de internación para la rehabilitación de alcohólicos o drogadependientes, etc.) están obligados a permitir las visitas." ²⁴

Como vemos si se sigue el concepto de *derecho de visita* como tal no resulta fácil determinar un sistema que permita eficazmente señalar a quienes puede atribuirse la titularidad de dicho derecho, sin embargo sustentando por separado los conceptos de *derecho de convivencia paterno-materno filial* y *derecho de visita* (para los demás parientes); fácilmente logramos estructurar la titularidad de cada una de las relaciones familiares que se mantendrán con el menor.

Así las cosas, podemos concluir que en primer lugar les es atribuible la titularidad activa del *derecho de convivencia* a los progenitores de un menor, independientemente de que éstos sean cónyuges o no, como también se reconoce la titularidad pasiva del menor hijo, sin trascender que éste sea matrimonial o extramatrimonial, así como para aquel que -aunque sea mayor de edad- se encuentre en situación de incapacidad, interdicción, etcétera. De la misma manera, se le puede conceder la titularidad activa del *derecho de visita* al pariente de un menor que pretenda relacionarse afectivamente con él, y la titularidad pasiva, al menor visitado.

²⁴ MENDEZ COSTA, María Josefa, D'ANTONIO, Daniel Hugo, ob. Cit. Loc. Cit. p. 315.

CAPITULO II.

Fundamento Jurídico del derecho de Convivencia Paterno-Materno Filial.

1. Determinación del fundamento jurídico del *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

Con la búsqueda del principio o cimiento en el que habrá de afianzarse el *derecho de convivencia paterno-materno filial*, se pretende otorgar seguridad jurídica -dentro del sistema normativo- tanto a los progenitores y al menor hijo, como al juzgador, que es quien resolverá la controversia familiar; con la obligación de orientar su criterio hacia el cumplimiento del motivo o fin que persigue el bien jurídico protegido.

Para determinar el fundamento del derecho que nos ocupa, veamos lo que al respecto opinan los siguientes autores:

a) La autora María Josefa Méndez Costa señala como fundamento del *derecho de convivencia*, principalmente a la necesidad de mantener los lazos afectivos entre parientes, conjuntamente con el apoyo y formación que se les debe brindar a los menores: "Las visitas responden a un requerimiento del afecto entre parientes (que) lo expresan, exteriorizando la solidaridad familiar.

"Contribuyen al mantenimiento de lazos en cuya perduración y solidez se encuentra interesada la sociedad porque definen y sustentan a la familia. En

el caso particular de los visitados menores de edad, se apela también a la colaboración que los visitantes prestan a su formación y, en el de los desvalidos, a su necesidad de protección y amparo."²⁵

b) Como ya hicimos constar, el maestro Manuel Chávez Ascencio refiere que la convivencia tiene por objetivo, permitirle al menor lograr estabilidad personal y emocional.

c) En diferente rubro de ideas Rafael Ruiz de la Cuesta, magistrado en Pamplona dice, que en las controversias en que existen crisis matrimoniales, el juez deberá ajustarse a lo preceptuado en el artículo 103, regla 1ª del Código Civil (español): "Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: 1ª Determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos en su compañía.- Excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerá bajo la autoridad del Juez."²⁶

²⁵ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, t. I, Buenos Aires, 1978, com. al art 376 bis, Nº 2, cit por MENDEZ C., María Josefá, D'ANTONIO, Daniel Hugo, ob. Cit. Loc. Cit. p.p. 312-313

²⁶ RUIZ DE LA CUESTA, Rafael, Práxis Judicial Sobre los Sujetos y el Contenido de la Facultad y Régimen de Visitas, "El Derecho de visita. Teoría y Práxis", VILADRICH, Pedro -Juan, "dir ", Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Segunda Edición, España, 1982, p.261.

d) De la misma manera Daniel Mata Vidal, Presidente de la Ilma. Audiencia Provisional de Pamplona, se refiere a que el artículo 92 de la Ley de 7 de julio de 1981, dispone: "Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años... No hay que olvidar que los hijos son la pieza clave en los conflictos matrimoniales. La Exposición de Motivos de aquélla Ley de 1958 ya hizo especial hincapié en que se había elaborado con miras puestas en los hijos, que encaran el más estimable bien que debe salvarse, cuando la familia hace crisis en su base matrimonial. En este sentido de apoyo a los hijos, se manifiestan frecuentemente las resoluciones judiciales, y vamos a citar dos de ellas, que lo merecen por lo expresivas que resultan al poner de relieve la adversa situación sufrida por ellos, como consecuencia de las desavenencias de sus padres. Una, de 18 de abril de 1973, dictada por la Audiencia de Bilbao, dice que: el juez debe tener en cuenta que además de los esposos, ya contrapartes, que obran dirigidos por sus Letrados hay otros interesados que no tienen Abogados, que no están afectados por egoísmos ni posibles culpabilidades y que en definitiva son las víctimas de la desunión de sus padres, y que son los hijos del matrimonio, que además son los que pagan las costas y gastos de los pleitos, pues sea cual sea el culpable de sus padres y el que pague esas costas y gastos, en sus hijos redunda el gasto.

"La otra Audiencia de Albacete, de fecha 7 de noviembre de 1937, lo apunta de esta forma: no debe olvidarse que aquellos (los cónyuges), al separarse, han dado lugar a la doble crisis del matrimonio y del hogar conyugal, sacrificando la normalidad de la vida o relación paterno filial a

sus propios intereses, olvidando o dando de lado el interés superior o prevalente del bien y felicidad de sus hijos, arrastrando a éstos a tener que sufrir las nefastas consecuencias de aquél conflicto, en el que no son beligerantes y del que siempre resultan víctimas ajenas, propiciatorias e inocentes...que por ello, Jueces y Tribunales vienen legal y moralmente ligados a hacer uso de aquella potestad discrecional que les está atribuida, con mesura y ponderación sumas, tratando de lograr aquello que más pueda contribuir al bien espiritual y material de los hijos, interés prevalente que debe ser protegido en el conflicto planteado, sin descuidar aunque en menor medida, cohonstar dicho interés prevalente con los derechos que puedan esgrimir sus progenitores, casi siempre antagónicos, pero sin olvidar nunca que la falta de sacrificio de éstos a soportarse mutua y recíprocamente ha dado lugar a su crisis matrimonial, pero lo que es peor y más grave, a la bancarrota de sus vínculos paterno filiales y familiares; lo que profundamente, y a veces de por vida, afecta seriamente al psiquismo, afectividad y procesos formativo y evolutivo de los hijos."²⁷

e) En el mismo sentido se pronuncia el Presidente de la Ilma. Audiencia Provisional de Córdoba, Mariano Iracheta Iribarren, en sus "Reflexiones a Propósito de Algunas Sentencias Relativas al Régimen de Visitas de los Menores"; apuntando: "...el fundamento de la visita es la mejor educación y asistencia de los hijos, ante la cual se supeditan los derechos de los padres".²⁸

²⁷ MATA VIDAL, Daniel, "El interés de los Menores y el de los Progenitores en la Determinación Judicial del Régimen de Visitas, ", *El Derecho de Visita. Teoría y Praxis*. VILADRICH, Pedro -Juán, "dir.", Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Segunda Edición, España, 1982, p.p. 327 - 329.

²⁸ IRACHETA IRIBARREN, Marino, "Reflexiones a Propósito de Algunas Sentencias Relativas al Régimen de Visitas de los Menores, " *El Derecho de Visita. Teoría y Praxis*. VILADRICH, Pedro -Juán, "dir.", Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Segunda Edición, España, 1982, p.363

f) El Magistrado-Juez de Santander Julio Sáez Vélez, se pronuncia en el sentido de que : "La decisión del Juez ha de atender, básicamente, al bien del menor, satisfaciendo a su vez el legítimo deber y el legítimo derecho de convivencia con sus padres y todo ello con la menor desconexión posible con el entorno familiar, concebido en el sentido más amplio y social del hijo".²⁹

g) No debe dejarse de lado el criterio normativo canónico que cita León del Almo, quien dice que ante todo debe prevalecer el bien de los hijos en los siguientes términos: "Tan relevante es el derecho de los hijos a crecer y recibir cumplida educación, que el derecho eclesiástico no duda en conceder la separación, si uno de los cónyuges es corruptor de los hijos o en ellos influye positivamente para educarlos sin formación religiosa o con enseñanzas religiosas y morales no católicas.

"La buena educación física, cultural y moral y religiosa de los hijos es la finalidad prioritaria y el objetivo esencial al que ha de atenderse cuando llega el momento de decidir acerca del efecto de la separación respecto a los hijos.

"El canon 1132 da una norma general fundada en la inocencia y nocividad: <<Verificada la separación, los hijos deben educarse al lado del cónyuge

²⁹ SAEZ VÉLEZ, Julio, "Posibilidad y Justificación de la Modificación del Derecho de Visita sin Necesidad de Acudir al Procedimiento Incidental , ", *El Derecho de visita Teoría y Praxis*. VILADRICH, Pedro -Juán. "dir.", Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Segunda Edición, España, 1982, p.417

inocente>>, es decir del cónyuge que no fue causa del peligro que excusó la obligación de convivir".³⁰

h) Ahora bien, el Vicedecano de la Facultad de Derecho Canónico, de la Universidad de Navarra, Carmelo De Diego-Lora, en su estudio: "El Menor, Centro de Atribución de los Derechos en las Relaciones Paterno-Filiales", comenta con referencia al interés y beneficio del menor: "Al ordenamiento jurídico español se le ha objetado no considerar <<al menor en la plenitud evolutiva de su dinámica personal, sino como una restricción de la capacidad de obrar del sujeto>>. También, desde otro punto de vista, se observa que este ordenamiento se asienta más sobre el aspecto de lo cuantitativo, que le condujo al enfoque de atender especialmente los intereses patrimoniales, mientras lo que actualmente merece ser tenido especialmente en cuenta es la relevante importancia de <<los intereses morales y afectivos enraizados en la dignidad personal del sujeto menor de edad y como interés jurídico que se protege>>.

"En estos afanes legislativos, entendemos que no dejan de influir las grandes Declaraciones Universales de Derecho, de lo que se hace eco en su articulado la Constitución española de 1978. En efecto, nuestra vigente Constitución enfoca la relación paterno-filial fundamentalmente desde el punto de vista de los deberes de los padres para con los hijos. Y así, en su artículo 39, se prescribe el deber de los padres de <<prestar asistencia de todo orden a los hijos menores de edad, a la vez que los poderes públicos se garantiza no sólo la protección integral de los hijos>> sino también << la protección social, económica y jurídica de la familia>>.

³⁰ DEL AMO, León, ob cit, nota 10, p. 433.

"Más adelante agrega: "El nº 4 del citado art. 39 prescribe con carácter general que <<los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos>>".

"La discrecionalidad judicial, partiendo de ese centro de atribución jurídica que es el menor de edad, buscando siempre el bien de los hijos, en los caso de conflicto, de anomalía familiar, proporcionará las decisiones adecuadas mirando siempre la primacía del interés que el presente y porvenir de los menores merece, y la subordinación a su vez de los intereses de los padres a las responsabilidades y cargas que tienen para con sus descendientes menores. "31

i) Ahora bien en un estudio profundo y acucioso que al respecto formula Francisco Rivero Hernández, -después de citar un sinnúmero de sentencias dictadas por las diferentes Audiencias Provinciales en España- apunta: "De la lectura y comparación de la jurisprudencia, aludida pueden observarse enseguida dos notas que saltan a la vista:

"a) De un lado, que para justificar el derecho de visita de los ascendientes se apela a figuras o instituciones exteriores al mismo (su referencia a la patria potestad, el abuso de la misma, o a cierta correspondencia o corresponsabilidad entre las obligaciones legales que pueden competir a los abuelos y el derecho que éstos tienen a relacionarse con sus nietos);

³¹ DE DIEGO-LORA, Carmelo, "El Menor, Centro de Atribución de los Derechos en las Relaciones Paterno - Filiales, ", *El Derecho de visita Teoría y Praxis*. VILADRICH, Pedro -Juan, "dir.", Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Segunda Edición, España, 1982, p.p.446,447 y 453.

mientras que el derecho de visita a que puede aspirar un progenitor se ve justificado en nuestra jurisprudencia dentro de la misma relación padre-hijo y su propio protagonismo personal, sin apelación a otros valores o dimensiones jurídicas.

"b) Por otra parte, que para este segundo supuesto nuestros tribunales barajan indistintamente (a veces, cumulativamente) tres ideas sobre las que se levanta la legitimidad y fundamento de las relaciones padres-hijos: la de protección de una relación afectiva y de comunicación entre los mismos; la consideración de que se trata de un derecho natural, directamente relacionado con la naturaleza humana y la calidad de padres e hijos; y la de que aquellas relaciones se conceden eminentemente en provecho del hijo, en beneficio de su persona y de su formación, y siempre que no puedan perjudicarlo, a lo que vienen subordinadas. Sólo excepcional y hasta parece que tímidamente se han apuntado en alguna valiosa sentencia (las citadas de la Audiencia Provincial Oviedo de 15 de junio de 1978, y de la Audiencia Provincial Valladolid de 28 de junio de 1979) que el llamado derecho de visita <<constituye una función familiar y un derecho-deber establecido fundamentalmente en beneficio de la educación de los hijos>>."³²

j) En otro aspecto, Francisco Rivero Hernández cita al maestro Pierre Guiho, atribuyéndole la conclusión alcanzada: "Ha estudiado esta cuestión con detenimiento, tras observar la tensión entre los diferentes intereses en juego, particularmente entre el del menor, y el del beneficiario... (por lo que

³² RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. ob cit., nota 19, p.365.

éste concluye): << y detrás del interés del reclamante que ocupa el primer plano, se ve a otro aprovecharse de él, menos ostensible, pero quizá más importante: es el interés de la sociedad. Hay en efecto, un interés social evidente en que queden salvaguardados los lazos de afecto que la propia naturaleza ha creado entre las personas unidas por la sangre. La familia es la célula fundamental de la sociedad, y la sociedad tiene interés en que las familias permanezcan unidas...>> La justificación principal del derecho de visita estaría, pues, en ese interés social, así entendido.

"Si en otros casos la justificación de nuestra institución queda reducida a un marco demasiado estrecho, por excesivamente apegada a otras figuras, de las que dependería, ahora peca la tesis de Guiho de lo contrario, (que es) en mi opinión buscar un fundamento demasiado amplio y vago, general e inconcreto, como (lo) es el <<interés social>>. Es evidente, lo acepto, que a la sociedad toda le interesa que se preserven y fomenten los lazos de afecto entre personas unidas por la sangre; pero hacer de ello una justificación del derecho de visita me parece excesivo, porque en esa forma podrían explicarse casi todas las relaciones de Derecho privado, ya que a la sociedad interesa también el cumplimiento de los contratos, y el respeto a la propiedad privada, y la paz de las familias,...; con lo cual acaba por no explicarse ni justificarse nada. Limitándonos a este plano, creo que el interés que pudiera salvar al derecho de visita no debe pasar del ámbito familiar, y en todo caso con matizaciones." ³³

³³ GUIHO. PIERRE, *Essai d'une Théorie Générale du Droit de Visite*, 1952, cit, por RIVERO HERNANDEZ, Francisco, ob. cit. , p. 371, 372

k) De la misma manera Mercedes Moya Escudero, considera en su obra Aspectos Internacionales del Derecho de Visita de los Menores, que en el artículo 10.2 del Convenio de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el cual expresa la esencia de las negociaciones que se cristalizaron en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles en la Sustracción Internacional de Menores y en el Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores de 20 de mayo de 1980; se plasma el fundamento de nuestro derecho, en el sentido de que tienen derecho todos los hijos menores a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Más adelante, sin precisar si está parafraseando a los autores que cita; (por lo que no los menciono, para más información, pido se remita el amable lector a la fuente), continúa: "El desarrollo de la noción de interés del menor ha modificado el sentido de las relaciones de familia. Pero se está en presencia de un término vago y subjetivo del que cada país, cada sociedad, puede tener un concepto distinto de lo que al menor le interesa. Bajo la misma denominación subyacen los planteamientos, las categorías del ordenamiento jurídico consultado. El Derecho de Familia refleja una estrecha correlación entre el Derecho y las costumbres, y éstas tienen diferencias acusadas de país a país. Ahora bien, si el interés del menor es uno ¿Cómo es diferente de legislación en legislación? Cuando además los Estados se han obligado convencionalmente en lo que respecta a la protección de los niños, y han plasmado en tratados los principios fundamentales que deben inspirar sus ordenamientos jurídicos. Debería

entonces existir una absoluta coincidencia en la regulación establecida por todos los países obligados por dichos tratados.

"¿Cómo vestir esta noción para decidir cuál es el interés final del contexto moral de una cultura determinada? El interés del menor aparece proclamado como un principio general, como un valor fundamental, que actúa y ha de estar presente en la elaboración y aplicación del Derecho. Indiscutiblemente su uso podrá reducir el margen de discrecionalidad de las autoridades; impidiendo que se conviertan en legisladores delegados. El reconocimiento expreso del interés superior del niño en los convenios internacionales de derechos humanos y la CE (Constitución española) evidencian que no es posible prescindir de este principio. Constituye una regla en virtud de la cual en caso de conflicto el interés de los hijos y menores prepondera; y lleva en la DIPr (Derecho Internacional Privado) a buscar un resultado en favor de una persona determinada. La pregunta es cómo puede determinarse en concreto ese beneficio. Y es indudable que cuantos más elementos de concreción facilite la norma absoluta, menor será el riesgo de atentado, derivado de la libertad de apreciación de la autoridad que la aplica, a la seguridad jurídica que ha de presidir todo procedimiento.

"En el espíritu del Convenio de los Derechos del Niño late el deseo, e incluso el mandato velado, de que se apliquen con el mayor rigor las leyes en todo aquello que se entiende beneficia al menor. Se han de buscar soluciones reales donde el interés del menor sea lo prevalente. Y cuando la Constitución proclama el valor e interés del menor como prioritario está ordenando que todas las normas subconstitucionales respeten ése valor. Constituye una regla según la cual el interés de los hijos menores

prepondera y lleva en DIPr a arbitrar soluciones que respondan a aquel. En definitiva, deberá procederse a una construcción que descansa en la satisfacción de los valores localizados en una Constitución democrática. No obstante la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tan sólo proclama en su artículo 2 que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, pero sin concretar en ningún momento cuál es ese interés, con lo que se vuelve a dejar en manos del aplicador del Derecho la concreción de dicho concepto.

"Es necesario aceptar como punto de partida que hay fenómenos que escapan a la regulación jurídica porque hay situaciones humanas que escapan a él. La valoración del interés del menor se le ha venido atribuyendo siempre al juez y ello porque es su misión llenar de contenido los conceptos jurídicos indeterminados y que condicionan de algún modo las consecuencias jurídicas al completar discrecionalmente el supuesto de hecho. La ley no determina con exactitud los límites del concepto porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que admite ser precisado en el momento de su aplicación. Al tratarse de supuestos concretos y no de vaguedades imprecisas y contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución o se da o no se da. En nuestro caso: o se atiende al interés superior del hijo menor o no se atiende. La indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una unidad de solución justa en cada caso. Siendo la aplicación del

concepto jurídico un caso de interpretación y aplicación de la ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar sin esfuerzo alguno tal aplicación, valorando si la solución a que se ha llegado es la única solución justa que la ley permite. Pero la concreción de esa única solución justa en aplicación de un supuesto de hecho determinado no siempre es fácil. En la estructura del concepto jurídico indeterminado es identificable un núcleo fijo o zona de certeza configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o "halo del concepto", más o menos imprecisa y una zona de certeza negativa, también segura en cuanto a la exclusión del concepto. Supuesta esta estructura, la dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o "halo conceptual", pero tal dificultad desaparece en las zonas positiva y negativa, lo cual no es baladí desde el punto de vista del principio.

"La dificultad de precisar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión, donde el interés del menor se convierte en un instrumento operacional cuya misión es confiada al juez. Encargado de apreciar cada situación de hecho, puede fundarse a la vez sobre elementos objetivos y subjetivos. Todo queda extremadamente vago e indica a las autoridades llamadas a intervenir que les pertenece sondear la situación efectiva y material de la familia para decidir en cada caso la solución más conforme al interés del hijo. Ello requiere realizar una opción racional, lo que implica llegar a ella después de conocer las opciones de que se dispone, las consecuencias de cada una de ellas, las probabilidades de que tales resultados se produzcan, y la valoración que merecen tales consecuencias. Por ello, en muchas ocasiones, no podrá preverse infaliblemente el resultado. El auténtico camino es la cooperación, el marco convencional, y

la instrumentalización de un mecanismo ágil y efectivo de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Pero además debe haber distribución de competencia judicial internacional. Mientras ello no sea así, las diferentes concepciones existentes a efectos de la atribución de los derechos de guarda y de visita, y las discriminaciones por razones de nacionalidad llevarán a que el interés del hijo menor, bien jurídico protegido, se difumine en un conjunto de intereses que, desde luego, no responden a la finalidad inicial. En definitiva, el interés del menor constituirá un factor de progreso y unificación del DIPr. en cuanto conduzca a la adopción de medidas eficaces de protección que lo positivicen. Y, sin embargo, el DIPr. español no aborda en la actualidad la reglamentación del derecho de los hijos a relacionarse con ambos padres cuando residan en países diferentes respondiendo de una manera clara al interés del hijo menor. Y no lo hace ni en el ámbito de la competencia judicial internacional, ni en el sector la ley aplicable, ni en el marco del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras."³⁴

2. Marco jurídico de la fundamentación del *derecho de la convivencia paterno-materno filial*.

Después de verificar el criterio sustentado por los autores citados, procede sacar a la luz lo que con respecto al fundamento del *derecho a convivir* determinan los diferentes ordenamientos jurídicos que se tienen por el momento a la mano y que contemplan la problemática en cuestión:

³⁴ MOYA ESCUDERO, Mercedes, Aspectos Internacionales del Derecho de Visita de los Menores, Editorial Comares, Granada, 1988, p. 14, 32-36

a) Al respecto el artículo 161 del Código Civil español, determina: "Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor." ³⁵

El Instituto Interamericano del Niño, presenta la compilación: "Legislación Atinente a la Niñez en las Américas", en el que se lee:

b) El Código de Menores de Ecuador, en su título tercero, sección tercera, sobre "La Tenencia", determina: "Art. 52.- Respecto a la tenencia de los hijos, se estará al acuerdo de los padres, cuando éstos no vivan juntos, siempre que el acuerdo beneficie al menor y se establezcan las medidas necesarias para su cumplimiento.

"Art. 53.- Si no existe acuerdo de los padres, o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales del menor, el Tribunal resolverá el asunto guiándose por el interés superior del menor...

"Art. 55.- Las resoluciones que dicten los tribunales en los casos de tenencia pueden modificarse, por parte del propio Tribunal, si el bienestar del menor así lo exige.

"Sección IV, del "Régimen de Visitas": Art. 62.- segundo párrafo: En el régimen de visitas se cuidará siempre la necesaria estabilidad emocional y física para la crianza y desarrollo del menor, por lo que el Tribunal podrá prohibirlas de ser necesario.

³⁵ CODIGO CIVIL, 21ª ed Madrid. Civitas. 1998, p. 159.

"Art. 63.- No se prohibirá al padre o madre, de cuyo cuidado personal hubieran sido sacados los hijos, visitar o recibir la visita de éstos en la forma, la frecuencia y libertad que el Tribunal estime convenientes, excepto lo señalado en el artículo anterior.

El *derecho de visita* se extiende a los parientes más cercanos del menor y a terceros cuando el interés del menor así lo justifique.

c) "El Código de los Niños y Adolescentes de Perú, en su artículo octavo preceptúa: *interés superior*.- En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos." ³⁶

d) En la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, promulgada en México por decreto del 25 de enero de 1991, su artículo 3º estipula:

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

³⁶ INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, Legislación Atinente a la Niñez en las Américas, CALVENTO SOLARI, Ubaldino, comp. Editorial Depalma, Argentina, 1995, pp. 192, 193, 249 y 250.

"Artículo 9: 3.- Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular; salvo si ello es contrario al interés superior del niño." ³⁷

Ahora bien, para encontrar el fundamento de nuestro *derecho de convivencia paterno-materno filial* en la legislación mexicana, -por el ayuno que existe en la misma sobre este tema- fue necesario recurrir a nuestra jurisprudencia, para buscar en ella el fundamento jurídico requerido; habiendo encontrado no con sorpresa, casi nada al respecto; con la agravante de que además las pocas tesis que hacen alguna referencia al mismo; tratan al *derecho de convivencia* de manera dependiente de los derechos de patria potestad y de guarda y custodia como podemos verificarlo en las siguientes tesis:

e) Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Epoca: Octava Epoca

Localización

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : XII-Agosto

Tesis:

Página: 509

Rubro

³⁷ SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA, *Compilación de Legislación Sobre Menores* dir. FUENTES, Mario Luis. Vol III. México, 1998. p 828 y 830.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS MENORES HIJOS, TRATÁNDOSE DE DIVORCIO NO PUEDE CONSIDERARSE COMO PENA IMPUESTA AL CONYUGE CULPABLE LA.

Texto

Si bien es cierto que conforme a la fracción II del artículo 279 del Código Civil para el Estado de Chiapas, la patria potestad debe concederse al cónyuge que no haya dado motivo al divorcio (siempre y cuando los padres no hayan convenido quién de ellos debe ejercerla y que los menores no se hallen en período de lactancia), también lo es que, lo establecido por esa fracción del dispositivo en comento, de ninguna manera puede considerarse como una pena impuesta al consorte que dio causa al divorcio, pues de considerarse así tal sanción afectaría injustificadamente los derechos del hijo, que ninguna culpa tiene que alguno de los padres haya sido el responsable de la disolución del vínculo matrimonial, supuesto que el menor tiene naturalmente el derecho de convivir con el progenitor que le prodigue, según su edad y sexo la ayuda necesaria, no solo material, sino fundamentalmente espiritual a través del cariño y la ternura indispensable para su mejor dirección a fin de que pueda desarrollarse, perfeccionarse y cumplir su destino. Esta es la razón por la que el legislador en tratándose de divorcio, en ninguno de los preceptos del Código Civil señala como pena o sanción, la pérdida de la patria potestad y solo dice en el artículo 279, *que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos conforme a las reglas de ese mismo precepto legal*; y así se tiene que por lo que hace a las

causales previstas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, el legislador ha estimado que los actos en que se fundan estas causales de divorcio revelan en su autor una conducta que puede deformar moralmente y corromper a los hijos, ya que no es sólo su actuación como individuo aislado e independiente, sino también su modo de comportarse como jefe de familia o elemento activo de la sociedad, y teniendo en cuenta que *la patria potestad impone a los padres la obligación de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos, instruirlos y representarlos*; el padre o la madre que cometan aquellos actos ofrecen un modelo que pervertiría las ideas que paulatinamente se fueran formando los menores respecto a la sociedad paterno filial. Estas son las razones por las que el legislador estima conveniente privar del ejercicio de la patria potestad, al cónyuge culpable, pero tal privación no la hace, atendiendo a que resultó condenado, sino que declara tal pérdida de la patria potestad en beneficio de los hijos, esto es, con el único fin de proteger su integridad moral y corporal, su educación, instrucción y la formación de su carácter, tan es así, *que para fijar la situación de los hijos en los casos de las fracciones VI y VII del artículo en comento, establece que los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo, conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos*. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Precedentes

Amparo directo 641/92. Dolores Balbuena Balbuena. 21 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: José Emigdio Díaz López.

Por lo que respecta a este primer caso, el Tribunal Supremo, para justificar el derecho del hijo, dice que éste "ninguna culpa tiene que alguno de los padres haya sido el responsable de la disolución del vínculo matrimonial, supuesto que *el menor tiene naturalmente el derecho de convivir con el progenitor que le prodigue, según su edad y sexo la ayuda necesaria, no solo material, sino fundamentalmente espiritual a través del cariño y la ternura indispensable para su mejor dirección a fin de que pueda desarrollarse, perfeccionarse y cumplir su destino.*"

Tenemos en este momento reconocido para el hijo el derecho de convivencia aunque no se penetre en la fundamentación del mismo; por otro lado, se desprende claramente como el Tribunal vincula nuestro derecho en comento al ejercicio de la patria potestad como siendo éste el motor de aquel, situación en la que sabemos hay una correspondencia innegable, sin embargo al resolver sobre el derecho o no a ejercer la patria potestad se debe observar de la misma manera el derecho a continuar o no con la convivencia paterno filial, y en caso de otorgarse, debe establecerse un régimen que precise como, donde, cada cuando y bajo que condiciones debe llevarse a cabo la misma, ya sea para el caso de ser condenado uno de los progenitores a la pérdida de la patria potestad, o simplemente para el que no conservó la guarda y custodia.

f) Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Epoca: Novena Epoca

Localización

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Parte : IV, Octubre de 1996
Tesis: VI.2o.71 C
Página: 570

Rubro

MENORES DE SIETE AÑOS, CUSTODIA DE. LA SENTENCIA QUE RESUELVE SOBRE LA, DEBE CONSIDERAR LA CONVENIENCIA QUE REPORTA AQUELLA A LOS (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).

Texto

De la interpretación sistemática de los artículos 293, 634, 635, fracción II, inciso a), del Código Civil y 1165 del Código de Procedimientos Civiles ambos ordenamientos legales para el Estado de Puebla, se concluye que *las cuestiones relativas a la custodia de menores de edad, deben resolverse haciendo prevalecer el interés de los propios menores y de ninguna manera atendiendo al beneficio que pudiera reportar tal custodia a las personas que la pretenden ejercer, pues en dicha custodia, tiene importancia prioritaria el propio menor y sólo en forma secundaria tienen interés las personas con derecho a reclamarla, sin soslayar el interés público de esta cuestión, en virtud de que es precisamente en los primeros años de vida de una persona en los que se sientan las bases de formación de *su carácter*, el cual *está implícitamente determinado por el ambiente de afectividad y de convivencia en que se desarrolla*, por lo que en estas controversias el Juez se encuentra facultado inclusive para otorgar la*

custodia de los menores de edad a personas distintas de los padres de los mismos; por tanto, la sentencia que decreta la custodia de un menor de siete años de edad en favor de su madre, sin considerar la conveniencia que implica para el menor dicha custodia, infringe las disposiciones legales citadas, en perjuicio del menor de cuya custodia se trata y de aquel a quien resulte más conveniente para el mismo menor ejercer su custodia. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Precedentes

Amparo directo 477/96. Armando Bravo Romero. 19 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

g) Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Epoca: Novena Epoca

Localización

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Parte : III, Junio de 1996
Tesis: XI.1o.4 C
Página: 806

Rubro

CONVIVENCIA FAMILIAR. LA RESOLUCION JUDICIAL QUE LA OTORGA, DEBE SER CONGRUENTE CON LA DEMANDA RESPECTIVA.

Texto

La autoridad responsable transgrede en perjuicio de la quejosa los artículos 600, 601 y 602 del Código de Procedimientos Civiles del Estado, al resolver, de manera imprecisa, que la *autorización* que concede al padre *para convivir con su menor hijo*, debe usarse de manera prudente, *con el consentimiento y previo aviso a la madre*, y que esta última queda obligada a respetar los derechos que tiene el actor para visitar, convivir y sacar a pasear a su hijo, debiendo actuar con prudencia y madurez respecto a tales visitas y convivencia; por cuanto que de la lectura minuciosa del escrito de demanda se advierte que el padre solicitó autorización judicial para convivir con su menor hijo, en su domicilio, los sábados y domingos de cada semana, durante el día y regresarlo con su madre a una hora conveniente, lo cual implica que el Juez del conocimiento tenía que decidir si la autorización que concedía se limitaba o no a los días que mencionó el actor y la hora o las horas en que podía sacar al niño de la casa materna, en vista de su corta edad y de los cuidados que necesita, así como de la circunstancia de que la madre labora de lunes a viernes y que los días que puede convivir con su hijo, son también los sábados y domingos. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Precedentes

Amparo directo 815/95. Verónica Olivares. 13 de marzo de 1996.
Unanimidad de votos. Ponente: Joel González Jiménez. Secretario:
Ricardo Díaz Chávez.

h) Instancia: Tercera Sala

Epoca: Quinta Epoca

Localización

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: LXIII

Tesis:

Página: 2015

Rubro

DIVORCIO, GUARDA DE LOS HIJOS EN CASO DE.

Texto

Si lo único que los divorciados hicieron, fue restringir de algún modo las posibilidades de convivencia de los menores con el padre, pues *de acuerdo con el convenio* relativo, la condición jurídica de los hijos debe ser la de radicar al lado de la madre, de tal modo que la casa de esta sea su domicilio legal, de esto se sigue que *el padre*, sin embargo, *puede visitarlos, dictar medidas necesarias en pro de su educación, vigilar la inversión de los fondos que el les destine y aun*

Smith Donald. Pág. 2015 Tomo LXIII 20 De Febrero De 1940.
Unanimidad De Cinco Votos.

De la lectura y comparación realizadas a nuestra jurisprudencia; se observa, que la justificación del *derecho a convivir* de los progenitores con sus menores hijos, se fundamenta tanto en los derechos de patria potestad y de guarda y custodia de los padres, como en el interés prevalente del menor; siendo que el *derecho de convivencia* se fundamenta y justifica dentro de la misma relación padre o madre e hijo (parentesco); quienes han de relacionarse de manera afectiva (relación afectiva) y comunicarse entre sí por sus lazos familiares (vínculo jurídico); constituyendo una función familiar y un derecho-deber (natural); el cual se debe conceder solamente como excepción y en caso de conflicto o duda en un procedimiento, -sobre si la convivencia es segura o provechosa para el progenitor y el menor-, con la condicionante de que ésta debe ser si aprovecha al hijo y beneficia a su persona y su formación, y siempre y cuando no se le perjudique en ningún ámbito o rubro; en otras palabras debe prevalecer el interés del menor sobre el de sus progenitores (interés del menor).

Como podemos verificar, estamos parados ante un fundamento para el cual no hay un denominador común que afiance el *derecho a la convivencia* entre padres e hijos, sino que son varios los principios que sostienen la justificación del *derecho de convivencia paterno-materno filial*; siendo éstos como ya se apunto: el parentesco, los lazos de afecto o cariño, el interés del menor y el de la sociedad; concordando el criterio de la mayoría

de los juristas consultados en que el principal es: "el interés prevalente del menor".

Con todo lo apuntado anteriormente, se puede concluir que, el derecho a convivir fraternalmente, es un derecho natural, condicionado y personal, que pretende proteger la relación filial afectiva entre sus protagonistas, única justificación y fin del mismo, sin embargo en caso de conflicto familiar, el interés prevalente ha de ser el del menor. " Por lo que es menester legislar y regular en el *derecho sustantivo* como *adjetivo* mexicano, el *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

CAPITULO III.

Naturaleza y Caracteres Jurídicos del Derecho de Convivencia Paterno-Materno Filial.

1. Naturaleza y caracteres jurídicos del *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

En la naturaleza de nuestro *derecho*, existen una serie de elementos que se relacionan con los conceptos del fundamento del mismo, por lo que sin intención de hacer un análisis profundo, sino un mero señalamiento de dichos elementos, se intentara encuadrar su naturaleza jurídica y desglosar sus caracteres.

Existen diferentes ordenamientos -tanto de índole nacional como internacional- que prodigan su reconocimiento al *derecho de convivencia*, específicamente al derecho del hijo menor a relacionarse con ambos padres; llevando implícitamente el reconocimiento del derecho de los padres de relacionarse a su vez, con su menor hijo; enmarcando esta facultad dentro del derecho a la intimidad y al afecto, con la condicionante de que éste se lleve a cabo, siempre y cuando, se implemente en beneficio e interés prevalente del menor. Sin embargo se puede constatar que no siempre son los propios titulares de la patria potestad o de la guarda y custodia, los que reclaman ese derecho, (nos referimos a los parientes cercanos); a ellos también se les reconoce un derecho propio, particular, el cual no se les debe negar, sino por una causa justa, situándolos; ésta hipótesis, en una posición jurídica respecto del menor, que merece una protección especial en nuestro

ordenamiento jurídico; para que en el evento de que éste entre en colisión con el derecho del o los titulares de la patria potestad, éste último no pueda estorbar o negar sin fundamento alguno el ejercicio y goce del mismo derecho a los progenitores o a de quien sustente la patria potestad del menor.

Verificamos anteriormente como el maestro Manuel F. Chávez Asencio, expresa que la convivencia es: "El *deber* de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del *deber* de cuidado y custodia." ³⁸ El criterio antes considerado, presenta la función que exponemos como un *deber*; este hecho promueve el análisis de las características del derecho-deber que se estudia; habiendo encontrado - no con gran sorpresa, por las múltiples particularidades que se han presentado en nuestra investigación con que el tema de nuestra labor tiene el atributo de ser una facultad o conjunto de posibilidades, ejercidas por los progenitores con respecto de sus hijos en circunstancias normales de convivencia matrimonial; pues según señala Francisco Rivero Hernandez: "Podemos decir que el derecho que nos ocupa versa sobre el conjunto de facultades o posibilidades, protegidas por el Ordenamiento, de relacionarse entre sí ciertas personas unidas por lazos familiares o afectivos -en nuestro caso padres e hijos- en situaciones marginales de la familia, aquí por la crisis matrimonial, cuando no pueden desarrollarse de forma normal tales relaciones por culpa de la imposibilidad de convivencia." ³⁹

³⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel R. Ob. cit Nota 21 p. 321.

³⁹ RIVERO HERNANDEZ, Francisco, Matrimonio y Divorcio, 1982, cit por ZANON MASDEU, Luis, Guarda y Custodia de los Hijos, Editorial Bosch, España 1996, p.p. 86.

En la realización de éste derecho-deber; se compele a los progenitores a cubrir las necesidades de afecto y educación que requieren los menores durante su desarrollo; a este respecto Luis Zanon Masdeu asevera: "El derecho de visita constituye un derecho-deber de relación de padres e hijos, en interés de los propios hijos, siendo un derecho personalísimo de cada padre, inalienable e imprescriptible. El derecho de visita persigue la finalidad de que exista una comunicación entre padres e hijos. Como fuere que la guarda y custodia de los hijos se atribuye a uno de los progenitores, se hace imprescindible, por la esencia del propio derecho natural, que los hijos puedan relacionarse con el otro progenitor y, esta relación, precisamente, constituye la esencia del derecho de visita. El derecho de visita lleva implícita la compañía entre el progenitor y el hijo y, al mismo tiempo, el denominado derecho de albergue o alojamiento...éstos -afirma Guiho- eran en un principio una visita al hijo en su domicilio, y poco a poco, se fue incluyendo un derecho de alojamiento o de albergue justificado por las distancias, y para lograr un mayor contacto con el hijo.⁴⁰ Al respecto el autor transcribe, la Sentencia de 5 de septiembre de 1990 correspondiente a la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona que dispone lo siguiente:

"Por un lado, el llamado *ius visitandi* o derecho de visitas regulado en el artículo 94 en concordancia con el 161 del Código civil, atribuido sin excepción alguna al progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados, no se configura como un propio y verdadero derecho de los progenitores dirigidos a satisfacer los deseos de éstos, sino como un complejo de derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento tiene como

⁴⁰ ZANON MASDEU, Luis, *Guarda y Custodia de los Hijos*, Editorial Boshc, España, 1996, p 87

finalidad esencial la de cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras a un desarrollo equilibrado de los mismos, y que solamente puede ser limitado o suspendido cuando circunstancias graves así lo aconsejen, ... Esta Sentencia define la naturaleza jurídica y caracteres del derecho de visita" ⁴¹

En otro sentido del concepto del deber de convivencia, Hilario Muñoz Méndez, Magistrado de Salamanca, cita el artículo 117 del Estatuto del Menor, propuesto en el Año Internacional del Niño, el cual dispone: "Los padres tienen, respecto de sus hijos menores, el deber de tenerlos en su compañía y en un clima de mutuo respeto, favorecer el proceso de su socialización y de su formación integral"; proponiendo por lo expresado, cambiar el concepto de *derecho de convivencia* por el de obligación; configurándolo como un derecho otorgado a favor del hijo; dimanando como obligación para el progenitor; sin correr el riesgo de este modo, de normar un derecho absurdo, antisocial, antihumano, y que pueda ser utilizado para hacer daño al contrario, convirtiéndolo en un verdadero abuso de derecho, con clara ausencia de buena fe. ⁴²

Resulta interesante ver otra gama de ideas del mismo tema abordadas por María Josefa Méndez Costa, quien al apuntar acerca de la naturaleza jurídica del *derecho de convivencia paterno-materno filial* lo presenta: "Como efecto del parentesco... Esta norma se actualiza cuando la normal comunicación entre parientes se hace imposible o se dificulta por la intervención de terceros (padres, tutores, curadores, guardadores). La

⁴¹ ZANON MASDEU, Luis, ob. cit., loc. cit. p.p 87, 88.

⁴² Cfr MUÑOZ MENDEZ, Hilario, ob. cit , nota 18, p. 382, 383

naturaleza jurídica del derecho ha de analizarse con estos alcances, conviniendo distinguir entre el derecho a visitar y el derecho a ser visitado.

"El derecho a visitar configura un derecho subjetivo familiar de objeto y contenido extrapatrimonial fundado en el parentesco. El titular tiene ante sí al sujeto titular de un derecho idéntico al suyo de sentido contrario (por ej., el hermano tiene derecho a visitar a su hermano quien, a su vez, inviste el derecho de visitarlo a él). Las peculiaridades de este derecho se presentan en cuanto al sujeto del deber jurídico correspondiente y encierra irreductibles vinculaciones con la libertad personal. No hay duda de que el sujeto capaz de discernimiento (o sea, mayor de 14 años y mentalmente lúcido, art. 921 del Cod. Civil) puede oponerse válidamente a recibir visitas de una persona determinada aunque se encuentre vinculada a ella por parentesco en grado incluido en la disposición legal. Si su situación en una de las preceptuadas en el artículo 376 bis, la apreciación del rechazo entra dentro de las pautas sugeridas por su salud física o moral. El juez decidirá cuándo cabe recurrir a la persuasión para convencerlo de que acepte la comunicación que rehusa, siempre conforme a su verdadero interés.

"A su vez, el deber moral de asistencia existe entre parientes y el deber jurídico puede derivarse del mismo artículo 376 bis, pero no se concibe la visita efectuada bajo la presión de una resolución judicial, pues quedaría desvirtuada y resultaría inoperante si no perjudicial al visitado. Realizarla sin auténtica voluntad es inexigible como no es jurídicamente exigible la simpatía o el afecto entre parientes. En este aspecto, el derecho de visitas es diferente del alimentario, para cuya satisfacción carece de trascendencia la disposición favorable o desfavorable del obligado.

"Pero en quienes aparece claro el deber jurídico frente al derecho a visitar, conforme al artículo 376 bis, es en aquellas personas que deben abstenerse de impedir las u obstaculizarlas: los ya mencionados padres, tutores, curadores, guardadores." ⁴³

Coincidimos con María Josefa Méndez Costa en cuanto a que tal *derecho* ha de encuadrarse entre los de la personalidad y como derecho subjetivo; siendo su naturaleza extrapatrimonial; (apoyaré éstas aseveraciones exponiendo el criterio sustentado al mismo respecto, por Francisco Rivero Hernández más adelante), pero ¿qué ocurre con la afirmación de que se fundamenta en el parentesco? Debemos pensar también en los supuestos de convivencia que se pueden dar en las situaciones de adopción o tutela de hecho, o en la adopción plena de mayores de edad unidos al adoptante por vínculos familiares o simplemente afectivos. Por la misma razón, ahora nos preguntamos ¿debe ser exigible la convivencia o debe dejarse al libre arbitrio de la voluntad el convivir con los menores? Como vemos, es inagotable la variedad de hipótesis que nos podemos formular, al conjugar nuestro *derecho* con la práctica de la vida real. Sin embargo sabemos que nuestro *derecho* tiene una finalidad concreta: permitir la sana convivencia afectiva que pueda darse entre el progenitor separado y su hijo menor, rigiéndose por el interés del menor.

Nuestra jurisprudencia -transcrita en párrafos precedentes- menciona que el menor tiene "naturalmente el *derecho a convivir*", que debe quedar "en

⁴³ MENDEZ COSTA. María Josefa, ob cit , nota 23, p 313

poder del cónyuge sano", y que lo que se determine en cuanto a la convivencia que habrá de mantener "es una condición jurídica." Con respecto del progenitor menciona que es su "obligación tenerlo en su compañía", que conserva (los demás) derechos sobre persona y bienes de sus hijos", que tiene el "derecho a reclamar" y el "derecho a visitar y convivir." Como se puede apreciar, no es ajeno a nuestra jurisprudencia reconocer a la convivencia entre progenitor y menor como "un *derecho*"; para el menor establece su ejercicio como una forma natural de derecho en el que el mismo queda bajo el poder de su progenitor, lo cual le establece una condición jurídica; para el progenitor la convivencia con el menor la reconoce como un derecho-obligación de tenerlo en su compañía, como un derecho sobre la persona y los bienes del menor y como un derecho -que concede acción- para reclamarlo, para poder visitarlo y convivir entre ellos. En esta gama de ideas, nuestra jurisprudencia, reitera las ya también contempladas con anterioridad en el sentido de que las visitas a los hijos son para que *"el progenitor le prodigue, según su edad y sexo la ayuda necesaria, no solo material, sino fundamentalmente espiritual a través del cariño y la ternura indispensable para su mejor dirección a fin de que pueda desarrollarse, perfeccionarse y cumplir su destino"*, *"a los padres la obligación de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos, instruirlos y representarlos"*; debiendo *"prevalecer el interés de los propios menores y de ninguna manera atendiendo al beneficio que pudiera reportar tal custodia a las personas que la pretenden ejercer, pues en dicha custodia, tiene importancia prioritaria el propio menor y sólo en forma secundaria tienen interés las personas con derecho a reclamarla, sin soslayar el interés público"*... *"en virtud de que es precisamente en los primeros años de vida de una persona en los que se sientan las bases de formación de su*

carácter, el cual está implícitamente determinado por el ambiente de afectividad y de convivencia en que se desarrolla"... "puede visitarlos, dictar medidas necesarias en pro de su educación, vigilar la inversión de los fondos que el les destine y aun llevarlos transitoriamente consigo". Esta valoración abre una gama fecunda de reflexiones que seguirán sirviendo, no solo a nivel doctrinal, sino de manera general, con la urgencia de que se legisle y se apliquen las mismas judicialmente, a modo de formar una visión de nuestra institución progresista y coherente.

Ahora bien, es evidente que las obligaciones que marcan las leyes para los padres con respecto de sus hijos, son obligaciones tanto jurídicas como morales, y éstas se traducen en derechos para los hijos, que las mismas deben reconocer y regular ampliamente; volviendo a nuestra institución, vemos que se trata de un derecho que le pertenece al hijo que se encuentra generalmente en el supuesto de una relación jurídica paterno-materno filial y que -por lo mismo- normalmente forma parte -como ya lo vimos con nuestra jurisprudencia- del contenido de la patria potestad, pero como ya también lo señalamos, al margen de la patria potestad y excediendo ésta institución, el menor puede reclamar el *derecho a convivir* con su padre o madre; derivado de la propia relación filial anterior, reconocida como un verdadero derecho jurídico; aunque este tipificado implícitamente en nuestra jurisprudencia como derivado de la patria potestad o de la guarda y custodia; por lo que en ese orden de ideas, podría reiterarse el calificativo a nuestro *derecho de convivencia* como derecho subjetivo del menor perteneciente al derecho familiar; así como considerando la realidad histórica que representa, la convivencia fraterna que se ha dado entre padres e hijos desde la primer generación de la humanidad -antes de la existencia

del derecho positivo como tal- hasta la presente, se puede calificar como *derecho natural* de sus titulares; el cual otorga al progenitor, el derecho de reclamar para sí, el beneficio de relacionarse y convivir con su menor hijo; y establecer un poder (derecho subjetivo) en un régimen jurídico de convivencia paterno-materno filial.

Ahora bien, por el derecho que tiene el menor de relacionarse con otros parientes y allegados, como por ejemplo, con sus abuelos, tíos etcétera y sin que tal evento represente algún peligro para su normal desarrollo, sino por el contrario, que le resulte formativo y enriquecedor para la formación de su personalidad y carácter; el titular de la patria potestad no deberá negárselo, sino sólo mediante causa justificada, y en caso de controversia, el juez deberá resolver, atendido a las circunstancias.

Como se puede apreciar, el menor también es titular del derecho a convivir con otros parientes o allegados, al respecto señala nuevamente Francisco Rivero Hernández: "...resulta que ese derecho a relaciones con terceros se halla, pues, muy ceñido a la propia persona del menor..., en sus niveles más íntimos y exclusivamente suyos...que exceden de lo que otros (incluso sus propios padres) pueden dictarle o imponerle. Por ello, me atrevería a incluirlo o a calificarlo de muy próximo al menos - en esa amplia categoría de los llamado derechos de la personalidad, con los que guarda muy directa relación " ⁴⁴

⁴⁴ RIVERO HERNADEZ. Francisco, ob. cit., nota 19, p p 396, 397

De todo lo expuesto podemos ir desglosando las ideas principales para ir hilvanando una posible conceptualización de la naturaleza jurídica del derecho que nos ocupa; tomando en primer lugar la afirmación que se trata en principio de una facultad o conjunto de posibilidades derivadas de la función de la patria potestad, cuando la convivencia de los padres con los hijos se dan en el seno del hogar de una manera normal por no existir conflicto matrimonial; pero de existir separación por controversia conyugal o siendo el menor hijo de unión extramatrimonial, o en supuesto de divorcio, entonces vemos que se trata de un derecho-deber o derecho-función propio subjetivo familiar e independiente tanto del menor como del progenitor separado, de objeto y contenido extrapatrimonial, fundado en el parentesco generalmente (con sus excepciones) y que conlleva el deber de convivencia entre los propios titulares, el cual se ejerce por cada progenitor, como un derecho personalísimo que tiene entidad autónoma y no depende de ninguna otra institución o derecho; o sea es un poder jurídico, normado en un régimen jurídico de convivencia, razón por la cual debería estar debidamente institucionalizado y tipificado por el Ordenamiento correspondiente.

Es en este punto, donde conviene hacer un pequeño paréntesis y seguir los razonamientos que apunta Francisco Rivero Hernández, en el sentido de no intentar entrar a fondo en la distinción entre facultad jurídica y el controvertido terreno del derecho subjetivo en sentido técnico; pudiendo aceptar como idea de la primera la acuñada por De Castro - de quien cita el razonamiento de facultad jurídica como: "<< la posibilidad de actuar concedida a una persona, por formar parte del contenido de una relación jurídica>>- que tiene entre otros caracteres, y a diferencia del derecho

subjetivo, el de <<carecer de independencia, por estar siempre basadas y unidas a una relación jurídica>> a la cual vinculada, permanece dependiente, mientras no se independice formando un derecho subjetivo.⁴⁵

Al respecto apunta el autor en cita: "La dependencia o independencia de ese ámbito de poder jurídico es, pues, la nota diferenciadora más señalada e importante, lo cual le confiere, por otra parte, no poco relativismo: <<el mismo poder puede ser, según su independencia, derecho o facultad; por ejemplo: el derecho real del usufructuario, el derecho de crédito del arrendatario tienen el mismo contenido que la facultad *fructuaria* del propietario>> (De Castro)." ⁴⁶

Con estos conceptos jurídicos vertidos, puede observarse otro criterio que al mismo respecto sostiene también Rivero Hernández en el sentido: "...que el derecho de visita, concedido por el juez o consentido por quien proceda tras un acuerdo válidamente constituido, actuado o actuable jurídicamente, no es una facultad jurídica aislada o desgajada de un tronco o haz de facultades más amplio y unitario (derecho subjetivo), ya que tiene entidad autónoma y no depende de ninguna otra institución o derecho, ni es limitación o extracción de otro poder. ¿De cuál podría serlo en caso de abuelos, o los hermanos del menor, o en el derecho de visita de terceros no parientes?

⁴⁵ Derecho Civil de España. Parte General. I (Madrid 1955), cit, por RIVERO HERNANDEZ, Francisco. ob. cit. nota 19. p.385

⁴⁶ RIVERO HERNANDEZ, Francisco. ob. cit. nota 19. p.385

"Cuando las relaciones con el hijo se desenvuelven en un ámbito de convivencia y normalidad jurídica, su ejercicio por los padres puede ser manifestación de una mera facultad dentro del amplio haz de ellas que supone la patria potestad, y derivadas todas (incluida la patria potestad) de la relación paterno filial, de la filiación. Ese derecho de comunicación y relaciones personales del mismo padre con su hijo en caso de separación matrimonial puede parecer a primera vista una facultad residual de la patria potestad o del derecho de guarda y custodia. E incluso en ese caso, aún suponiendo que lo fuera, al haber adquirido independencia de la patria potestad (y por alguna otra razón, como es la de su distinto fundamento), esa autonomía lo convierte ya en un derecho subjetivo independiente - como el *ius fruendi* del usufructuario, por más que sea ésa una facultad normalmente englobada en el dominio -.

"Pero donde no hay ninguna duda de que no puede ser mera facultad jurídica (diferenciada del derecho subjetivo) es en todos aquellos casos - menos numerosos estadísticamente, pero más en cuanto hipótesis jurídicas posibles- en que no cabe pensar en una entidad jurídica mayor de la que dependiera, cuando no hay una relación jurídica de la que pueda depender y a la que venga condicionado, o cuando no se presenta como un quid desgajado de algo superior: ¿de cuál repito, cuando el derecho de visita lo reclama o se concede a un hermano, a una tía o la nodriza? Se trata en todos esos casos, a lo que entiendo -y no hace excepción el derecho de visita de los padres- de un poder jurídico institucionalizado y tipificado por el Ordenamiento, que habilita a su titular para ejercitar una serie de posibilidades de obrar (comunicar en varias formas, ver y visitar, albergar), independientes de otras autónomas respecto de algunas semejanzas (por

ejemplo, las que brinda la patria potestad en su ejercicio y condiciones normales), constitutivas de una unidad jurídica aunque varíe su contenido *in concreto* y tuteladas por la ley y los tribunales, idea que coincide sustancialmente con la categoría de derecho subjetivo -al menos en principio, y sin perjuicio de otras precisiones y matizaciones-...No se crea sin embargo, que con lo dicho y esas referencias terminológicas la cuestión está ya sentenciada, ni que yo acepte por cuanto antecede, que el llamado derecho de visita sea, sin más, un derecho subjetivo al modo clásico y en el sentido de la definición e ideas antes apuntadas. Mi argumentación, y el planteamiento de esta cuestión alrededor de la disyuntiva facultad jurídica-derecho subjetivo, viene determinado sólo para demostrar (lo he pretendido, al menos) que aquella figura no es una mera facultad, sino algo más, es decir, un *quid* jurídico situado en el orden de derecho propiamente dicho. Mas yo también tengo mis dudas de que lo sea en el sentido técnico jurídico habitual (el de la *pandectística* alemana, por más que ofrezca amplia gama de concepciones; el del Derecho patrimonial, si se prefiere). Llegado a este punto, parece inevitable tratar de concretar, hasta donde ello sea posible, de qué derecho se trata, cuestión la más importante, y más comprometida también." ⁴⁷.

Para lograr verazmente este reto, los autores interesados en este tema, han investigado las particularidades del mismo en el *derecho* comparado, especialmente en el francés e italiano, los cuales se consideran que el *derecho de convivencia* es un derecho autónomo e independiente del de la patria potestad, así como también es un derecho subjetivo natural; el cual puede sin embargo ser restringido o privado a los padres si es ejercitado en

⁴⁷ idcm, pp.385 - 388

contra de los intereses para el que fue otorgado.⁴⁸ Si se ha aceptado que el *derecho de convivencia* es un derecho subjetivo o semejante a este, entonces se cree que forma parte de los derechos de familia, y de índole muy particular. En apoyo de este criterio Francisco Rivero Hernández invoca al maestro Genevieve Viney, a quien le atribuye la siguiente cita: "El Derecho de Familia... tiene un equivalente o asimilado al derecho subjetivo patrimonial: el llamado derecho-deber, o derecho-función, o simplemente función, derivado del concepto potestad...Es en este terreno donde se sitúa la doctrina moderna, y es la calificación que en su mayoría se da al derecho de visita."⁴⁹

Ahora bien, vemos en el Código Civil español en su artículo 161 ya reconoce el "derecho (de los progenitores) a relacionarse con sus hijos...", y el artículo 94 del mismo ordenamiento, preceptúa, de igual manera el "derecho a visitarlo, comunicar(se) con ellos..."⁵⁰ y al tenor de éstas normas, se comprende que esta figura merece tratamiento, estudio, reglamentación y análisis profundo y continuo por parte de los estudiosos de la ciencia jurídica, para determinar no únicamente su naturaleza jurídica, el carácter que lo determina, y si contiene o no los requisitos de disponibilidad y renunciabilidad que distinguen al derecho subjetivo, etcétera; sino principalmente, para crear conciencia de la urgencia, no solamente de que el mismo se institucionalice y tipifique en los ordenamientos jurídicos de nuestro país, sino lo más importante, que es que se habilite a sus titulares para tener la posibilidad de ejercitar el derecho que

⁴⁸ Cfr. RIVERO HERNANDEZ, Francisco, ob. cit., nota 19, p. 386

⁴⁹ Cfr. VINEY, Genevieve, L'ntérêt de l'enfant y prend una place plus importante et l'aspect de prérogative civile cèle le pas á la notion de droit - fonction et même de défense sociale, cit. por RIVERO HERNANDEZ, Francisco, ob. cit., nota 19, p.389.

les es propio, de una manera reconocida y protegida con la fuerza del *derecho*.

Después de comprender las fases de gravitación de nuestro controvertido derecho entre facultad y derecho-deber, entendido este último como una determinada situación de poder concreto concedido por un juez, sea por medio del ejercicio de su criterio discrecional, a una persona como titular del mismo o por las circunstancias especiales en que el mismo se encuentra con relación al menor. Es entonces inevitable en este momento, cuando la convivencia se establece como régimen -en cuanto a su carácter normativo para la situación jurídica concreta a que se refiere, debiéndose abordar un panorama de supuestos en el que se ha de producir.

Con todos los conceptos vertidos hasta este punto, se puede ya definir el *derecho a la convivencia paterno-materno filial* como el ámbito de actuación o poder o conjunto de facultades para relacionarse y vincularse con el protagonista de la institución jurídico-familiar, que le han sido reconocidas al titular del mismo; así como las modalidades de su ejercicio, incluyendo la atribución de obligaciones, límites y responsabilidades que tal derecho le confiere, para satisfacer los intereses jurídicos que el orden jurídico debe proteger.

2. Caracteres del *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

⁵⁹ CODIGO CIVIL, ob, cit , nota 35, pp. 139 y 170

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Sin pretender nuevamente, ser exhaustiva en la caracterización del derecho de convivencia, cabe en este momento señalar la dinámica que tipifica y diferencia al mismo respecto de otros derechos e instituciones afines.

Para encontrar los caracteres del *derecho de convivencia paterno-materno filial*, se estima necesario hacer un análisis de la figura, a la usanza culinaria en el sentido de ir desmenuzando, uno a uno los aspectos que han surgido en el transcurso de nuestra investigación; presentándose el primero de ellos como un derecho personalísimo, que se concede mediante la implementación de un régimen de relaciones interpersonales, a favor de los padres (ya sea de alguno o de ambos); satisfaciendo de esta manera, el sentimiento natural de relacionarse y comunicarse, y alimentar un contacto afectivo y espiritual entre ellos el cual ya constatamos se aproxima al derecho subjetivo (en sentido amplio), con cierto carácter de derecho absoluto -tanto en su sentido de derecho *erga omnes*, como en su aspecto de poder directo sobre un bien fundamental que se actúa y concreta en la propia conducta del titular-, y la cual está condicionada por exigencias de índole ética, moral, social y espiritual; razones por las que deviene en un derecho personalísimo concedido para cubrir las necesidades afectivas y educacionales del menor, quien es titular autónomo de ese *derecho*. En ese aspecto, dice José Ramón San Roman, que "el derecho de visita... se inscribe entre los derechos personales familiares,...que constituyen el haz de relaciones paterno filiales; y en este ámbito personal surgió como tal derecho, en la doctrina y en la praxis forense..."⁵¹.

⁵¹ SAN ROMAN MORENO, José Ramón, ob cit , nota 17, p. 282.

En otro aspecto de la idea que se viene considerando, debemos reconocer que si ese derecho le ha sido concedido al progenitor separado para fomentar la convivencia personal de cariño y afecto con el menor; si se presenta un mal aprovechamiento del mismo, deberá sobrevenir la modificación, suspensión e incluso la pérdida del mismo; sea por haber descuidado la seguridad del menor o por haberle inferido un daño de cualquier índole, incluso por haberle dejado en manos de terceras personas - aunque no le haya ocurrido nada al menor, etcétera; pues cualquier situación que resulte inconveniente para el menor, se contrapone a la finalidad y justificación del *derecho a la convivencia paterno-materno filial*- Ampliando éste punto, se puede decir que este derecho debe beneficiar aún más al menor que al progenitor separado; y si la utilidad del mismo rebasa el interés de éste último, entonces no debe confiársele a otra persona, pues el ejercicio de éste derecho, que ha sido protegido para fomentar una relación afectiva y personal; encuadra en la tipicidad de un derecho indelegable y, que de acuerdo a la doctrina extranjera que comenta Francisco Rivero Hernández es además, intransmisible.

Con respecto a la intransmisibilidad del derecho de convivencia comenta nuevamente Rivero Hernández: "... el titular formal del derecho, ...no puede disponer de él ni trasladarlo a otro, no sólo porque ese <<otro>> no es el protegido en esa concreta relación jurídica, sino porque dispondría aquel de algo que no era suyo solo, sino también ajeno en parte."⁵²

⁵² RIVERO HERNANDEZ, Francisco, ob cit nota 19, p 401.

Al seguir con el desglose del derecho que exponemos en este trabajo, observamos otro aspecto, sobre el cual María Josefa Méndez Costa escribe: "El derecho a visitar es irrenunciable porque hace al orden público y a las buenas costumbres."⁵³ En este punto es conveniente agregar que el supuesto de pretender renunciar a ejercer éste derecho por parte de un progenitor, podría obedecer al hecho de no querer proteger económicamente al menor; acarreado el incumplimiento de los deberes familiares como el de proporcionar alimentos; siendo que para el cumplimiento de esta obligación, es irrelevante el no ejercicio del derecho de convivencia.

Lo antes considerado, nos lleva de la mano a percibir que aunque uno de los progenitores se retraiga o aparte del menor para no convivir -ya sea de manera estrecha o para no convivir del todo, por cualquier motivo o razón- no implica que uno de ellos pueda enajenar su derecho, y transmitir el dominio o goce del mismo a otro interesado; por lo que, por su función y naturaleza, es además inalienable. A la vez, también se puede decir que es imprescriptible, porque no se extingue el derecho-deber de convivencia a pesar de que haya transcurrido cierto tiempo, sin que el menor o el progenitor apartado hayan reclamado o hecho valer su derecho, mismo que pueden exigir en cualquier momento.

Por otra parte, ya se constató que el *derecho de convivencia paterno-materno filial* está fundado en el superior interés del menor; entonces en el evento de que sobrevenga al menor, un cambio de sus circunstancias o en la situación personal de sus progenitores; entonces habrá que ajustarse el régimen de convivencia -convenido voluntaria o judicialmente-, lo que

⁵³ MÉNDEZ COSTA, María Josefa, ob. cit. nota 23, p. 314.

implica que éste mismo derecho no es absoluto o permanente sino que es relativo. Con relación a ésta característica afirma Francisco Rivero Hernández: "Si relativo es el Derecho todo, y todo derecho subjetivo, el relativismo del de visita le viene, además de por su calidad de jurídico, por su finalidad y motivación, y por lo ceñido que queda a la situación vivencial y humana sobre la que se levanta, y personalidad y circunstancias de los afectados".⁵⁴

Resulta evidente que en cuanto a su fundamento, el ejercicio del *derecho* en comento queda subordinado al interés del menor; por lo que es menester regularlo de manera restrictiva o condicionada; teniendo presente, que son los menores o los hijos las víctimas o parte inocente del conflicto que se desarrolla en su derredor. Esta es una razón más por la que al menor debe protegerse, de manera que resulte lo menos afectado posible; teniendo en cuenta además la poca posibilidad con que él cuenta para defenderse así mismo y la gran facilidad que existe de poder ser manipulado y hasta deformado en cuanto a su desarrollo e integridad familiar y social, sino se obedecen los principios directrices que fundamentan el derecho a ejercer una convivencia fraterno filial.

Se reitera el criterio apenas expuesto, con la interesante opinión que al respecto expresa Hilario Muñoz Méndez, quien asevera que es necesario configurar el *derecho de convivencia* como un derecho otorgado a favor del hijo, siendo éste el sujeto activo del mismo, mientras que los progenitores o beneficiarios sean sujetos pasivos.⁵⁵ Independientemente de lo anterior, se

⁵⁴ RIVERO HERNADEZ. Francisco, ob cit , nota 19, p 403.

⁵⁵ Cfr MUÑOZ MENDEZ. Hilario, ob. cit., nota 22. p 382.

aconseja que sean los propios padres quienes deban ponerse de acuerdo sobre la forma, circunstancias, y extensión que ha de adoptar el ejercicio del *derecho de convivencia* y sólo en el supuesto de que ese acuerdo no se consiga o sea gravemente perjudicial al interés del menor o vejatorio o insuficiente para el progenitor, entonces deberá la autoridad judicial ser quien regule la modalidad de su ejercicio.

Ahora bien, si el artículo 160 del Código Civil español, se refiere a que " El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial." y el artículo 94 del mismo Ordenamiento dispone: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía."⁵⁶ Debe reconocerse que dicha normatividad posibilita el cumplimiento del derecho-deber de convivencia con los menores, independientemente de si se deduce la patria potestad o la guarda y custodia de dicho menor; puesto que como dejamos asentado con anterioridad, esto implica que estamos ante un derecho autónomo e independiente de cualquier otra institución o derecho afín; reitera esta concepción, Luis Zanon Masdeu, al transcribir la doctrina jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1991, que resuelve:

"...Configurada la patria potestad como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de las

⁵⁶ CODIGO CIVIL, ob. cit. nota 35, p.p. 139, 170

cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación que pesan sobre los padres, resulta evidente que dicho instituto está en función y se orienta en favor y servicio de los hijos, lo cual queda recogido en el propio texto del Código civil cuando, en su artículo 154, establece que se ejercerá siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, pero ello no obsta a que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar, sirviéndola de asentamiento, pertenezcan a la esfera del Derecho natural, del que es, evidentemente, una consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos⁵⁷

Otro aspecto más que caracteriza al derecho personal familiar de convivencia, consiste en que es tanto un de derecho como deber temporal, manifestándose en éste rubro una interdependencia de actuación recíproca y en cierta manera correlativa, porque en igual medida corresponde el derecho al progenitor apartado a comunicarse y relacionarse con aquel hijo no emancipado o incapacitado como con los otros hijos menores confiados a la custodia, cuidados y potestad del otro cónyuge o de otros parientes. Esto es, existe y subsiste mientras los hijos sean menores no emancipados o incapacitados y persista la situación familiar que lo justifica o no se suspenda su ejercicio por decisión judicial fundada en alguna causa grave. Ahora bien, depende de la subsistencia de las circunstancias, pues si éstas han sufrido algún cambio, entonces también es revisable -conforme a su

⁵⁷ ZANON MASDEU, Luis, ob. cit nota 39, p. 92.

otorgamiento y al régimen impuesto- para su modificación en cuanto a su ampliación, disminución, suspensión o pérdida del mismo.

Se debe agregar que uno de los aspectos que caracterizan, sin lugar a dudas el *derecho de convivencia paterno-materno filial* es también el nivel de aceptación voluntaria que manifiestan los progenitores, ante un régimen de convivencia jurídico, que cifre su conducta con patrones preestablecidos a los que a veces o nunca desean seguir; provocando problemas que causan desasosiego en los titulares formales del mismo derecho, así como la exacerbación del *juez*, quienes ven desacreditado todo el esfuerzo, preparación y poder jurisdiccional, frente a la conducta incoercible de una de las partes con la que se desconoce, vulnera y perturba el normal ejercicio del mismo.

CAPITULO IV

MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE CONVIVENCIA.

I. Antecedentes normativos del *derecho de convivencia paterno-materno filial*.-

Uno de los problemas de mayor delicadeza e importancia a nivel Internacional en los tiempos actuales, ha sido justamente la atención a los menores en todos sus aspectos. Sin embargo, se ha observado que el tema de nuestro estudio en el ámbito jurídico, apenas de unas décadas a la fecha, se ha considerado su importancia primeramente en la práctica forense -vía jurisprudencial- (siendo reconocido por ésta ya como derecho o como prerrogativa), y recientemente se ha hecho patente su existencia en la doctrina jurídica como *derecho de visita*.

De manera individual las ciencias en su proyección jurídica, psicológica, sociológica, médica, criminológica -entre otras- han realizado profundos trabajos de investigación -dentro del ámbito que a cada especialidad le corresponde-; pretendiendo solucionar individualmente la problemática que enfrentan los menores separados de alguno de sus progenitores, por los problemas que de índole conyugal, económica, social etcétera, éstos últimos enfrenten; siendo que es a través de la colaboración que exige el trabajo interdisciplinario, como se puede lograr obtener fórmulas, que permitan con mayor certeza, encontrar si no la solución absoluta a los problemas que se presentan en las crisis familiares, sí por lo menos, criterios que permitan tomar el cause apropiado para resolver los problemas relacionados con los

niños y adolescentes que se encuentran inmersos en circunstancias de disgregación familiar; así como lograr que evolucionen los conceptos que expresan los principios y directrices que fundamentarán los criterios que habrán de constituir el cimiento del marco jurídico del *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

Explica el Magistrado Francisco Rivero Hernández, que en el ámbito jurídico, es inútil pretender buscar algún antecedente de este derecho más allá de la época de la codificación; porque en ese tiempo se concebía el poder paterno como un derecho eminente y cuasi absoluto de su titular -sólo limitado en casos excepcionales y en circunstancias al borde de lo delictivo- y que a la vez este poder paterno, se consideraba como una autoridad exclusiva y excluyente con el derecho de retener al hijo como poder de guarda, que constituía uno de los atributos esenciales de la "*patria potestas*" y el medio de hacerla efectiva.⁵⁸ Sin embargo, el mismo autor, cita a Genevieve Viney quien dice observar, que el Código de Napoleón -en su originario artículo 374- prohibía al hijo "abandonar la casa paterna sin el permiso de su padre", salvo para enrolarse en el ejército después de los dieciocho años; quedando así el padre como árbitro de las relaciones que pudiera tener el hijo "*in potestae*" (sometido al poder paterno).⁵⁹ El mismo autor en consulta -siguiendo a Pierre Guiho- considera que el tema que nos interesa, se generó por vía jurisprudencial, especialmente en Francia y que en sus criterios -en relación con padres divorciados o separados- el principio del *derecho de convivencia*, ha sido admitido con la idea de que si

⁵⁸Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El Derecho de Visita*, Edit. José María Bosch, Barcelona, 1997, p. 41.

⁵⁹ Cfr. GENEVIÈVE, VINEY, . *Du Droit de Visite*, en *Revue Trim. Dr Civil*, 1965, p 225. cit. por RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *ob. cit.*, loc. cit. p. 41.

sólo uno de ellos conserva el ejercicio del poder paterno, el otro no tiene menos derecho teórico para él mismo. Por otra parte, él mismo estudioso comenta, que el problema que nos ocupa se planteó con mayores dificultades respecto de los abuelos; observando que los Tribunales franceses -hasta mediados del siglo XIX- se mostraron reticentes, y varias "*Cours d'appel*" se negaron a autorizarlos a visitar a sus nietos en contra de la voluntad del padre, razonando que ello suponía un atentado inadmisibile contra los derechos de la patria potestad.⁶⁰

El mismo Francisco Rivero Hernández agrega, que la *Cour de Cassation* fue cambiando poco a poco dicha orientación y abrió camino en su sentencia de 8 de julio de 1857 -considerada como la primera y fundamental en el largo iter jurisprudencial de configuración de esta institución- ya que en esa resolución en principio se reconoce que aún que el padre puede prohibir a sus hijos la visita de personas -incluso de su familia- cuya influencia cree poder temer; sin embargo -agrega- ese derecho no es discrecional, -a menos que hubiese motivos graves y legítimos- concluyendo que el padre no puede ser el "único y soberano juez" de las relaciones que pudiese mantener o no su menor hijo; por lo que éste no puede oponerse a las relaciones de sus hijos con los abuelos de éstos.⁶¹

El autor que se consulta termina su comentario, citando nuevamente a Genevieve Viney, a quien atribuye haber expresado la reflexión de que con dicha resolución "un derecho nuevo había nacido" y aunque la

⁶⁰ Cfr GUIHO. PIERRE. Essai d'une Théorie Générale du Droit de Visite, *Juris Classeur Périodique* (J C P). 1952. n° 3 y n° 4 cit por . RIVERO HERNÁNDEZ. Francisco, ob. cit loc. cit. p 42

⁶¹ Cfr RIVERO HERNÁNDEZ. Francisco, ob. cit . nota 13 p 42.

sentencia de la *Cour de Cassation* no especificaba literalmente la forma de las relaciones autorizadas; la fórmula de esa prerrogativa fue designada con la expresión "derecho de visita."⁶²

Se reitera el criterio vertido en el párrafo precedente, con el comentario que expresa la autora argentina María Josefa Méndez Costa, quien dice: "Los antecedentes doctrinario-jurisprudenciales, dentro de los límites indicados, giran particularmente alrededor de los problemas planteados por las visitas de los abuelos a quienes los padres de sus nietos menores de edad negaban u obstaculizaban el mantenimiento de relaciones normales."⁶³

Sin embargo, es importante apreciar la evolución que ha tenido la legislación española al mismo respecto; la cual sin lugar a dudas va un paso adelante en comparación con la argentina y con la mexicana en éste tema. Existe en su legislación -como antecedente del derecho que nos ocupa- la regulación anterior a la ley de 24 de abril de 1958, la cual daba lugar a la separación conyugal; estableciendo ésta, una resolución principal que es determinante de todo el sistema referente al depósito solemne de la mujer con persona solvente (tanto jurídica como moralmente), así como la custodia de los hijos (los menores de 3 años quedaban al cuidado de la madre y los mayores de esa edad al del padre), sin que se estableciera el régimen de convivencia del cónyuge separado de sus hijos, que quedaban al cuidado del otro. Posteriormente, la reforma operada en 1958, sustituyó el depósito de la mujer por las "medidas provisionales en relación con

⁶² Cfr. GENEVIEVE, VINEY, ob Cit , nota 19, p.42

⁶³ MÉNDEZ C., María Josefa, y HUGO D., Daniel, ob. cit. nota 23 p 312

mujer casada", que podía o no disponer tal depósito. Esta normativa estuvo vigente hasta las reformas de 13 de mayo y 7 de julio de 1981.⁶⁴

2. Marco jurídico del *derecho de convivencia paterno-materno filial* en la legislación española.

La sociedad mexicana y nuestras instituciones no pueden ni deben actuar de manera aislada a las experiencias y apreciaciones del mundo en que vivimos. Sería demasiado arrogante e ingenuo pensar, que nuestra legislación nacional, contempla todos los avances científicos del estadio universal; por lo que se debe pasar por alto, la aportaciones jurídico-doctrinales que sociedades o países particularmente europeos, con mayor historia y análisis del comportamiento humano -inclusive como precursores del *derecho* en la armonización de las relaciones sociales- las cuales han demostrado que la atención de los menores requiere de una normatividad especial; ya que se trata de preservar en la infancia el derecho a la libertad, la justicia y la paz, ante el reconocimiento de su dignidad intrínseca y de sus derechos *inalienables e iguales* frente a todos los miembros de la familia, tanto por su condición de niño, como por el valor de su persona humana. Dicha normatividad se puede observar en las doctrinas vertidas con anticipación a nuestras actuales reformas al Código Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; a través de los criterios sustentados en las Convenciones Internacionales como lo son la Declaración de Ginebra de 1924, y la propia Convención sobre los

⁶⁴ Cfr. RUIZ DE LA CUESTA, Rafael, ob. cit., nota 26, pp 255-258

Derechos del Niño adoptada en la ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

Estos instrumentos jurídicos internacionales, conforme el artículo 133 de la Constitución Federal, son ley suprema de toda la Unión; consediéndosele el mismo rango que a las leyes federales, por lo cual dichos tratados, deben ser empleados, para dar soluciones apropiadas a los inúmeros problemas que se encuentran en tribunales tanto del Distrito Federal, como de toda la República mexicana. Es por ello que es necesario analizar conceptos foráneos o líneas de pensamiento extranjeros, que se puedan integrar a nuestro sistema jurídico, para que conforme a los mismos, se regulen y solucionen los principales problemas que engendra el *derecho a la convivencia paterno-materno filial* en una desavenencia familiar. Estos conflictos se manifiestan en las controversias de índole familiar que se ventilan en los tribunales, en cuanto a quienes son titulares de este derecho, las formas óptimas para disfrutarlo con los límites que determina la ley y las obligaciones de quien lo ejerce, la forma de cumplimiento del régimen impuesto -sea voluntaria o judicialmente- así como la posibilidad de la modificación, supresión y pérdida del mismo, entre otros supuestos.

Este análisis se realiza con el propósito, de que el Poder Legislativo mexicano, implemente los conceptos fundamentales del *derecho de convivencia* a un actual estado de *derecho* -y aunque por ahora no es posible saber hasta que punto se alcanzará la sistematización de estos conceptos y su integración por las lagunas que al respecto existen; deben complementarse con la formulación de leyes y criterios jurisprudenciales

que den solución a los conflictos planteados. A continuación transcribimos lo que el Código Civil español preceptúa al respecto:

Art. 90. El convenio regulador (de la separación) a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:

A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos;

Art. 94 El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial;

Art. 103. Admitida la demanda, el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado

de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez." ⁶⁵

3. Marco Jurídico del *derecho de convivencia paterno-materno filial* en el Distrito Federal, dentro del esquema de las Garantías Individuales.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4º, dispone la protección de la organización y desarrollo de la familia - como seguridad colectiva- y señala el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a una convivencia fraterna y sana con ambos cónyuges y con el resto de la sociedad,⁶⁶ así como el cumplimiento por parte de los padres de cubrir las necesidades alimentarias de sus hijos, de proteger su salud física y mental; dejando a la ley reglamentaria desarrollar y señalar los instrumentos y apoyos para lograrla, y la disposición de los apoyos para la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.

Por lo anterior, no debemos dejar de lado el hecho de que para encontrar la solución apropiada a un problema actual, se deben contemplar los

⁶⁵ CODIGO CIVIL ESPAÑOL, ob. cit., nota 35, pp. 136, 139, 142.

antecedentes históricos que ha de considerar cada ciencia, es por ello que tratándose de un problema de menores, necesariamente debe atenderse inclusive al estudio de la personalidad de los padres, pues en ello estriba el antecedente histórico de su identidad; así pues se puede observar, que los hijos actúan y se desarrollan como producto de la cultura paternos.

Del mismo modo el artículo 16° constitucional, dentro del mismo capítulo de las garantías individuales, dispone: “Nadie puede ser molestado, en su persona, familia, (derechos familiares del individuo) domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”.⁶⁷

Por otra parte, si atendemos la preceptiva que expone el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en cuanto al *derecho de convivencia* que afecta a menores, encontramos que dicha norma provee una clara definición de los problemas que se consideran de orden público; disponiendo:

Art. 940. Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad.⁶⁸

En sentido general, orden público define el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad. Esta idea está asociada con la noción

⁶⁷Cfr. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 119ª ed México, Porrúa, 1997, pág. 10

⁶⁸CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, loc. cit., p. 16

de paz pública, objetivo específico de las medidas de Gobierno y Policía. En un sentido técnico la dogmática jurídica relativa al "Orden Público," se refiere al conjunto de Instituciones Jurídicas que identifican o distinguen el *derecho* de una comunidad; principios, normas o instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos ni por la aplicación del *derecho* extranjero. Estos principios e instituciones no sólo son normas legislativas. El orden público comprende además, tradiciones y prácticas del foro, así como tradiciones y prácticas de las profesiones jurídicas. Podría decirse que el orden público se refiere, a la cultura jurídica de una comunidad determinada, incluyendo sus tradiciones, ideales, incluso dogmas y mitos sobre su *derecho* y su historia institucional. Si cabe una amplia metáfora podría decirse que "orden publico" designa la idiosincrasia jurídica de un derecho en particular. La doctrina reconoce esta idea de orden jurídico, cuando indica que el orden público como institución jurídica, se constituye de principios y axiomas de organización social que todos reconocen y admiten, aún cuando no se establezcan, ni se expresen o expliciten. El orden público sostiene una forma de vida jurídica y constituye un ideario fundamental sobre el cual reposa la Constitución Social. Estos principios fundamentales son justamente, los que se encuentran implicados en la expresión del orden público, como un conjunto de ideales sociales, políticos, morales, económicos y religiosos, cuya observancia, el *derecho* ha creído su deber conservar. Al respecto apunta el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra: "...creemos que el orden público se caracteriza por un

⁶⁸ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, México Sista, 1997, p.152.

conjunto de normas jurídicas que combinadas con los principios supremos en materia política, y económica, integran la moral social de un Estado".⁶⁹

Para conservar este orden público, es fundamental reconocer, que en la unión de dos personas, tanto para contraer matrimonio como para procrear hijos, deben coexistir ciertos principios esenciales que condicionan el género de cada uno de ellos; es decir dentro de los aspectos culturales constitutivos de su idiosincrasia, deben actuar con un moderado acatamiento a las normas sociales, morales, religiosas y jurídicas, pues sólo así se pueden preservar la armonía y la especie humana. El matrimonio como una institución social debe acatar una serie de normas, que si bien es cierto, no están del todo reguladas por la ley, las mismas emanan del sentido común de las personas, de su moralidad y de su condición de sexo; por lo que, la falta de observancia de las mismas, constituyen el cause para la separación temporal o definitiva y, en muchas de las veces, para el divorcio; arrastrando a los hijos generalmente a la desventura.

Para regular tales situaciones, el Código Civil para el Distrito Federal establece:

Art. 273 "los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, (divorcio voluntario) están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I. Designación de persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de

⁶⁹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, ob. cit. nota 6 Tomo I, p. 155

ejecutoriado el divorcio...".

A mayor abundamiento el artículo. 282 del mismo ordenamiento determina:

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

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

Art. 283.- La sentencia fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor."

tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor."

Art. 323 Bis. Los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros les respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto contará con la asistencia y protección de las Instituciones Públicas de acuerdo con las leyes.

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

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

Art. 422.- A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Art. 423.- Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo." ⁷⁰

Esta preceptiva establece los lineamientos sustantivos con los que el juzgador debe ejercer su jurisdicción para resolver todas las diferentes controversias que se le presentan a diario, con respecto a la seguridad y futuro del menor envuelto en cualquier problemática relativa al Derecho de Familia. Sin embargo no debemos olvidar que en la cultura genérica del individuo, observamos que en los casos de separación o divorcio, es normalmente la mujer quien asume toda la responsabilidad que representa la guarda y custodia de los hijos, no solo por iniciativa propia, sino también por el abandono paterno; justificando el hombre tal conducta nefasta, bajo el pretexto de su trabajo en muchas de las ocasiones; por su condición de sexo, lo que resulta totalmente irracional e incoherente, pues la paternidad sustentada en sanos principios no distingue esos factores; amén de ello, el hombre se muestra preocupado por los bienes patrimoniales y la distribución de los recursos económicos de sus ingresos; intentando en la mayoría de los casos tomar ventaja sobre la esposa y los hijos, sin importarle que el modo de vida que sostenían refleje un retroceso, o el total abandono.

A pesar de la tendencia antes referida, debemos precisar que estas conductas no son regla universal, existiendo casos de excepción, en el

⁷⁰ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 65ª ed, México, Porrúa, 1996, págs 96, 97, 121 y 122.

sentido que existen hombres que al separarse de la esposa o concubina, asumen la responsabilidad de la guarda y custodia de los hijos; en cuyo caso se pueden observar un sin fin de explicaciones que probablemente solo un número reducido de ellas lleguen a la justificación, como sería el preservar el mejor interés de los menores involucrados en tal situación. Cuando se dan casos de excepción a la regla, el problema de las familias y particularmente de los hijos, adquieren un carácter de extrema necesidad de atención y al respecto, la autoridad judicial debe ser escrupulosa en su toma de decisiones así como en la exposición de sus resoluciones, dado que es por ello, que la ley adjetiva otorga disposiciones especiales en materia de Derecho de Familia, mismas que es importante considerar; estando éstas formuladas en nuestro Código de Procedimientos Civiles, de la siguiente manera:

Art. 207.- La solicitud (de divorcio) puede ser escrita o verbal, en la que se señalarán las causas en que se funda, el domicilio para su habitación, la existencia de hijos menores y las demás circunstancias del caso.

Art. 213.- El juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias de caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el artículo 165 del Código Civil, las propuestas de los cónyuges, si las hubiere y lo dispuesto por la fracción VI del artículo 282 del mismo Código Civil.

Art. 680. En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio, por considerar que viola los derechos

de los hijos o que no quedan bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el tribunal lo hará saber a los cónyuges para que dentro de los tres días manifiesten si aceptan las modificaciones.

En caso de que no las acepten, el tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la ley cuidando de que en todo caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

Cuando el convenio no fuere de aprobarse, no podrá decretarse la disolución del matrimonio."

Art. 941. El juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros.

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

Art. 945. La audiencia se practicará con o sin asistencia de las partes. El juez para resolver el problema que se le plantee, podrá cerciorarse personalmente o con auxilio de trabajadores sociales, de la veracidad de los hechos...⁷¹

⁷¹ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, ob. cit. nota 70, pp.45, 46, 113, 152, 153.

Vemos que la ley confiere las más amplias facultades al juzgador para intervenir de oficio, cerciorarse de la veracidad de los hechos y evaluar personalmente o con auxilio de especialistas o de instituciones especializadas en la materia de acuerdo a las normas apuntadas anteriormente; es por ello que en los procedimientos de carácter judicial, la investigación de los hechos, el *modus vivendi* presente y pasado del hombre o de la mujer, que sean padres de un menor; su formación personal, su cultura y valores morales, son conceptos esenciales a analizar, para una correcta salvaguarda de los intereses de los hijos; en esta tesitura, el proceder de los órganos de la administración de justicia, comprende el análisis de las conductas de ambos progenitores; -salvaguardando el orden público- es decir, sin vulnerar norma jurídica alguna que en el conflicto judicial conceda ventaja alguna a las partes, sea por su condición económica o de sexo; pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil para el Distrito Federal y el de Procedimientos Civiles, establecen absoluta igualdad entre el hombre y la mujer, aunque esa situación se refiere obvia y únicamente ante la ley y no, ante sus deberes -pues estando ambos en diferentes circunstancias (por ejemplo uno trabaja y el otro no), por lo que no les pueden ser impuestos los mismos deberes a ambos- por lo que por ende éstos conceptos resultan totalmente distintos.

Es por todo ello, que a partir del desacuerdo en el cumplimiento de los diversos deberes a cargo de los cónyuges o concubinos -tanto recíprocamente como con los hijos de ambos- que una de las soluciones a los problemas de familia lo es, sin duda alguna, la separación o el divorcio; pero gran parte de éstos juicios, sólo resuelven primariamente la situación legal y económica de los cónyuges al disolverse los derechos y obligaciones

que coexistían entre ellos; recobrando así su plena independencia y libertad; y sin embargo, por lo que toca a los hijos, su problemática pareciera agravarse y extenderse con el tiempo, pues se surte la disyuntiva de la custodia entre los padres; observando en nuestra sociedad y en nuestras instituciones, que en algunos de los casos -por no decir los más,- existe una irracional concepción de la verdadera concepción jurídica del menor, pues frecuentemente se dispone de su persona ultrajando su dignidad, madurez, sentimientos, ideas e ideales, comprometiendo a veces hasta su dicha y felicidad, por no observar una correcta aplicación de las normas de orden público; como en aquellos casos en los que teniendo edad y madurez suficiente para expresar su opinión, no son atendidos, ni por sus padres, ni por la autoridad judicial, administrativa, o legislativa (al no haber en la normatividad local referencia a su derecho de audiencia), ni por instituciones u órganos interdisciplinarios que debieran coadyuvar a la toma de decisiones jurisdiccionales.

Para resolver la custodia y el régimen de convivencia que debe aplicarse a cada caso concreto, debe aplicarse de manera escrupulosa cada norma jurídica que preserve el orden público y la armonía social; para ello es imperativo tener presente la normatividad de la Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el 19 de junio de 1990, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio del mismo año y, ratificada por el Ejecutivo Federal el 21 de septiembre de subsiguiente; en cuyo preámbulo, recuerda los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones

relativos a los derechos del hombre; reafirmando la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad; en el mismo se subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección y asistencia; y se reconoce la necesidad de una protección jurídica y no jurídica del niño tanto antes como después del nacimiento; destacando, a la vez, la importancia de respetar los valores culturales de la comunidad del niño y el papel crucial de la cooperación internacional, para que sus derechos se hagan realidad. En la parte primera, de ésta Convención se preceptúa:

"Artículo 3.

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

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

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las

autoridades competentes especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Artículo 4.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 8.

1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.
2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a

reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño o si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados partes se cerciorarán además de que la presentación de tal petición no entrañe por

sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes al tenor de lo dispuesto en el párrafo del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.
2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos

reconocidos por la presente Convención.

Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional." ⁷²

Como podemos apreciar, después de reflexionar sobre la legislación española, nacional e internacional, podemos concluir, que es válido el ya comentado criterio del maestro Julián Guitrón Fuentesvilla en el sentido de que los legisladores mexicanos se han ocupado en regular preferentemente: el matrimonio, el parentesco, los alimentos, la patria potestad, la tutela, la curatela, el patrimonio familiar, el divorcio, etcétera,⁷³ estando por ello ausente en nuestros ordenamientos la institución que nos ocupa; además esta ausencia no solo se refleja en el ámbito legal sino también en el nivel doctrinal. Como corolario de todas las consideraciones anteriormente vertidas, es necesario comprender seriamente que la *convivencia en familia*

⁷² CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Ed. UNICEF, Consejo Editorial del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, México, 1988, pp 5-12.

es un muy importante tema de nuestro tiempo, especialmente en estos momentos en que la piedra angular de la sociedad, esta sufriendo convulsiones y estremecimientos de grandes magnitudes, recrudeciéndose esta situación para los miembros de la familia que se haya inmersa en una controversia; tanto por las contradicciones o lagunas jurídicas, como por las pasiones atropelladas que acuña al infante en un torbellino procedimental y existencial, que arrebat, trastorna, confunde e incluso mata los más nobles sentimientos y la más férrea esperanza de poder convivir y comunicarse en armonía -aunque separadamente por razones de divorcio- con todos y cada uno de los miembros de la familia, de una manera natural, sana e incluso de ser necesario de forma dirigida y guiada por profesionistas de las diversas ciencias que se avocan al estudio del ser humano. Esta convivencia además debe garantizarse con sistemas y medidas de protección que han de brindar los poderes de la Unión.

Es por ello que la ciencia jurídica debe darse a la tarea de mejorar las normas que determinan al matrimonio y sus relaciones familiares reales, convirtiendo los sucesos en ideas, y las ideas en normas que proporcionen soluciones justas y equitativas. Ahora bien, la necesidad de implementar un "régimen de convivencia paterno - materno filial" dentro del vasto campo del Derecho de Familia, ha obedecido al hecho frecuente y al grado de intensidad de los conflictos que se suscitan a diario; así como a la complejidad y falta tanto de preceptos jurídicos como de elementos sociales.

¹³Cfr. GUITRON FUENTEVILLA, Julian, ob., cit., nota 13, p. 230

Ahora bien, para poder determinarlo correctamente y vigilar que el mismo se cumpla eficazmente; (lamentando en este punto la penuria bibliográfica existente sobre el tema), en este punto nos acercamos al lindero en que se enfrentan el principio de seguridad jurídica con la facultad discrecional del juzgador; la cual puede confundirse con arbitrariedad.

Es por ello que la autonomía de la voluntad estudia y opera tanto con el *derecho sustantivo como con el adjetivo*; obligando a reconsiderar si la *naturaleza del derecho a convivir* con los menores conlleva la responsabilidad de la sociedad y del Estado en relación a su protección. Dicha reconsideración permite vislumbrar la posibilidad de probar la eficacia ordenadora y pacificadora del *derecho*, cuya sabia y prudente resolución requiere decididamente -como he apuntado reiteradamente- del concurso de datos interdisciplinarios: médicos, pediátricos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, etcétera para lograr su fin.

CAPITULO V

DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE CONVIVENCIA PATERNO-MATERNO FILIAL

1. Discrecionalidad y arbitrariedad en la determinación del derecho y régimen del *derecho y régimen de convivencia paterno-materno filial*.

Ante el panorama que nos presentan los marcos jurídicos -tanto español como mexicano, así como el que presentan los Tratados Internacionales principalmente en los Convenios suscritos por nuestro país -analizando la regulación que éstos observan para resolver las cuestiones familiares, en especial el problema de la convivencia entre progenitores e hijos, resulta evidente que todos éstos están sujetos a la discrecionalidad del *juez*, incluso, en el supuesto de la existencia de un convenio pactado entre los progenitores, pues éste se haya sujeto a la aprobación, modificación, o suspensión por parte del mismo *juez*.

Para abundar en cuanto al poder discrecional o amplitud de facultades concedidas al *juez* para resolver específicamente el régimen de convivencia paterno-materno filial, al efecto transcribimos el comentario realizado por el Magistrado Manuel Bejarano y Sánchez, en su estudio “La Controversia del Orden Familiar, Tesis Discrepantes”:

“E) EL PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ SOBRE CUSTODIA DE MENORES.

“En contradicción al criterio sustentado en materia de alimentos que fue examinado en el capítulo anterior, la justicia federal reconoce el arbitrio del Juez Familiar para decidir sobre la custodia de los menores.

“Como muestra evidente del vaivén incierto de nuestra jurisprudencia, se tiene que en diversa resolución, muy antigua, anterior incluso a las reformas legislativas que transformaron el procedimiento familiar en 1973, y a la modificación del artículo 283 del Código Civil efectuada en diciembre de 1983, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvió que el juez poseía facultades para determinar oficiosamente las medidas que protegieran a los menores, a propósito de la solicitud de un padre de asumir la custodia del hijo para alimentarlo en la convivencia.

“Tal ejecutoria, emitida en el año de 1955, concedía al juez atribuciones discrecionales en protección de menores, que la ley entonces en vigor, no preveía; y en cambio, la resolución federal comentada en el apartado anterior, producida en el año presente de 1994, que debería aplicar la ley vigente que autoriza la actuación oficiosa del juez, se la niega. Los términos en que fue vertida aquella ejecutoria son los siguientes: La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó en el informe rendido por el Presidente de dicho Tribunal en el año de 1955, pág. 38, la tesis que dice a la letra:

“MENORES. LOS JUECES OFICIOSAMENTE, DEBEN VELAR POR LO QUE CONVenga A LOS,- El juzgador no está obligado, en materia de relaciones familiares, a resolver

conforme las pretensiones de una de las partes, simplemente porque la otra no oponga las defensas conducentes. En consecuencia, no basta que la madre no se haya opuesto a la incorporación de su menor hijo al seno de la familia del padre, para que proceda decretar esa incorporación, pues el juzgador debe estudiar la conveniencia o inconveniencia de la medida, velando por el interés de la menor, ya que es procedimiento socorrido de los padres obligados a pagar alimentos que pidan la incorporación de sus menores hijos al seno de la familia sólo para quitárselos a sus madres”.

“Ante las indudables facultades discrecionales que la ley en vigor concede a los jueces familiares, es incuestionable el acierto y la congruencia de la tesis transcrita, que resulta igualmente armoniosa con el artículo 283 reformado del Código Civil que le atribuye, al decretar la sentencia de divorcio, las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y el cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello.

“Tal criterio fue sostenido igualmente en resolución más precisa y reciente, de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con ponencia del señor Ministro José Manuel Villagordoa Lozano, por mayoría de 3 votos contra 2.

“El mismo ratifica la potestad discrecional del juez para determinar la custodia de los menores con atención prioritaria a su interés, así sea disociando ésta de la patria potestad.

“Dice así la destacada ejecutoria:

“PATRIA POTESTAD. PUEDE DESVINCULARSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA SI EL INTERÉS DEL MENOR LO HACE NECESARIO.- La patria potestad, implica no sólo derechos, sino también deberes, sobre todo, el interés y protección del menor, sin dejar de considerarse los derechos que el padre posee. En ese complejo de derechos y deberes, o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así en primer término si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho y en algunos casos en que las circunstancias hagan necesario para el bien del menor tiene que desvincularse pero sin diluir el derecho de patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva. Así ocurre por ejemplo, cuando se encuentre probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna, por cinco años ininterrumpidos desde su nacimiento, no resultando lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligara de manera indisoluble, sin tomar en

cuenta al menor; a la familia y a la sociedad. En legislaciones de diversas entidades federativas, se ha avanzado en estos aspectos dejando que el Juez resuelva de tal suerte que si el interés del menor lo exigiere, por razones graves que expondrá en su fallo, podrá apartarse de las disposiciones del Código Civil y establecer las modalidades que juzgue conveniente y dictar las medidas para encomendar la guarda a un tercero o a una institución particular. (Código del Menor para el Estado de Guerrero Título Tercero, Capítulo II, Artículo 46). El Código Civil del Estado de México en su artículo 935 dispone: “La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes especiales sobre Previsión Social en el Estado”. El menor es el sujeto en que debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendida por preferencia la circunstancia en que se exalte el interés del menor sobre cualquier otro. Los especialistas en el estudio de los menores han coincidido de manera unánime en establecer que la formación de la personalidad del menor; se lleva a cabo en los primeros cinco años de su vida y al desvincularlo de una relación afectiva le ocasionaría una lesión, que no es de las que dejan huella visible para la percepción del ojo, pero sí para la percepción del entendimiento y la emoción. Los menores han llegado a constituir un gran tema de la comunidad universal, mejor que equilibradores de las fuerzas, zona delicada de la

preservación de los derechos humanos. Al ocuparse el mundo entero de la niñez y de la adolescencia podrá adquirir cuerpo la pretensión poética: “*Que todos los niños sean como hijos de todos los hombres*”. En consecuencia en esos casos aunque se considere que el padre no pierda la patria potestad, debe dejársele la custodia a la abuela materna, sujeta a las modalidades que impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con las leyes, atentas las circunstancias de la personalidad del menor, debiendo ejercer el padre la vigilancia sobre esa custodia, como consecuencia de la patria potestad que ejerce”.

Amparo Directo 5725-86, 14 de mayo de 1987, mayoría de 3 votos contra 2, Informe de la Tercera Sala 1987, pág. 244.⁷⁴

A pesar del acierto jurídico-doctrinal al otorgar potestad oficiosa al *juez* para determinar la situación de los hijos menores, conforme a la prevalencia de su mejor interés, a tan amplias facultades concedidas, no debe escapar a la realidad el hecho de que el señor(a) *juez*, como ser humano, es falible y además su criterio estará condicionado por sus propias vivencias familiares y sociales, así como por su educación en cuanto a valores morales, sociales, espirituales y prácticos, en el que también influirán sus creencias religiosas, filosóficas, doctrinales, y los fenómenos psicológicos que definen su propia individualidad, entre otros muchos factores que se podrían destacar.

⁷⁴ BEJARANO Y SANCHEZ, Manuel, La Controversia del Orden Familiar Tesis Discrepantes, Editado por Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Publicación Especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México 1994, pp. 51-55

Por toda la gama de circunstancias que se interrelacionan con la facultad potestativa oficiosa del *juez* para determinar la situación del menor -aunque se resuelva con la mejor intención y buena fe, creyendo proteger el interés del menor-, para que la resolución judicial sea justa, equitativa, y responsable, no sólo procede la estricta aplicación de la Ley y de los principios fundamentales que la crearon, sino que ésta debe sustentarse - como quedó precisado anteriormente- en consideraciones de orden científico como lo son las disciplinas de la medicina, la antropología infantil, la psicología, la sociología y en su conjunto todas aquellas ciencias que contemplen el desarrollo humano. De ahí que la fijación de criterios jurídicos e interdisciplinarios básicos, resulte imprescindible, para que con su aplicación, se puedan resolver los conflictos, apegándose en todo momento y en primer lugar, al fundamento legal que sostiene al *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

Para constatar lo expuesto con anterioridad, resulta provechoso analizar algunos casos, en los que las resoluciones judiciales dictadas en los mismos, fueron fundamentadas, algunas conforme a *derecho*; otras en relación al interés prevalente del menor y, otras más, conforme a intereses ajenos:

El 27 de abril de 1998, en el juicio de Divorcio Necesario, expediente 275/98-A ⁷⁵, se llevó a cabo en el local del Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal, una audiencia con fundamento en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, en la que sostuvo una conversación el *juez* titular Licenciado Lázaro Tenorio Godínez con

⁷⁵ Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Familiar; expediente #275/98 Archivo del Juzgado Decimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal.

Marisol, Danuario y Orlando Javier Sánchez, menores de catorce, doce y cuatro años de edad respectivamente; audiencia a la que también comparecieron acompañados de sus abogados patronos, la señora María Eladia Chaviera y el señor Danuario Sánchez; misma que se transcribe a continuación:

"que Marisol y Orlando se encuentran viviendo con su señora madre, en tanto que Danuario con su señor padre; manifiestan los tres encontrarse viviendo agusto (sic.) con quien actualmente viven; tanto Marisol como Danuario reconocen y manifiestan, Marisol que fueron varias veces las que su padre golpeó y maltrató a su mamá, en tanto que Danuario dice que solo fueron dos veces; ambos reconocen que en una de esas ocasiones el señor agarró del cuello a su mamá apretándola con el brazo, para quitarle unas llaves del secreter de su mamá, para saber que es lo que escondía, pero que no le encontró nada y que en el forcejeo con las propias llaves su mamá salió sangrada de las manos; Danuario que le gustaría seguir viviendo con su papá no obstante que manifiesta que el señor sólo lo ve por las noches cuando lo recoge con su abuelita paterna, con quien el se va por las tardes, se dice, con quien su papá lo lleva por las mañanas y lo recoge hasta la noche, Marisol agrega que ella ha preguntado que si lo han visto en casa de su papá y que le han dicho que no, por lo que piensa que Danuario vive con su abuelita en realidad; Danuario agrega que su papá no le ayuda a hacer su tarea entre semana, agrega que a veces los domingos, que lleva buenas

calificaciones, ahorita en una escuela de educación abierta; que reconoce también Danuario que no le gusta vivir con su mamá porque lo ha llegado a golpear mucho, Marisol interrumpe diciendo que más lo ha golpeado su propio padre y le dice cosas, a lo que Danuario contesta que su papá le pega con un cinturón y su mamá con lo que encuentra, que con lo más fuerte que le ha pegado su mamá es con una cuchara de cocina en los brazos; que le pegaba porque él se escondía en su cuarto y se encerraba y su mamá lo sacaba con golpes, que también porque se comía la comida llevándose por ejemplo un frasco de mayonesa para comérsela en su cuarto solo, también agrega Danuario y Marisol lo confirma que su mamá le pegaba y también su papá porque le agarraba el dinero a su mamá sin permiso y que esto sucedió como en seis ocasiones; ambos reconocen que se peleaban mucho entre ellos, y Marisol agrega que su papá también a ella la ofendía con frecuencia diciéndole que porque la veía con su mamá, que era una drogadicta, una vaga y que andaba atrás de los chamacos a lo que Danuario manifestó: que no es lo que ella dice, que su papá lo que decía que a lo mejor le hacía a la droga, que se lo decía a Marisol; que en la colonia donde ellos viven hay vagos, que era donde ellos vivían antes y que a la fecha en ninguno de los dos domicilios donde viven hay vagos. Se procedió a mostrar a los niños unas fotografías donde aparece que Danuario presenta diversas huellas de agresión en su cuerpo confirmando Danuario que esas lesiones se las profirió su mamá. Agrega Marisol que no es cierto que fue su mamá sino que

fueron unas personas desconocidas, ya que Danuario se metía en construcciones ajenas, a medio construir, agrega Danuario que fue su mamá y cree que tiene pruebas. Danuario reconoce que su mamá casi siempre le pegaba porque él se portaba mal, pero considera que su mamá se excedía, que ahí están las fotos. Marisol menciona que a ella quien le llegó a pegar fue su papá y que a Orlando casi nunca le han pegado. Danuario le pregunta a su hermana lo siguiente: ¿Dime una cosa, quien te ha pegado más, mi mamá o mi papá? y Marisol contesta, mi papá, interrumpiendo Danuario diciendo no es cierto, a lo que ella contestó: lo que pasa que tu no has estado y no te ha tocado ver lo que yo he visto. Danuario agrega que cuando sus papás se pelean hacen un griterío que hasta a él lo despiertan, que él por el susto aveces (sic) agrega una vez se metió abajo de la cama y que quien estaba presenciando casi siempre era Marisol. Se le preguntó si querían decir algo más y Marisol dijo que si se llegan a separar a ella le gustaría quedarse a vivir con su mamá y su hermano el chico y también con Danuario, pero que él dice que prefiere irse a vivir con su papá, así mismo Danuario por su parte comenta que él quiere irse a vivir con su papá y con su hermanito y éste último manifestó que solo quiere irse a vivir con su papá y su hermano Danuario y no con Marisol. Se le preguntó que porqué con Marisol no, a lo que contestó, porque quiero estar con ustedes refiriéndose a Danuario y a su padre y que es todo lo que tienen que declarar.

Como podemos apreciar claramente, en esta controversia se presentan una gama de diferentes problemáticas las cuales reflejan diferentes matices interdisciplinarios; perdiéndose de esa manera todo el sentido romántico que hasta ahora había adquirido nuestro *derecho a la convivencia paterno-materno filial*; sin embargo, es precisamente por ésa razón, por la que debe ser regulado con lupa.

En otra controversia familiar que se presenta para análisis en la presente tesis, se desprende que el matrimonio formado por los señores Joel Landeros Acosta y Alejandra González Valdez, procrearon a los menores Areli y Joel Alejandro Landeros Acosta; siendo dicho matrimonio disuelto por sentencia de divorcio necesario, pronunciada, el trece de marzo de mil novecientos noventa y seis por el *juez* Décimo Quinto de lo Familiar en el Distrito Federal; la cual -fundamentándose en el artículo 282 del Código Civil- confirió la guarda y custodia del menor Joel Alejandro a su señora madre. Sin embargo, debe agregarse que en veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, con el fin de revocar el otorgamiento de dicho derecho a su ex cónyuge, el señor Joel Landeros Acosta, promovió un Incidente de Cambio de Guarda y Custodia de su menor hijo Joel Alejandro, que fue turnado al juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal; en el cual -entre otras prestaciones- solicitó: “La limitación del ejercicio de la patria potestad, en la modalidad de prohibición de todo tipo de convivencia entre la ahora demandada incidental y mi menor hijo Joel Alejandro Landeros González”⁷⁶

⁷⁶ Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal; expediente # 423/98,"A" Archivo del Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal.

Para solucionar la controversia planteada y fundamentando su pretensión en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño; el actor incidentista solicitó la comparecencia del menor Joel Alejandro ante el señor *juez* del conocimiento, para que el menor manifestara en la misma su opinión personal con respecto a su preferencia a vivir con su padre. El *juez* dio curso a dicha solicitud citando a ambos progenitores para que conjuntamente comparecieran al juzgado. Dada la trascendencia de dicha audiencia, se transcribe a continuación:

En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las trece horas del día once de enero de mil novecientos noventa y nueve...El Juez declaró abierta la audiencia. A continuación el C. Juez Décimo Sexto de lo Familiar del Distrito Federal Lic. Lázaro Tenorio Godínez, procedió a sostener una conversación con el menor Joel Alejandro Landeros González, de acuerdo al tenor siguiente: Manifiesta el menor llamarse como ha quedado precisado, contar con la edad de diez años y estar estudiando el quinto año de primaria en la escuela José Vasconcelos, se dice cuarto año de primaria, donde a la fecha va muy bien en dicha escuela ya que tiene promedio de diez, que sus programas preferidos de televisión son El Corre Caminos y Las Bananas en Pijama, que los pasaban antes y Los Simpson. Que a la fecha vive con su señor padre y con su hermana mayor de nombre Areli, que quien le da de comer y quien lo lleva a la escuela y lo recoge, es una señora que lo cuida de nombre Carmen Nava Valdés, una viejita como de cincuenta y tantos años, que

también le ayuda a hacer sus tareas, se dice, que quien le ayuda a hacer sus tareas y se las revisa cuando no entiende es su papá. En relación a la madre manifestó que no vive con ella desde hace muchos años, cuando él tenía cinco o seis años y que no sabe porque no vive con él. Que la ve con frecuencia, cada tres o seis días en la reja de la casa donde él vive, que no sale a pasear con ella nunca. Se le preguntó que si la causa es porque no lo dejan o alguna otra, contestando que no sale a pasear con ella porque el no quiere, que tiene miedo de que le haga lo que hace mucho tiempo le hizo, ya que lo insultaba y le decía groserías, por ejemplo “pinche escuincle”, que no la extraña y no le gustaría verla más seguido. Se le preguntó lo siguiente: que en caso de que ella su mamá se comprometiera a tratarlo mejor y se le asegurara que no lo va a maltratar ni a decir de cosas feas que si le gustaría convivir con ella, contestando que no. Se le preguntó que es lo que siente por su mamá, dándosele cinco opciones: amor, cariño, respeto, odio o indiferencia, contestando que odio. Que siente ese odio por las malas palabras que le decía por pegarle, que le pegaba con la chancía y con la mano nada más, en todo su cuerpo. Se le preguntó si el hecho de convivir con su madre tras las rejas de la casa donde vive, lo hace sentir bien o mal, contestando que mal. El suscrito agrega la referencia del menor en el sentido de que convivía aproximadamente durante quince minutos en las narradas circunstancias. Se le preguntó durante los quince minutos que convivía con su mamá cada tres o seis días tras las rejas qué es

lo que platicaban, contestando que casi nada, sin embargo se insistió en que dijera que es lo que hacían en esos quince minutos, permaneciendo el menor durante varios instantes en absoluto silencio, limitándose a mirar a los ojos al suscrito Juez. Se le preguntó si sabía la causa por la cual sus papás se estaban peleando legalmente, contestando que no, sin embargo se aclara que en el diálogo anterior comentó que sabía que estaba en este juzgado, porque se trataba de demostrar que quería irse a vivir con su papá, que no quiere decir más ni agregar que es lo que platicaba con su mamá durante los días en que la ve tras las rejas. Se le preguntó si alguien lo forzaba para que conviviera con su mamá tras las rejas, contestando que nadie lo forzaba, que él lo hacía a veces cuando él quería, que había veces que quería pero que muy pocas, que lo ha llegado a hacer y que lo viene haciendo. Se le preguntó que porque salía a platicar con su mamá tras las rejas, cuando él sentía odio por ella, contestando que ella lo obligaba. Se le preguntó como es que lo obligaba si él estaba dentro de la casa, protegido por las mismas rejas, después de unos instantes de silencio, donde se limitó a mirar al suscrito, se le volvió a preguntar si no quería dar respuesta a la pregunta que se le hizo, contestando Joel que efectivamente no quería dar respuesta. Que su papá a la fecha no le pega, que le da cariño, amor, que cuando no hace las cosas bien su papá le dice cosas buenas pero no gritando. Agrega el menor que cuando vivía con su mamá, junto con su papá ella no le daba amor, besos, abrazos ni buenos consejos. Sin embargo

agregó que estaba con él todo el día pero no jugaba con él nunca, siempre estaba ocupada, no tenía tiempo para él nunca.

Después de observar el rostro silencioso del menor, se le preguntó si estaba preocupado por algo, contestando que sí, que tiene miedo que el suscrito ordene que se vaya a vivir con su mamá. Se le preguntó si estaría dispuesto a convivir con su mamá en un hogar de convivencias especial con toda la seguridad para que no existiera el miedo de que su mamá se lo llevara sin su consentimiento, contestando que no, que no le gustaría convivir con ella, sin embargo ante una repregunta contestó que prefiere seguirla viendo tras las rejas de la casa en donde vive con su papá como lo ha venido haciendo hasta ahora. Por último se le preguntó a Joel si deseaba agregar algo, contestando que sí, que no quería irse a vivir con ella, refiriéndose a su mamá y que quiere mucho a su papá, considera que el diálogo sostenido con el Juez es bueno. Se le preguntó que porque considera que es bueno el diálogo, contestando que para que se quede a vivir con su papá... (En este punto se suspendió la audiencia , continuando posteriormente):

“En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las diez horas del día diecinueve de enero de mil novecientos noventa y nueve... El Juez declaró abierta la audiencia. En este acto el suscrito con fundamento en lo dispuesto por los artículos 278, 279, 941 y 945 del Código Procesal Civil, así como por el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño,

procedió una vez más a sostener un diálogo con el menor Joel Alejandro y su señora madre Alejandra González Valdez, quien por causas ajenas a su voluntad manifiesta no haber podido asistir a la comparecencia anterior donde el suscrito dialogó con su menor hijo, luego entonces se procede a sostener el diálogo en el privado de este juzgado al tenor siguiente. Se dialoga con Joel Alejandro para mencionarle el motivo de la comparecencia en el privado de este juzgado, para hacerle saber que sus padres se encuentran en posibilidad de llegar a un arreglo para solucionar el conflicto respecto a su situación de él, y que existiría la posibilidad de que conviviera con su mamá en un lugar seguro. El menor asintió con la cabeza diciendo que sí, en un lugar seguro. Acto continuo se solicitó la presencia de la señora Alejandra González Valdez quien al entrar al privado, el suscrito le sugirió que saludara a su hijo, lo que hizo con cordialidad dándole un beso en la mejilla, observando este juzgador que el menor manifestó actitudes de nerviosismo y depresión inmediata, cuando la madre le dijo “lo único que quiero es quererte y convivir contigo”, a lo que Joel respondió inmediatamente, no te creo no quiero convivir tengo miedo, “La madre le contestó sugiriéndole que no tuviera miedo y lo quiso abrazar, que no tuviera miedo, contestando el menor, como no voy a tener miedo de ti, no te creo”, al mismo tiempo que con el brazo izquierdo en un movimiento intempestivo impidió que su madre lo abrazara. Acto continuo la madre le dijo, “no te voy a llevar a ningún lado”, contestando el menor una vez más, “no te

creo” El suscrito le preguntó al menor cual era la causa por la que no creía a su señora madre, contestando el menor con ceño adusto, “es muy mala y gritona” El suscrito una vez más le dijo que la convivencia se llevaría a cabo en un lugar seguro, a lo que el menor contestó: que no la quiere ni ver, y llorando se dirigió a su madre, “me puedes llevar y secuestrar, recuerdo cuando me llevaste a una casa en donde había muchos insectos, era una casa grande”, a lo que la madre contestó: que ciertamente se trataba de una casa que le había prestado una amiga en el Ajusco y que había alacranes, pero que los asustaron, se aclara, que ella asustó a los alacranes con un antídoto y acto continuo procedieron a irse de la casa, y dirigiéndose a su hijo le comentó que él no podía quedarse ahí nunca, y dada la actitud conmovedora del menor quien reiteró no querer convivir con su mamá ni verla incluso en un lugar seguro, el suscrito dio por terminado el diálogo...”

Del contacto directo que se tuvo con ambos progenitores, así como de los estudios socioeconómico y psicológico practicados -tanto al menor, como a sus progenitores-, aunados a los medios de prueba también desahogados, el juez obtuvo la convicción plena de que había suficientes razones para modificar la guarda y custodia del menor, conforme a los intereses del actor incidentista, de quien se tuvo la certeza tenía la preparación, disposición y educación necesarias para cuidar de sus dos hijos; no así de la demandada incidentista, a quien -en un estudio psicológico- se le diagnosticó malas condiciones de salud mental; considerándosele poco apta para el cuidado y atención de su menor hijo; siendo que, inclusive la

convivencia entre ellos, podría resultar negativa a los intereses del menor. Se decretó entonces en el punto Segundo Resolutivo de la sentencia de dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, el cambio de guarda y custodia del menor Joel Alejandro Landeros González a favor del actor incidentista; y en el punto Sexto de la misma, se resolvió en los siguientes términos: “A efecto de procurarle un mejor entorno familiar al menor hijo de los contendientes Joel Alejandro Landeros Gonzalez, y con el objeto de tratar de evitar mayores problemas personales y deterioros emocionales entre los contendientes, así como para estar en posibilidad en el futuro de fijar un régimen de convivencia entre madre e hijo, requiéraseles mediante NOTIFICACION PERSONAL, para que en el lapso de ocho días contados a partir de que cause ejecutoria la presente resolución, acudan junto con su menor hijo al Instituto Nacional de Salud Mental a recibir terapia psicológica tendiente a mejorar las relaciones familiares y en especial la materno-filial en los horarios y condiciones que el director de la institución señale, debiendo informar en su oportunidad de su resultado a este juzgado. El término aludido comenzará a contar a partir de que surta efectos el proveído que tenga por recibida la minuta sellada por dicha institución del oficio que para tal efecto se gire, apercibidos que en caso de no hacerlo el suscrito tomará las medidas conducentes para ello”.⁷⁷

Después de presenciar una tragedia de esta índole, la pregunta obligada que surge, es: ¿Al incoar el juicio principal, ya se encontraba la señora afectada en su capacidad mental, o por causa de la separación de su menor hijo, así como del deterioro de sus relaciones personales con su ex cónyuge y su otra hija Areli, le resultó la enfermedad en sus nervios y en su conducta? ¿No

⁷⁷ IBIDEM

debió requerirse se les brindara por parte del Instituto Nacional de Salud Mental o del Instituto Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o cualquier otro organismo gubernamental, esa terapia psicológica al inicio del juicio de Divorcio Necesario, antes de haberse decretado la guarda y custodia del menor a favor de la progenitora? ¿Deben las familias mexicanas que se encuentran en situaciones similares, pasar por episodios tan amargos y prolongados, para que finalmente sea un funcionario judicial -antes que los Poderes Ejecutivo y Legislativo- quien determine que es necesaria la ayuda terapéutica e interdisciplinaria, para coadyuvar en la solución de problemas de ésta índole? ¿Es necesario que durante años un progenitor(a) -enfermo o no- tenga que convivir con su menor hijo, de vez en cuando y por unos cuantos minutos tras las rejas de un portal o en cualquier otro tipo de circunstancia denigrante para ambos, para que finalmente se considere necesaria la implementación de un sistema interdisciplinario que prevea situaciones dolorosas inconvenientes o de peligro para el menor involucrado, así como para que colabore en la implementación y adecuado cumplimiento de las convivencias paterno-materno filiales?

Tercer y último caso considerado para el presente trabajo: El siete de febrero de mil novecientos noventa y seis, en el expediente 992/95 radicado en la Secretaría B del Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar,⁷⁸ promovió Incidente de Modificación de Guarda y Custodia el señor José Arturo Vázquez Cárdenas, en contra de la señora Rosa Guadalupe Chávez Martín; progenitores de dos menores de nombres Mariana y Alejandra ambas de

⁷⁸ Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal, Expediente 992/95, Archivo Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal

apellidos Vázquez Chávez. La muy dedicada y acertada Licenciada María Elena López Zanella, Juez Décimo Segundo de lo Familiar en esta ciudad, resolvió en sentencia definitiva de cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y tres en el punto Quinto Resolutivo, otorgar la guarda y custodia de las menores, en favor de la señora Chávez Martín. En la misma sentencia, se convino un régimen de convivencia para el señor padre y sus menores hijas; sin embargo por múltiples circunstancias, incumplieron ambas partes dicho régimen; incurriendo con esta conducta en un franco desacato a la resolución judicial en comento. Esta situación provocó que el día veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro el señor padre retuviera de manera definitiva a las menores, y sin el consentimiento de la señora; quien inmediatamente pidió la reincorporación de las menores a su domicilio, y formuló diversas denuncias. Seguido que fue el procedimiento, y después de varios apercibimientos judiciales para que el padre entregara a las menores, el ocho de marzo de mil novecientos noventa y seis el señor Vázquez; con el fin de regularizar la situación legal existente, promovió Incidente de cambio de guarda y custodia ante el juzgado Décimo Sexto de lo Familiar -al cual llegó después de haberse excusado los funcionarios judiciales intermedios, en diferentes momentos procesales-. El actor incidentista solicitó al señor *juez* del conocimiento, escuchara a sus menores hijas por comparecencia personal, en cuanto a la preferencia que estas manifestaban de permanecer en compañía de él mismo; fundándose al efecto, en los artículos segundo y noveno de la Convención de los Derechos del Niño; audiencia que se transcribe:

En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las trece horas

del día quince de marzo de mil novecientos noventa y seis... A Continuación el suscrito Juez Licenciado Lázaro Tenorio Godínez, en cumplimiento al artículo doce sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, procede a sostener un diálogo con las menores, haciéndolo al tenor siguiente: Se les preguntó con quien vivían hasta la fecha, manifestando ambas que viven con su señor padre; se les preguntó con quien desean vivir, y en este acto, ambas menores manifiestan que con su señor padre, a continuación se formulan otras interrogantes al siguiente tenor: que no se acuerdan desde cuando viven con su papá, que creen que desde hace mucho; que su papá no les comentó lo que el Suscrito podría preguntarles, que a su papá lo ven en la mañana en la mañana cuando las lleva a la escuela; que su papá las recoge cuando salen de la escuela, y comen juntos, que con posterioridad ya no lo ven en la noche; que no les gustaría ir a vivir con su mamá, porque ambas manifiestan estar felices con su papá porque las lleva a la escuela; que su mamá jamás las trató mal; que cuando vivían con su mamá eran felices, pero que se quieren quedar a vivir con su papá; que también vivían con su abuelita, y que las trataba bien, que se fueron a vivir con su papá, porque su mamá le dijo a su papá cuidalas si quieres, indicando que se quedaran a vivir con él; que les gustaría tener comunicación con su señora madre, por teléfono; se les cuestionó porque por teléfono y no en persona, habiendo permanecido calladas; que durante el tiempo que vivieron con su mamá se encontraban estudiando que iban bien en la escuela, que iban a

gusto a la escuela, en este acto se hace constar que se encuentran presente los abogados de las partes...

El C Juez Acuerda.- Por hechas sus manifestaciones de la representante social, así como de las partes contendientes en el presente juicio, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 941, 517, se dice 526 del Código de Procedimientos Civiles, el suscrito procede a resolver en los siguientes términos, según fojas cuarenta y uno de autos con fecha once de octubre de mil novecientos noventa y tres, la C. Juez Décimo Segundo de lo Familiar resolvió la guarda y custodia de las menores a favor de su señora madre, sin que hasta la fecha exista resolución en el sentido de que las circunstancias se hayan modificado en términos del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, pues si bien existe un incidente al respecto, se encuentra subjudice. Ahora bien del diálogo sostenido con, se dice con el suscrito con las menores Mariana y Alejandra de apellidos Vázquez Chávez, se vislumbra entre otros aspectos que durante el tiempo en que vivieron con su señora madre, en razón de la resolución judicial antes mencionada, manifestaron textualmente: "que su mamá jamás las trató mal; que cuando vivían con su mamá eran felices; que también vivían con su abuelita, y que las trataba bien luego entonces, si bien es cierto el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, establece el beneficio de las menores para ser escuchadas en todo procedimiento judicial o administrativo, también lo es, que la autoridad judicial no puede estar supeditada a las manifestaciones de las mismas para

resolver, dado que su minoría de edad les impide tener suficiente capacidad de discernimiento y de elección para saber lo que mejor les beneficia. En tal circunstancia, y habiéndose respetado su garantía de audiencia, y tomando en consideración que no existen elementos donde se desprenda que existe un grave peligro de que las menores permanezcan con su señora madre, tal como inicialmente fue decretado, si no por el contrario se vislumbra la conformidad con las menores en el buen trato que les profirió, donde agregaron e incluso que cuando vivían con la enunciada iban bien en la escuela, que iban a gusto a la escuela, en consecuencia se decreta que las menores sean reintegradas con su señora madre, sin perjuicio de lo que se resuelva en el presente incidente, para tal efecto y toda vez que las mismas se encuentran presentes en el local de este Juzgado, procédase de forma inmediata a su entrega, conminando a los interesados a que hagan uso de la conciencia que debe distinguir a un progenitor, a fin de que no se les perjudique a las menores en su integridad personal por el cambio de circunstancias, que hasta la fecha se ha llevado a cabo en contravención a las resoluciones pronunciadas por la autoridad judicial, alterando con ello el orden público...

Acto seguido se sostuvo un diálogo con los progenitores de las menores manifestando la señora su interés en obtener, se dice que se le entreguen las menores, que jamás impidió a su contraparte convivir con las mismas, a lo que el señor contestó que si se lo prohibió, que no hay constancia judicial pero que así fue...

Como podemos observar, del análisis de los tres casos aquí planteados, se concluye que cada uno se resolvió fundándose en diferentes principios: el primer caso comentado referente al expediente 275/98, se encuentra en el Tribunal Colegiado de Circuito de la adscripción, por haberse resuelto en segunda instancia obedeciendo a presiones e intereses ajenos a la familia; el segundo caso se resolvió definitivamente fundándose en el interés prevalente del menor y, en el tercero y último de estos casos, se resolvió conforme a estricto derecho, y no como lo hubiesen deseado las menores y muy a su pesar por las manifestaciones vertidas en el sentido de querer permanecer en compañía de su señor padre.

Estas consideraciones nos obligan a reflexionar nuevamente, sobre la urgente necesidad y conveniencia de que el legislador escrupulosamente plasme en una normatividad comprometida con la sociedad mexicana, el principio fundamental que habrá de prevalecer y deberá ser la guía que determine el criterio de los jurisprudentes, en la resolución de este tipo de controversias familiares; las cuales conllevan un alto índice de dificultad en su solución, al constatar que el juzgador -para resolver- debe navegar entre diversos principios fundamentales de derecho positivo así como en criterios que el derecho natural ha plasmado en la conciencia y en el alma de cada uno de ellos, en aras de encontrar aquel que mejor se ajuste y convenga en cada caso concreto, a fin de dictar una sentencia viable, práctica, equitativa y segura para el menor. Es por eso que es necesario hacer constar que en la normatividad contenida en el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles para el Distrito federal, al tratar únicamente de la guarda y custodia que se ejercerá sobre los menores por alguno de los cónyuges -o por alguna otra persona designada al respecto- en caso de estar tramitando un juicio de

divorcio o de cualquier otra índole; se dejan lamentablemente de lado los lineamientos fundamentales que trazaran el régimen de convivencia que se ejercerá con los menores habidos del matrimonio o concubinato y que debieran estar tipificados en los mismos Ordenamientos -por lo que resulta triste constatar que el legislador no se ha ocupado de regular el *derecho de convivencia paterno-materno filial*, que se manifiesta en una situación de crisis familiar, la cual impide el desarrollo normal de ese *derecho de convivencia* entre personas unidas por lazos familiares, y cuya comunicación debe tener la finalidad del enriquecimiento espiritual y afectivo- no cabe la menor duda que esta figura jurídica es trascendente y por lo mismo es digna de correr mejor suerte.

Es por todo esto que se debe levantar la voz para exigir se regule e implemente en todas y cada uno de las desavenencias maritales, extra matrimoniales, de divorcio, e incluso en el de suspensión o pérdida de la patria potestad, el *derecho de convivencia paterno-materno filial*; debiendo éste ser normado por la ley, pues si en los penosos casos aludidos, se esta reivindicando el ejercicio del derecho a determinados progenitores respecto de sus hijos, debemos dar causa a otra pregunta inevitable ¿Puede el menor también reclamar este derecho como suyo? ¿Es atribuible este derecho a un menor, aunque éste no tenga la posibilidad de reclamarlo?

2. Conciliación de intereses y determinación de la legalidad del régimen jurídico del *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

Para determinar el régimen de convivencia, que habrá de normar las relaciones personales de los afectados, deberán conciliarse los intereses del progenitor

apartado o beneficiario, con los del progenitor titular de la patria potestad o de la guarda y custodia, así como con los del propio menor.

Como lo preceptúan las fracciones I del artículo 273 y IV del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, dicha determinación puede implementarse mediante convenio celebrado por las partes interesadas, que deberá ser aprobado judicialmente; en ausencia de dicho de acuerdo, se tendrá que recurrir a la solución judicial de la controversia.

Con relación a las dos alternativas que contemplamos en el párrafo anterior, el autor español Luis Zanón Masdeu indica: "Para establecer el derecho de visita o *ius visitandi* el Juez deberá tener presente el Convenio Regulador en donde esté plasmado el acuerdo de los progenitores al respecto, al tenor de lo que enseña la letra A del artículo 90 de la Ley Sustantiva Civil, puesto que los citados padres son, en principio, quienes pueden valorar mejor la situación afectiva y educacional de los hijos menores y velar por los intereses de los mismos, pues hay que tener bien presente que el derecho de visita, se fija en interés y beneficio de los hijos.

"En el supuesto de que no exista Convenio Regulador, el Juez, para fijar o establecer el régimen de visitas, tendrá en cuenta el interés de los hijos, que vendrá determinado por el aspecto psicológico, educacional y afectivo, pudiendo recabar el dictamen de especialistas para una valoración adecuada, y a tenor del último párrafo del artículo 92 del Código civil. También, el Juez deberá escuchar al menor si fuere mayor de 12 años, y si no lo fuere, siempre que lo estime necesario (artículo 92 del Código civil).

"Habrà de tener presente en cuanto a la fijación del derecho de visita la edad del menor, pues su voluntad podrá ser determinativa en cuanto al ejercicio del derecho de visita, así, si éste tiene una edad superior a los 14 años, el Juez tendrá en cuenta su decisión en cuanto al derecho de visita concierne, e

inclusive, suspender o privar del derecho de visita, si el referido menor, de edad avanzada no desea ser visitado." ⁷⁹

Cuando los progenitores o personas interesadas llegan a establecer de común acuerdo un régimen de convivencias, y lo cumplen sin provocarse problemas reciprocamente -evitando así enfrentamientos que resultan desgarradores y angustiantes- no solamente ellos tranquilamente podrán convivir con el menor, sino que el hijo resulta el mayor beneficiado, pues dicho convenio perfilará un régimen de convivencia amplio y seguro, que permitirá tanto a los interesados como al menor, desarrollar lazos afectivos en aras de su propia superación personal.

Con respecto a la celebración de dicho convenio y a la determinación de su legalidad, apunta el Magistrado Francisco Rivero Hernández: "No hay duda, pues, de la oportunidad y conveniencia de esos pactos o acuerdos reguladores de las relaciones personales que ahora estudio. El problema principal aquí es su valor jurídico: ¿que eficacia pueden tener, y en qué grado pueden ser vinculantes y exigibles si son incumplidos por una de las partes?"

"Cierta doctrina y jurisprudencia extranjera (sobre todo en Francia), ha puesto algún reparo a esos acuerdos reguladores del derecho y régimen de visitas, invocando diversas razones: indisponibilidad de la materia, atentado y limitación que podrían suponer para la patria potestad o ser ésta de orden público; el ser las relaciones de los ascendientes con el menor no tanto un derecho cuanto un deber, y, por tanto, no susceptible de negociación... y en alguna ocasión, argumentos más endebles, como el que tanto el derecho a tales relaciones, como la patria potestad que él cercena, serían derechos de la personalidad y como tales excluidos de convención entre particulares.

⁷⁹ ZANON MASDEU, Luis. ob. cit. nota número 39 p.p 100, 101.

"Sin embargo, frente a esas razones se oponen otras, y en general se acaba aceptando su juricidad, aunque con ciertas limitaciones a veces. Para Viney, estos acuerdos serían válidos en orden a la regulación del régimen y ejercicio de las visitas y relaciones, pero no alcanzaría su eficacia a la constitución del propio derecho (concederlo o negarlo) en condiciones distintas a las que el Ordenamiento admite. La jurisprudencia francesa ha atenuado el rigor de aquellos principios y ha recibido y aceptado con cierta liberalidad estos pactos, en general con el aplauso de la doctrina. Discusión esa que en Derecho francés ha quedado superada por cuanto el artículo 371-4 del *Code*, tras la reforma de 4 de junio de 1970, permitió el acuerdo regulador en cuanto al derecho de visita de los abuelos, a quienes les es reconocido como derecho propio, más quizá no respecto de otras personas, que sólo pueden obtenerlo por pronunciamiento judicial.

"En cambio, en otros países se ha aceptado muy ampliamente la posibilidad de determinación del régimen de visitas por los interesados, sobre todo por los padres del menor con ocasión de su separación: así, en el Derecho inglés, alemán y suizo."⁸⁰

En este orden de ideas, se ha constatado que en el Código Civil para el Distrito Federal, se preceptúa en los artículos apuntados anteriormente, la necesidad de presentar al juzgado un convenio que "fije la designación de la persona a quien será confiado el cuidado de los hijos del matrimonio", tanto durante el procedimiento -sea provisionalmente- como después de ejecutoriado el divorcio; demostrando dicho Ordenamiento, la legalidad y alcance que la misma legislación le da a los pactos celebrados en tal supuesto; remitiéndolos siempre a la aprobación judicial.

⁸⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, ob, cit. nota número 19, pp. 220-221

3. Determinación de las obligaciones y deberes en el *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

El *derecho a convivir* en familia, se cimienta en todas y cada una de las funciones con las que este cumple; planteándose para el Estado, el problema de la cesación del cumplimiento de las mismas, al faltar la convivencia; pues le es imperativo para el sostenimiento de su estabilidad que en la medida de lo posible, tales actividades, asignadas al núcleo familiar se cumplan; planteándose el problema -como ya se analizó con anterioridad- de si el *derecho a convivir* no es sólo un derecho de cada progenitor, sino también un deber cuyo cumplimiento puede serle jurídicamente exigido, sea por el otro progenitor, por el Ministerio Público, por el juez o incluso por el mismo menor.

Para desglosar las obligaciones y deberes que revisten al *derecho de convivencia*, brevemente señalo el apunte de clase referente al concepto de derecho personal u obligación, en el sentido de que es una relación entre personas, sancionada por el *derecho objetivo* que somete a una de ellas a la necesidad de observar cierta conducta en favor de la otra, quien está autorizada para exigirla. Para lograr lo anterior, estas personas deben ser aptas para ser titulares de derechos y resultar por ende obligadas; existiendo entre ambas una liga fraterno-filial, que las relacione jurídicamente. Se robustese lo hasta aquí comentado, con el análisis realizado en el Capítulo I del presente trabajo, del criterio sostenido por la autora argentina María Josefa Méndez Costa, en cuanto a la problemática que se presenta en la implementación de un sistema adecuado que permita eficazmente señalar a quienes puede atribuirseles la titularidad del *derecho de convivencia*;

circunstancia que consecuentemente incide en la atribución de las obligaciones filiales que debe cumplir cada uno de los progenitores, para con su menor hijo.⁸¹ Sin embargo, siguiendo cualquier sistema jurídico de atribución de obligaciones familiares, fácilmente llegamos a la relación paterno-materno filial, con la cual habiéndose determinado quienes son los únicos titulares del *derecho de convivencia*, entonces se podrá señalar cuales son sus obligaciones con respecto al mismo.

Sin duda alguna, es innumerable el conjunto de obligaciones a que se debe someter el progenitor que convive con su menor hijo; siendo éstas exactamente las mismas que ha de cumplir el progenitor que tiene la guarda y custodia, (alimentarlo, educarlo, respetar sus horarios y costumbres - dependiendo de la edad o sexo- darle atención médica de ser necesaria, etc.), pues las necesidades de atención y cuidados no deben variar notablemente, de un día a otro, excepto porque cambien las circunstancias como sería pasar de época escolar a la vacacional, o por encontrarse sano o enfermo etcétera; sin embargo el conocimiento de éstas circunstancias generalmente se encuentran adheridas a la propia naturaleza de la paternidad-maternidad en sí. Por lo que resultan importantes las obligaciones que se derivan del régimen que habrá de imponérseles, ya sea por mutuo acuerdo o por resolución judicial; siendo éstas las que se deben determinarse en primer lugar, por seguridad del propio menor, así como por bienestar de los progenitores mismos; entre otras obligaciones podemos mencionar:

⁸¹ Cf. MENDEZ COSTA, María Josefa, D'ANTONIO, Daniel Hugo, ob. cit. nota 23 pp. 314, 315.

1) Los progenitores deben respetar y cumplir puntualmente las condiciones de tiempo, modo y lugar a que se halla sujeto el régimen de convivencia con su menor hijo;

2) Deben procurar en todo tiempo y lugar que la comunicación entre el beneficiario y el menor sea enriquecedora y estimule el buen desarrollo físico, mental, moral, espiritual e incluso económico del menor;

3) Del mismo modo, deberán proteger, prevenir y atender las condiciones de libertad, respeto y dignidad del menor; con absoluta prioridad del ejercicio de sus derechos referentes a la vida, a la salud, a la identidad y alimentación, a la educación, a la recreación, a la protección en el trabajo, a la convivencia familiar y comunitaria; y

4) Asimismo, deberán ponerle a salvo de todo riesgo físico, social, moral, psicológico que se puedan dar; por causas de negligencia, de acción u omisión, discriminación, explotación, violencia, crueldad, opresión y agresión.

5) Existen autores que también atribuyen algunas obligaciones a los menores sujetos a un régimen de convivencia, situación que se constituye impropio por obvias razones; sin embargo sería conveniente permitirle al juez, al psicólogo, al trabajador social o profesional que participe en la solución del conflicto; apelar a la conciencia del menor -de ser posible y dependiendo de su edad y madurez- para que éste respete la voluntad del progenitor beneficiado con la implementación de un régimen de convivencia, y le de la oportunidad de demostrarle que seguramente el

interés de ejercerlo, es legítimo, de buena voluntad y de "posible" beneficio para él mismo; persuadiéndolo -si éste se negare a participar de darle al mismo una oportunidad de demostrarle su afecto- y, de ser necesario, garantizándole todas las medidas de seguridad que le permitan al menor acceder a mantener un régimen de convivencia con su progenitor, sin sentirse desamparado por permanecer alejado de quien regularmente le brinda apoyo y protección.

Hecho el anterior señalamiento, debemos agregar que el Estado debe estar interesado en la continuación del cumplimiento de las funciones familiares que se dan en la convivencia; por lo que entonces éste debe a la vez, cumplir con las obligaciones que en este rubro, se le atribuyen; siendo las principales entre otras:

a) Legislar, a través del órgano asignado a dicha función, para dar la seguridad, atención e importancia que implica que todo menor junto con sus progenitores o allegados, sean atendidos con prioridad por autoridades judiciales y/o administrativas públicas y privadas, sometiéndose a las políticas sociales y económicas que asigne el legislador; privilegiando éste la asignación de recursos económicos a las áreas que se relacionan con el desarrollo integral del menor, como ocurre con nuestro *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

b) Dar intervención de oficio a la institución u organismo nacional, que al efecto asigne para coadyuvar en todo asunto que involucre a menores. En México se puede recurrir preferentemente al Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia (DIF).

c) Otorgar al Poder Judicial, instrumentos jurídicos que den seguridad y protección al menor como a sus progenitores; tanto en el transcurso del proceso como después de ejecutoriada la sentencia que reglamente un régimen de convivencia paterno-materno filial.

La importancia que reviste el mencionar en la presente tesis, algunas de las obligaciones de los titulares del *derecho de convivencia*, es resaltar el hecho de que es indebido que nuestro ordenamiento positivo, carezca de disposición alguna acerca del ejercicio del *derecho de convivencia paterno-materno filial*, sus lineamientos y la manera de resolverlo. Pues en el supuesto de que el titular de la patria potestad o el de la guarda y custodia del menor, conceda al otro progenitor separado un régimen jurídico de convivencia amplio y sin condicionantes para relacionarse con el menor, o que el juez determine un régimen de convivencia del menor con el progenitor beneficiario de dicho régimen, sea para comunicarse, verlo y visitarlo, e incluso recibirlo en su propio hogar o llevárselo de fin de semana o por tiempo más prolongado; jurídicamente es importante determinar las prerrogativas que se guardan entre el titular de la patria potestad o de guarda y custodia y el beneficiario del régimen de convivencia establecido o acordado, pues el hecho de sustraer aunque sea por un breve lapso al menor, del cuidado y vigilancia del titular de la patria potestad o guardador jurídico, implica una forma de limitación de la realización permanente sea de los derechos-deberes o facultades del titular de la patria potestad o de la guarda y custodia con respecto del menor, en cuanto a la alimentación, educación, vigilancia y responsabilidades que se derivan de todo lo anterior, confiándosele al beneficiario el ejercicio de las

mismas temporalmente; debiendo quedarle muy claro al beneficiario de nuestra institución que ha de cumplirlas de la mejor manera posible, tal y como es la costumbre a la cual está adecuado el menor, tratando en todo tiempo posible cumplir con el régimen alimenticio que acostumbra dicho menor, el horario de escuela y tareas que se le exijan, los cuidados médicos de salud e higiene necesarios en el cuidado de su persona y adecuados a su edad, etcétera; sin descuidar la carga afectiva y espiritual que conlleva normalmente la convivencia entre dos personas; pero sin inmiscuirse, ni siquiera tratar de influir en la dirección de la vida y educación del menor, ni tampoco tomar decisiones que sean de trascendencia con respecto al mismo, pues su derecho únicamente está enfocado a favorecer su relación con él; reservando al titular de la guarda y custodia o al de la patria potestad las responsabilidades apuntadas de manera permanente. Esto quiere decir, que la competencia o prerrogativa para el cumplimiento de los derechos-deberes o facultades, tanto por parte del titular de la patria potestad o del de guarda y custodia, así como los del beneficiario del régimen de convivencia otorgado, son concurrentes y alternativas,⁸² para éste último limitadas en el tiempo y extensión, no usurpando en ningún momento las del primero, sino habiendo simplemente una yuxtaposición. Al mismo tiempo deben ser compatibles, lo que significa que una se suspenderá temporalmente durante la vigencia y duración de la otra.

Como hemos constatado, son muchas las particularidades que distinguen a nuestro derecho, sin dudar que seguramente debe haber muchas más, sorprendiéndonos constantemente por sus características muy particulares,

⁸² Cfr. PACTET, Christiane, *Le droit de visite des grands parents et l'article 371-4 du Code civil*, Paris 1972, pp. 35-36. cit por RIEVERO HERNANDEZ, Francisco, ob. cit. nota 19, p 399

que lo diferencian de los derechos de patria potestad, y guarda y custodia, mismos que se entrelazan de manera muy estrecha con el pero sin confundirse con el derecho que nos ocupa; haciendo gala de su modernidad y considerándosele en algunos países como Francia, Suiza y España como un recién nacido, siendo que ha vivido y brilla por sí mismo desde hace siglos.

CAPÍTULO VI

ELABORACIÓN DEL CONVENIO REGULADOR DEL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA PATERNO-MATERNO FILIAL.

1. Contenido del convenio regulador del régimen de convivencias paterno-materno filial.

En el capítulo de declaraciones, es menester relatar sucintamente los vínculos jurídicos que califican las relaciones personales-filiales de parentesco que guardan tanto los firmantes entre sí como la que existe con el menor; (cónyuges, divorciantes, concubinos); el domicilio conyugal (si se tratare de divorcio), a fin de establecer la competencia jurisdiccional, y la calidad de la voluntad con la que concurren a celebrar dicho convenio, o sea la manifestación de concurrir libremente, de manera que no exista posibilidad de que su voluntad este viciada por error, dolo, violencia, simulación o algún otro vicio del consentimiento.

A continuación y para regular sus respectivos derechos y obligaciones, habrá de incluirse en el clausulado, lo dispuesto por el artículo 273 del Código Civil para el Distrito federal; siguiendo de preferencia, el orden que este presenta; observando que la primer fracción versa -como ya lo vimos- sobre la designación de la persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio (en el supuesto que este exista) tanto durante el procedimiento como después de concluido el divorcio.

En este punto se estima pertinente hacer referencia en primer lugar a la conservación, suspensión, excusa o pérdida de la patria potestad por parte de alguno o de ambos de los promoventes con respecto del menor, así como la atribución de la responsabilidad del ejercicio de la guarda y custodia del mismo menor a uno de los firmantes, -tanto durante el procedimiento como después de

ejecutoriada la sentencia-. Como consecuencia de estas decisiones, a partir de éste punto se antoja formular los incisos que determinaran el contenido y régimen de las relaciones personales de convivencia que se llevarán a cabo entre el progenitor no custodio y el menor. Esto es, se habrán de expresar los fundamentos jurídicos con los que legalmente se pueda determinar el régimen de convivencia, así como los que permiten adoptar las medidas necesarias para que el mismo régimen pactado sea respetado y cumplido por ambos firmantes; anticipando -además- las posibles consecuencias y sanciones a que se harán acreedores en la situación del posible flagrante desacato al mismo. Algún extremo puede incluso quedar estipulado con el ejercicio o pérdida de la patria potestad por parte de los padres rebeldes o desobligados, y aun vinculando en ciertos casos a un estricto control de la guarda y custodia, así como del régimen de convivencia.

También habrá de expresarse con toda claridad la frecuencia, tiempo, lugar, condiciones, y en fin, todas y cada una de las fórmulas ideadas, para que se realice el propósito del convenio aludido; y por último, no por ser menos importante, también deberá considerarse la posibilidad de que se presente en un futuro el cambio de circunstancias -tanto para alguno de los firmantes, como para el mismo menor- que son las que determinan en ese momento el pacto; y que éstas puedan sobrevenir con el transcurso del tiempo, voluntaria o involuntariamente, (como el caso de que se presente alguna enfermedad impediendo el ejercicio de los derechos de patria potestad, de guarda y custodia o de convivencia, así como también puede acontecer la necesidad de cambio de escuela, domicilio o de país, etcétera); para lo cual debe preverse que en dichos supuestos, quede estipulada la situación que habrá de prevalecer para el menor.

Una vez establecido el proemio del convenio, así como las declaraciones de ambas partes, y el contenido del clausulado; habrá de suscribirse, indicando

claramente el lugar y fecha en que se realiza el acto, y el nombre de las personas que lo firman.

2 Criterios para determinar el contenido del régimen de convivencia paterno-materno filial.

a) La edad del menor. Esta situación constituye, sin duda alguna, un factor condicionante, pues la atención y cuidados que éste requiere están determinados por la misma circunstancia cronológica; pudiendo así sugerir que las relaciones de convivencia podrán ir aumentando entre el progenitor visitador y el menor, de la misma manera en que va creciendo y madurando el menor, hasta el punto en que deberá procurarse mantener el ritmo de la frecuencia alcanzada y hasta posiblemente aceptar el decrecimiento, si es que dicho menor empieza a luchar por su independencia.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 282 del Código Civil al establecer: "*Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre*";⁸³ por analogía se estima que podría entenderse este precepto, en el sentido de que a partir de ese acontecimiento, el régimen de convivencia -en esta etapa de la vida del menor- queda reservada al padre del mismo. Adoptar ese criterio sería evidentemente absurdo, ya que la limitante inicial para que el menor de siete años permanezca siempre al cuidado de la madre, constituye una medida que a la vista está inspirada en la naturaleza misma; pero que de ninguna manera excluye a la madre, del ejercicio de la custodia de los hijos a partir de que estos rebasen la edad indicada. Se apoya el criterio sustentado en el Código en que, sin duda alguna, en la orientación intelectual que obedece al hecho de que el ser humano pertenece al género de la naturaleza de los mamíferos; resultando de ello una situación que liga al infante con la madre de manera natural durante la primer etapa de la vida, en la cual éste aprende a comunicarse y a convivir

⁸³ CÓDIGO CIVIL, ob. cit nota número 72 p.98

con ella principalmente, posteriormente el transcurso del tiempo le permitirá el trato con otras personas, con las cuales el menor habrá de reconocer y comunicarse precisamente a través de la lengua materna. Sin embargo se estima acertado el comentario que al respecto vierte comenta Daniel Mata Vidal: "El principio general de que los hijos de corta edad sean confiados a la madre, por entender que precisan de su atención y cuidado en mayor medida que con respecto del padre, puede quebrar en estos supuestos. Piénsese en el caso en que la madre realice un trabajo fuera de casa, que le obligue a permanecer ausente durante un prolongado e inflexible horario; teniendo que ser suplida su falta por persona asalariada extraña a la familia, que será en definitiva quien se encargue del cuidado de los hijos; concurriendo a su vez la circunstancia de que su marido realice un trabajo que, o bien le permita armonizarlo con las horas en que los hijos necesitan mayor atención, estableciendo por sí sus propios horarios laborales, o bien lo desarrolle fundamentalmente en la misma vivienda familiar. En estos casos, parece que la guarda y custodia de los hijos deberá ser encomendada al padre, sobre todo si éste cuenta con la ayuda de algún familiar que pueda colaborar con él en aquella tarea, pues el interés de los hijos exige el que permanezcan con él, con preferencia sobre una persona extraña al círculo familiar."⁸⁴

La importancia de este razonamiento, seguramente será avalado por los estudiosos de la personalidad del ser humano, en cuanto a que es precisamente en los primeros años de la vida, cuando se determinan los principales hábitos de conducta e higiene que habrá de desarrollar el menor a lo largo de su existencia; he ahí la importancia de que sean el padre o la madre principalmente quienes atiendan y cuiden al menor sin que dicha situación impida que antes de alcanzar los siete años de edad, el menor amplíe el núcleo social donde se desarrolla, al asistir a jardines de niños o guarderías en las cuales interactúa con otras criaturas y con maestras o nanas que también le

⁸⁴ MATA VIDAL, Daniel, ob. cit. nota número 27, p. 318

enseñarán a desenvolverse en su ámbito social; independientemente de que las mismas habrán de cuidarlo por un período de tiempo diario.

En el evento de que un padre varón que pida para sí mismo la guarda y custodia de un menor inferior a los siete años de edad, estimamos recomendable que el juzgador, antes de aplicar la norma referida, estudie la posibilidad de que se le permita a este progenitor demostrar que tiene la capacidad y el tiempo necesarios para atenderlo; le otorgue provisionalmente ya sea un régimen de convivencia lo suficientemente amplio, para convencerse; primero así mismo y después a la autoridad judicial, incluyendo al representante social; si le va a ser posible atender a un infante pequeño, o dependiendo de las circunstancias, otorgarle la guarda y custodia provisional, para que en dicho lapso de tiempo predeterminado, demuestre que con ésta realmente se beneficiará al menor, o que por lo menos, dicho menor se mantendrá con el padre, en igualdad de circunstancias en que lo haría con la madre. Así posteriormente, el juez tendrá mayores elementos de juicio para regular, ya sea un régimen de convivencia amplio o estrecho, o para otorgar o negar en definitiva el cambio de dicha guarda y custodia al progenitor varón.

Por todo lo anteriormente considerado, creemos vivamente que la determinación judicial responsable y justa, sobre la guarda y custodia de menores de siete años, así como de la aplicación de un régimen de convivencia mas o menos amplio, no sólo deberá proceder dentro de la estricta aplicación de la ley y de los principios fundamentales que la crearon, sino que habrá de resolverse además en el contexto interdisciplinario, pues -como ya lo hemos apuntado- la coadyuvancia de otras ciencias permitirán la aplicación de manera escrupulosa de la norma jurídica que al caso corresponde; permitiendo al juzgador emitir sus considerandos, sustentados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño la cual, en su artículo segundo -punto primero- establece que deben respetarse los derechos a que alude dicha Convención, configurados como norma jurídica de aplicación no sólo universal, sino también

de carácter federal, con grado de jerarquía ante las Leyes Locales; independientemente del sexo de los infantes, *de su edad*, idioma, religión, opinión política, o cualquier otra situación, -en este orden de ideas se pueden agregar-, la propia opinión personal del progenitor interesado, e incluso la del mismo impartidor de justicia; pues en el reconocimiento a dicha jerarquía normativa, va implícita la preservación del orden público y la armonía social.

b) Estado de salud físico o mental tanto del menor como del progenitor visitador. La situación de enfermedad crónica sea orgánica o psíquica, constituyen -en definitiva- condicionantes de la convivencia; e incluso -para ciertos casos- se deberá considerar la opinión del profesional médico, que atienda el padecimiento de que se trate, o de perito designado, para determinar si dicha circunstancia permite el desarrollo de una convivencia sana, segura y edificante para el menor.

c) El ambiente moral del guardador y del visitador. La moralidad que guarden ambos progenitores, tanto en su hogar como en su profesión, son condicionantes para la determinación de la convivencia con el menor; en éste rubro - como en los anteriores- también son infinitas las posibilidades que se pueden plantear, en el sentido de cuales son las circunstancias que resultarían nocivas por inmorales para un menor; (después claro, de haber conceptualizado que es moral, que inmoral y que amoral). Al respecto comenta el Magistrado de Zaragoza, Fernando Martínez Sapiña: "Uno de los supuestos que más frecuentemente se plantean, es el de que el otro cónyuge viva con una tercera persona. En este caso, únicamente podrán autorizarse las visitas y las estancias, en tanto en cuanto no afecten a la moralidad del hijo.

"Puede darse el supuesto de que a un hijo, la convivencia de su padre o madre con otra persona de distinto sexo, pueda afectarle más perjudicialmente que la convivencia con otra persona del mismo sexo. Y la razón es sencilla: la convivencia con una persona de distinto sexo, resulta, inevitablemente,

sospechosa, mientras que la convivencia con una persona del mismo sexo -piénsese en el caso de dos personas, compañeras de trabajo o amigas que compartan la misma vivienda- puede no resultar sospechosa.

"Pero, claro, para ello sería necesario que el hijo no sospechase nada sobre la verdadera índole de aquellas relaciones y que el comportamiento del padre o madre y del <<partenaire>> delante del hijo, fuera enteramente correcto. Por ello, la convivencia del padre con otra persona, sea del sexo que sea, debe excluir las estancias y visitas del hijo, en el domicilio del padre, salvo que exista completa garantía de que el hijo no ha de encontrarse allí con el <<tercero>>."⁸⁵

El criterio sostenido por el mencionado autor, permite interpretar que cuando el mismo habla de una "tercera persona", está infiriendo una relación adúltera, ilegal o constituida fuera de matrimonio; por lo que la posibilidad de permitir la convivencia del progenitor beneficiario con su menor hijo; sujetándose a la condicionante de que la relación del progenitor con la otra persona, no le parezca sospechosa al menor; resulta irrisoria que se exija la garantía de no encontrarse con el tercero en un mismo lugar; e incluso peligrosa, además de difícil cumplimiento; comprometiéndose así, no solamente la moralidad del menor sino también, además, su integridad; -piénsese en el supuesto de que el padre varón de un niño de cualquier edad, viva con otro varón, y que éste último, en cualquier descuido pretenda aconsejar, seducir o incluso ¿por que no? abusar del mismo menor-. Es por ello que acertadamente el autor referido considera que en estos supuestos, el juzgador debe excluir del régimen de convivencia con un menor, las estancias y visitas del mismo en el domicilio del progenitor que viva con tercera persona.

d) Epoca escolar Se recomienda que el menor permanezca durante la semana, es decir de lunes a viernes, con el progenitor guardador -sin perjuicio que pueda convivir por un breve momento entre semana con el progenitor beneficiario- y

⁸⁵ MARTÍNEZ SAPIÑA, Fernando, ob .cit., nota número 8, pp. 356, 357.

que a partir del viernes por la tarde a domingo por la tarde, (con o sin pernoctación), conviva con el otro progenitor. Para ello debe reglamentarse los días y horas de convivencia que el menor habrá de compartir con el progenitor beneficiario, delimitándose esos aspectos según la edad del menor; la distancia entre un domicilio y el otro, etcétera; además se deberán alternar los días designados del fin de semana, cada ocho o quince días con el otro progenitor.

e) Época vacacional. En el período en que se suspenden tanto los estudios para el menor, como el trabajo para los progenitores, se propicia la convivencia entre padres e hijos de una manera más relajada y efectiva, por lo cual se justifica que el régimen impuesto en el convenio, sea rotativo; es decir programar los años nones con uno de los progenitores y los pares con el otro; intercalando cada período, a modo de que conviva con los dos durante el año en igual número de veces. Este esquema permitirá conocer a cada progenitor con antelación suficiente el período que le corresponderá convivir con el menor, y ocuparse de investigar las fechas y número de días que durará la cesación de dichas labores, a fin de que pueda programar sus vacaciones con el menor. Para ello es recomendable precisar que estas vacaciones generalmente se refieren a la Navidad, Año Nuevo, Semana Santa, Semana de Pascua y la época estival o de verano.

f) El domicilio del progenitor guardador del menor. La cercanía o distancia entre el domicilio del progenitor guardador y el del beneficiario, es una condicionante importante, que debe tomarse en cuenta por los interesados, al momento de diseñar el régimen de convivencia; comenta el Magistrado Fernando Martínez Sapiña: "...el régimen normal, de un día de visita a la semana, puede resultar, prácticamente, de imposible cumplimiento, cuando el padre tenga que trasladarse desde un lugar lejano. En estos supuestos deberá compensarse al padre, en cuanto se pueda aumentando las estancias, en la medida en que han disminuido las visitas. Especial trascendencia revestirá este supuesto, cuando el padre resida en un país extranjero, máxime si el padre es extranjero. ¿Cómo

podrá impedirse que el padre se lleve al hijo al extranjero, cuando exista la duda de que lo devuelva?, ¿qué medidas podrán adoptarse? Indudablemente, puede exigirse al padre una fianza; en este caso, si la fianza es elevada, quizás no pueda prestarla; si es módica, quizás el padre prefiera perder la fianza y llevarse al hijo. También podría exigirse una prenda, pero...¿Puede impedirse al padre llevarse al hijo al extranjero, cuando no existe duda racional de que lo devolverá? Pienso que no; lo que sucederá será que el régimen de estancias será de una al año o cada varios años..."⁸⁶

Aunado al criterio anterior, resulta interesante el comentario que con respecto al párrafo segundo del artículo décimo del Convenio de los Derechos del Niño, formula Mercedes Moya Escudero. "... era necesario regular de manera específica los supuestos, cada vez más frecuentes, de padres e hijos menores que residen en países diferentes...Con tal fin los Estados Parte deberán respetar el derecho del niño a salir de cualquier país, incluido el propio y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas en la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas, y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención Y, ciertamente uno de los problemas de orden público y de protección de los derechos y libertades de otras personas lo constituye el desplazamiento ilícito de menores. Precisamente por ello el art. 11 establece que a los Estados les corresponde adoptar todas las medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero; promoviendo tratados bilaterales o multilaterales que establezcan vías expeditivas para devolver al niño a su lugar de residencia."⁸⁷

⁸⁶ MARTINEZ SAPIÑA, Fernando, ob. cit. loc. cit., p. 358

⁸⁷ MOYA ESCUDERO, Mercedes, ob. cit. nota número 34 p. 14

g) Concurrencia del régimen de convivencia con hermanos u otros familiares o allegados. En ciertos casos, también habrá de precisarse si dicha convivencia entre el menor y el progenitor beneficiario se realizará de manera estrictamente individual, o si podrá o deberá concurrir en la misma, la colectividad que se cite en el mismo convenio, la manera de coordinarse en el supuesto de que se autorice el segundo supuesto, y la manera de solucionar el problema que se pudiese plantear por un cambio en la circunstancias previsible en caso de no permitirse la convivencia de manera individual del menor.

h) Régimen de convivencia atribuido a ambos progenitores. La fracción VI del artículo 282 así como el 283 y 284 del Código Civil, facultan al *juez* -sin limitación- a fijar y resolver la situación que prevalecerá con respecto a las obligaciones y derechos inherentes a los hijos, y en especial en lo referente a la custodia y al cuidado de los mismos. Puede acaecer el hecho de que ambos padres se vean impedidos a ejercer el derecho de guarda y custodia, por diversas razones o simplemente que el mismo resulte contrario al interés prevalente del menor; debiendo entonces el *juez*, designar para el caso, ya sea un tutor, o una institución que se haga cargo del menor en cuestión. En este caso se habrán de regular las convivencias del menor con cada uno de sus progenitores; coordinando y distribuyendo el tiempo de duración de la misma, de manera conveniente para todos los interesados; así como habrá de precisarse el lugar y forma en que desarrollará con cada uno dicha convivencia.

En caso de que el menor esté confiado a una Institución sea de Beneficencia, o un Colegio, etcétera; entonces el régimen deberá ajustarse al propio sistema de visitas del Instituto, con el que, dada la determinación especial de ingreso del menor en él, podrán los padres convivir con su hijo; por lo que el *juez* deberá mantener comunicación más o menos constante tanto con la institución como con los titulares del derecho en comento; notificándoles las resoluciones que se adopten al respecto, pues, aparte de poder ser así cumplimentadas, la negligencia de cualquiera de las partes, del responsable de la Institución, o del

mismo *juez* deberá ser objeto de sanción. Además el mismo funcionario judicial, deberá adoptar las precauciones adecuadas a fin de evitar que el *derecho a convivir* se convierta en un instrumento utilizado por los interesados, para burlar la finalidad inherente al internamiento del menor.

i) Régimen económico que determinará las convivencias. En este rubro, deberán considerarse todas aquellas particularidades que no se expresan en el régimen de alimentos -que contendrá el convenio en el inciso determinado para el mismo- por ejemplo si el deudor alimentario habrá de solventar todos y cada uno de los gastos que realice el progenitor beneficiario, durante la convivencia con el menor, o sólo aquellos que son necesarios para que se realice la misma, o ninguno. En el supuesto de que se determine el pago de todos o algunos gastos, la manera en que habrán de solventarse y comprobarse los mismos, etcétera.

j) Determinación de sanciones a que se harán acreedores los progenitores, en situación de desacato flagrante al régimen acordado o al impuesto judicialmente. Es recomendable la inclusión de una cláusula penal real, congruente y efectiva, que presione a los interesados a respetar y cumplir el convenio; evitando que alguna de las partes incumpla con lo pactado en el mismo sin fundamento que acredite la conducta que conduce al rompimiento de la armonía entre las partes; dejando abierta la posibilidad de que de resultar ésta insuficiente, sea el *juez* quien determine el medio de hacer cumplir el régimen de convivencia estipulado.

Es difícil proponer reglas generales, sin embargo, se podría recomendar en primer lugar -sin pretender un rigorismo desmedido- por ejemplo en cuanto a la puntualidad, el considerar una restricción temporal y prudente al régimen de convivencia en caso de no cumplir con los horarios establecidos; la cual podrá ampliarse en caso de reincidencia por parte del mismo infractor; teniendo cuidado de no afectar en última instancia, la real existencia del régimen aludido.

En otra alternativa, y para el caso de incumplir con el régimen de convivencia, con la única finalidad de molestar, mortificar o preocupar al otro progenitor, provocándose hechos groseros, que puedan poner en riesgo la tranquilidad incluso del propio menor, por ejemplo: que intencionalmente regrese al menor, el beneficiario un día o más después de lo estipulado, causando al menor el no asistir a la escuela y a sus actividades normales, o a un evento social importante para el guardador etcétera; o que el guardador no permita la convivencia en una fecha estipulada con anterioridad o importante para el beneficiario, sin que ambos puedan demostrar que su actuación respondió al mejor interés del menor. Se puede estipular una penalidad de tipo económica, como medio de coacción exclusivamente patrimonial, determinada por ejemplo como multa -que de acumular dos o tres en un lapso determinado de tiempo, se vería aumentada de manera considerable (sea al doble o triple etc.)-o en un tanto por ciento de las percepciones que devengue el progenitor culpable, con la posibilidad de ir *en crechendo* dicho porcentaje, de reincidir con la conducta ilegal.

En la posibilidad de existir temor fundado de que alguno de los progenitores pueda sustraer al menor y esconderlo, sea dentro o fuera del País; exigir garantía suficiente y bastante determinada por la Ley, para salvaguardar la seguridad del menor y la tranquilidad del propio progenitor.

Por último, de no existir alguna otra hipótesis de probable violación al régimen de convivencia establecido, entonces es conveniente señalar -para hacer del conocimiento de ambos progenitores lo delicado que resultaría el incumplimiento del mismo- que se pedirá *al juez* y al Ministerio Público sancionen a la parte que con su conducta infringe el régimen jurídico de convivencia; para que empleen los medios de apremio permitidos por la Ley Civil y Penal, para que cese dicha conducta violatoria; además de estipular la posibilidad de que él mismo *juez* decretará desde un simple apercibimiento o amonestación a la persona que ha cometido la falta, hasta el arresto o

modificación, suspensión o pérdida del derecho al régimen de convivencia en definitiva.

Los puntos anteriores están encaminados a conminar a las partes a regirse por conductas que les permitan mantener a ambos una sana convivencia con el menor; así como sobrellevar una comunicación estable entre ellos, pues ésta sin duda, será en mucho la que determine el normal desarrollo de su propio hijo. Estas consideraciones -aunque sean breves- reflejan profundo interés de que las mismas aporten una pequeña contribución, tanto para la prevención, como para la solución de los múltiples casos que se ventilan en los juzgados de lo Familiar

3. Valoración judicial del contenido del convenio en que se estipula un régimen de convivencia paterno-materno filial.

Por lo que se refiere a la valoración y examen que habrá de efectuar el *juez*, con relación al contenido real y verdadero del convenio, se estima pertinente aprovechar la junta a que se refiere el artículo 675 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a fin de que en la misma el señor(a) *juez*, de ser posible, recabe datos que le permitan formarse un criterio más apegado a la realidad, en relación a que los supuestos fácticos que se presentan en el convenio -para determinar el régimen de guarda y custodia, alimenticio, de convivencia etcétera- concuerdan con la verdad real a la que están sujetas las partes en conflicto. De existir algún índice de contradicción entre la realidad perceptible y la posibilidad de cumplimiento del convenio regulador, entonces el juzgador debe solicitar el asesoramiento de expertos que le permitan ingresar a los niveles profundos de la personalidad de las partes (inasequibles para el no especialista), con el propósito de conocer la auténtica realidad a la que el régimen de convivencia pactado en el convenio habrá de someter al menor; haciendo -a la vez- uso de la facultad oficiosa, para intervenir en favor del interés del menor; y para suplir las deficiencias legales (sustantivas

o adjetivas) que se presenten en dicha controversia. De proceder en esa forma, en el momento en que efectúe la valoración del convenio, el *juez* habrá de ser él mismo, garante, de que en el convenio se cumplan los lineamientos constitucionales y sustantivos -referidos en el capítulo anterior- así como la directriz relativa a la prevalencia del interés del menor; de manera que efectivamente se puedan proteger los vínculos jurídicos y afectivos que forman la familia. En caso de que no existan las garantías suficientes que permitan el cumplimiento de dicho convenio por las partes, o de que estén ausentes los lineamientos legales, éticos, morales, y sociales que deben regir el mismo, entonces deberá recaer la denegación de la aprobación judicial al mismo; sin la cual carecerá de validez y ejecutividad.

4. Aprobación judicial del convenio en el que se estipula el régimen jurídico de convivencia paterno-materno filial.

Para aprobar un convenio o pacto en el cual además se regule un régimen de convivencia, el *juez* deberá atender no sólo al cumplimiento de los requisitos formales que dan validez al mismo, así como los que exige el citado artículo 273 del Código sustantivo; sino que además deberá considerar otros aspectos que también son importantes, uno de ellos es, por ejemplo, cerciorarse de que exista un verdadero consentimiento por parte de los progenitores al suscribir dicho acuerdo de voluntades. A ese respecto, apunta Francisco Rivero Hernández: "En no pocos casos, el precio del divorcio o de la separación por mutuo consentimiento va a ser la renuncia a la guarda de los hijos o ciertas limitaciones en el ejercicio de la patria potestad, o un régimen de visitas muy restrictivo, u otros pactos de semejante tenor. En más de una ocasión hay verdadero chantaje de un cónyuge al otro para obtener su consentimiento referido al convenio en su conjunto, o en lo que afecta a algún pacto concreto. Pero quizá el caso más frecuente es el de los convenios, o pactos, cuyo alcance verdadero no logran ver con claridad y realismo los cónyuges en el momento de suscribirlos, unas veces porque no comprenden bien el sentido de

lo que se ha escrito (redactado por profesionales que no han traducido a su lenguaje y nivel cultural lo que aquello quiere decir, y su alcance verdadero en el plano de lo real y vivencial), y otras porque no han calculado, en su propia imprevisión, si cada uno de ellos va a poder ciertamente cumplir lo que promete y *asume en el convenio (aun actuando de buena fe y sin ánimo de engañar)*. Amén de otros supuestos donde en la elaboración y discusión del convenio, la concesión a uno de la guarda de los hijos o de cierto régimen de visitas va condicionado (en la mente y en la voluntad de los consortes, aunque no aflore exteriormente al convenio) a una determinada pensión alimenticia, a la renuncia de los gananciales, al destino de la vivienda y ajuar familiar, o a otros señuelos puramente egoístas. La validez de tales consentimientos y, por ende, de los correspondientes convenios, me parece más que dudosa, aun antes de entrar a analizar técnicamente el vicio de voluntad que hay en cada hipótesis.

Agrega el autor en cita: "Creo, por todo ello, que una de las primeras responsabilidades del juez es tratar de conocer -hasta donde ello sea posible, por supuesto- el proceso de formación y el grado de sanidad del consentimiento negocial de cada uno de los consortes. Me parece evidente que para ello es claramente insuficiente la clásica y estricta ratificación en presencia judicial, y menos si se hace conjuntamente por los dos cónyuges. Una diligencia y celo mínimos parecen aconsejar el oírles separadamente, preguntarles si han leído con detenimiento el convenio y ponderado lo que significa y en que se traduce en la realidad; si tienen la seguridad de que lo pactado se acomoda a lo que querían; si puede ser efectivamente cumplido, o si lo aceptan aun a sabiendas de que es poco probable que pueda serlo; si ha habido algún tipo de presión, directa o indirecta, o de condicionamiento para llegar a ese acuerdo, etc. Creo que todo esto es más importante que otros aspectos formales del convenio a los que a veces se presta atención preferentemente." ⁸⁸

⁸⁸ RIEVERO HERNANDEZ, Francisco, *ob. cit.* nota 19, pp 227. 228

Ahora bien, en el caso de presentarse un cambio en las circunstancias que determinaron el contenido del convenio, puede solicitarse la modificación de la cláusula en que se regula el supuesto que prevalecía al momento de la suscripción del mismo, o en el peor de los casos, habrá de solicitarse la modificación del convenio en su totalidad, con fundamento en el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles. La situación que no se regula en nuestro Ordenamiento, es aquella en la cual de común acuerdo o por conveniencia personal, las partes decidieran en un momento determinado variar el régimen de convivencias contenido en alguna de las cláusulas; luego entonces ¿Deberán presentarlo a una nueva aprobación judicial como producto de una mera alteración sustancial en el cambio de circunstancias? ¿Podría un menor - por sí mismo o por medio de representante- demandar la modificación del régimen de convivencia, por contar sea con dos o diez años más de edad, de la fecha en que se aprobó dicho convenio? Es sin duda probable la posibilidad de modificar cláusulas o el convenio en sí en los supuestos planteados, sin embargo no se acaban las interrogantes, pues en este punto surgen las hipótesis que permitirían impugnar la nulidad de una cláusula o del convenio aprobado judicialmente, ¿Podrá impugnarse dicho convenio por adolecer de vicios del consentimiento o por contener cláusula contraria a la moral o al *derecho*? ¿Sería válido un convenio en que uno de los cónyuges renuncie, por ejemplo, a mantener una relación de convivencia y un régimen de visitas por cualquier causa, y que ha sido aprobado formalmente por un *juez*? Para responder a tales interrogantes me remito a la opinión vertida por el Magistrado Francisco Rivero Hernández: "La aprobación judicial no puede sanar algo que era nulo *ab origine*, pues ella, a través del control de legalidad y del examen de su contenido sólo puede incidir en el convenio en el ámbito de su eficacia, haciéndolo ejecutivo por la vía de apremio, o negándosela si no hay aprobación, pero no más... parece claro que ésta no puede sanar pactos o acuerdos concretos en abierta contradicción con normas o con principios esenciales de

nuestro sistema jurídico conformadores de lo que viene llamándose orden público familiar." ⁸⁹

En este rubro de ideas, sería conveniente que se encontrara normado el procedimiento de impugnación de la nulidad de un convenio o cláusula del mismo, para evitar caer en arbitrariedades como sucedió en el juicio de divorcio voluntario radicado en el juzgado 18 de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, expediente 658/95, ⁹⁰ en el cual, en la cláusula cuarta del convenio la divorciante "renunció a obtener pensión alimenticia para ella, cuando de hecho no percibía ingreso alguno para su subsistencia", -pacto contrario a lo preceptuado en los artículos 321 y 2950 fracción V del Código Civil- aún así, fue aprobado por el señor juez Licenciado Gustavo Garduño Navarro, quien además desestimó procedente la vía incidental de nulidad de dicha cláusula cuarta del convenio de divorcio voluntario, que se planteó con apoyo en los artículos 92 y 94 del Código de Procedimientos Civiles, en relación con los artículos 288 párrafo segundo, 321 y 2950 fracción V del Ordenamiento mencionado, siendo la sentencia interlocutoria además confirmada en el tomo 3283/98/2 por la Catorceava Sala del Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, siendo ponente el Magistrado Manuel Bejarano y Sanchez. Afortunadamente por sentencia de seis de mayo de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Licenciado José de Jesús González Ruiz, Juez Segundo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal, expediente 139/99-II, dichas sentencias fueron consideradas violatorias de las garantías constitucionales de la divorciante a quien se le concedió el amparo y protección de la justicia; habiendo además declarado en el párrafo tercero foja 50, "que la vía incidental empleada en la tramitación de la acción de nulidad de la cláusula cuarta del convenio es la correcta...(porque)...se pactó una renuncia que la ley

⁸⁹ RIVERO HERNANDEZ, Francisco, ob. cit, loc. cit. p p. 232, 233.

prohíbe...misma que debió haber sido rechazada por el juez por ser contraria al orden público." ⁹¹

⁹¹ JUZGADO DÉCIMO OCTAVO DE LO FAMILIAR EN EL DISTRITO FEDERAL, Expediente 658/95, Archivo JUZGADO DÉCIMO OCTAVO DE LO FAMILIAR

CAPITULO VII

CUMPLIMIENTO Y PROTECCION AL DERECHO DE CONVIVENCIA PATERNO-MATERNO FILIAL.

1. Cumplimiento del régimen jurídico del *derecho de convivencia paterno-materno filial*.-

Anteriormente quedó establecido, que el *derecho a la convivencia paterno-materno filial* debe entenderse como un derecho-deber del titular, que se le ha concedido, en beneficio principalmente del menor. Para ejercer este derecho-deber, primeramente debe manifestarse como un acuerdo de voluntades, plasmadas en un convenio o bien -de no lograrse éste- en una resolución judicial, de la cual derivará la facultad para las partes de obtener la observancia recíproca de ciertas conductas; en cumplimiento a los requisitos y condiciones que las califican; y que les permitirá permanecer, ligados en una relación jurídica obligacional, así como estar autorizados para exigir se ejecut² el contenido de las conductas comprometidas por ambas partes en dicho instrumento.

El progenitor beneficiario de éste derecho debe conducirse en el ejercicio del mismo, con plena conciencia de la dignidad humana que inviste el menor como su guardador jurídico. El progenitor beneficiario deberá ejercer su derecho así como las conductas que lateralmente estén contenidas en el mismo, conforme al modelo de conducta social que se ajuste a las valoraciones ético-sociales de la conciencia imperante; es decir, deberá ejercitar su derecho conforme a las exigencias de la buena fe, además deberá tratar con absoluto respeto al guardador del menor así como comportarse honrada y dignamente con el menor.

Al respecto, el Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra, en su obra Instituciones de Derecho Civil, en el capítulo referente al incumplimiento de las obligaciones; señala: "... hemos tenido presente que el régimen de la autonomía de la voluntad, ha elevado la obligación contractual al carácter de regla, con un substrato de amplia dimensión moral. Así tradicionalmente se manifiesta el apotegma *pacta sunt servanda*, que imperativamente señala: los pactos han de ser observados, esto es: cumplidos."⁹²

Ahora bien, sin el afán de internarnos en la Teoría General del sistema de las obligaciones, es importante destacar -como quedó asentado en las líneas precedentes- que el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el convenio pactado o en la resolución judicial que determina el régimen de convivencia, implica ante todo un comportamiento moral virtuoso, digno de un progenitor responsable, el cual únicamente persiga poder elevar el nivel de desarrollo de su menor hijo, e infundirle principios de validez universal; teniendo en cuenta ante todo que el ser humano en sí mismo es y debe ser una persona moral, lo cual le da el valor, de no poder ser comprado en el mercado.

Por todo esto, deberá el beneficiario de ésta institución, orientar su conducta a cumplir con muy buena voluntad las obligaciones que le resulten de la convivencia con el menor; como será alimentarlo de manera adecuada y conforme a su edad y necesidades, a cuidarlo con cariño, según las circunstancias, vigilar su salud física; proporcionándole atención médica apropiada en el evento de una enfermedad o accidente; cubriendo los respectivos gastos médicos, en fin dispensándole un trato afectuoso, cálido y natural y sin colmarlo de caprichos que redundarán en perjuicio del guardador jurídico, etcétera.

Es en este segundo perfil del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del régimen de convivencia, en el que encuadra entonces lo

⁹² MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, ob. cit. número 6, T. VI segunda parte, p.528

preseptuado en artículo 2062 del Código Civil vigente, que al tenor dice: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido"⁹³

Ahora bien, estimamos que el cumplimiento de las obligaciones a que esta sujeto el guardador jurídico, deben desempeñarse bajo las mismas condicionantes de la conducta de moralidad y buena voluntad necesarias para el responsable último del desarrollo y educación del menor, quien tiene el derecho de retener la mayor parte del tiempo al menor, y la obligación de facilitar de buena fe la comunicación, convivencia y en fin todo lo que conlleve a mantener las relaciones entre el menor y el otro progenitor. Al respecto el Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Gabriel García Cantero, comenta en su trabajo "En Torno al Derecho de Visita": "El ejercicio del derecho de visita exige una colaboración de ambos progenitores que, en defecto de reglas precisas, ha de estar presidida por el principio de la buena fe.

"Por parte del progenitor que lo tiene bajo su guarda, grava sobre él el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de su asistencia a los centros de enseñanza, las actividades que pueden ser coincidentes con el ejercicio de la visita, etc. No podrá bajo ningún pretexto impedir la comunicación telefónica y epistolar con el menor, con riguroso respeto al secreto de la misma. Todo cambio en la situación de hecho del guardador del menor deberán ser comunicados oportunamente al titular del derecho de visita a fin de que éste no resulte inefectivo; por ej. por haber salido de vacaciones, por cambio de domicilio, por cambio de colegio o de estudios.

"Tampoco podrá pretender el titular del derecho de visita ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado según las circunstancias del caso. Si el niño se encuentra en cama aquejado de un proceso febril, no podrá pretender

⁹³ CÓDIGO CIVIL, ob. cit. número 72, p. 367.

su padre llevárselo de paseo aunque el Juez le haya concedido hacerlo durante dos horas todos los fines de semana. Tampoco podrá imponer a la otra parte gastos considerables o desproporcionados con las circunstancias (por ej. exigiéndole un desplazamiento en avión porque el padre ha ido a vivir al extranjero)." ⁹⁴

Resulta fácil comprender que de la correcta realización del régimen convenido por las partes o de aquel que haya sido impuesto judicialmente en la sentencia, se desprende su efectivo cumplimiento, en el cual se propician las relaciones personales; por lo que no ajustar su conducta a ese esquema, supone una actuación abusiva e ilícita. Es ésta cuestión la que marca el carácter bifronte de nuestro derecho de convivencia, sea que se le considere como bendición o como tragedia.

2 Incumplimiento del régimen jurídico de convivencia paterno-materno filial.

Podemos manifestar que hay un evidente incumplimiento del régimen de convivencia cuando éste se cumple sólo ocasionalmente o a veces, sea parcial, irregular o defectuosamente, sólo las veces que convenga a una de las partes, con abusos o mala fe, o cuando se cumple bastante mal, muy mal o no se cumple en absoluto.

Roberto Molina Pasquel, en su obra: *Contempt of Court*, (Desacato a la Corte) en el temario de Correcciones Disciplinarias y Medios de Apremio, hace una amplia referencia a la situación de desobediencia y obstrucción a la justicia o a la dignidad de un tribunal y al respecto escribe: "Los conceptos de *Contempt* (desacato) como género y de *Contempt* (desacato) como especie, han sido elaborados por la jurisprudencia inglesa y norteamericana en innumerables

⁹⁴ GARCÍA CANTERO, Gabriel, "En Torno al Derecho de Visita" "*El Derecho de visita. Teoría y Praxis*". VILADRICH, Pedro -Juán, "dir.", Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Segunda Edición, España, 1982, p.251.

fallos de los que tratadistas anglosajones han aprovechado sus definiciones, todas coincidentes en el contenido y casi todas en la expresión.

"Dangel define el *Contempt* (desacato) como lo había hecho muchos años antes, en el Corpus Juris, Alex R. Jones: <<menosprecio o desobediencia a los proveídos u órdenes de un cuerpo legislativo o judicial; o bien interrupción de sus procedimientos por conducta desordenada o lenguaje insolente, ya sea en su presencia o tan cerca de él que perturbe los procedimientos o menoscabe el respeto debido a tal cuerpo>>. Y define el *Contempt of Court* (desacato a la Corte) como <<el menosprecio a la autoridad de un tribunal; la ofensa contra un tribunal de justicia o una persona en quien han sido delegadas funciones de soberanía; es una desobediencia al tribunal; la oposición o desprecio a su autoridad, a su dignidad o a su justicia>>. Frecuentemente consiste en que un litigante haga lo que le ha sido prohibido hacer, o en que no haga aquello que le ha sido ordenado, mandado o requerido que hiciese por resolución, orden o proveído del tribunal.

"El Corpus Juris define el *Contempt of Court* como <<la desobediencia a un tribunal por actuar en oposición a su autoridad, a su justicia o a su dignidad>>...

"El Diccionario Black dice que *contempt* es <<contumacia; la voluntaria desatención a la autoridad de un tribunal de justicia o cuerpo legislativo, o desobediencia a sus órdenes legítimas>>. El *contempt of court* se comete por una persona que ejecuta algún acto en voluntaria contravención a la autoridad o dignidad del tribunal, o que tienda a impedir o frustrar la administración de justicia; o por quien siendo ante la autoridad del tribunal parte en sus procedimientos, voluntariamente desobedece órdenes legítimas o deja de cumplir con algún compromiso contraído...

"Cualquier intervención o intromisión desautorizada respecto a bienes o a personas en custodia conforme a la ley, es *contempt*. Una persona en custodia que escapa o permite ser rescatada es culpable de desacato; y cuando la custodia de un menor es controvertida en un juicio de divorcio, el hecho de que el demandado se rehuse a revelar al tribunal dónde se encuentra el menor, es desacato..."⁹⁵

Ahora bien, sabemos que en nuestra legislación civil, el régimen de convivencia familiar, está ayuno de normas que lo reconozcan como tal y regulen la imposición de un régimen jurídico para las partes, por lo que no es sorprendente que, de igual manera, no exista norma eficaz aplicable para el caso que se presente el incumplimiento del mismo.

A mayor abundamiento, ya se consideran en líneas anteriores que la institución que el *derecho de convivencia paterno-materno filial* representa, no se desprende ni presenta plena analogía con la suspensión o pérdida de la patria potestad o de la guarda y custodia; pues aunque ya se consideró cómo nuestra doctrina jurisprudencial identifica y considera latente dentro del *derecho de visita*, el *derecho de convivencia* y dentro de éste, el derecho de guarda y custodia; al respecto, debe puntualizarse que mientras el derecho a la convivencia -en sentido estricto- no comporta más que contactos episódicos con los hijos; convirtiéndose en un derecho circunstancial, temporal y alternativo, en el que aunque se pueda dar la sustracción del menor, del ámbito de su hogar y del poder de su guardador; a contrariu sensu la convivencia jurídica difiere de las facultades que la guarda y custodia jurídica confieren al derecho del guardador como son retenerlos consigo, y dirigir la vida y gobierno del menor; convirtiéndose éste en un derecho constante; lo que muestra que ambos derechos son autónomos y por lo que debe considerarse inconveniente suponer asimilable el primero al segundo. Sin embargo, la carencia de

⁹⁵ MOLINA PASQUEL, Roberto, CONTEMPT OF COURT, Correcciones Disciplinarias y Medios de Premio, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1954, pp. 22-24, 115.

normatividad con respecto a la institución que nos ocupa y la proximidad de supuestos así como la finalidad de los remedios impuestos a los problemas que se presentan con relación a los derechos de guarda y custodia y patria potestad; justifican mirar "mientras tanto" en éstas instituciones, la senda de una solución razonable que se emplee para situaciones parecidas. Confirma nuestro dicho la siguiente:

Tesis Seleccionada

Instancia: Tercera Sala

Epoca: Quinta Epoca

Localización

Instancia:		Tercera		Sala
Fuente:	Semanario	Judicial	de	la Federación
Parte		:		LXVIII
Tesis:				
Página:	1012			

Rubro

DIVORCIO, SITUACION DE LOS HIJOS EN CASO DE.

Texto

La perdida o suspensión de la patria potestad, en los casos de divorcio, no es propiamente una pena, sino una consecuencia de la disolución del matrimonio, que obedece a razones de orden moral y social; de manera que aun no existiendo precepto que literalmente regule la situación de los hijos, en un caso concreto de divorcio, para hacer esa regulación, debe atenderse a las reglas de interpretación y a la aplicación analógica, de las normas pertinentes, ya que el propósito del legislador ha sido el de que se defina la situación en que vayan a quedar los hijos, una vez divorciados los padres, debido, entre otros motivos, a la dificultad material de que estos siguen ejerciendo conjuntamente la patria potestad, lo que de seguro ocasionaría frecuentes conflictos, con notorio perjuicio del cuidado y educación de los menores.

Precedentes

Barbosa Julio. Pág. 1012. Tomo LXVIII. 22 De Abril De 1941. 5 Votos.

Tenida consideración de la problemática que surge en y por el *derecho de convivencia*, estimamos que de presentarse la situación de incumplimiento o desacato al régimen de convivencia establecido, primeramente será al juez a

quien deba ponerse en conocimiento para que él mismo decida lo que proceda, pues dependiendo de las circunstancias del caso, deberá imponer desde un simple apercibimiento, hasta la suspensión o pérdida del *derecho a la convivencia*.

En nota al pie de página, Francisco Rivero Hernandez señala: "Con referencia al Derecho suizo, dice Marthaler que <<la reprensión del abuso del derecho de visita puede ir desde la simple reprensión hasta la prisión (en caso de sustracción del menor), pasando por la supresión o la suspensión del derecho, **la vigilancia** y la limitación de las visitas, la multa disciplinaria o penal y los arrestos por desobediencia a la autoridad>>".⁹⁶ (El énfasis es mío).

Por otra parte, como abogado(a) litigante, se debe tener especial cuidado a no inducir deliberadamente al cliente a demandar que se impongan restricciones o penas por incumplimiento del Régimen jurídico de convivencia estipulado por cualquier circunstancia no trascendente; pues ha de tenerse presente ante todo que el derecho de convivencia se establece siempre en beneficio e interés del menor; por lo que la ética profesional del abogado(a) deberá aconsejar dicha solicitud únicamente para el caso de que de no llevarse a cabo tal, se cause un perjuicio al menor. Por tanto, para el caso de que una demanda se presente ante el *juez* del conocimiento, éste deberá tener presente dicho interés o beneficio del menor y resolver restringiendo o apercibiendo al incumplido con alguna medida de apremio eficaz, en el entendido que de continuar con la conducta que se le imputa, perderá el derecho a ejercer el régimen jurídico de convivencia con el menor, de acuerdo a lo que las circunstancias concretas aconsejen, porque de continuar dicho incumplimiento -como ya se dijo- éste puede ser perjudicial para el menor.

⁹⁶ RIVERO HERNANDEZ, Francisco, ob. cit. nota número 19, p. 281.

El autor Luis Zanón Masdeu, hace una interesante reflexión acerca de las restricciones que deberán imponerse al régimen de convivencia en caso de incumplimiento al mismo; mencionando la suspensión así como de la supresión y protección del *derecho de convivencia*; por lo cual transcribo su criterio intercalando una Tesis Jurisprudencial de nuestra jurisdicción:

"...este citado derecho únicamente se podrá limitar o incluso suspender su ejercicio si se dan graves circunstancias que lo aconsejen o se incumplieren grave y reiteradamente los deberes impuestos en la Resolución judicial.

"El artículo 94 del Código civil, que tipifica el *derecho de visita* manifiesta que:

El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si de dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la Resolución judicial." ⁹⁷

Al respecto transcribo la Sentencia de la Audiencia Provisional de Tarragona de fecha 23 de junio de 1994; la cual establece doctrina obligatoria con relación a la suspensión del *derecho de convivencia*, en los siguientes términos:

"<<Más delicado resulta el punto referido al establecimiento de un concreto régimen de visitas y su posibilidad de efectivo cumplimiento en este caso sirviendo al fin que debe estar encaminado: el normal desarrollo afectivo de los menores con ambos cónyuges y las buenas relaciones familiares. La situación actual presenta problemas de grave desequilibrio psicológico y emocional hasta el punto de que los menores han prescindido de la figura paterna con síntomas claros de rechazo aparecido con posterioridad al conflicto

⁹⁷ ZANON MASDEU, Luis, ob. cit. nota número 39, p 105

matrimonial, lo que ha ido deteriorando progresivamente sus relaciones con el padre hasta hacerlas casi inexistentes y de imposible cumplimiento impuesto. Ante tan preocupante y dura realidad tanto para los menores, altamente afectados por el conflicto, como para el padre en el que se ha detectado, a consecuencia de la situación, un cuadro de alteración psico-emocional con síntomas de ansiedad y pérdida de autoestima, únicamente cabe la adopción previa de medidas de reestructuración psico-afectiva tanto de los niños como del padre encaminadas a su normalización emocional, tal y como aconseja el SAOS y el Ministerio Público, que permitan tras ello que se produzcan contactos entre ambos exentos de conflictos y beneficiosos para su personalidad. En consecuencia, ha de acordarse por el momento la suspensión del régimen de visitas y el inicio de la intervención terapéutica recomendada por el SAOS y solicitada por el Ministerio Fiscal hasta tanto los profesionales del servicio consideren adecuada la reanudación del régimen de visitas, para lo cual deberán informar al Juzgado semestralmente sobre su evolución.

Debe, por tanto, revocarse en este extremo, lo dispuesto en la Sentencia de Instancia en cuanto a la posibilidad de fijar los cónyuges de común acuerdo el régimen de visitas de acuerdo con la voluntad de los hijos, ya que no cabe mutuo acuerdo entre ellos en este momento debido al deterioro complejo de las relaciones que se han producido, y a su vez existe una voluntad contraria y de rechazo de los hijos respecto al contacto con el padre, por lo que se habrá de acudir -como el propio fallo de la Sentencia indica- establecer en un momento un concreto régimen de visitas por el Organo Judicial, que se adecue a la situación psicológica y afectiva que presenten los niños y el padre tras el tratamiento terapéutico a seguir en el SERVEI D'ASSISTENCIA I ORIENTACIÓ SOCIAL DE LA

⁹⁸ Idem. p. 111, 112

En este punto resulta interesante verificar lo que en nuestro país se dice, con respecto a nuestro tema, en la siguiente tesis jurisprudencial:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

**Epoca: Octava
Epoca**

Localización

Instancia:	Tribunales	Colegiados	de	Circuito
Fuente:	Semanario	Judicial	de la	Federación
Parte:	:	III	Segunda	Parte-1
Tesis:				
Página:	411			

Rubro

INTERDICTOS DE RETENER LA POSESION DE UN MENOR.

Texto

En la sentencia que resuelve el interdicto de retener la posesión de un menor, promovido por la madre ante la amenaza del padre de perturbar dicha posesión, si es factible acceder a la petición de la actora de suspender los efectos del convenio, aprobado judicialmente en el divorcio por mutuo consentimiento, en lo tocante a la adquisición, por la primera, de la custodia del citado menor, y del segundo, al derecho de sacar a éste determinados días de la semana pero con la obligación de retornarlo el mismo día, si la causa en que se apoya tal solicitud se hace consistir en que al ejercitar el padre ese derecho en una ocasión anterior, retuvo al hijo por varios meses con palpable violación al mencionado convenio. Efectivamente, en principio no existe precepto alguno que disponga que una sentencia pronunciada en un interdicto de retener no pueda producir la consecuencia de suspender en sus efectos, en cierta medida, a aquella otra que, a su vez, aprobó el convenio presentado en el juicio de divorcio por mutuo consentimiento. Además, es de sobra conocido que los fallos de la naturaleza apuntada no alcanzan la autoridad de la cosa juzgada y tutelan exclusivamente la posesión provisional (lo que significa que la suspensión de los efectos del convenio en cuanto al derecho del padre, puede ser cambiada porque no es definitiva), máxime que precisamente esas mismas características tienen las resoluciones que deciden, entre otros temas, sobre el ejercicio y la suspensión de la patria potestad. En la inteligencia de que, con el objeto de que la situación no quede indefinida, la autoridad que resuelva sobre el particular debe fijar el plazo que estime prudente para que la

actora demande, en juicio por separado, la respectiva modificación del convenio, con el apercibimiento de tener por levantada la suspensión si no lo hace. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Precedentes

Amparo directo 846/88. María Alejandra Ochoa Sánchez. lo. de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Luis Rubén Baltazar Aceves.

Apoyamos lo anterior con la explicación que agrega Luis Zanon Masdeu, en el sentido de que: "...El artículo 94 del Código Civil sienta el principio de que se podrá limitar o suspender el ejercicio del derecho de visita si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la Resolución judicial y entre estos deberes se encuentra el derecho de visita."⁹⁹

Otra probabilidad que puede desprenderse del incumplimiento de los deberes de convivencia, por parte del progenitor beneficiario para con un hijo menor, es aquel que debe decretar la pérdida de dicho derecho, -previo procedimiento- ya sea por decisión del *juez*, e incluso por petición del mismo menor. Al respecto Luis Zanon Masdeu, considera: "La supresión del *derecho de convivencia* presupone la extinción de dicho derecho".¹⁰⁰ Con respecto a lo anterior estimo que la supresión del derecho de visita presupone la privación del ejercicio de dicho derecho y no así la extinción del mismo como afirma el autor en cita, pues en primer lugar, como ya se consideró anteriormente, en materia familiar no hay cosa juzgada, porque no desaparecen los efectos de la relación jurídica filial, y por ende tampoco puede desaparecer el derecho a convivir y, en segundo lugar, del estudio del Sistema de la Teoría de las obligaciones, se desprende que éstas se extinguen básicamente, por el pago o cumplimiento de las mismas, o por la muerte del acreedor, y no así por su incumplimiento, como es el caso del estudio en cuestión.

⁹⁹ Idem p. 108.

¹⁰⁰ Idem. p. 116

Podemos constatar que en el texto del Código civil español, no se utilizan los vocablos supresión, privación, o pérdida; seguramente por la problemática que representa el sentido que se quiera dar a la interpretación de los mismos, así como el alcance temporal con que se quiera entender el vocablo supresión; Sea que se utilice como sinónimo de pérdida o privación del derecho, y/o si se refiera con un alcance temporal provisional como de suspensión. Para evitar confusiones, es aconsejable seguir el sistema que adopta el Código Civil para el Distrito Federal, en su Libro Primero, Título octavo, Capítulo tercero, el cual se titula: "De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad".

Ahora bien, el procedimiento legalmente establecido para resolver cualquier cuestión que, con independencia del principal, surja en un proceso, es el proceso incidental y; por lo que respecta a la suspensión del *derecho de convivencia*, se estima que éste es el adecuado y sólo excepcionalmente se podrá resolver en período de ejecución de Sentencia en casos muy concretos y cuando la medida que se solicita tenga carácter de urgencia

En otro orden de ideas, sabemos que con frecuencia se presenta el incumplimiento al régimen de convivencia por parte del guardador, cuando el beneficiario mantiene una conducta de no cumplimiento a lo acordado en el convenio de divorcio, especialmente en lo que se refiere al pago de la pensión alimenticia determinada en el mismo, o decretada provisional o definitivamente por resolución judicial; situación que afecta en gran manera a mantener una relación de armonía entre las partes, y que conlleva a complicar la convivencia de los mismos con el menor. En este punto se le plantea al juez el problema relativo al factor de subordinar el cumplimiento del régimen jurídico de convivencia, al pago de la pensión alimenticia. Al respecto, el mismo Luis Zanon Masdeu transcribe interesantes sentencias, la primera corresponde a la Sala 3ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de diciembre de 1987 en la que se estima que.

<<El padre no podrá ejercitar el régimen de visitas acordado si no justifica hallarse al corriente en el pago de la pensión alimenticia.>>

Sin embargo, las Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona, Sala 1ª, de 16 de junio de 1988; de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sala 16 de 17 de abril de 1989 y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sala 14 de 30 de enero de 1990, que declaran:

"<<No procede subordinar o condicionar el pago de las pensiones de alimentos para los hijos al cumplimiento del régimen de visitas por ser derechos y deberes de entidad propia y autónoma, siendo aquél un derecho natural y vital de los menores, que no puede resultar condicionado o subordinado a contraprestación alguna. El subordinar el pago de la pensión por parte del padre al cumplimiento por la madre del régimen de visitas que se concede al primero, debe calificarse la decisión como contraria a derecho y, por ende, totalmente improcedente; el derecho natural y vital del menor a ser alimentado, no puede resultar condicionado o subordinado a contraprestación alguna; no se trata de vínculos bilaterales cuya exigencia viene sujeta a una reciprocidad en su prestación, sino de derecho y deberes de entidad propia y autónoma que, incorporados al menor por virtud de su específica protección jurídica, le deben ser prestados, con exigencia legal a los obligados, que en su continuación de incumplimiento, pueden incurrir en responsabilidad penal que tanto de oficio como a instancia de parte les puede ser exigida a los efectos, de estimular su voluntad contraria de incomprensible resistencia a la prestación de sus esenciales y trascendentes deberes; siendo de resaltar que el Juzgador de Instancia, actuando con plenitud su jurisdicción puede dinamizar sus facultades legales para superar la incuria y lesividad de las partes.>>"¹⁰¹

Al respecto se debe expresar la opinión en el sentido de estar de acuerdo con éste último criterio, pues sustentar lo contrario arriesga a privar al menor,

¹⁰¹ IBIDEM

privarlo del derecho a percibir la pensión alimenticia decretada a su favor; puesto que la pensión alimenticia puede constituir la diferencia en un momento dado entre vivir y sobrevivir, por lo que la misma se constituye como un deber imperativo, que no puede subordinarse a ninguna clase de contraprestación, y su incumplimiento debe entrar en la esfera punitiva, concretamente, en el área Penal

Este último autor citado, también refiere que en la doctrina española se ha planteado el atribuir la guarda y custodia compartida a los progenitores - probablemente con miras a eliminar de un plumazo la cuestión del *derecho a la convivencia*- y la cual consiste en permitir a los dos progenitores el ejercicio conjunto de la autoridad paterna; ya que dice, en Francia éste sistema se practica en los divorcios voluntarios, en los que los cónyuges están de acuerdo en educar conjuntamente a sus hijos.¹⁰²

Por nuestra parte, sabemos que en nuestra legislación no se considera la aplicación de la guarda y custodia compartida, seguramente por que es normalmente, la patria potestad sobre los hijos la que se comparte. Sin embargo sería de gran enriquecimiento jurídico, realizar una investigación formal, tomando en cuenta especialmente los estudios psicológicos y psiquiátricos que en el área de desarrollo humano existan, para poder opinar acerca de la conveniencia o inconveniencia de la aplicación de dicha institución para algunos casos.

3. Medidas de prevención y protección al probable incumplimiento del *derecho de convivencia paterno-materno filial*.

Ahora bien, la protección que un sistema jurídico nacional debe brindar a cualquier institución jurídica, es de probada experiencia que la única manera efectiva de garantizar que la actuación de las partes en conflicto estará

¹⁰² Cfr ZANON MAZDEU, Luis, ob cit. número 39, p. 109

apegada a derecho, se otorga mediante los instrumentos jurídicos -tanto preventivos como de defensa-, que coercionarán la conducta de los mismos, hacia su debido y puntual cumplimiento.

Este tema reviste un problema teórico y práctico de la mayor importancia y gravedad, pues de no cumplirse los fines del mismo, se afectan no nada mas los intereses de los progenitores del menor, sino también se obstaculiza el debido cumplimiento del ejercicio de un derecho inherente al mismo menor, que resulta ser el más perjudicado e indefenso ante dicha controversia.

Es indudable, que los progenitores responsables, que aman y buscan darle lo mejor a su menor hijo, difícilmente arriesgarán perder un derecho concedido con la posibilidad de que se atribuya la guarda y custodia del menor al titular del derecho de convivencia, y viceversa; sólo por cumplir un mero deseo de venganza o de desquite, contra la otra parte; sabiendo que está de por medio una sanción dolorosa, no solo para el incumplido, sino incluso para el mismo menor. Es por ello que se considera conveniente la inclusión como protección jurídica preventiva, de las siguientes: a) cláusula de estilo -sea consentida por las partes u ordenada por el juez- en la que se determine la pérdida de la guarda y custodia o del *derecho de convivencia*, con la atribución del mismo a la otra parte, para aquel que incumpla el régimen jurídico convenido u ordenado, sin que exista una razón fundada y motivada de peso, que demuestre que tal conducta se ha encaminado a salvaguardar el mejor interés del menor. b) De la misma manera precisar que son admisibles las *astreintes* o medios de apremio, como medidas genéricas de coerción, las cuales serán impuestas por el juez, c) Dejar claro que son inadmisibles jurídicamente las medidas de *retorsión* o venganza bajo ningún pretexto, ni ninguna circunstancia; d) Señalar la necesidad de aceptar vigilancia profesional durante la convivencia con el menor, sea por medio de curador, trabajador social, o del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia DIF; para el evento de surgir un conflicto o circunstancia grave que así lo requiera. e) Prever para el supuesto de que el derecho de convivencia sea vulnerado por alguna de las

partes, se recurrirá -vía judicial- a la ejecución *manu militari* de dicho régimen y por último; f) referir las sanciones penales a que se hará acreedor quien incumpla dicho régimen al desobedecer una orden de la autoridad judicial.

Al abordar la problemática de la protección que merece nuestro *derecho*, debo apuntar que en el desarrollo de la presente labor, se ha insistido en lo indebido que resulta que nuestro ordenamiento positivo, carezca de disposición alguna acerca del reconocimiento y ejercicio del *derecho de convivencia paterno-materno filial*, así como de los lineamientos que deben regirlo, y la manera de prevenir o resolver los problemas que se puedan presentar durante el procedimiento o después de ejecutoriada la sentencia que establezca un régimen de convivencia; por lo que se debe hacer un llamado serio a nuestras autoridades, a fin de promover primeramente ante el Poder Legislativo, que se reconozca, tipifique, regule y garantice civil como penalmente; el *derecho a la convivencia paterno-materno filial*; sin olvidar incluir los lineamientos mínimos que habrán de determinar cada uno de los regímenes jurídicos de convivencia que surjan consensualmente o a través de resolución judicial. De la misma manera deberán implementarse las reformas pertinentes a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, para que el Estado provea los equipos médicos y técnicos especializados que coadyuven en la debida implementación de regímenes de convivencia convenientes y vigilen su debido cumplimiento. Además los gobiernos estatales como el Federal, deberán facilitar el otorgamiento del uso de casas o espacios adecuados, para que dentro de un marco que garantice la seguridad del menor éstas convivencias se realicen; puesto que sólo teniendo la posibilidad de ejercer dignamente el derecho de convivir fraternalmente, entre progenitor e hijo menor separados; puede gozar de prestigio y respeto ésta institución,

Es también menester promover ante el Poder Ejecutivo, la urgente necesidad que existe, en relación a que desde el momento en que éste o el poder judicial tengan conocimiento de que una familia se encuentra en crisis, -sea con la admisión de una demanda, o a través de alguna denuncia que se interponga ante el Ministerio Público o que se acuda al Instituto Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia- se le brinde servicio social especializado, para esas familias mexicanas que se encuentran en un momento de desmembramiento y conflicto, y proveer los equipos interdisciplinarios especializados en atención a la familia; particularmente a la infancia, a la adolescencia y a los progenitores; los cuales deberán reportar las evaluaciones efectuadas, con el fin de *informar al juez el cuadro clínico que se presenta en principio, así como la evolución del conflicto y el probable beneficio o perjuicio que le reportaría al menor mantener un régimen de convivencias con alguno de sus progenitores.*

El estudio de las reformas a proponer rebasa el propósito del presente trabajo, por lo que únicamente se señala la regulación de medidas preventivas y de vigilancia y control que se contienen en los siguientes ordenamientos foráneos:

a) Derecho español, El artículo 90 del Código Civil, último párrafo, dispone que "El juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

"Art. 91 ...el Juez, en defecto de acuerdo [...] determinará [...] las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, [...] y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna

"Art. 158. El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará:

2º Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular.

3º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

"Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. " ¹⁰³

En cuanto a la vigilancia y buen funcionamiento del cumplimiento del *derecho de convivencia*, señala Francisco Rivero Hernández que en Cataluña, existen equipos de atención a la infancia y adolescencia, dependientes de la *Secció Territorial d'Atenció a la Infància (Departament de Benestar Social)*, en el cual coadyuvan psicólogos y educadores en la supervisión y valoración de la convivencia entre progenitor e hijo separados; proporcionando a los juzgados la información pertinente periódicamente y emitiendo su opinión acerca de ampliar, desistir o continuar con dicho régimen. Añade que además, existe un centro de convivencias conflictivas, dependiente de la *Direcció general d'Atenció a al Infancia (Departament de Benestar Social)*, para la realización y cumplimiento de la convivencia que se debe llevar a cabo bajo vigilancia especializada, para los casos particularmente difíciles, donde se les brinda a los interesados días y horas determinadas para que tengan lugar sus relaciones personales. El mismo autor en cita proporciona el contenido que al respecto se preceptua en la normatividad suiza, italiana, francesa y española:

b) Derecho suizo. La nueva Ley de filiación de 25 de junio de 1976, Art. 308 del Código Civil suizo, establece la vigilancia del cumplimiento de las relaciones personales por medio de un "curador" nombrado por la autoridad tutelar, para cuando las circunstancias así lo exijan. Además señala Francisco Rivero

¹⁰³ Código Civil español, ob cit. pp 138, 169, 170

Hernández que para intimidar al progenitor que se oponga al ejercicio regular del régimen jurídico de convivencia establecido, éste Derecho suizo ha implementado sanciones enérgicas; tipificando conductas en preceptos más o menos genéricos, para proteger el *derecho a la convivencia*; aplicando el artículo 292 del Código penal suizo, que sanciona el delito de insoumission á une décision de l'autorité, -delito de desobediencia a la autoridad, con arresto de hasta tres meses, o multa hasta de 5,000.00 (cinco mil) francos suizos.

c) Derecho italiano: El artículo 388, párrafo 2º del Código penal italiano, conmina con prisión de uno a tres años y multa de 40,000.00 a 400,000.00 (cuarenta mil a cuatrocientas mil) liras (salvo modificación reciente) a quien elude o incumpla un mandato del juez civil concerniente a la entrega o puesta a disposición para la guarda de menores o incapaces.

d) Derecho Francés: Contempla la sanción penal contra la actitud negativa o resistente del guardador del menor que se tipifica como delito específico llamado de "*non représentation*", y que está previsto en el artículo 227.5 del Código penal (modificado por Ley 92.683m de 22 de julio de 1992), el cual es del siguiente tenor: "*le fait de refuser indument de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 100,000F. d'amende*". (El hecho de rehusar indebidamente el representar a un menor, a la persona que tiene el derecho de reclamarlo, esta penado con un año de prisión y con 100,000 francos de multa); y

e) Derecho español. El código Penal español, castiga el delito de desobediencia grave a la autoridad en su artículo 556: "los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes o los

desobedeciere gravemente, en el ejercicio de sus funciones serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año". También advierte que el artículo 223.1 del mismo ordenamiento aplica: "El que teniendo a su cargo la custodia de un menor o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave;" y el artículo 224 tipifica el delito de inducción de menores al abandono del domicilio familiar. "el que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años".¹⁰⁴

f) Ahora bien, en el ámbito del Derecho Internacional y del Derecho de Relación Transfronterizo encontramos que, el secuestro y traslado de menores por parte de alguno de los progenitores a otro país, ha determinado la cooperación internacional para la búsqueda de protección al *derecho de convivencia*; para lo cual ha celebrado convenios internacionales que procuran flexibilizar el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, en caso de existir secuestro, para conseguir la rápida y efectiva restitución del menor al país de su residencia habitual. Al respecto sólo señalaré los convenios especiales:

1) Convenio de Luxemburgo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia de menores y restablecimiento de esa custodia de 20 de mayo de 1980. Este convenio nace como un instrumento jurídico cuya finalidad se perfila a facilitar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones atinentes a la *custodia de menores* y al *derecho de convivencia* con miras a restablecer estos derechos de manera eficaz y expedita, cuando

¹⁰⁴ Cfr. RIVERO HERNANDEZ, Francisco, ob. cit. nota número 19, pp 292 - 294, 307 - 313

éstos han sido interrumpidos o son impedidos por el secuestro de un menor trasladado al extranjero.

Este Convenio descansa sobre la base de la necesidad de la cooperación judicial internacional requerida, correspondiendo a las autoridades competentes asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a las Autoridades Centrales de cada país; debiendo permanecer en estrecho contacto con las demás autoridades nacionales de su propio país, las que también deberán fungir como intermediarias.

La autora Mercedes Moya Escudero refiere que éste Convenio, interesa fundamentalmente el reconocimiento y ejecución de decisiones al tenor del artículo. 11.1: "Las resoluciones relativas al derecho de visita y las disposiciones que contengan las resoluciones relativas a la custodia y se refieran al derecho de visita se reconocerán y ejecutarán en las mismas condiciones que las demás resoluciones relativas a la custodia" -continúa la autora citada-: "El precepto incluye en su apartado 2 una importante particularidad, de cual es la posibilidad de que la autoridad del Estado requerido pueda fijar las modalidades del cumplimiento y del ejercicio del derecho de visita, respetando lo esencial del derecho atribuido en el Estado de origen, así como de resolver en cuanto al mismo en el caso de que ese extremo no viniera recogido en la decisión extranjera." ¹⁰⁵

Se puede constatar que esta norma expresa la necesaria cooperación entre autoridades, para fijar que el cumplimiento del ejercicio del *derecho de convivencia* sea efectivo; además de constituirse como el primer instrumento útil para resolver los casos de secuestro.

¹⁰⁵ MOYA ESCUDERO, Mercedes, ob., cit. nota número 34, p. 183

2) Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, Sobre aspectos civiles en la sustracción internacional de menores. Este instrumento jurídico posee gran importancia, pues en su preámbulo declara la intención de los Estados signatarios de proteger el "*derecho de visita*" y resolver los problemas de los menores que son trasladados ilícitamente a un país extranjero por uno de sus progenitores; debiendo procurar siempre, el mejor interés del menor y actuar bajo una estrecha *cooperación administrativa* de las autoridades competentes. Desafortunadamente, este Convenio centra su interés principalmente en la restitución del menor secuestrado y en el respeto, antes que en la prevención del desplazamiento ilícito.

En caso de existir secuestro y una resolución judicial extranjera sobre el derecho de guarda, debe acudirse a éste Convenio, y a la vez debe solicitarse el reconocimiento y ejecución de la resolución ante el mismo órgano *jurisdiccional civil* competente del lugar en que se encuentre el menor, basándose en la vía que concede el Convenio de Luxemburgo antes citado; porque el Convenio de la Haya resuelve problemas fácticos, pero no garantiza la homologación en México de la resolución extranjera.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Cfr. ob. cit. loc. cit. p p 178-180-

CONCLUSION.

La primera conclusión que se desprende del estudio realizado en la presente tesis, es que el *derecho a la convivencia paterno-materno filial*, es una figura jurídica constituida por características particulares, -que lo diferencian de la patria potestad y guarda y custodia-; el cual hace gala de su modernidad; ya que apenas hace unas décadas ha sido reconocido por la doctrina jurídica, especialmente en algunos países de Europa; en contraposición a los segundos, los cuales han sido acuñados por el Derecho, por milenios.

En segundo término, se aprecia que la convivencia entre padres e hijos, constituye un derecho que permite ascender a un nivel mayor de comunicación e integración social, al permitir la conjugación de las múltiples funciones que se dan en dicha relación y que son factor determinante para lograr el desarrollo *integral del menor*; en comparación con el limitado derecho de visita, el cual se debe reservar para preservar la relación de afecto del menor con otros parientes o allegados.

Además se reconoce que el *derecho a la convivencia paterno-materno filial*, es un derecho natural, subjetivo, autónomo e independiente de la patria potestad y de la guarda y custodia; así como que es un derecho relativo por no ser permanente; limitado por estar sujeto a un horario, calendario y a una extensión territorial; condicionado por estar sometido a la finalidad de fomentar una relación afectiva personal con el menor, por lo cual es intransmisible y a la vez es indelegable por cuestiones de seguridad para el menor.

Por su función y naturaleza resulta inalienable, e imprescriptible, porque no se extingue a pesar de no ser reclamado en el transcurso del tiempo; e irrenunciable porque pertenece al orden público.

La titularidad del derecho a la convivencia paterno-materno filial, es atribuida a los progenitores independientemente de que éstos sean cónyuges o no, así como de que detenten o no la patria potestad o la guarda y custodia del menor; por otro lado también se reconoce la titularidad del menor hijo, sin trascender que éste sea matrimonial o extramatrimonial, por lo que éste derecho es otorgado a favor del menor, por ser su relación filial afectiva la que se pretende proteger; por lo que en caso de conflicto, la directriz que ha de regir el criterio de solución, será la protección al interés prevalente del menor; el cual a su vez delimita la vigencia y contenido del derecho a la convivencia fraterna; constituyéndose así, la única justificación y fin del mismo.

Sin embargo, se ha constatado que este interés prevalente del menor contenido en el derecho de convivencia paterno-materno filial, no está protegido ni articulado en el derecho sustantivo ni adjetivo, lo cual genera inseguridad jurídica a pesar de que nuestro sistema jurídico, por vía de principio general del *derecho*, predica en el orden práctico el resolver por analogía, -en cuanto no puedan resolverse directamente- las controversias de convivencia filial.

Con el fin de evitar las consecuencias negativas que se derivan de la falta de regulación de la institución en comento, es imprescindible que al elaborar el convenio o resolución en el que se contenga el régimen de convivencia paterno-materno filial; se tomen en cuenta los factores que habrán de determinar los criterios que deben regir los contenidos de dicho régimen, como son: la edad del menor, el estado de salud del menor y del progenitor separado de él, el ambiente moral en el que viven ambos progenitores, los calendarios escolares y sus correspondientes épocas vacacionales, la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores, la conveniencia o inconveniencia de que

concurran otros allegados o terceras personas durante la convivencia, el régimen económico que la determinará, la delimitación de los derechos y obligaciones atribuibles a cada progenitor, así como las sanciones a que se harán acreedores los progenitores que incumplan dicho régimen.

Para garantizar la adecuada capacidad valorativa y resolutoria del *juez*, en el rubro de la institución que se comenta, es preciso, revisar la carga de trabajo que existe en los juzgados de lo familiar; para poder precisar si el tiempo y los preceptos jurídicos de los que dispone el juzgador, le son suficientes para penetrar a fondo en la problemática que cada uno de los titulares del derecho de convivencia filial presentan en cada controversia, de manera que se pueda determinar si éstos le permiten atender, regular y dirigir de manera práctica y real la vida del adulto y del niño que tiene en sus manos; por que tanto el afecto filial que reciba el menor, como el nivel de seguridad jurídica en el que se vea envuelto, moldearán su personalidad y lo proyectarán como adulto responsable o como probable repetidor de las conductas desviadas con las que creció. Es por ello que la ciencia jurídica se debe dar a la tarea de mejorar el matrimonio, sus relaciones familiares reales, convirtiendo los sucesos en ideas, y las ideas en soluciones; entre las cuales se presenta el deber, como la urgente necesidad de regular, dentro de un marco jurídico, la convivencia paterno-materno filial.

Por todo lo anterior, es preciso e inaplazable, abordar el reto que plantea la adecuación del derecho de la convivencia filial, en instrumentos jurídicos y sociales que conformen la institución, hacia niveles más justos; así como la dotación al sistema judicial de equipos de colaboración interdisciplinarios especializados dentro de una verdadera carrera de ser posible; para que en el momento en que el *juez* efectúe la valoración del convenio o dicte la resolución pertinente de no existir éste, sea él mismo, garante de que en dichas actuaciones se cumplen los lineamientos constitucionales y sustantivos que les den validez y ejecutividad a los mismos; así mismo es necesaria la

implementación de un centro de convivencia filial conflictiva dependiente preferentemente del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF); para que éste coadyuve a la realización de la convivencia filial conveniente, en los casos en que exista grave antagonismo entre las partes o se presuma peligro para el menor. Debe haber una nueva sensibilidad social para resolver todo lo que atañe al niño y a sus progenitores que han sido separados, para proporcionarles seguridad jurídica en cuanto al respeto de sus derechos, así como garantizarles el puntual y adecuado ejercicio de sus obligaciones como progenitores.

ÍNDICE

Introducción.....1

Capítulo I

EL DERECHO A LA CONVIVENCIA PATERNO-MATERNO FILIAL, EN LA FAMILIA.

1 Importancia del derecho de convivencia paterno-materno filial en la familia.....8
2 Diferencia entre el derecho de convivencia paterno-materno filial y el derecho de visita.....20
3. Legitimación de la titularidad del derecho de convivencia paterno-materno filial.....33

Capítulo II

FUNDAMENTO JURÍDICO DEL DERECHO DE CONVIVENCIA PATERNO-MATERNO FILIAL.

1 Determinación del fundamento jurídico del derecho de convivencia paterno-materno filial.38
2. Marco jurídico de la fundamentación del derecho de la convivencia paterno-materno filial..... 51

Capítulo III

NATURALEZA Y CARACTERES JURÍDICOS DEL DERECHO DE CONVIVENCIA PATERNO-MATERNO FILIAL.

1. Naturaleza y caracteres jurídicos del derecho de convivencia paterno-materno filial.....64
2. Caracteres del derecho de convivencia paterno-materno filial.78

Capítulo IV

MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE CONVIVENCIA PATERNO-MATERNO FILIAL

1. Antecedentes normativos del derecho de convivencia paterno-materno filial.....	86
2. Marco jurídico del derecho de convivencia paterno-materno filial en la legislación española.....	90
3. Marco jurídico del derecho de convivencia paterno-materno filial en el Distrito Federal, dentro del esquema de las Garantías Individuales.....	93

Capítulo V

DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE CONVIVENCIA PATERNO-MATERNO FILIAL.

1. Discrecionalidad y arbitrariedad en la determinación del derecho y régimen del derecho de convivencia paterno-materno filial.....	111
2. Conciliación de intereses y determinación de la legalidad del régimen jurídico de la convivencia paterno-materno filial.....	135
3. Determinación de las obligaciones y deberes en el derecho de convivencia paterno-materno filial.....	139

Capítulo VI

ELABORACIÓN DEL CONVENIO REGULADOR DEL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA PATERNO-MATERNO FILIAL.

1. Contenido del convenio regulador del régimen de convivencia paterno-materno filial.....	146
2. Criterios para determinar el contenido del régimen de convivencia paterno-materno filial.....	148
3. Valoración judicial del contenido del convenio en que se estipula un régimen de convivencia paterno-materno filial.....	158
4. Aprobación judicial del convenio en el que se estipula el régimen jurídico de convivencia paterno-materno filial.....	159

Capítulo VII

CUMPLIMIENTO Y PROTECCIÓN AL DERECHO DE CONVIVENCIA PATERNO-MATERNO FILIAL.

1 Cumplimiento del régimen jurídico del derecho de convivencia paterno-materno filial.....	164
2. Incumplimiento del régimen jurídico de convivencia paterno-materno filial.	167
3. Medidas de prevención y protección al probable incumplimiento del derecho de convivencia paterno-materno filial.....	178
Conclusión.....	187
Índice.....	191
Bibliografía	194

BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO R., Edgar, BUENROSTRO B., Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, Ed. Harla, México 1990.

BEJARANO Y SANCHEZ, Manuel, *La Controversia del Orden familiar*, Tesis Discrepantes, Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Publicación Especial de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, México, 1944.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel R., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, 3ª ed., Ed. Porrúa S.A., México, 1997.

DE DIEGO-LORA, Carmelo, "El Menor, Centro de Atribución de los Derechos en las relaciones Paterno-Filiales", El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed., Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

DEL AMO, LEON, "Criterios Para Decidir Sobre la Guarda de los Hijos y el Derecho de visita en el Derecho y la Jurisprudencia Canónicos", El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed., Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Tomo I, Ed. Porrúa S.A., 1984.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, "En Torno al Derecho de Visita", El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed., Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

GUITRON FUENTEVILLA, Julián, *Derecho de Familia*, 2ª ed., Ed. Tuxtla UNACIT, 1988.

IRACHETA IRIBARREN, Marino, "Reflexiones a Propósito de Algunas Sentencias Relativas al Régimen de Visitas de los Menores," El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed , Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo I, Ed. Porrúa, S.A.. 1987

_____, Tomo III, México, Porrúa S.A., 1988.

_____, Tomo VI, segunda parte, México, Porrúa, S A , 1998.

MARTÍNEZ SAPIÑA, Fernando, "El Régimen de Visitas: Criterios Para su Determinación en los diversos Supuestos Fácticos", El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed., Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

MATA VIDAL, Daniel, "El Interés de los Menores y el de los Progenitores en la Determinación Judicial del Régimen de Visitas", El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed., Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

MENDEZ COSTA, María Josefa, D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Vol. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1996.

MOLINA PASQUEL, Roberto, CONTEMPT OF COURT, Correcciones Disciplinarias y Medios de Apremio, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1954.

MOYA ESCUDERO, Mercedes, Aspectos Internacionales del Derecho de Visita de los Menores, Ed. Comares, Granada, 1988.

MUÑOZ MENDEZ Hilario, "La Competencia de los Tribunales Tutelares de Menores en Orden a la Elaboración, Modificación o Cesación del Régimen de Visitas", El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed., Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

RECASENS SICHES, Luis, Sociología, 12ª ed. México, E. Porrúa S.A., 1972.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, El Derecho de Visita, Ed. José María Bosh, Barcelona, 1997.

RUIZ DE LA CUESTA, Rafael, "Praxis Judicial Sobre los Sujetos y el Contenido de la Facultad y Régimen de Visitas", El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed., Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

SÁEZ VÉLEZ, Julio, "Posibilidad y Justificación de la Modificación del Derecho de Visita sin Necesidad de Acudir al Procedimiento Incidenta", El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed., Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

SALINAS QUIJADA, Francisco, "El Derecho de Comunicación con Motivo de la Suspensión de la Patria Potestad por los Jueces y Tribunales de Menores, y de su Pérdida en los Binubos Según el Derecho Foral Navarro", El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed., Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

SAN ROMAN MORENO, José Ramón, "Criterios Judiciales Sobre la Titularidad del Derecho de Visita en los Diversos Supuestos de Conflicto Matrimonial Familiar", El Derecho de Visita, Teoría y Praxis, VILADRICH, Pedro Juan, "dir.", 2ª ed., Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1982

TENORIO GODÍNEZ, Lázaro, Estudios Jurídicos, México, abril 1977; Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

ZANON MASDEU, Luis, Guarda y Custodia de los Hijos, Ed. Boshe, España, 1996.

HEMEROGRAFÍA

RODRIGUEZ LOIS, Nemesio, "Crisis Moral, El Matrimonio", *El Heraldo de México*. México, 21 de abril de 1988.

_____, "Nuevos Tiempos, La Familia Mexicana", *El Heraldo de México*. México, 31 de agosto de 1988

SOSA CHAVEZ, Baltasar, "Lectura en Familia; Integración Familiar". *El Heraldo de México*. México, 7 de abril de 1988.

DICCIONARIO

Diccionario de la Lengua Española, 19º ed., Madrid, Real Academia Española 1970. p.p. 360 y 1356.

LEGISLACIÓN

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL, 21ª ed., Madrid, Civitas, 1998, pp 159.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, 65ª ed., México, Porrúa S.A., 1996 pp. 96,97, 121 y 122.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, México Sista, 1997, p. 45, 46, 113, 152 y 153

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 119ª ed , México, Porrúa, S.A. p. 10 y 16.

OTRAS FUENTES

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Ed. UNICEF, Consejo Editorial del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la familia, México, 1988:

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, Legislación Atinente a la Niñez en las Américas, CALVENTO SOLARI, Ubaldino, comp. Ed. Depalma, Argentina, 1995. pp. 192, 193, 249 y 250.

JUZGADO DÉCIMO SEXTO DE LO FAMILIAR EN EL DISTRITO FEDERAL, expediente # 275/98, Archivo del Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal.

_____, expediente # 423/98 "A", Archivo del Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal.

_____, expediente # 992/95, Archivo del Juzgado Décimo Sexto de lo Familiar en el Distrito Federal.

JUZGADO DÉCIMO OCTAVO DE LO FAMILIAR EN EL DISTRITO FEDERAL, expediente # 658/95, Archivo Juzgado Décimo Octavo de lo Familiar en el Distrito Federal.

SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA, Compilación de Legislación Sobre Menores. dir. FUENTES, Mario Luis, Vol. III, 1988, pp 828 y 830

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, México, Poder Judicial de la Federación, CD-ROM Jurisprudencia y Tesis Aisladas, IUS, Coordinación General de Compilación y Sistematización de tesis, agosto de 1988, 8ª versión.