



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

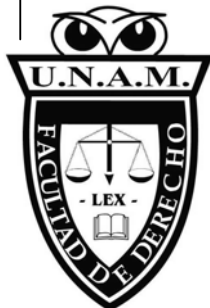
**“REFORMA AL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL
PARA REGULAR DE MANERA ESPECIFICA EL DERECHO
DE CONVIVENCIA DE LOS ABUELOS RESPECTO DE
SUS MENORES NIETOS”.**

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
YAZMIN RODRIGUEZ JIMENEZ

DIRECTOR DE TESIS:
MAESTRO CARLOS E. BARRAGAN SALVATIERRA

México, D.F. a

de 2009.





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios, quien siempre ha estado a mi lado; gracias por levantarme de los momentos difíciles y bendecirme con todas las personas que has puesto en mi vida, por ser mi refugio y consuelo en todo momento.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por haber sido mi segundo hogar y abrirme las puertas de sus instalaciones para llenarme de conocimientos, valores y amistades invaluableles.

*A mi madre: la mujer que mas admiro en el mundo por que me has enseñado con su ejemplo que sin importar el fin que se persiga, nunca se debe perder los valores de la honestidad, decencia y honradez, por todas las enseñanzas que me has inculcado, por todo su amor materializado en consejos, cariño, cuidados, atenciones y regaños.
Gracias por todo tu apoyo y amor.*

*A mi padre, por su continuo ejemplo de superación, trabajo y dedicación a la profesión que se ama.
Gracias por una vida de esfuerzos, sacrificios y amor dedicada a nosotros tus hijos.*

A mis padres, gracias por tenerme confianza en todo momento, por respetar mis decisiones y apoyarme toda la vida. Doy gracias a Dios por la bondad de otorgármelos como padres, por que sin ustedes nunca hubiera podido lograr esta meta. Gracias.

A mis amados abuelos, por su invaluable presencia en mi vida; quienes con su apoyo y cariño contribuyeron a forjarme como persona. Reciban todo mi agradecimiento y amor hasta el cielo, que es donde se encuentran.

A Ricardo, por que desde que llegaste a mi vida todo se torno mas bello, por los incontables momentos de felicidad, apoyo, comprensión y paciencia que siempre me has brindado con tu infinito amor y sobre todo por creer siempre en mi, por impulsarme a seguir adelante en los momentos difíciles, gracias por compartir conmigo este sueño.

*A mi hermano, gracias por ser mi mejor amigo y
confidente, por el apoyo que me has brindado,
por tus cuidados, consejos y ayuda.*

*A mi hermanita, gracias por llegar a mi vida y alegrarla con tu
maravillosa presencia y alegría.*

*A mi tía Ofelia, no puedo dejar de agradecer
todos los cuidados y enseñanzas que desde
pequeña me ha brindado.*

*A mi familia, gracias por la confianza depositada en
mi persona y por las muestras de cariño que todos y
cada uno de ustedes me han brindado.*

*Al Lic. Carlos E. Barragán Salvatierra, por ser mi mentor
en este proyecto tan importante para alcanzar una
de las metas más importantes de mi vida, por
por su tiempo, enseñanzas, consejos y
dedicación le estaré siempre
agradecida desde el fondo
de mi corazón.*

*Al Lic. Juan Carlos Fernández Cárdenas, por sus
incontables enseñanzas, gracias por compartir
conmigo la pasión por esta noble profesión,
pero sobre todo agradezco su sincera
amistad y apoyo.*

*A todos mis profesores de la facultad, destacar a alguno
sería imposible puesto que todos me transmitieron
desde el primer día que llegue a esta H. Facultad
el amor por esta hermosa profesión.
Gracias por compartir sus
conocimientos.*

*A mis amigos, gracias por compartir estos años
de estudio y esfuerzos, por hacer agradable
cada día de mi vida.*

INTRODUCCION	I
CAPITULO I. CONCEPTOS GENERALES	1
1.1. Parentesco	1
1.1.1. Concepto	1
1.1.2. Tipos	3
1.1.3. Líneas y grados de parentesco	9
1.1.4. Consecuencias jurídicas que crea el parentesco	14
a)Derecho de alimentos	14
b)Derecho a heredar por sucesión	22
c)Tutela legítima	28
d)Patria potestad	33
1.2. Filiación	36
1.2.1. Concepto	38
1.2.2. Clasificación	38
1.2.3. Efectos	39
1.3. Patria potestad	41
1.3.1. Concepto y naturaleza jurídica	41
1.3.2. Características	43
1.3.3. Sujetos	44
1.3.4. Efectos	46
1.3.5. Ejercicio	51
1.3.6. Guarda y custodia	52
CAPITULO 2. DERECHO DE CONVIVENCIAS	59
2.1. Evolución histórica del concepto	59
2.1.1. Francia	60
2.1.2. España	64
2.1.3. Suiza	68
2.2. Instrumentos Jurídicos Internacionales	71
2.2.1. Declaración de los Derechos del Niño	71
2.2.2. Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños	75
2.2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos	76
2.2.4. Convención sobre los Derechos del Niño	78
2.3. Instrumentos Jurídicos Nacionales	82
2.3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	82
2.3.2. Código Civil para el Distrito Federal	88
2.3.3. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	90
2.3.4. Ley de los Derechos de los Niños y las Niñas del Distrito Federal	91
2.4. Aspectos Jurídicos del Derecho de convivencias	96
2.4.1. Concepto jurídico	97
2.4.2. Naturaleza jurídica	101
2.4.3. Características	103
2.5. Titulares del derecho de visita	107
2.5.1. Derechos del visitador	108
2.5.2. Responsabilidades del visitador	108
2.6. Contenido del derecho de visita	111
2.6.1. Derecho de visitas stricto sensu	111
2.6.2. Derecho de comunicación	114
2.6.3. Derecho de convivencia o estancias de Mayor duración	114
2.7. Finalidad	115
CAPITULO 3. EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR	117
3.1. Concepto	117
3.2. Naturaleza histórica-cultural de la noción	122
3.3. Fundamento	124

3.4.	El interés superior del niño como fuente de creación judicial	128
3.5.	Interés del menor en el derecho de visita	130
3.6.	El juez como intérprete del menor	133
3.7.	Criterios Jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	136
CAPITULO 4. DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS ABUELOS RESPECTO DE SUS MENORES NIETOS		147
4.1.	Concepto de abuelo	147
4.2.	La importancia de los abuelos en la familia	151
4.3.	La influencia de los abuelos en el desarrollo de los niños	154
4.3.1.	Los abuelos como transmisores de valores	157
4.3.2.	Los abuelos como transmisores de conocimientos y experiencia	159
4.3.3.	Los abuelos como figura de apoyo para los niños	160
4.4.	Características esenciales de las relaciones abuelos-nietos	162
4.5.	Reformas al Código Civil del Distrito Federal	164
4.5.1.	Artículos 416, 416 Bis y 416 Ter	171
4.5.2.	Artículos 417y 417 Bis	177
4.6.	Circunstancias en caso de adopción	180
4.7.	Propuesta para regular de una manera precisa el derecho de convivencia de los abuelos con sus menores nietos en el Código Civil del D.F.	182
CONCLUSIONES		195
BIBLIOGRAFÍA		199

INTRODUCCION

En la práctica profesional, es frecuente que nos encontremos con un asunto en particular que llame nuestra atención, ya sea por tratarse de un tema novedoso, complicado o simplemente interesante.

Bajo este contexto, vale la pena destacar mi interés por el presente tema de investigación, ya que el mismo surgió de la tramitación de un régimen de convivencias demandado por una abuela, respecto de su menor nieto; ya que al dar a luz a dicho menor, la hija de la actora falleció, situación que provoco naturalmente que el padre del menor se quedara con el ejercicio exclusivo de la patria potestad, abusando de este derecho para poder restringir a su capricho cualquier convivencia que la abuela pudiera tener con su menor nieto.

En virtud de lo anterior, se puede reflexionar que no obstante que la doctrina en materia de derecho familiar se ha esmerado por establecer al paso del tiempo una serie de instituciones jurídicas como son el parentesco, la patria potestad, la guarda y custodia y como consecuencia de las anteriores el derecho de convivencias; con el fin de que las mismas sean óptimamente reguladas mediante la legislación sustantiva y adjetiva de cada país, no escapa a este hecho que la vida fáctica rebase lo plasmado en la legislación y se presente la interrogante tanto para litigantes y autoridades judiciales respecto al curso que debe darse a los juicios que planteen litis novedosas, que en realidad no deberían serlo, ya que hablando del caso que nos ocupa, resulta perfectamente natural y justo que los abuelos tengan derecho a visitar a los nietos; y si bien es cierto, que no tengo conocimiento alguno sobre el desechamiento de alguna demanda de este tipo, también lo es que al momento de resolver en definitiva sobre el otorgamiento de algún régimen de visita de los ascendientes respecto de sus menores nietos, los jueces se encuentran con la dificultad de argumentar de manera clara y precisa la naturaleza jurídica e importancia de la concesión de este derecho, pudiendo ocasionar que se califique su resolución de deficiente.

No obstante, el derecho de visitas y convivencias es un tema que ha sido poco estudiado por la doctrina, a pesar de ser uno de los mas importantes y sensibles de la materia, puesto que a través de ella se busca mantener la convivencia entre ciertos miembros de la familia, la cual se ve dañada ante la presencia de causas de disgregación familiar.

Comúnmente se visualiza dentro del derecho de visitas y convivencias, como titulares de este derecho, únicamente a los progenitores, puesto que el texto de la mayoría de los preceptos legales así lo trata. Sin embargo esto no es así, ya que existe otro sector de la familia con quienes también resulta beneficioso que los menores mantengan esta convivencia y son los abuelos.

La propuesta que se expone en esta tesis es la de evidenciar la importancia del papel de los abuelos en la familia y su contribución con el desarrollo físico, social y emocional de sus nietos.

El contacto de los niños con los abuelos ayuda a construir su personalidad, les da a conocer sus orígenes y con ello el niño tendrá conocimiento de su lugar y origen dentro de su propia familia. Con ello se busca en primer lugar, reformar a nivel local dentro del Código Civil del Distrito Federal el texto de ciertos artículos relativos al tema, que permita a los abuelos, de manera fácil y eficaz el conocimiento de su derecho a ser oído ante el Juez de lo Familiar a efecto de que se determine su derecho de visita y convivencia con sus menores nietos.

Así pues, dentro de esta propuesta se abordará en primer lugar el marco doctrinario de este derecho, conformado por diversas instituciones jurídicas que conforman su base teórica.

De igual forma, resulta conveniente estudiar los antecedentes históricos del derecho de visita, así como sus principales aspectos jurídicos. Una vez realizada esta tarea se analizarán algunos instrumentos jurídicos internacionales que personalmente considero aportadores de principios básicos para el tratamiento legislativo de nuestro país, como es la aportación del importantísimo principio de

“interés superior del menor”, el cual le ha dado una supremacía elemental al respeto de los derechos del menor sobre cualquier otro.

Finalmente el cuarto capítulo expone de manera extensa, la importancia de la presencia de los abuelos en la familia y su contribución en la educación y desarrollo del menor. Así mismo se elabora una propuesta de reforma a los artículos del Código Civil del Distrito Federal relativos a este tema, la cual propone la simplificación del texto de dichos preceptos con la utilización de la palabra “abuelo” en ellos, la delimitación de los casos específicos en los que pudiera ser viable la reclamación judicial de este derecho por parte de los abuelos y la existencia previa de un vínculo afectivo cuando las circunstancias del caso lo hubieren permitido.

Con esta propuesta se busca respetar legalmente la reciprocidad de intereses, derechos y deberes que tienen su origen en la naturaleza misma de la existencia de las relaciones abuelos- nietos y tratar de conservar jurídicamente estos lazos, sin que su otorgamiento sea condicionado al arbitrio de los progenitores.

CAPITULO I. CONCEPTOS GENERALES.

1.1. Parentesco

El parentesco es el vínculo existente entre personas que pertenecen a la misma familia, por lo que conviene antes de iniciar a estudiar el tema central de este trabajo de investigación, correspondiente al derecho de convivencia, conocer previamente una serie de instituciones jurídicas bases de este tema, tal como es, el parentesco, puesto que el grado de este resulta determinante a la hora de heredar, cobrar alimentos o ejercitar otra serie de derechos y obligaciones derivados de esta institución, tal como se verá mas adelante.

Bajo este contexto, dicho tema resulta por demás importante en el Derecho Familiar ya que el mismo parte de la familia, célula madre en la sociedad de la cual emergen los individuos que diariamente interactúan en los diferentes ámbitos de esta.

Es menester recordar la composición de la familia, la cual se basa en un grupo de individuos unidos por diferentes lazos, entre los cuales destacan los de consanguinidad, afinidad o adopción. Es decir, estos individuos tienen en común su descendencia de un tronco surgiendo bajo este contexto el concepto jurídico de “parentesco”.

Robustece lo anterior, el concepto jurídico de “familia” que nos proporciona el autor De Pina Rafael en su obra “Elementos de Derecho Civil Mexicano”, quien la conceptualiza como “un agregado social constituido por personas ligadas por el vinculo de parentesco”.¹

1.1.1. Concepto

Respecto al origen de la palabra parentesco, debe señalarse que deriva del latín “*parentus*” que, a su vez, se origina de par (igual) y de entes (ser o ente), por lo que se dice que los parientes son aquellos que comparten un mismo origen.

Es importante destacar que este concepto tiene varias acepciones, tales como son:

- Desde el punto de vista biológico, significa relaciones de sujetos que descienden unos de otros o de un mismo tronco común y que, además

¹ DE PINA VARA, Rafael, “Elementos de Derecho Civil Mexicano”, Volumen I, 22ª Edición, Editorial Porrúa, México 2002, p. 305.

comparten una misma carga genética.²

En una opinión personal, considero que este concepto explica únicamente de forma general el origen del parentesco, el cual habíamos mencionado que era de la familia, pues la misma esta inicialmente formada por individuos que comparten una misma carga genética.

- Ahora bien, dentro del ámbito jurídico también existe una multiplicidad de conceptos como son los siguientes:
 - a) Es el “lazo existente entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común”.
 - b) “Lazo permanente que existe entre dos o mas personas por razón de tener una misma sangre o por un acto que imita al engendramiento y cuya similitud con este se halla reconocida por la ley”.³
 - c) Es el vínculo jurídico que liga a varias personas entre sí, bien por proceder unas de otras, bien por creación de la ley.⁴
 - d) Nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado”.⁵

Analizando los conceptos anteriores, podemos observar que se alude en primera instancia a un origen en común, el cual inicialmente son los padres, pudiendo ser para cada individuo en particular ambos o solo uno, como se verá más adelante. Así mismo, estos conceptos, aluden a una realidad biológica, donde el hecho de la procreación es el origen del parentesco.

A pesar de la existencia de esta multiplicidad de conceptos, particularmente comparto el concepto que brinda el Licenciado Ignacio Galindo Garfias el cual corresponde al inciso d) de nuestra numeración, ya que se explica en primer lugar la existencia de un nexo que toma el carácter de “jurídico”, toda vez que los ordenamientos de esta índole se ocupan de regularlo. De igual forma, dicha

² DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto.” Derecho de Familia y sus Reformas mas recientes a la legislación del D.F.”, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2005. p 43.

³ DE IBARROLA, Antonio. “Derecho de Familia”, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 1993 .p. 246.

⁴ DE PINA VARA, Rafael. Op. Cit. p.306.

⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. “Derecho Civil. Primer Curso”, 21ª Edición, Editorial Porrúa, México 2002, p. 120.

definición, se refiere al tipo de parentesco que existe entre diversos individuos como son: descendientes de un progenitor común, entre cónyuge y los parientes del otro cónyuge o entre adoptante y adoptado, los cuales comprenden los tipos de parentesco que reconoce la ley.

El derecho toma en cuenta estas fuentes primarias de la relación humana y crea otras más, independientemente de los datos biológicos, para configurar su propio concepto de parentesco.

1.1.2. Tipos

Doctrinalmente existen varios tipos de parentesco, los cuales son: espiritual o religioso, por consanguinidad, por afinidad y civil.

Respecto al primero, es menester aclarar que el mismo solo es contemplado por el Derecho Canónico y se refiere a aquel que nacía de la administración del bautismo y de la confirmación, es decir, el derivado del compadrazgo o padrinzago.

Dicho parentesco se creo con el objeto de establecer impedimentos dirimentes entre el bautizante y el bautizado, y entre el padrino y el bautizado, los cuales eran considerados por la legislación como impedimentos matrimoniales.

Al respecto debe destacarse lo plasmado por los artículos 170 fracción III del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y artículo 39 fracción III del Código Federal de Procedimientos Civiles, donde existen normas que se refieren a los lazos que surgen por un vínculo religioso.

El artículo 170 fracción III del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dispone lo siguiente:

“Artículo 170.- Todo magistrado, juez o secretario se tendrá por forzosamente impedido para conocer en los casos siguientes:
III. Siempre que entre el funcionario de que se trate, su cónyuge o sus hijos y alguno de los interesados, haya relación de intimidad nacida de algún acto civil o religioso, sancionado y respetado por la costumbre;...”

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 39, fracción III, dice:

“Artículo 39.- Fijada la competencia de un juez, magistrado o ministro, conforme a lo dispuesto por el capítulo precedente, conocerá del negocio en que se haya fijado, si no se encuentra comprendido en los siguientes casos de impedimento:

III.- Tener, el funcionario de que se trate, su cónyuge o sus hijos, relación de intimidad con alguno de los interesados, nacida de algún acto religioso o civil, sancionado o respetado por la costumbre;...”

De dichos preceptos legales, se desprende un tipo de impedimento para los jueces, magistrados o ministros para conocer de algún asunto en el que el impartidor de justicia, su cónyuge o sus hijos tengan relación con alguno de los interesados en algún asunto que deba de conocer, destacando para este efecto el nacido de algún acto religioso como bien podría ser un bautismo o confirmación de donde obviamente se deriva una relación de padrinzago o compadrazgo, lo anterior crea el presupuesto de que la existencia de estas relaciones personales entre el juzgador y las partes de un negocio, permiten presumir parcialidad al juzgar a las personas con las cuales le unen vínculos de afecto, por lo que se creará un especial interés en dicho asunto.

Por cuanto hace a los restantes tipos de parentesco enumerados inicialmente, es menester destacar lo preceptuado por el artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal que es del tenor literal siguiente:

CAPITULO I
Del parentesco

“Artículo 292.- La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.”

Lo dispuesto anteriormente, explica sin lugar a dudas que estos tipos de parentesco son exclusivos de reconocimiento por la ley.

Parentesco por consanguinidad.

Este tipo de parentesco, tiene gran relación con el concepto biológico que se mencionaba anteriormente, ya que el mismo surge de personas que descienden unas de otras o de un tronco común, tal como lo contempla el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal que reza:

“Artículo 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

En el caso de la adopción, se equipará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

El parentesco suele variar, dependiendo de las líneas que lo determinen, siendo la mas común y la mas fuerte, la de “consanguinidad”, la cual se da, tal como

se ha precisado entre personas que descienden unas de otras como es el caso de las relaciones padre o madre, y sus hijos, o el abuelo con relación al nieto y viceversa. Dándose el caso de los parientes que descienden de un mismo tronco común como por ejemplo los hermanos, tío-sobrino, etc.

Dentro del parentesco por consanguinidad se distinguen dos clases de parentesco, las cuales son:

A) Bilateral. Si procede del mismo padre y la misma madre.

B) Unilateral. Si solo es común el padre o la madre.⁶

Otro aspecto que particularmente me parece importante aclarar es que dentro del estudio de este tipo de parentesco aparece en reiteradas ocasiones la expresión “misma sangre”, respecto de la cual debe precisarse, se refiere para calificar a las personas que están vinculadas por el parentesco por consanguinidad, ya que se alude el presupuesto de que los individuos de una familia al descender de un tronco en común, comparten no solamente el mismo tipo de sangre, si no también una serie de características genéticas similares; sin embargo dicha expresión es insuficiente para calificar a los individuos con este tipo de parentesco por cuanto hace a los hijos adoptados, los cuales como vimos en el último párrafo del Artículo 293 de la Ley Sustantiva de la materia, se equiparán a este tipo de parentesco, abarcando no solo al adoptado y el adoptante si no que también se incluye a los parientes del último como si se tratara de un hijo consanguíneo.

Parentesco por afinidad.

Surge del matrimonio, es decir, surge respecto de personas no parientes que llegan a unirse a la familia en virtud de la celebración del matrimonio. Se conocen generalmente con la denominación de “parientes políticos”.

De lo anterior se desprende, que el parentesco por afinidad es “la relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro”.

Referente a este tema, el artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

“Artículo 294.- El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.”

⁶ DE PINA VARA, Rafael. Op. Cit. p. 306.

Antonio De Ibarrola considera a este tipo de parentesco como una combinación del matrimonio y el parentesco. Ahora bien, suele presentarse a menudo gran confusión entre las personas, respecto de los sujetos entre los cuales surge este tipo de parentesco ya que el matrimonio y el concubinato no crean lazos de parentesco jurídico entre dos familias, la de ella y la de él como cónyuges.

Siendo común que en la vida familiar, los parientes de ambos consortes se sientan y se traten como familiares, pero jurídicamente no existe entre ellos lazos de parentesco. De igual forma, debe aclararse que los cónyuges no se convierten en parientes entre sí en razón del matrimonio o concubinato, puesto que no se podría decir que las dos familias se unen por el matrimonio; es una sola la persona que contrae parentesco por afinidad con la familia del otro cónyuge: es aquella que se casa.⁷

A menudo sucede que cuando se celebra un matrimonio o se da una relación de concubinato entre un hombre y una mujer; el joven que contrae matrimonio se convierte en hijo por afinidad de la madre y del padre de su esposa, en hermano de sus hermanos, en sobrino de sus tíos, etc.

Recíprocamente todos estos se convierten en padre, madre, hermanos o tíos por afinidad.

Bajo ese contexto, debe recordarse que en derecho anglosajón este tipo de relaciones se denominan "*in law*", verbigracia "*father in law*" (padre político o suegro), "*mother in law*" (madre política o suegra).

Parentesco civil.

Por cuanto hace a esta clase de parentesco, debe precisarse que es considerado como la relación jurídica que se establece entre adoptante y adoptado.

La adopción es conceptualizada generalmente como una institución que tiene por finalidad brindar protección y/o un medio familiar fundamentalmente a menores que se encuentran en estado de abandono o desamparo respecto de su familia originaria, creándose de este modo una situación análoga a la filiación legítima con respecto a los adoptantes.

⁷DE IBARROLA, Antonio, Op. Cit. p. 126.

Este concepto refiere cuestiones subjetivas que aluden a los fines ideológicos de la institución, el cual es principalmente el bienestar del adoptado, en el que se le proporciona a través de esta institución, un medio familiar. Sin embargo, únicamente hace referencia a menores que se encuentran en estado de abandono o desamparo respecto de su familia originaria, omitiendo lo sucedido con los mayores de edad incapacitados.

Lo cual esta permitido en nuestra legislación de acuerdo al artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal que establece:

“Artículo 390.- El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trate de adoptarse, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;

II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo el interés superior de la misma, y

III. Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.”

Otro concepto, es el que brinda el autor Castán Tobeñas manifestando que la adopción “es un acto jurídico que crea entre dos personas un parentesco civil, del que se derivan relaciones análogas (aunque no enteramente idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación por naturaleza”.⁸

Personalmente considero que este concepto es idóneo para describir la figura jurídica de la adopción ya que por un lado, se establece su naturaleza como un acto jurídico y con ello la creación de un vínculo de parentesco civil y por el otro alude a relaciones parecidas a la paternidad y filiación, referencia que señala el acto de engendramiento como única fuente del parentesco. Sin embargo, no refiere la finalidad de esta institución.

Se le llama parentesco civil porque surge con independencia de la consanguinidad, es creado exclusivamente por el derecho.

⁸CASTAN TOBEÑAS citado por MEDINA, Graciela con la colaboración de Di Silvestre Andrea, Galera Elsa, Godio Philip Eduardo y otros, “LA ADOPCION”, Tomo I, Editores Rubinzabal Culzoni, Buenos Aires. 1998. p. 13.

En el caso que nos ocupa, debe destacarse el contenido del artículo 295 del Código de la materia que dispone lo siguiente:

“**Artículo 295.-** El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D.”

Ahora bien, por su parte el artículo 410-D dispone:

“**Artículo 410-D.-** Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado.”

Adminiculando los preceptos anteriores, es menester realizar las siguientes observaciones:

- Como se ha señalado en líneas anteriores este tipo de parentesco es creado como una figura jurídica para referir el tipo de relación que existe entre los adoptantes y los adoptados.

Precisado lo anterior, resulta claro que este surge con independencia de la consanguinidad.

Ahora bien, respecto a esto se debe recordar que existen doctrinalmente dos tipos de adopción:

- a) Plena.** Rompe los lazos con la familia de sangre del adoptado, y que por lo tanto no permite ni el reconocimiento, ni las acciones de filiación salvo a los fines de establecer los impedimentos matrimoniales, ni tampoco admite la revocación a la familia de sangre.
- b) Simple.** Mantiene los lazos con la familia de sangre, admite el reconocimiento, las acciones de filiación, la revocación y mantiene todos los derechos y deberes derivados del parentesco por consanguinidad salvo los derivados de la patria potestad.⁹

Al respecto, me parece importante recordar el decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 25 de mayo del 2000, respecto de las reformas en materia de adopción al Código Civil para el Distrito Federal que hasta entonces era denominado “Código Civil en materia federal y del fuero común para el Distrito Federal”, materializándose dichas reformas en la derogación de la sección segunda

⁹ MEDINA, Graciela con la colaboración de Di Silvestre Andrea, Galera Elsa, Godio Philip Eduardo y otros. Op. Cit. p. 17.

del Capítulo I de dicho Código, la cual comprendía los Artículos 402 al 410 correspondientes a la Adopción Simple.

De esta forma, se eliminó de este ordenamiento jurídico a la adopción simple y se dejó subsistente como única forma de adopción a la plena.

Lo anterior fue motivado, entre otras razones, por la necesidad de adecuarse a la legislación internacional ratificada por México en la materia, y por considerar que en el interés superior del menor era mejor que este, quedará integrado y reconocido definitiva y totalmente a un núcleo familiar, como si se tratara de un hijo consanguíneo, con el fin de crear una cultura de respeto e igualdad para acabar con los prejuicios y los estigmas ejercidos contra los niños en estas circunstancias.¹⁰

Retomando lo expuesto en el inicio del desarrollo de este inciso, decíamos que el artículo 295 de nuestro Código Civil local refiere que el parentesco civil es el que proviene de la adopción, ahora bien, en términos del artículo 410-D del mismo ordenamiento legal, se establece que para el caso de que las personas posean un vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; se limitarán únicamente al adoptante y adoptado los derechos y obligaciones que nazcan de la adopción.

Establecido lo anterior debemos recordar que originalmente no era posible la adopción plena de un menor con el que se tuviera un parentesco consanguíneo.

María de Montserrat Pérez Contreras, investigadora del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, refiere con relación a las Reformas del Código Civil para el Distrito Federal del año 2000 que lo anterior se estableció debido a que el objeto fundamental de la adopción plena es el de crear mediante una ficción el vínculo de consanguinidad y sus efectos entre el adoptante y el adoptado, lo cual es caso de que el menor hubiera sido un pariente, no hacía falta ya que el nexo existía en virtud del parentesco natural.¹¹

1.1.3. Líneas y grados de parentesco.

Como se ha establecido en líneas anteriores, el parentesco resulta determinante a la hora de heredar, en el caso de prestaciones alimentarias, etc.

¹⁰ PEREZ CONTRERAS, María de Montserrat, "La adopción de menores conforme a las reformas de 2000 en materia de familia para el Distrito Federal", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XXXVIII, Número 110, Agosto 2004, p. 672.

¹¹ Ibidem p. 673

Bajo este supuesto, es importante crear criterios para computar el grado de parentesco que existe de una persona respecto de la otra. De esta manera, el parentesco se mide por grados y líneas.

Grado. Es la generación que separa a un pariente de otro.

Los grados de parentesco se usan, entre otras cosas, para determinar herederos y porciones de herencias.

Línea. Es la serie de grados, por lo que, cada generación es un grado y la sucesión de grados forma una línea.

Lo anterior queda establecido en el artículo 296 del Código Civil para el Distrito Federal de la siguiente manera:

“**Artículo 296.-** Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco.”

Doctrinalmente existen cuatro tipos de líneas: recta, transversal o colateral, materna y paterna.¹²

A) Línea recta o directa: Son las personas que descienden unas de otras. Según el artículo 297 del Código Civil del Distrito Federal, esta línea se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras. A su vez esta puede ser:

1) Línea recta ascendente: Indica de quien desciende una persona.

El artículo 298 del Código Civil para el Distrito Federal establece que es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede.

2) Línea recta descendente: Señala quien desciende de alguien.

El artículo 298 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice:

“**Artículo 298.-** La línea recta es ascendente o descendente:

I. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede;

II. Descendente, es la que liga al progenitor con los que de él proceden.

La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.”

Como vimos, esta línea esta formada por personas que ascienden o descienden unas de otras (abuelos, padre, hijos, nietos).

¹² DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto. Op. Cit. p. 45.

Respecto al cálculo de esta, el artículo 299 del Código sustantivo de la materia señala que en ella, los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor.

En este caso, los grados se cuentan subiendo hasta el ascendiente o descendiente común dependiendo de si la línea es ascendente o descendente. Así, en línea ascendente, el hijo dista un grado del padre, dos del abuelo y tres del bisabuelo; en la línea descendente, el abuelo dista un grado del padre, dos del nieto y tres del bisnieto.

Al respecto, Rafael Rojina Villegas establece que la forma de computar el parentesco en línea recta consiste en contar el número de generaciones o bien el número de personas, excluyendo al progenitor.

De esta suerte los hijos se encuentran en relación a sus padres en primer grado, pues solo hay una generación entre ellos, o bien, si contamos por el número de personas tendremos dos (hijo y padre), pero se debe excluir al progenitor resultando así que hay un solo grado”.¹³

B) Línea transversal o colateral. Son las personas que descienden de un tronco común, sin descender unas de otras.

El artículo 297 del Código Civil para el Distrito Federal nos señala que esta línea se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco en común.

Por cuanto hace al cálculo de grados en este caso, el artículo 300 del mismo ordenamiento legal nos ilustra señalándonos que en la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno y otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.

Al respecto, la doctrina señala que esta línea se representa gráficamente por “un ángulo cuyo vértice queda constituido por el progenitor común y los lados por los diferentes parientes que se quieran relacionar”.¹⁴

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, “D. Civil Mexicano”, Tomo II Derecho de Familia, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México 2003. p. 156.

¹⁴ Ibídem p.157.

Para computar los grados partiremos de un determinado pariente, por ejemplo el sobrino y ascenderemos hasta el vértice que estará representado por el ascendiente común, es decir, por el abuelo, para descender después por el otro lado del ángulo hasta llegar al tío, contando el número de personas con exclusión del ascendiente común.

En este caso en el parentesco colateral, el más cercano es el segundo grado y jurídicamente sólo importa hasta el cuarto.

C) Paterna-materna. La importancia de esta línea se da en virtud de que el Código regula en forma distinta a los hermanos por ambas líneas-paterna y materna (bilineales) respecto de los hermanos por una sola línea (monolineales).

Lo anterior se demuestra en los siguientes preceptos legales que establecen:

CAPITULO II
De los alimentos

“**Artículo 305.-** A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre o en los que fueren solamente de madre o padre.

Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.”

En este caso, se señala en primer lugar a los hermanos bilineales y posteriormente a los hermanos monolineales.

CAPITULO VI
De la institución de heredero

“**Artículo 1384.-** Si el testador instituye a sus hermanos, y los tiene sólo de padre, sólo de madre, y de padre y madre, se dividirá la herencia como en el caso de intestado.”

CAPITULO V
De la sucesión de los colaterales

“**Artículo 1630.-** Si sólo hay hermanos por ambas líneas, sucederán por partes iguales.”

“**Artículo 1631.-** Si concurren hermanos con medios hermanos, aquéllos heredarán doble porción que éstos.”

En materia de sucesión, dicha diferencia se hace mas evidente ya que para el caso de la concurrencia entre hermanos con medios hermanos, se establece que heredaran doble porción los primeros.

“**Artículo 156.-** Son impedimentos para celebrar el matrimonio:
III. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;...”

En el caso de estos artículos, únicamente se realiza la distinción en comento por cuanto hace al vocabulario que se utiliza para la redacción de dicho precepto.

“Artículo 483.- La tutela legítima corresponde:
I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;...”

De igual forma este artículo, declara preferencia de los hermanos sobre los medios hermanos para el ejercicio de la tutela, la cual se estudiará mas adelante.

Ahora bien, el Código Civil para el Distrito Federal recoge la expresión “medios hermanos” para distinguir a los hermanos de una sola línea hermanos por ambas líneas. Es decir los “medios hermanos” son solo aquellos hijos de madre o padre respecto de los denominados por “ambas líneas”. La línea será materna o paterna en razón de que sea la madre o el padre, el progenitor común.

Tal como se puede observar, de los preceptos anteriormente transcritos, la distinción de los medios hermanos se materializa en consecuencias jurídicas, las cuales se dan desde impedimentos para contraer matrimonio o respecto de la obligación alimentaria (artículo 305 del Código Civil para el D.F.), tutela (artículo 483 fracción II del Código Civil para el D.F.), hasta en el derecho sucesorio (artículos 1384, 1630, 1631 y 1632 del mismo ordenamiento legal).

Por cuanto hace al artículo 305 del Código Civil para el Distrito Federal se menciona la obligación alternativa de hermanos y parientes colaterales respecto de la obligación alimentaria, cuando a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes debe recaer esta en los hermanos de padre y madre o en los que fuere solo de madre o padre (medios hermanos).

El precepto que evidencia la diferencia entre este tipo de hermanos, es el artículo 483 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual lo hace al referir a los hermanos por ambas líneas, sobre los medios hermanos para ejercer la tutela legítima

En el caso del derecho sucesorio destacan los artículos 1384, 1630 y 1631 del Código de la Materia, que distingue a los hermanos por ambas líneas, quienes sucederán por partes iguales. En la concurrencia de los hermanos con medios hermanos heredan doble porción los hermanos por ambas líneas.

Establecido lo anterior, vale la pena destacar lo preceptuado por el artículo 300 del Código Civil para el Distrito Federal que nos refiere el cálculo de grado en línea transversal de la siguiente manera:

“**Artículo 300.** En la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno y otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.”

Rafael Rojina Villegas, comenta que la línea transversal se representa gráficamente por un ángulo cuyo vértice queda constituido por el progenitor común y los lados por los diferentes parientes que queramos relacionar. Para computar los grados partiremos de un determinado pariente, por ejemplo el sobrino y ascendiente común, es decir, por el abuelo, para descender después por el otro lado del ángulo hasta llegar al tío, contando el número de personas con exclusión del ascendiente común.¹⁵

1.1.4 Consecuencias jurídicas que crea el parentesco.

Preliminarmente debemos establecer que los deberes y derechos emergentes del parentesco son diferentes de acuerdo al tipo y al grado del mismo.

En las relatadas circunstancias, podemos señalar que el fin primordial de la existencia del parentesco no es precisamente saber el tipo de vínculos que tiene una persona con respecto de los miembros de su familia, si no determinar que derechos y obligaciones tiene con respecto a ellos.¹⁶

Ahora bien, dentro de las consecuencias jurídicas del parentesco, en el ámbito del Derecho Civil, se consideran principalmente las siguientes:

- a) Derecho de alimentos.** Al respecto, debemos recordar el significado y contenido del mismo, ya que no es raro que generalmente al escuchar hablar de este derecho, se evoque inmediatamente en nuestra mente el significado común de la palabra, ya que la misma posee un origen semántico concebido como aquello que una persona requiere para vivir, como es el caso de la comida.

¹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p. 157.

¹⁶ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto. Op. Cit. p. 46.

Etimológicamente proviene del latín *alimentum*, comida, sustento, dicese también de la asistencia que se da para el sustento.

En nuestra materia, el concepto jurídico de alimentos, tiene diversas acepciones, dentro de los cuales vale la pena destacar los siguientes:

1. Es la relación jurídica de interés público que existe entre un acreedor alimentario y un deudor alimentario, donde el segundo se obliga a darle al primero todo lo necesario para su subsistencia en términos de ley.
2. Sara Montero ha definido la noción de alimentos como los elementos materiales que requiere una persona para vivir como tal.¹⁷

Adicionalmente, debe precisarse que es correcto hablar de obligación alimentaria o derecho de alimentos, ya que se hace especial énfasis o su amplitud y a la relación jurídica que enmarca su contenido.

En torno a este concepto debe precisarse el contenido de este derecho, el cual nos es brindado por el artículo 308 del Código sustantivo de la materia, que nos señala que los alimentos comprenden:

“**Artículo 308.-** Los alimentos comprenden:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.”

En ese tenor, vale la pena destacar el objetivo fundamental de los alimentos, tal como lo dispone la siguiente tesis:

“ALIMENTOS. OBJETIVO FUNDAMENTAL DE LOS. El objetivo fundamental de la figura jurídica de los alimentos, consiste en proporcionar al acreedor lo necesario para su propia subsistencia cotidiana en forma integral, entendiéndose por ésta, el sustento, el vestido, la habitación, el entretenimiento, la atención médica, la educación en el caso de los hijos, etc., de acuerdo a las necesidades prioritarias del derechohabiente y las posibilidades de quien los debe dar, pero de ninguna manera pretende mantener un alto nivel de vida dedicada al ocio, estatus económico o social de alguien, quien así haya estado acostumbrado, sino solamente para que viva con decoro, ya que de lo contrario, se distorsionaría el verdadero y noble fin ético-moral de la institución que es el de proteger y salvaguardar la supervivencia de quien no está en posibilidad de allegarse por

¹⁷ MONTERO DUHALT, Sara.” Derecho de Familia”, 5ª edición, Editorial Porrúa, México 1992.

sus propios medios, los recursos indispensables para el desarrollo normal de ese valor primario que es la vida.”

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1776/95. Bertha Beatriz Guzmán. 24 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Y. Ulloa de Rebollo. Secretario: Jaime Aurelio Serret Alvarez. No. Registro: 204.746, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, II, Julio de 1995, Tesis: I.6o.C.11 C, Página: 208.

En las relatadas circunstancias, debe destacarse que esta tesis nos habla de dos tipos de objetivos que persigue la figura de los alimentos, los cuales son:

a) Objetivo fundamental.- Consiste en proporcionar al acreedor lo necesario para su propia subsistencia cotidiana, en forma conjunta:

Integrado esta por: el sustento, el vestido, la habitación, el entretenimiento, la atención médica, la educación en el caso de los hijos, etc., de acuerdo a las necesidades prioritarias del derechohabiente y las posibilidades de quien los debe dar.

b) Objetivo ético-moral: Es el de proteger y salvaguardar la supervivencia de quien no esta en posibilidad de allegarse por sus propios medios, los recursos indispensables para el desarrollo normal de ese valor primario que es la vida.

Una vez que ha quedado precisado el concepto de alimentos y su contenido, es importante estudiar las características de este derecho, las cuales se describen a continuación:

- 1) Recíproco:** De acuerdo con el artículo 301 del Código Sustantivo de la materia, por reciprocidad alimentaria se entiende que quien proporciona los alimentos tiene a su vez, derecho de pedirlos.
- 2) Personal:** Ya que la deuda o relación jurídica debe ser determinada por las circunstancias particulares y únicas del acreedor y el deudor.
- 3) Intransferible:** Toda vez que la obligación alimentaria se establece por las cualidades inalienables de ser padre, madre, hijo, etc., el derecho que nace por ellas igualmente no puede ser válidamente cedido.
- 4) Inembargable:** Al tratarse de un derecho indisponible, el de percibir alimentos es inembargable.¹⁸

¹⁸ ZAVALA PEREZ, Diego H. “Derecho de Familia”, Editorial Porrúa, México 2006. p. 34.

De acuerdo al Diccionario de Derecho de Rafael De Pina Vara, esta característica se refiere a la calidad de aquellos bienes que, en virtud de disposición legal expresa, no pueden ser embargados.¹⁹

5) Imprescriptible. Es decir, es un derecho que no puede ser ganado o perdido con el tiempo. Esta previsto por el artículo 1160 del Código Civil para el Distrito Federal que la obligación de dar alimentos es imprescriptible.

Resulta aplicable la siguiente tesis que refieren nuestros máximos Tribunales, cuyos datos de identificación se transcriben a continuación:

“ALIMENTOS. EL DERECHO A RECIBIRLOS ES IMPRESCRIPTIBLE. Si bien el artículo 1077 del Código Civil del Estado de Michoacán, establece que la obligación de dar alimentos es imprescriptible, debe entenderse que mientras subsistan las causas que generaron esa obligación, el derecho del acreedor alimentista también subsiste, por cuyo motivo carece de fundamento lo argüido por el quejoso en el sentido de que el citado dispositivo se refiere a la obligación del deudor, no al derecho del acreedor, que si es prescriptible.”

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 593/92. Gilberto Solorio Velázquez. 25 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Valdés García. Secretario: Luis Ángel Hernández Hernández.

No. Registro: 215.240, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XII, Agosto de 1993, Página: 329.

Rafael Rojina Villegas opina que las pensiones vencidas están sujetas a lo dispuesto por el artículo 1162 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice:

“Las pensiones, las rentas, los alquileres y cualesquiera otras prestaciones periódicas no cobradas a su vencimiento, quedarán prescritas en cinco años, contados desde el vencimiento de cada una de ellas, ya se haga el cobro en virtud de acción real o de acción personal.”

6) Proporcional. Significa que la pensión alimenticia se dará de acuerdo con las posibilidades del deudor y las necesidades del acreedor según el artículo 311 del precepto legal en comento.

Robustece lo anterior, la siguiente tesis que refieren nuestros máximos Tribunales, cuyos datos de identificación se transcriben a continuación:

“ALIMENTOS, PROPORCIONALIDAD DE LOS (LEGISLACION DEL ESTADO DE SINALOA). El principio fundamental para fijar la pensión alimenticia se encuentra

¹⁹ DE PINA VARA, Rafael, “Diccionario de Derecho”, 29ª Edición, Editorial Porrúa, México. 2000. p, 319.

establecido en el artículo 311 del Código Civil del Estado de Sinaloa, que dispone: "Los alimentos han de ser proporcionales a la posibilidad del que deba darlos y a las necesidades del que deba recibirlos". Sin embargo, en los casos en que el deudor alimentario no sea insolvente, pero tenga una situación económica raquítica, y a la vez sean varios los acreedores con los que está obligado a proporcionarles alimentos en igualdad de condiciones; debe establecerse que es acorde a tal principio de proporcionalidad, que el total de los ingresos del deudor alimentista se divida en partes iguales entre él y sus acreedores, a menos que se encuentre acreditado en el juicio la existencia de un motivo que justifique asignar a uno o a algunos de ellos un porcentaje o cantidad superior."

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 160/90. Sara Liliana Bajo Peregrina. 12 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Eliseo Gustavo Araujo Arriaga. Secretario: Miguel Izaguirre Ojeda.

No. Registro: 210.366 Tesis aislada, Materia(s): Civil, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XIV, Septiembre de 1994, Tesis: XII. 1o. 21 C, pagina 255.

7) Provisionales o susceptibles de revisión. Debe considerarse lo anterior, respecto a la fijación del monto correspondiente a alimentos, el cual no puede fijarse en forma definitiva, sin posibilidad de variación.

No ha de perderse de vista, la finalidad de los alimentos, la cual es la subsistencia de una persona, por la cual, la cuantía de la obligación alimentaria es susceptible de modificación conforme a la variación de las circunstancias.

Sujetos pasivos y activos de la obligación alimentaria.

En primer lugar, se establece lo relativo a los cónyuges, donde el artículo 302 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que estos están obligados a proporcionarse alimentos.

La ley debe determinar cuando queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio y otros que la ley señale. Los concubinos están obligados en términos del artículo anterior, tal como se abundará mas adelante

De igual forma, los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, en los términos del artículo 303 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.

“ALIMENTOS. OBLIGACION DE LOS PADRES DE PROPORCIONARLOS. CARGA DE LA PRUEBA. Aun cuando es cierto que de acuerdo con el artículo 303 del Código Civil del Distrito y Territorio Federales, ambos padres están obligados a dar alimentos a

sus hijos, si la acreedora alimentista, cuya necesidad siempre se presume, demanda a uno de ellos el pago de una pensión, es al reo a quien toca probar que el otro progenitor también está en posibilidad de contribuir a la alimentación de la demandante, para que el juzgador, tomando en cuenta esta circunstancia, pueda fijar la pensión que considere equitativa, pero si el demandado ninguna prueba rinde para acreditar dicho extremo y la actora demuestra las posibilidades económicas del reo, debe fijarse la pensión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 313 del Código Civil, que estatuye que si sólo uno de los obligados tuviere posibilidad de ministrar alimentos, él debe cumplir únicamente con la obligación.”

Amparo directo 3800/76. Martha Martínez de Guerrero. 25 de febrero de 1977. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Gabriel Santos Ayala. Séptima Época, Cuarta Parte: Volumen 69, página 15. Amparo directo 4009/71. Walfre Marbán Muñoz. 2 de septiembre de 1974. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Secretario: Jaime Marroquín Zaleta.

No. Registro: 241.147, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 97-102 Cuarta Parte, Página: 34

“ALIMENTOS, OBLIGACION DE PROPORCIONARLOS POR ASCENDIENTES. Los abuelos sólo tienen obligación de dar alimentos a los nietos cuando faltan los padres o en el caso en que exista imposibilidad por parte de éstos; consecuentemente, si la acción se apoya en este supuesto, deberá demostrarse la falta de los progenitores o la imposibilidad física para ministrar alimentos, por ser estos requisitos los hechos que integran la acción.”

Amparo directo 4817/76. Guadalupe Bautista Izquierdo. 15 de abril de 1977. Cinco votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Secretario: Carlos A. González Zárate. Séptima Época, Cuarta Parte: No. Registro: 241.149, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Página: 35.

Los hijos están obligados a dar alimentos a sus padres y si faltaran los primeros, estarán obligados los mas próximos.

Robustece lo anterior, la siguiente tesis:

“ALIMENTOS PARA ASCENDIENTES, NECESIDAD DEL PAGO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). Según el artículo 235 del Código Civil, los hijos están obligados a dar alimentos a sus padres, pero esta obligación se encuentra condicionada a que el reclamante de los alimentos demuestre la necesidad que tiene de recibirlos, cuando los acreedores no lo son la esposa y los hijos, pues en esta hipótesis, la obligación surge del matrimonio y del nacimiento de aquéllos. En consecuencia, si el ascendiente demanda alimentos por considerar que su hijo tiene la obligación de proporcionarlos, debe probar su necesidad para recibirlos, por ser éste uno de los elementos de la acción alimentaria.”

Amparo directo 943/75. Ofelia Farías Medina. 5 de noviembre de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Palacios Vargas.

Volumen 69, página 14. Amparo directo 3926/73. Feliciano Sánchez Pérez. 18 de septiembre de 1974. Cinco votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

No. Registro: 241.343, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 83 Cuarta Parte, Página: 14

A falta o imposibilidad del cónyuge o concubino, ascendientes o descendientes, la obligación corresponde primero a los hermanos por ambas líneas (bilineales) no solo a los que sean hermanos monolineales. De no existir, la responsabilidad recae en los demás parientes colaterales hasta el cuarto grado. Lo anterior se ha mencionado en líneas anteriores respecto al tratamiento que la ley brinda a los medios hermanos.

Robustece lo anterior, el artículo 306 del Código Civil para el Distrito Federal, que nos habla de una obligación alternativa de hermanos y parientes colaterales de dar alimentos a los menores o discapacitados, incluyendo a los parientes adultos mayores, hasta el cuarto grado.

Al respecto, los Tribunales Colegiados de Circuito, han emitido la siguiente tesis:

“ALIMENTOS. PRELACION ENTRE LOS DEUDORES ALIMENTISTAS (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). El legislador del Estado de Veracruz, en los artículos 234 y 236 del Código Civil, ha establecido una clara prelación lógica y jurídica entre los deudores alimentistas, pues, en el primer precepto mencionado dispone, reconociendo un derecho natural primario, que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, y que a falta o por imposibilidad de aquéllos, la obligación recae en los demás ascendientes, por ambas líneas, que estuvieren más próximos en grado, y en el artículo 236 citado, dicho legislador ha dispuesto que a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre; que en defecto de éstos, en los que fueren de madre solamente, y que en defecto de ellos, en los que fueren sólo de padre; y que faltando los parientes a que se refieren los artículos mencionados, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado. De la redacción de los invocados preceptos legales se desprende, de manera indudable, que quienes primero tienen la obligación de dar alimentos a una persona, son los padres de esta y que solamente en el caso de que dichos padres falten o estén imposibilitados para suministrar dichos alimentos, la obligación pasa legalmente a los ascendientes del deudor alimentista, y también sólo en la hipótesis de que tales ascendientes, por ambas líneas, falten o estén imposibilitados para dar alimentos, la obligación recaerá, primero en los hermanos de padre y madre; en defecto de éstos, en los que fueren de madre solamente; y en defecto de ellos, en los que fueren sólo de padre; y que faltando todos los parientes mencionados, la obligación de ministrar alimentos recaerá en los parientes colaterales dentro del cuarto grado. Así, pues, si en un caso todavía existe el padre de las acreedoras alimentistas y éste no ha demostrado su imposibilidad de darles alimentos, resulta lógico y jurídico que sea él la única persona sobre quien pesa la obligación natural y legal de suministrar alimentos a sus hijas. Es verdad que el artículo 243 del Código Civil del Estado de Veracruz dispone que si fueren varios los que deben dar los alimentos y todos tuvieren posibilidad para hacerlo, el Juez repartirá el importe entre ellos, en proporción a sus haberes, pero no es menos cierto que este precepto legal debe interpretarse sistemáticamente, esto, en función con los demás preceptos aplicables en la especie, que regulan la institución de los alimentos, dentro de la cual se encuentran los artículos 234 y 236 mencionados, o sea, que el citado artículo 243 opera sin desconocer la prelación lógica y jurídica entre los deudores alimentistas que ha establecido el legislador y se refiere a grupos de deudores alimentarios, como son ambos padres, o abuelos paternos y maternos, o bien pluralidad de hijos, todos ellos se entiende, con posibilidad económica para poder suministrar los alimentos.”

Amparo directo 5699/70. Hipólito del Angel Ferral y coagraviadas (menores). 26 de noviembre de 1971. Cinco votos. Ponente: Ernesto Solís.

No. Registro: 242.099, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación 36 Cuarta Parte, Página: 15

Así mismo, como se ha visto, existe parentesco entre el adoptante y adoptado, por lo que estos se deben alimentos mutuamente, de la misma forma que padre e hijo.

Lo anterior, toda vez que el artículo 293 del Código Sustantivo, reformado el 25 de mayo del 2000, establece que la adopción produce el efecto de integrar plenamente al adoptado en la familia del adoptante, equiparado dicha relación al parentesco por consanguinidad. Por lo tanto, se generan las mismas consecuencias jurídicas que las que emergerían al nacer un hijo del matrimonio, entre ellas, la obligación alimentaria recíproca con los otros miembros de la familia conforme a lo ordenado en los artículos precedentes.

Ahora bien, el artículo 315 del Código Civil para el Distrito Federal determina que los sujetos legitimados para exigir el pago de la obligación alimentaria son:

- a) El acreedor alimentario
- b) El ascendiente que le tenga bajo su patria potestad
- c) El tutor
- d) Los demás hermanos y parientes colaterales hasta el cuarto grado
- e) La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario y
- f) El Ministerio Público.

Si las personas a que se refieren los incisos b), c) y d) no pueden representar al acreedor alimentario en el juicio en que se pida el aseguramiento de alimentos, se nombrará por el juez un tutor interino.

Por su parte, el artículo 315-Bis establece que toda persona que tenga conocimiento sobre la necesidad de otro de recibir alimentos y pueda aportar los datos de quienes están obligados a proporcionarlos, podrá acudir ante el Ministerio Público o Juez de lo Familiar indistintamente a denunciar dicha situación.

Ahora bien, corresponde precisar que el derecho de alimentos como consecuencia jurídica es común para el parentesco por consanguinidad y el parentesco civil.

El parentesco por afinidad queda excluido de este derecho toda vez que en este tipo de parentesco las consecuencias jurídicas son muy limitadas, tal como se demostró con los argumentos anteriormente vertidos.

b) Derecho a heredar por sucesión.

El derecho de sucesiones combina los intereses de una materia de corte tan social como el derecho de familia con lo más elemental del derecho: el tema de la propiedad privada, la forma de transmitirla y la certeza jurídica de quienes serán los titulares del patrimonio de una persona en el momento que esta falte.

Ahora bien, debemos recordar uno de los conceptos fundamentales de este tema, lo es el de la “herencia” la cual es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de una persona física, a los herederos que determine la ley.

Mediante la herencia se suceden, para después de la muerte del causante, todos sus bienes, derechos-corporales e incorporales- y obligaciones, en tanto puede hacerse frente a ellos con el mismo patrimonio.

La herencia se determina por la voluntad del testador o por disposición de la ley. Se denomina a la primera testamentaria y a la segunda legítima (artículo 1282 del Código Civil para el Distrito Federal).

En el caso que nos ocupa, pondremos especial atención en la sucesión legítima o intestada (ab intestado).

La apertura de la sucesión legítima presupone lo siguiente:

- a) Que el de cujus ha muerto sin testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;
- b) Que el testador no dispuso de todos sus bienes;
- c) Que no se cumpla la condición impuesta al heredero
- d) Que el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto. (Artículo 1599 Código Civil para el Distrito Federal)

Se hace notar que en las dos ultimas hipótesis, coexiste la sucesión testamentaria y la sucesión legitima. Tal situación implica que la misma persona puede suceder a doble titulo, en cuanto, si es sucesor posible por ley y al mismo tiempo es llamada en testamento.

Lo anterior queda demostrado en el texto del artículo 1283 que establece que el testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1602 señala las personas con derecho a heredar:

“Artículo 1602.- Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:
I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635.
II. A falta de los anteriores, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.”

Al respecto debemos recordar que a falta de los herederos contemplados en la fracción I, heredaba la beneficencia pública, fracción que fue reformada mediante publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de junio de 2006, señalándose ahora como heredero al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

En la **sucesión legítima** rigen estos principios:

- 1) El parentesco por afinidad no da derecho a heredar (artículo 1603 del Código Civil para el Distrito Federal).
- 2) Los parientes más próximos excluyen a los mas lejanos a excepción de los que tengan derecho a heredar por estirpe y que concurren con herederos por cabeza (artículo 1604 del Código Civil para el Distrito Federal);
- 3) Los parientes que se encuentren en el mismo grado, heredan por partes iguales (artículo 1605 Código Civil para el Distrito Federal) y
- 4) El cónyuge supérstite y los concubinos se asimilan a los parientes más cercanos.

La sucesión de los **descendientes** se regula bajo las siguientes bases:

- 1) Los hijos heredan por partes iguales (artículo 1607 del Código Civil para el Distrito Federal)
- 2) Cuando concurren descendientes con el cónyuge que sobreviva, a este le corresponderá la porción de un hijo, de acuerdo con lo

dispuesto en el artículo 1624. (artículo 1608 del Código Civil para el Distrito Federal)

- 3) Si sobreviven hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredan por cabeza y los segundos por estirpes. Lo mismo se observara tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia.

En este supuesto debe destacarse que la sucesión por estirpes se presenta en línea recta descendiente, sin limitación de grado; por ende el hijo representa a su padre, si es que este muere antes que el autor de la herencia; el nieto representa al abuelo, si ambos murieran con anterioridad al de cujus.

- 4) El adoptado hereda como hijo.

Al respecto, es menester recordar la reforma del 25 de mayo del 2000, la cual excluye a la adopción simple y reconoce como único tipo de adopción a la plena en nuestra legislación, por lo que dicha situación origina que en este tipo de adopción exista parentesco entre el adoptante, sus parientes consanguíneos y el adoptado y por lo tanto se incluyen todas los derechos y obligaciones que existen en el parentesco por consanguinidad.

No obstante, a partir de estas reformas, el texto del artículo 410-D cambio y actualmente establece la posibilidad de la adopción plena sobre menores con los que el adoptante tenga vínculo de consanguinidad.

En ese tenor, se evidencia la presencia de un problema en relación con el texto del artículo 1612 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual alude en su parte final que en la adopción simple no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante.

Luego entonces, se presenta una interrogativa: Si a partir de las reformas de mayo del 2000 únicamente existe en la legislación de la materia la adopción plena, ¿Cual es la aplicación de este artículo? Ya que al parecer, hay una notable falta de técnica legislativa, toda vez que por un lado se eliminó la adopción simple que se pretende regular con este artículo y ¿Se dejaron acaso vigentes los efectos de la misma?.

Conviene aclarar que esta situación es un elemento trascendental debido a los efectos que jurídicamente posee acerca de la adopción y las partes que intervienen en ella, ya que es obvio que los efectos de la adopción simple son incompatibles con la adopción plena.

- 5) Si concurren hijos con ascendientes estos solo tienen derecho a alimentos (artículo 1611 del Código Civil para el Distrito Federal) que en ningún caso pueden exceder de la porción de uno de los hijos.

Sucesión de los ascendientes:

- 1) A falta de descendientes y de cónyuges suceden el padre y la madre por partes iguales (artículos 1615 del Código Civil para el Distrito Federal).
- 2) Si solo hubiere padre o madre, el que viva sucederá al hijo en toda la herencia (artículo 1616 del Código Civil para el Distrito Federal)
- 3) Si solo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea, se dividirá la herencia en partes iguales (artículo 1617 del Código Civil para el Distrito Federal)
- 4) Si hubiere ascendientes por ambas líneas, se dividirá la herencia en dos partes iguales y se aplicará una a los ascendientes de la línea paterna y otra a la de la materna (artículo 1618 del Código sustantivo)

Lo anterior se explica bajo el supuesto de que si concurren abuelos paternos y maternos, la herencia es dividida por mitades.

Sucesión del cónyuge:

- 1) Si concurre con descendientes e hijos adoptivos tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia. (artículo 1624 del Código Civil para el Distrito Federal).

2) Si concurre con ascendientes: la herencia se dividirá en dos partes iguales, una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes. (artículo 1626 del Código Civil para el Distrito Federal).

3) Si concurre el cónyuge con hermanos del autor de la sucesión, tendrá dos tercios de la herencia, y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá por partes iguales entre los hermanos. (artículo 1627 del Código Civil para el Distrito Federal).

4) A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el cónyuge sucederá en todos los bienes. (artículo 1629 del Código Civil para el Distrito Federal).

Sucesión de los colaterales:

1) Si solo hay hermanos por ambas líneas, sucederán por partes iguales (artículo 1630 del Código Civil para el Distrito Federal). Al respecto, debe decirse que los hermanos de ambas líneas son los hijos del mismo padre y madre.

2) Si concurren hermanos con medios hermanos, aquellos heredaran doble porción que estos. (artículo 1631 del Código Civil para el Distrito Federal).

3) Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar que hayan renunciado la herencia, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes (artículo 1632 del Código Civil para el Distrito Federal).

4) A falta de hermanos, sucederán sus hijos, dividiéndose la herencia por estirpes, y la porción de cada estirpe por cabezas (artículo 1633 del Código Civil para el Distrito Federal).

5) A falta de hermanos y sobrinos sucederán los parientes más próximos dentro del cuarto grado, y heredarán por partes iguales (artículo 1634 del Código Civil para el Distrito Federal). Los primos hermanos se consideran con los mismos derechos, sin importar si su parentesco es por parte del padre o la madre del autor de la sucesión.

Sucesión de los concubinos.

La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el Capítulo IX del Título V del Libro Primero del Código Civil para el Distrito Federal.

Respecto a estos requisitos debe precisarse que los concubinos para tener derecho a heredarse, debieron haber vivido juntos por un periodo de dos años, siempre que no exista impedimento para que contraigan nupcias. Por otra parte, no es necesario el lapso anterior si han tenido hijos.

Explica lo anterior, la siguiente tesis aislada emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, cuyos datos de identificación se transcriben a continuación:

“CONCUBINOS. REQUISITOS PARA TENER DERECHO A HEREDARSE ENTRE SI.

Es cierto que el Código Civil para el Distrito Federal no define el concubinato; sin embargo, el artículo 1635 del ordenamiento citado exige para que los concubinos tengan derecho a heredarse entre sí, que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante un cierto período previo a la muerte de uno de ellos, o que hayan tenido hijos en común; además, dicho precepto requiere que el que sobreviva no tenga otras concubinas o concubinarios. Por tanto, es inconcuso que para que la relación sexual que se entabla entre un hombre y una mujer pueda dar origen al derecho de heredarse entre ellos, necesariamente debe tener las características del matrimonio, al exigirse que los concubinos hayan vivido juntos como si fueran cónyuges. Consecuentemente, en la especie, la acción de petición de herencia ejercitada por quien se dice concubina del de cujus resulta improcedente, porque en ninguna parte de su demanda señaló con precisión el tiempo que duró la relación con el finado, la manera pública y permanente de la convivencia entre ellos como marido y mujer, ni el lugar donde quedó establecido el domicilio común; bastando esas omisiones, para declarar improcedente la acción de que se trata.”

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3275/94. Olga Chequer Sahab y otro. 7 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

No. Registro: 210.434, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XIV, Septiembre de 1994, Tesis: I. 5o. C. 558 C, Página: 293.

Sucesión del Sistema de Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

El artículo 1636 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que a falta de todos los herederos llamados en los capítulos anteriores sucederá el Sistema de de Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, lo anterior de acuerdo a la reforma al Código en comento publicada el 7 de junio del año 2006.

c) Tutela legítima.

El Código Civil para el Distrito Federal no brinda un concepto de esta institución jurídica, ya que solo se limita a señalar su objeto, tal como se muestra a continuación.

Se debe precisar que el término “tutela” deriva del latín “*tuear*”, que significa defender, socorrer, proteger; lo cual evidencia de inicio su carácter fundamental, el cual es la protección, cuidado y defensa de los menores de edad y mayores incapacitados.²⁰

La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y de por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica.

Respecto al concepto anterior, considero que el mismo alude a varios elementos que conforman la justificación de la existencia de esta figura jurídica, tales como son los siguientes:

- En primer lugar se establece que la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, toda vez que esta opera a falta de la Patria Potestad, es decir, es subsidiaria de esta, por lo que se dice que opera en aquellos casos en que la Patria Potestad no existe, excepcionalmente concurre con ella en circunstancias especiales, a proveer de protección a los menores o incapacitados en los eventos en los que pudiera ser que, quien tiene a su cargo la protección paterna, poseyera un interés contrario a aquel de los hijos que le estuvieren sometidos.²¹
- Mediante esta institución se provee a la representación a la protección, a la asistencia, al cumplimiento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica.

²⁰ ZAVALA PEREZ, Diego H., “Derecho de Familia”, Editorial Porrúa, México 2006, p. 351.

²¹ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. “Instituciones de Derecho Civil”, Tomo III, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 1998. p. 585.

Lo anterior, en virtud de que se otorga al tutor un mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, no pueden gobernar su persona y derechos, por sí mismas.

Por lo que hace a su **OBJETO**, tal como se había mencionado en líneas anteriores, el mismo nos es señalado por el artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual es del tenor literal siguiente:

“Artículo 449.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413.”

Como se puede apreciar, el objeto y la definición de esta institución jurídica están íntimamente ligados ya que la segunda no puede dejar de mencionar el objeto de esta encomienda legal.

Ahora bien, la tutela se limita a personas con determinadas características, las cuales son precisadas por el artículo 450 del Código sustantivo de la materia que señala:

“Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

III. (Se deroga).

IV. (Se deroga).”

Con relación a la redacción de este artículo podemos señalar lo siguiente:

La fracción I es clara, ya que para determinar cuando termina la minoría de edad se debe recurrir a lo preceptuado por el artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal que señala que la mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos, por lo que, bajo estas circunstancias, los menores de esa edad están sujetos a Patria Potestad y a falta de esta, a tutela.

La fracción II alude a la capacidad disminuida a discapacidad puede tener variantes, por ejemplo: tratándose de adiciones puede darse en diversos grados; el punto trascendental es el hecho de no poder gobernarse, el estar imposibilitado u obligarse o manifestar su voluntad.

También resulta importante conocer las características fundamentales de la tutela, las cuales son brindadas por Diego H. Zavala Pérez en su obra Derecho Familiar, y son las siguientes:

1) Institución de protección. Es esta una característica de relevante importancia, si bien el tutor tendrá funciones de representación y de administración de bienes, todas ellas están inmersas en la protección y defensa del menor o del incapaz, es una función eminentemente tuitiva.

2) Es subsidiaria a la patria potestad. En caso de que la patria potestad se extinga, subsistente la ingente necesidad de proteger al menor, en tal hipótesis entra en funciones la institución tutelar; lo mismo ocurre ante la mayoría de edad de un incapaz, al concluir la patria potestad, actúa la tutela.

En forma excepcional, en la mayoría de las legislaciones, en la nuestra entre ellas, se permite la concurrencia de patria potestad y de tutela en caso de oposición de intereses entre el menor y quienes ejercen la patria potestad se nombre un tutor especial en protección del menor

También en forma excepcional pueden concurrir dos tutelas en caso de oposición de intereses entre incapaces sujetos a una misma tutela, en efecto, el artículo 457 del Código Civil dispone:

“Artículo 457.- Cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, mientras se decide el punto de oposición.”

3) Las facultades inherentes al cargo de tutor son análogas, pero con restricciones, a las propias de la patria potestad.

4) Es de interés público o carga pública, como le llaman algunos autores: solo es posible la excusa por causa suficiente o legítima.

Al respecto los artículos 452 y 453 del Código Civil para el Distrito Federal disponen:

“Artículo 452. La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima.”

“Artículo 453. El que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.”

5) Unicidad. Hay unicidad en lo que concierne a la tutela definitiva, es decir, el incapaz solo puede tener un tutor definitivo: dispone el artículo 455 del Código Civil sustantivo, lo siguiente:

“**Artículo 455.-** La Tutela se ejercerá por un solo tutor, excepto cuando por concurrir circunstancias especiales en la misma persona del pupilo o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y de los bienes.”

El texto anterior a la reforma del 2000, era preciso: Ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo mas de un tutor y de un curador definitivos.

La característica también ha sido llamada unipersonal, que implica que solo una persona puede desempeñarla.

Aun en el supuesto de tutela testamentaria, si los progenitores nombran mas de un tutor, desempeñaran el cargo en el orden que hubieren sido designados; al respecto, versan los artículos 477 y 478 del Código Civil:

“**Artículo 477.** Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien substituirán los demás, por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción.”

“**Artículo 478.** Lo dispuesto en el artículo anterior no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela.”

6) Es personalísimo. La tutela no puede ser delegada ni por acto entre vivos ni por última voluntad. Tal carácter no impide que el tutor otorgue poderes y confiera facultades en el desempeño de su cargo.

7) Es remunerado. La ley establece la posibilidad de remuneración y determina los montos; no siempre se logra, el desempeño de la tutela tiene ordinariamente un sustrato de altruismo y generosidad.²²

Dentro de nuestro ordenamiento legal, se contempla en el artículo 461 del Código Civil para el Distrito Federal cinco clases de tutela:

- 1) Cautelar.** Se da cuando toda persona capaz de otorgar testamento nombra a uno o varios tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión de encontrarse en los supuestos del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal que contempla a las personas que tienen incapacidad natural y legal. Se excluyen a las personas que pudieran

²² ZAVALA PEREZ, Diego H. Op. Cit. p. 369.

corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido por el Código.

- 2) **Testamentaria:** Se establece mediante una declaración de última voluntad, hecha por el ascendiente supérstite, el adoptante o por un tercero que herede bienes a un menor o incapaz (en cuyo caso la tutela se limita a la administración de esos bienes).
- 3) **Legítima.** La tutela legítima se confiere atendiendo al parentesco entre tutor, pupilo hasta el cuarto grado en la línea colateral, siempre que no se haya hecho designación testamentaria.
- 4) **Dativa.** Tiene lugar cuando:
 - a) No haya tutor cautelar, ni testamentario, ni persona a quien conforme a la ley, corresponda la tutela legítima.
 - b) Cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos, y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.

El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido 16 años (artículo 496 del Código Civil en cita). El juez de lo Familiar conformará la designación si no tiene justa causa para reprobala.

Sin extraviarnos del punto principal de estudio, debemos recordar que la tutela legítima es una de las consecuencias jurídicas del parentesco, situación por la que es menester estudiar de forma particular este tipo de tutela.

Como ya se ha mencionado, la tutela legítima se confiere atendiendo al parentesco.

El artículo 482 establece que la tutela tiene lugar cuando:

“**Artículo 482.-** Ha lugar a tutela legítima:

- I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario;
- II. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.”

La ley llama al ejercicio de la tutela, a determinadas personas para que representen al incapaz. Respecto al llamamiento, se debe considerar dos clases de tutela; la de menores y la de los mayores declarados incapacitados.²³

Con relación a las personas a quienes corresponde la tutela legítima, el artículo 483 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

²³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 721.

“Artículo 483.- La tutela legítima corresponde:

I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;

II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

El juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela.”

Respecto a la elección del tutor legítimo, nuestra legislación señala que si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez debe elegir entre ellos al que le parezca más apto de elección; pero si el menor hubiere cumplido 16 años, será quien realice dicha elección (artículo 484 del Código Civil para el Distrito Federal)

En el caso de la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados se debe ejercer en los términos siguientes: el marido es el tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta de su marido; los hijos mayores de edad lo son de su padre o madre viudos (cuando haya dos o mas hijos será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre, y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca mas apto), los padres son tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando estos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto de quien de los dos ejercerá el cargo.²⁴

De igual forma, el artículo 490 establece el orden en que debe asumirse la tutela, la cual es establecida de la siguiente manera:

“Artículo 490.- A falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales a que se refiere la fracción II del artículo 483; observándose en su caso lo que dispone el artículo 484.”

Dicho precepto legal pone en evidencia la importancia de la figura de los abuelos en la vida de los niños ya que su presencia no solo complementa el desarrollo de ellos, si no que además es en algunos casos que estos asumen cargos legales que proveen de protección a los menores.

d) Patria potestad.

Respecto a este punto, cabe señalar que el mismo será estudiado más adelante de forma extensa. Precizando únicamente en este inciso que la patria potestad se define como “el conjunto de las facultades, que suponen también

²⁴ DE PINA VARA, Rafael. Op. Cit., p. 390.

deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria.”²⁵

La patria potestad es una institución destinada a los menores de edad; están sujetos a ella los menores de edad no emancipados; es temporal, cesa cuando el menor ha dejado de serlo o se emancipa.

Al respecto dispone el artículo 412 del Código Civil sustantivo:

“**Artículo 412.**-Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley.”

El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres (artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal). Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres, por cualquier otra circunstancia prevista en el Código Civil, ejercerán la patria potestad sobre los menores: los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán las personas que le adoptan, como consecuencia natural de la adopción.

e) Impedimentos para contraer matrimonio.

La validez del matrimonio está sujeta a la existencia de presupuestos; la comprobación de tales se advierten al constatar si no hay impedimentos para contraerlo.

El origen etimológico de la palabra impedimento es “causa que obsta”, “óbice u obstáculo que se interpone entre dos cosas”, en nuestra materia es algo que impide la celebración del matrimonio por una persona o entre personas determinadas”.²⁶

Del latín *impedimentum*: obstáculo, embarazo, estorbo para algo. Podemos referirnos a cada una de las circunstancias que hacen ilícito o nulo el matrimonio. Se puede definir al impedimento matrimonial como “la prohibición jurídica (de celebración de matrimonio) basada en circunstancias objetivas”.

²⁵ *Ibidem*, p. 375.

²⁶ ZAVALA PEREZ, Diego H. Op. Cit. p. 95.

Doctrinalmente, la clasificación de los impedimentos es la siguiente:

1) Por razón de su ámbito o extensión, se clasifican en absolutas y relativos.

- Los absolutos. Son aquellas a consecuencia de las cuales a quienes afectan no pueden contraer matrimonio con nadie.
- Los relativos. Aquellos que se oponen a que se celebre matrimonio con algunas personas.²⁷

2) Por su duración, los impedimentos son temporales y perpetuos. Los primeros cesan con el transcurso del tiempo, los segundos no.

3) Impedimentos dispensables y no dispensables. Los primeros, conforme a la ley, son susceptibles de dispensa; los segundos no pueden serlo.

4) Según sus efectos, y probablemente, lo más importante clasificación en las legislaciones laicas, los impedimentos se dividen en dirimentes e impedientes.

- ❖ Dirimir significa deshacer, disolver o desunir; en materia de matrimonio, impedimento dirimente es el que impide la celebración válida del matrimonio, provoca, o puede provocar, la nulidad de este.
- ❖ Los impedimentos impedientes impiden la celebración lícita del matrimonio, pero su presencia no afecta a la validez; la existencia de esta clase de impedimentos conduce no al matrimonio nulo, si no al matrimonio ilícito.²⁸

El artículo 156 establece lo siguiente:

“Artículo 156.- Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

- I. La falta de edad requerida por la Ley;
- II. La falta de consentimiento del que, o los que ejerzan la patria potestad, el tutor o el Juez de lo Familiar en sus respectivos casos;
- III. El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
- IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado;
- VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII. La violencia física o moral para la celebración del matrimonio;

²⁷ DE PINA VARA, Rafael. Op. Cit. p. 329.

²⁸ ZAVALA PEREZ, Diego H. Op. Cit. p. 97.

VIII. La impotencia incurable para la cópula;
IX. Padecer una enfermedad crónica e incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria;
X. Padecer algunos de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450;
XI. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer; y
XII. El parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el artículo 410-D.
Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.
En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.
La fracción VIII es dispensable cuando la impotencia a que se refiere, es conocida y aceptada por el otro contrayente.
La fracción IX es dispensable cuando ambos contrayentes acrediten fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista, el conocimiento de los alcances, los efectos y la prevención de la enfermedad que sea motivo del impedimento, y manifiesten su consentimiento para contraer matrimonio.”

En el contexto anterior, ha de destacarse el artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

“CAPITULO IX”

“De los matrimonios nulos e ilícitos”

“Artículo 235.- Son causas de nulidad de un matrimonio:

- I. El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra;
- II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el artículo 156; siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda; y
- III. Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103. “

Tampoco pueden contraer matrimonio: el adoptante con el adoptado o sus descendientes; y el tutor con la persona que ha estado o esta bajo su guarda salvo que obtenga dispensa, que no se concederá por el presidente municipal respectivo hasta que hayan sido aprobadas las cuentas de tutela, prohibición esta última que comprende también al curador y a los descendientes de este y del tutor.

1.2. Filiación.

El significado de filiación toma varios matices dependiendo del sentido que se le brinde.

- En el sentido vulgar la filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres.

- En sentido amplio, por filiación se entiende la “relación jurídica entre los progenitores y sus descendientes”.
- En sentido estricto, se refiere a “las relaciones jurídicas que surgen entre el padre o la madre y su hijo”.
- La filiación entonces, es el vínculo jurídico que nace de la relación natural de la procreación.²⁹

Más moderadamente, la adopción crea una relación jurídica de filiación, por oposición al nexo biológico. El interés del menor impregna el sentido de la adopción.

En este tenor, vale la pena estudiar la naturaleza jurídica de la filiación recordando que las consecuencias jurídicas del hecho biológico de la procreación se producen de manera concreta y particularizada respecto de determinadas personas (el padre y la madre con relación al hijo) cuando la filiación de este es conocida, conforme a derecho. Siendo la filiación el presupuesto necesario, la *conditio sine qua non* para crear la situación jurídica de una persona como hijo de otra.

La filiación “es la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación, de donde deriva el parentesco; punto de referencia para fijar las relaciones jurídicas dentro del círculo de la familia, que en su estructura socio-jurídica es un complejo de factores psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etc.”³⁰

Adicionalmente, vale la pena destacar el estudio que realiza Rafael Rojina Villegas quien afirma que el vocablo tiene dos sentidos, uno amplio que significa “...el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado (...) y en sentido estricto que se refiere a “... la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo...”. Comenta el citado jurista que la filiación implica un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legal como en la natural, un estado jurídico.”³¹

Al respecto debemos precisar que el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal establece que se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

“Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

²⁹ LLOVERAS Nora, “Patria Potestad y Filiación”, Ediciones De Palma, Buenos Aires. 1986. p. 31.

³⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. p. 241.

³¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. p.405.

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

1.2.1. Concepto

La palabra filiación proviene del latín “*filatio-onis*”, de “*filius*”, hijo. “La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación”. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y sus hijos.

Planiol define la filiación como “la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra.

Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados.³²

1.2.2 Clasificación.

Al respecto, debemos señalar que los diversos autores no comparten un criterio uniforme de la clasificación de la filiación.

Felipe de la Mata Pizana asegura que la filiación se clasifica en matrimonial, legitimada y extramatrimonial.

- 1) **La filiación matrimonial:** es aquella en que el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley, de forma tal que se reputa nacido dentro de la unión legítima conyugal de marido y mujer.

Tenemos que el artículo 324, a la letra establece lo siguiente:

“**Artículo 324.-** Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

- 2) **Legitimada.-** Este tipo actualmente está desaparecida en nuestra legislación local y es aquella donde el neonato no se encuentra dentro de los plazos que establece la ley para reputarlo hijo del matrimonio; sin

³² Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de investigaciones jurídicas -UNAM, Editorial Porrúa, México 1998. p. 1447.

embargo por un acto jurídico posterior, llamado legitimación, se le dota de tal carácter.

- 3) **Extramatrimonial.** Se da cuando el nacimiento se encuentra fuera de los plazos a que se refiere la ley y, por ende, se reputa como hijo nacido fuera del matrimonio.

Por su parte, Zavala Pérez maneja las siguientes clases de filiación, la cual define como el vínculo jurídico que une a una persona con sus padres unidos en matrimonio³³:

- 1) **Legítima.** Se debe a la procreación en el matrimonio.
- 2) **Natural.** Hace referencia a la clasificación extramatrimonial.
- 3) **Civil.** Alude a la adopción.

De igual forma se manejan las siguientes formas de filiación:

- 1) **Matrimonial.** La que se da entre los padres y los hijos nacidos dentro del matrimonio, o 300 días después de su disolución.
- 2) **Extramatrimonial.** La que se da entre los padres y los hijos nacidos fuera del matrimonio, cuando son reconocidos, o la que se da entre los padres y los hijos nacidos dentro del concubinato, o 300 días después de su separación.
- 3) **Legitimada.** La que se da entre los padres y los hijos en virtud del reconocimiento de los mismos, o del matrimonio de sus padres.
- 4) **Adoptiva.** Es la que se da en virtud de la adopción.
- 5) **Asistida.** La que se da como producto de la concepción asistida medica o científicamente.

Personalmente, considero más adecuada la clasificación que propone Zavala Pérez ya que dentro de esta pueden encuadrarse los demás que proponen los autores.

1.2.3. Efectos.

Establecido lo preliminar, podemos concluir que la filiación es una fuente del parentesco, por lo que sus consecuencias son semejantes.

³³ ZAVALA PEREZ, Diego H. Op. Cit p.243

De igual forma debemos recordar que en el pasado se clasificaba legalmente de diferente forma, tal como era en: hijos naturales, legítimos, adulterinos, incestuosos, etc., y en virtud de dicha condición se les dotaba de diversos derechos de orden sucesorio y alimentario.

Posteriormente, con la Ley de Relaciones Familiares de 1917 fue desapareciendo la importancia de dicha clasificación, para que, a partir del Código Civil de 1928, se equipara plenamente a los hijos por lo que hace a sus derechos independientemente de su origen.

Ahora bien, en las reformas del año 2000 se intento desaparecer cualquier reminiscencia de los distintos tipos de filiación.

Bajo este contexto en el artículo 338 BIS del Código sustantivo de la materia, se preceptúa lo siguiente:

“Artículo 338 Bis.- La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.”

De forma mas especifica debe recordarse el artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala:

“Artículo 389.- El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:
I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;
III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley;
IV. Los demás que se deriven de la filiación.”

No obstante, existen autores como Diego Zavala Pérez que acertadamente nos comenta que la desaparición total de los distintos tipos de filiación no es jurídicamente viable mientras se siga el sistema establecido en prácticamente todos las legislación del sistema romano canónico, en que se presumen hijos nacidos dentro del matrimonio aquellos que vienen al mundo dentro de ciertos plazos establecidos en ley.

Por ende, la clasificación de los tipos de filiación tendrá actualmente la exclusiva importancia respecto de la prueba de la misma, y nunca más respecto de los diferentes efectos que tuvieren relación con los hijos.³⁴

³⁴ ZAVALA PEREZ, Diego H. Op. Cit. p. 231.

1.3. Patria potestad.

La patria potestad es una institución de Derecho Familia derivada de la filiación, que tiene por objeto la asistencia, formación, guarda y protección de la persona y la administración prudente de los bienes de los descendientes menores de edad sujetos a ella.

1.3.1. Concepto y naturaleza jurídica.

No obstante, la doctrina nos proporciona varios conceptos como son los siguientes:

- ❖ Guillermo A. Borda define a esta institución como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.
- ❖ María Josefa Méndez y Daniel Hugo D’Antonio la conceptúan como: “La institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y formación integral de los hijos.”
- ❖ María Dolores Díaz Ambrona y Francisco Hernández Gil manifiestan que: “La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia, fundada en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza”.
- ❖ Carlos Magaz Sandro la conceptúa como: “una función tuitiva genérica, que la ley conoce a ambos progenitores, en relación con los hijos menores o incapacitados”.³⁵

Ahora bien, en relación con los conceptos anteriormente proporcionados encuentro elementos de suma importancia:

- 1) Los conceptos aluden a “protección” del menor, debiendo recordar para tal efecto que el concepto proteger alude a la acción y efecto de proteger, lo cual significa según el Diccionario Enciclopédico Santillana, hacer una persona lo posible o estar o actuar una cosa de tal manera que impidan o dificulten que alguien sufra un perjuicio, en este caso tal persona será específicamente un menor.

³⁵ Autores citados por FELIPE DE LA MATA PIZANA. Op. Cit. p. 257.

- 2) Esta protección se debe dar en función del menor, quien funge como el principal interés de esta institución.
- 3) Se señala como titular a los padres del menor, sea cual fuere la relación de filiación o parentesco que exista de acuerdo al caso concreto.

En relación con el estudio anteriormente realizado, personalmente considero que el concepto de Patria Potestad debe definirse de la siguiente manera:

“Conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

Naturaleza jurídica.

La doctrina no es uniforme en cuanto a la naturaleza de la patria potestad. Algunos la definen como una institución, otros como una potestad y otros como una función. Lo importante, independientemente, de su naturaleza, es el objetivo de la misma: la asistencia, cuidado y protección de los menores no emancipados.

Es una institución que tiene su base u origen en la filiación, en la relación padres-hijos, ascendientes-descendientes.

En la patria potestad hay que destacar un doble aspecto:

Cuando se habla de relaciones internas paterno-filiales, los padres ostentan sobre los hijos un deber, pero en el supuesto de las relaciones externas, la patria potestad se puede considerar como un derecho subjetivo de los padres.

Lacruz considera que en nuestro ordenamiento positivo, la patria potestad, no es propiamente un derecho subjetivo, si no una potestad que el derecho positivo, al dictado inmediato del Derecho natural, atribuye con carácter indispensable a los padres en cuanto medio para el desempeño de una función: el cuidado y la capacitación del hijo. Con el paso del tiempo la patria potestad ha ido cambiando, pasando de una autoridad rígida del padre de familia a una debilitación de la autoridad de los padres. En un principio se entendía que los padres tenían un poder sobre los hijos, hoy se considera que la patria potestad es una función de los padres en beneficio de los hijos.³⁶

³⁶ LLEDO YAGUE Francisco, “Sistema de Derecho Civil”. Derecho de Familia, Editorial Dykinson, Madrid. 2002. p. 268.

1.3.2. Características.

Como características fundamentales de la patria potestad podemos señalar:

- 1) Es una institución de **orden público**. No solo es de orden público en relación a los que la ejercen, sino también por interés que se observa del Estado a través de los funcionarios adecuados.

Se dice que el Estado esta interesado en esta institución por que la patria potestad tiene por objeto la debida formación de los menores que serán los futuros ciudadanos.

- 2) Es **irrenunciable** aunque, por otro lado, es excusable en los casos dispuestos en el artículo 448 que señala:

“**Artículo 448.-** La patria potestad no es renunciabile; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.”

Lo anterior pone de manifiesto que existen diferencias entre excusa y renuncia, donde la primera debe estar fundada en una causa previa establecida en la ley, mientras la segunda es una cuestión potestativa basada en una causa posterior a que se ha ejercido el cargo.

Comentario en particular merece la fracción I, ya que autores como Felipe de la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez cuestionan ese limite puesto que el mismo obedecía a otros tiempos, cuando la media de vida nacional era de 50 años, elevándose actualmente según el criterio del autor, con los adelantos de la mediana que permiten llegar a una avanzada edad con alta calidad de vida.³⁷

Adicionalmente a las razones por las que se establece esta característica, cabe mencionar que la misma deriva en virtud de su propia naturaleza; pues como ya se ha establecido se trata de una función de orden público, por lo que de acuerdo al artículo 6 del Código Civil para el Distrito Federal se establece que solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés publico, o bien cuando la renuncia no implique perjuicio a derechos de tercero.

³⁷ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ Roberto,. Op. Cit. p. 262

Al respecto, Manuel F. Chávez Asencio, reflexiona que si la patria potestad pudiera renunciarse; habría mas hijos sin padre o abandonados de los que actualmente existen.”³⁸

- 3) **Imprescriptible**, puesto que el hecho de no ejercer la patria potestad por un tiempo no hace terminar los derechos y obligaciones que derivan de esta; es decir no se extingue por el transcurso del tiempo.
- 4) **Temporal**, ya que como apuntábamos previamente, se fija un término para el ejercicio de esta, pues termina al llegar a la mayoría de edad o el matrimonio del menor con el cual obtiene su emancipación, así como con la muerte del que la ejerce, si no hay persona en quien recaiga.
- 5) **Intransmisible**, toda vez que los derechos y obligaciones que integran esta relación jurídica están fuera del comercio. Es decir, no pueden ser materia de transferencia o enajenación. Corresponde a los padres y abuelos exclusivamente.

1.3.3. Sujetos

Tal como se ha mencionado, la patria potestad es una institución destinada a los menores de edad, están sujetos a ella los menores de edad no emancipados.

Establece el artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal al respecto, lo siguiente:

“**Artículo 412.-** Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley.”

Quienes la ejercen. La patria potestad de un menor la tienen los padres; a falta de uno, la tendrá el que sobreviva; si faltan o están imposibilitados los dos padres, la ejercen los abuelos paternos o maternos en el orden que el juez de lo familiar señale el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien, es importante definir que la emancipación puede darse de la celebración del matrimonio de un menor de edad; en ella, el emancipado tiene una

³⁸ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. “La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales”, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001. p. .278.

capacidad de ejercicio limitada; al respecto debe señalarse lo preceptuado por el artículo 641 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

“Artículo 641.- El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.”

“Artículo 643.- El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:
I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.
II. De un tutor para negocios judiciales.”

El ejercicio de la patria potestad les corresponde en forma conjunta y a falta de ellos la ejercerá el otro; es decir, en un caso concreto si ocurriera el caso de que el padre fallezca o pierda la patria potestad, la ejercerá la madre.

Otro aspecto que hay que destacar es que anteriormente el artículo 414 del precepto legal en cita indicaba el orden de atribución del ejercicio de la patria potestad: padre y madre, abuelos paternos y abuelos maternos. El texto vigente es correcto; no hay razón para que exista prelación de los abuelos paternos sobre los maternos.

En el caso de que los padres vivan separados, ambos conservaran la patria potestad plena, tienen al menor junto a ellos, es viable cumplir con el deber de educar.

Sin embargo, debe destacarse que tal supuesto, uno de los padres tendrá la custodia, ya sea por convenio entre los padres, o por determinación del Juez de lo Familiar.

Al efecto, dice el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 416.- Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.

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

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

La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.”

Esta disposición pugna con el primer párrafo del numeral 410-A del Código Civil en cita:

“Artículo 410-A.- El adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo. La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea. La adopción es irrevocable.”

1.3.4. Efectos

Cuando analizamos el concepto de Patria Potestad, establecimos que esta se integra por un conjunto de derechos y obligaciones que convergen en la finalidad de proteger al menor.

La patria potestad incluye tanto deberes y derechos sobre la persona del niño, tal como se especifica en los siguientes cuadros:

RELACIONES JURIDICAS PATERNO FILIALES			
PADRES		HIJOS	
DEBERES		DERECHOS	
DEBERES	DERECHOS	DEBERES	DERECHOS
1. Guarda y custodia.	Fijar el domicilio familiar	Vivir en el domicilio familiar	Que se ejerza en base al interés superior del niño.
2. Convivencia	Respeto e Intimidad	Convivencia	Respeto e intimidad
3. Corrección	Cuidado y Corrección	Aceptación y respeto	Ser protegido
4. Vigilancia	Corrección y Amonestación	Obediencia y respeto	Ser protegido
5. Educación	Orientación	Respeto, aplicación y obediencia	Que la educación impartida sea la adecuada.
6. Alimentos	Recibirlos	Darlos	Recibirlos
7. Administración	Usufructo y Retribución	Retribuir	Cuentas de la administración. Recibir los bienes.
8. Representación	Compensación de gastos, etc.	Aceptación	Cuentas de la representación

PADRES		HIJOS	
EN RELACION A LA PERSONALIDAD			
DEBERES	DERECHOS	DEBERES	DERECHOS
1. Darle nombre	Buen uso	Respeto	Llevar los apellidos de los padres
2. Cuidar la imagen	Decidir	Respeto	A su imagen
3. Velar el honor	Defender	Cuidar	A su honor
4. Atención a la correspondencia	Intervención	Limitado	A su correspondencia

PADRES		HIJOS	
EN RELACION AL MATRIMONIO			
DEBERES	DERECHOS	DEBERES	DERECHOS
1. Otorgar el consentimiento	Acceder o negar	Atender los consejos	Obtener el consentimiento.

Respecto de los cuadros anteriores, debe precisarse que este modelo fue tomado de la obra de Manuel F. Chávez Asencio, *“La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales”*, ya que los mismos me parecen útiles para diferenciar el contenido de los deberes y derechos comprendidos en la Patria Potestad, toda vez que estos poseen esta ambivalencia de derecho-deber.

Ahora bien, dentro del desarrollo de este capítulo se ha explicado de manera clara alguna de las obligaciones contenidas dentro de la Patria potestad, por lo que en obvio de repeticiones inútiles procederé a mencionar el fundamento legal de cada uno, en los casos siguientes:

1. Guarda y custodia. (Artículo 418 del Código Civil para el Distrito Federal).

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

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

Respecto a este punto se abundará mas adelante.

2. Convivencia (artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal)

“Artículo 416 Bis.- Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.

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

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

Lo anterior implica que los padres el progenitor que no tenga la guarda y custodia del menor tendrá derecho de convivir con el menor mediante visitas convenidas con el progenitor que si la tenga, cuestión que se abundará ampliamente mas adelante.

3. Corrección. (artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal)

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

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

La facultad de corrección puede implicar, a consideración de la suscrita que los sujetos que ejercen la Patria Potestad puedan aplicar medidas que tiendan a enmendar la conducta errada de los hijos, sin embargo tal como lo dispone el precepto legal anteriormente transcrito esa facultad no justifica que los padres apliquen correctivos que se materialicen en algún daño físico a los menores.

4. Vigilancia. Este derecho atiende a la naturaleza misma de la palabra, la cual significa velar sobre una cosa o persona, lo cual implicará tener conocimiento respecto del bienestar de la persona de su interés.

5. Educación. Se considera como un efecto fundamental y trascendente de la patria potestad a cargo de quienes la ejercen, la de educar al menor. De igual forma, se dice que es una obligación jurídica, moral y social.

Proviene del latín “educatio-onis” es “crianza, enseñanza y doctrina que se da a los niños y a los jóvenes.

Bajo dicho concepto educar es "...desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos, etc".³⁹

Al respecto el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal dispone:

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

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

6. Alimentos (artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal):

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

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

7. Administración. Quienes ejercen la patria potestad tienen la administración legal de los bienes del hijo. Los menores, aunque no tengan plena capacidad, pueden ser titulares de derechos y propietarios de bienes, pero carecen de la capacidad de ejercicio, situación que les impide administrar y disponer de los mismos, por lo que requieren de la representación legal y la facultad de administración se confiere por ley a los que ejercen la patria potestad. Se trata de una administración en nombre e interés del hijo. El artículo 425 del Código Civil para el Distrito Federal nos señala que son administradores legales; esto significa que no hay un contrato como origen, pues las facultades se basan en la propia naturaleza de la relación paterno-filial, y por la ley los que ejercen la patria potestad son administradores de los bienes de sus menores hijos no emancipados.⁴⁰

Los bienes del hijo, mientras este bajo la patria potestad, son de dos clases, los que adquiere con su trabajo y los que adquiere por cualquier otro título. Los de la primera clase, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

³⁹ ZAVALA PEREZ, Diego H. Op. Cit. p.335.

⁴⁰ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. p.305

La mitad del usufructo de los bienes que el hijo adquiera por título distinto del trabajo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad.

Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado.

Los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar la renuncia por escrito, o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda.

Esta renuncia del usufructo hecha a favor del hijo por los padres en legal forma, se considera como una donación.

En todo caso, los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos y adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponde al hijo, pertenecen a este, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que este en el ejercicio de la patria potestad.

El usufructo de los bienes concedidos a las personas que ejerzan la patria potestad lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo II del título VI del Código Civil local y, además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

- a) Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra, o estén concursados.
- b) Cuando contraigan ulteriores nupcias
- c) Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue:

- a) Por la emancipación o la mayoría de edad de los hijos.
- b) Por la pérdida de la patria potestad
- c) Por renuncia.⁴¹

8. Representación legal. Su titularidad se ejerce por los padres (artículo 414 del Código Civil del Distrito Federal). Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

⁴¹ DE PINA VARA, Rafael. Op. Cit. pp. 376-378.

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

La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán las personas que le adopten, como consecuencia natural de este acto.

Manuel F. Chávez Asencio nos dice que la patria potestad significa una representación total y diversa a la que puede encontrarse en el derecho patrimonial, ya que es una representación que comprende a la persona del menor y sus bienes. En relación a la persona, se da para el desempeño de los deberes jurídicos familiares que buscan la promoción integral del menor en todo el aspecto humano, psicológico y espiritual. La representación en cuanto a esos bienes, corresponde a la administración del patrimonio del menor, con las limitaciones impuestas por la ley; lo que origina que nos encontremos con una representación amplísima, en la que se comprende no solo lo patrimonial económico, sino la persona misma del representado, lo que se da sólo en el Derecho de Familia.⁴²

1.3.5. Ejercicio

Respecto a este tema, debe precisarse que en primera instancia el Código Civil para el Distrito Federal en varios artículos como son el 413, 414, 415 y 416 trata lo relativo al ejercicio y modalidades de la patria potestad, precisando que esta se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Así mismo señala la posibilidad de su ejercicio por varias personas.

No obstante, el objetivo de este inciso es precisar un punto en particular el cual se refiere a la diferencia entre la titularidad y el ejercicio de la Patria potestad.

En las relatadas circunstancias, según el autor Diego H. Zavala Pérez, el ejercicio pleno de la patria potestad la tiene quien posee la custodia del menor.⁴³

Aunado a lo anterior, la diferencia entre titularidad y ejercicio; se da en virtud de que la titularidad inicialmente le corresponde a los padres y esta es irrenunciable y no delegable y el ejercicio lo tienen en la hipótesis de vivir juntos y que ambos convivan con el menor.

⁴² CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. p.277.

⁴³ ZAVALA PEREZ, Diego H. Op. Cit. p.329.

Dicho ejercicio puede ser compartido o unilateral, según el caso en particular. Es decir, en un inicio el ejercicio de la patria potestad se concede plenamente a ambos padres cuando conviven con el hijo menor, lo que facilita el gobierno de la persona y bienes del hijo, y el cumplimiento de los fines de la patria potestad.

Cuando los progenitores no conviven, la ley atribuye el ejercicio de la patria potestad, en principio, al progenitor que convive con el hijo, es decir a uno de los padres, a quien se denomina padre ejerciente, en el supuesto del ejercicio unilateral de la patria potestad.

Esta atribución, no significa que el otro progenitor no ejerciente sea desplazado totalmente del ejercicio de la autoridad de padre. De esta manera, el padre que no tiene al hijo consigo-el no ejerciente- puede comunicarse adecuadamente con su hijo, supervisar su educación, etc.

1.3.6. Guarda y custodia

Custodia deriva del latín “*custos*”, que significa guardia o guardián, forma del verbo “*curare*”, que quiere decir cuidar. Es, por lo tanto, la acción y efecto de custodiar, o sea guardar con cuidado alguna cosa.

En el lenguaje jurídico habitualmente se emplean indistintamente las expresiones “guarda”, “custodia”, “guarda y custodia” y “tenencia”.

El concepto de guarda o custodia del menor, implica en primer lugar tener consigo al menor, sin embargo el autor Diego Zavala Pérez nos comenta que el alcance de la guarda o custodia es mucho mas que una proximidad física, ya que es un derecho- deber que lleva implícita la facultad de orientación y corrección.⁴⁴

En el derecho familiar mexicano este concepto tiene especial relevancia, pues la custodia esta dirigida a la atención de menores, es una facultad implícita de la patria potestad, la cual era generalmente ejercida conjuntamente por ambos padres. Sin embargo, con el transcurso del tiempo se ha originado la frecuencia en la separación de éstos, lo cual implica que las facultades antes conjuntas se ejerzan en forma separada. El otorgamiento de la guarda y custodia a un progenitor, no significa para el otro la pérdida de la relación con sus hijos. El progenitor privado de la custodia conserva sus derechos de convivencia, esto es: derecho de visitar a su hijo, de relacionarse con él, de estar al corriente de su vida y educación, ya que el

⁴⁴ ZAVALA PEREZ, Diego H. Op. Cit. p. 329.

respeto al derecho a la convivencia genera beneficios tanto para los ascendientes como para los menores, tal como este trabajo de investigación demostrará mas adelante.

La custodia es el primer deber de los padres en relación a los hijos no emancipados. Significa tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado. Nuestros tribunales emplean el término “guarda y custodia”, que en opinión de Manuel Chávez Asencio comprende el mismo deber, ya que la patria potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etcétera.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación nos recuerda que 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.

Lo anterior se contempla en la siguiente tesis emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, cuyos datos de identificación se transcriben a continuación:

“PATRIA POTESTAD. PUEDE DESVINCULARSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA SI EL INTERES 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. Rufina Rivas Romero. 14 de mayo de 1987. Mayoría de tres votos contra dos. Ponente: José Manuel Villagordo Lozano. Secretario: Julio Ibarrola González. Engrose: Jorge Olivera Toro.

No. Registro: 239.695, Materia(s): Civil, Séptima Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 217-228 Cuarta Parte, Página: 242.

La custodia se debe dar con atención, amor y respeto a la personalidad del menor.

En la custodia están comprendidos otros deberes y derechos correlativos de esta relación paterno-filial, como son la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos y la educación completa, que comprende la moral y religiosa.

- 1) **Convivencia.** 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.

Respecto de este punto se abundara de manera mas extensa en el siguiente capitulo de este trabajo de investigación.

- 2) **Protección a la persona.** Dentro del cuidado y custodia esta la protección de la persona del hijo “frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral.

Esta misión especial de los padres, corresponde al deber del hijo de aceptación y respeto de la protección que le brindan sus padres. En cuanto a las facultades, son reciprocas, pues a los padres les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlo y al hijo el de ser protegido.

- 3) **Vigilancia de sus actos.** Dentro del deber de guardar va insito el deber de vigilancia, por lo cual los padres responderán de las consecuencias dañosas en que hayan incurrido sus hijos en cuanto ellas se deban a la falta de vigilancia. Al hijo le corresponde la obediencia y respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quienes ejercen la patria potestad. En cuanto a las facultades, corresponde a los padres el derecho a la corrección y amonestación, y a los hijos el derecho de ser protegidos.

- 4) **Deber de educación.**

- 5) **Corrección.**⁴⁵

Ahora bien, aisladamente la guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con el.

El deber de los progenitores de cuidar y custodiar, corresponde a los hijos el deber de vivir en el domicilio de ellos.

Generalmente el término custodia se emplea para cosas y para las personas, pero prevalece la concepción referida a las personas.

Es menester precisar que la guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus

⁴⁵ ZAVALA PEREZ, Diego H. Op. Cit. p.332.

necesidades, tal como se señala a continuación por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

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

Amparo directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Amparo directo 73/87. Salvador Cardoso Torres y otra. 6 de abril de 1987. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro.

No. Registro: 207.561, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Octava Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación I, Primera Parte-1, Enero a Junio de 1988, Página: 299.

Adicionalmente vale la pena destacar que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 282 anterior a las reformas del 2 de febrero del 2007 contemplaba el principio rector de la decisión de la guarda y custodia como punto de partida para decidir sobre ella, se hacía referencia específicamente a los menores de siete años, donde se señalaba que estos deberían quedar al cuidado de la madre, salvo peligro grave para su normal desarrollo.

Actualmente se establece que en caso de que los menores de 12 años sean sujetos de violencia familiar, estos deberán quedar al cuidado de la madre, excepto cuando sea esta quien la origine. Así mismo se establece que no será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos, puesto que de acuerdo a lo dispuesto por criterios de nuestros Tribunales Colegiados de Circuito, el interés de los hijos no necesariamente se identifica con la capacidad económica del padre para determinar que queden bajo su guarda o custodia, porque en cada caso particular pueden mediar motivos de salud, seguridad y moralidad que aconsejen su permanencia con la madre considerada económicamente débil, como sucede, por ejemplo, cuando al lado del padre viven otros hijos de distinta madre con mengua de una entrega íntegra de afecto y atenciones, lo cual no ocurrirá si quedan al lado de la progenitora, que no tuviera ese inconveniente.

Lo anterior queda contemplado en la siguiente tesis:

“PATRIA POTESTAD. CUSTODIA. EL INTERES DE LOS HIJOS, ES ELEMENTO PRIMORDIAL PARA SU DETERMINACION. El interés de los hijos no necesariamente se identifica con la capacidad económica del padre para determinar que queden bajo su guarda o custodia, porque en cada caso particular pueden mediar motivos de salud, seguridad y moralidad que aconsejen su permanencia con la madre considerada económicamente débil, como sucede, por ejemplo, cuando al lado del padre viven otros hijos de distinta madre con mengua de una entrega íntegra de afecto y atenciones, lo cual no ocurrirá si quedan al lado de la progenitora, que no tuviera ese inconveniente.”

Amparo directo 4849/66. Antonio García Serrano. 7 de agosto de 1967. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela.

No. Registro: 269.553, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Sexta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Cuarta Parte, CXXII, Página: 83.

Finalmente, otro aspecto de relevante importancia a considerarse para el otorgamiento de la guarda y custodia a favor de uno de los cónyuges, es el interés superior de los niños, concepto fundamental al cual dedicaremos un capítulo para su estudio en el avance de este tema, el cual debe considerarse de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño, de acuerdo a los aspectos que se contemplan en la siguiente tesis jurisprudencial:

“GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.”

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 170/2000. Adrián Escorcía Martínez y otra. 1o. de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuatla.

Amparo directo 935/2000. Rosa María Reyes Galicia y otro. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 980/2000. Geni Vega Espriella. 26 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 701/2001. Ignacio Alfaro Hernández. 29 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

Amparo directo 367/2002. Carlos Octavio Juárez González. 9 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando García Quiroz, secretario de tribunal

autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Jorge Luis Mejía Perea.
No. Registro: 185.753, Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Octubre de 2002, Tesis: II.3o.C. J/4, Página: 1206.

CAPITULO 2. DERECHO DE CONVIVENCIAS.

2.1. Evolución histórica del concepto

El derecho de convivencia es un concepto jurídico que se refiere a un derecho de fundamental importancia, en la formación de los menores de edad, por lo que resulta interesante conocer el origen de este.

Es menester recordar que antiguamente existía “la estructura de la comunidad familiar, con incidencia en los derechos y deberes que presiden las relaciones familiares en cada época. La gran familia, familia linaje o familia patriarcal, se compatibilizaba con una regulación de la patria potestad que confería derechos para su titular; derechos que fueron cediendo paulatinamente a través del tiempo, hasta transformar la institución en una serie de deberes o funciones que deberán ejercerse prioritariamente para la protección y formación integral de los menores”.¹

Cuando la institución otorgaba aquellos derechos casi absolutos, solo limitados en casos excepcionales el derecho de guarda constituía un atributo esencial y un medio de efectivizar los poderes que de ella dimanaban. Ante estas facultades se subordinaban los intereses de los demás protagonistas, aunque ellos fueran el menor y usualmente su propia madre, ya que en situaciones normales era el padre el titular de la patria potestad quien estaba en ejercicio de la misma.

Se dice que el origen y evolución de esta figura, principia como una innovación pretoriana y se desarrolla al amparo de concepciones que van abriéndose a una distinta comprensión de la naturaleza de las relaciones humanas, particularmente entre padres e hijos.

Durante el transcurso del tiempo y de acuerdo a las legislaciones de diversos países, este derecho ha tenido distintas variaciones respecto a su denominación.

A medida del paso del tiempo, se fueron flexibilizando las pautas para los encuentros y superando los problemas de la original modalidad en el ejercicio de este derecho, ya que inicialmente solo se autorizaban contactos en casa del “visitado”. Posteriormente se fue admitiendo que el “visitado” se trasladara a casa del “visitante”, lo cual resultaba terminologicamente paradójico.

¹ MAKIANICH DE BASSET, Lidia N. “Derecho de visitas. Régimen jurídico del derecho y deber de adecuada comunicación entre padres e hijos”, Editorial Hammurabi, Argentina 1997. pp.63-64.

Lo anterior en virtud de que obviamente la denominación “visitado” y “visitante” derivan de “visita”, término que literalmente se refiere a la acción de ir a ver a una persona a su casa o al lugar que este se encuentre.

No obstante, comenta Lidia N. Makianich de Basset (Profesora de D. Civil V-Familia y sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires) en su obra “*Derecho de visitas*”, que dicha locución ya había sido adoptada no sólo en Francia, su país de origen, sino en Alemania, Italia, Suiza, España, Argentina y Gran Bretaña.

Se puede observar que en esta expresión existe una imprecisión técnico-terminológica. Las expresiones que han sustituido a la tradicional denominación “derecho de visitas”, son por ejemplo, las siguientes: derecho de comunicación, derecho de relación, derecho a relacionarse, derecho de comunicación y convivencia, derecho de adecuada comunicación y convivencia, derecho al trato, *visitation* (visita), *right of access* (derecho de acceso), *right of acces on visit* (derecho de acceso y visita).²

En nuestra legislación, los artículos 416, 416-BIS y 417 lo mencionan como “derecho de convivencia”, expresión que se acopla mas con el contexto que adopta el Código Civil para el Distrito Federal en las normas anteriormente referidas.

El derecho del progenitor no investido de la tenencia a mantener contacto con su hijo, irrumpe en el escenario jurídico como una creación jurisprudencial, que adquiere notable desarrollo en Francia, tal como se expondrá a continuación.

2.1.1. Francia

La expresión “derecho de visitas”, llegó hasta nuestros días desde una sentencia de la Corte de Casación francesa del 8 de julio de 1857, compatibiliza con las modalidades que entonces tenía ese derecho, que se llevaba a cabo, por lo general, mediante una autentica visita en el domicilio del “visitado”.

Se ha señalado a la jurisprudencia francesa como única en esta materia. El derecho de visita fue admitido con menor dificultad ante la desintegración familiar respecto del progenitor no conviviente y el hijo, pero encontró mayores inconvenientes en la preservación del trato entre los abuelos y los nietos sometidos a patria potestad cuando existía oposición de su titular. Se consideraba que autorizar

² *Ibidem* p. 57

en tales casos el derecho de visitas significaba agravar los derechos del investido con la autoridad paterna. La doctrina estaba dividida y fueron celebres los argumentos a favor de su admisión, no obstante haber sido considerados mas sentimentales que jurídicos.

“El problema se planteo con mayores dificultades respecto de los abuelos. Los tribunales franceses hasta mediados del siglo XIX se mostraron reticentes, y varias Cours d´ Appel se negaron a autorizar a los abuelos a visitar a sus nietos contra la voluntad del padre, razonando que ello suponía un atentado inadmisibile contra los derechos de la patria potestad, y en particular del artículo 374 del Código antes citado.”³

La doctrina se dividió y si unos defendían aquella jurisprudencia; otros reclamaban el reconocimiento de un derecho de visita a favor de los abuelos, con argumentos sentimentales más que jurídicos.

Sin embargo, la Cour de Cassation francesa cambió de orientación y abrió un nuevo camino en su sentencia de 8 de julio de 1857 (en que casaba la de Montpellier de 17 de febrero de 1855), considerada como la primera y fundamental en el largo antecedente jurisprudencial de configuración de nuestra institución.

En aquella resolución, se reconoce que en principio el padre puede prohibir a sus hijos “la visita de personas”, incluso de su familia, cuya influencia creería poder temer, afirma luego que ese derecho no es discrecional, y que a menos que haya motivos graves y legítimos, de los que el padre no puede ser “el único y soberano juez”, no puede oponerse a las relaciones de sus hijos con los abuelos de estos. Aunque la formula de la Cour de Cassation no determinaba literalmente la forma de las relaciones autorizadas, la prerrogativa en cuestión fue designada generalmente con la expresión derecho de visita.

Los tribunales franceses fueron aceptando poco a poco esa posición, y desde entonces numerosas decisiones han admitido un derecho de visita con alcance cada vez mayor, no solo a favor de los abuelos, sino de otros parientes, incluso a otras personas (padrinos, por ejemplo), en una curiosa jurisprudencia, progresivamente liberal.

³ STILERMAN, Martha N., “Tenencia, régimen de visitas”, 2ª Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires. 1992. pp. 213-216.

En el orden legal de Francia, tras proyectar estudios legislativos interesantes, que datan algunos de los años treinta, numerosas reformas legales han abordado esta materia, y además de otras normas que regulan el derecho de visitas en caso de divorcio o separación, ha sido de notable trascendencia el reconocimiento del mismo derecho a favor de los abuelos y otras personas.

- ✧ La sentencia del 8 de julio de 1857, en que la Cour de Casation francesa cambio de orientación admitiendo el derecho de visitas a los abuelos (al casar una sentencia del tribunal de Montpellier del 17 de febrero de 1855), puede considerarse como la inauguración de esta figura. La resolución afirmaba el derecho del padre a prohibir las visitas a sus hijos, de aquellas personas que, aun siendo de la familia, podrían ejercer influencias negativas. Pero a su vez sostenía que ese derecho no era arbitrario, pues el padre no puede ser el juez único y soberano que impida sin motivos justificados la relación del nieto con sus abuelos. A partir de allí la jurisprudencia fue admitiendo cada vez con mayor amplitud, la preservación de algunos vínculos familiares ante la ausencia de convivencia, aun en relación a los hijos extramatrimoniales. Más tarde se extendió, llegando a abarcar incluso, a los padrinos.
- ✧ Tras algunos proyectos legislativos, se incorpora al ordenamiento a través de la reforma del 4 de junio de 1970, en el artículo 371.4 del Code, reconociendo que, salvo causas graves, los padres no pueden obstruir las relaciones personales de sus hijos con los abuelos, y aun, en situaciones excepcionales, con otras personas, parientes o no.
- ✧ La ley del 11 de julio de 1975- y su decreto de aplicación del 5 de diciembre de 1975- reconoció al cónyuge a quien no corresponda la guarda un derecho de visitas y albergue, fijado por el juez o por convenio homologado, que sólo puede ser negado por motivos graves.

Este derecho entre padres e hijos había recibido ya, de todos modos, una acogida favorable en la antigua jurisprudencia.⁴

⁴ MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., Op. Cit., pp. 56-60.

Actualmente, la regla general es que el menor no emancipado está bajo la autoridad de sus padres, a los que debe honrar y respetar. Por su parte, estos tienen a su respecto el derecho-deber de guarda, cuidados y educación. Estando casados los padres, estos ejercen en común la patria potestad y en caso de desacuerdo entre ellos acerca de lo que es mejor para el interés del menor, resolverá el juez.

Si los padres del menor están divorciados o separados judicialmente la patria potestad puede ejercerse en común por ambos o por aquel de ellos a quien se la haya confiado el tribunal, quedando a salvo en este caso el derecho de visita y de control del otro.

Bajo esas circunstancias el progenitor que no tiene el ejercicio de la patria potestad conserva el derecho de visita y control.

Resulta interesante el contenido del artículo 371-4 del Código Civil francés que dispone que el padre y la madre no pueden, sin motivos graves, obstaculizar las relaciones personales del menor con sus abuelos, por lo que se debe de establecer las modalidades de este contacto por el tribunal; asimismo, en consideración de circunstancias excepcionales puede conceder a otras personas-parientes o no- el derecho de mantener con el menor correspondencia o el derecho de visita.

En relación a las consecuencias del divorcio sobre los hijos, podemos mencionar que el divorcio deja subsistentes los derechos y deberes de los padres respecto de estos, con arreglo a las siguientes reglas:

Según sea el interés de los menores, la patria potestad podrá ejercerse por ambos progenitores conjuntamente o por uno solo de ellos, indicando el juez-en el primer caso- quien tendrá la tenencia del menor. El progenitor que no tiene el ejercicio de la patria potestad conserva el derecho a mantener contacto con el menor y a supervisar su educación, debiendo estar informado de toda decisión importante referida a la vida de este. El derecho de visita sólo puede ser negado cuando existan motivos graves.

La opinión de los menores puede ser tenida en cuenta en las decisiones que les atañen y deben ser oídos.

Enlazada íntimamente la institución que nos ocupa con la patria potestad, en cuanto el derecho de visita supone generalmente una limitación al ejercicio de aquella.

En la jurisprudencia francesa, y en relación con los padres divorciados o separados, el principio del derecho de visita fue admitido con menos dificultad partiendo de la idea de que si solo uno tiene el ejercicio del poder paterno, el otro no tiene menor derecho teórico para el mismo. Las decisiones relativas al derecho de visita en tal caso fueron poco numerosas.

2.1.2. España

En el derecho español, la recepción legislativa puede considerarse temprana, mas su admisión jurisprudencial es notoriamente pobre y tardía, habiendo exhibido una tendencia al rechazo del derecho de visitas, aun a favor de la madre, en casos de crisis matrimoniales y al refuerzo consecuentemente de los arbitrarios poderes del titular de la patria potestad en este aspecto.

Entre las primeras sentencias que mantienen un criterio similar se encuentran:

- ☞ Sentencia del 19 de noviembre de 1895 y la del 9 de junio de 1909, del Tribunal Supremo, recaída en un incidente derivado de pleito de divorcio en el que la esposa solicito el traslado a Madrid de sus hijos, para poder verlos, por haberlos internado el marido y padre, en Villafranca de los Barros (Badajoz) con prohibición de que recibieran visitas y cartas de su madre. El juzgado requirió al marido para que situara a los hijos en poder de persona o colegio de su confianza en Madrid para que pudieran ser visitados por su madre todos los días festivos, acuerdo que fue confirmado por la Audiencia Territorial de Madrid en resolución que recurrió el marido, y que fue casada y anulada por aquella sentencia.

Se imponía, pues, en esa sentencia una concepción cuasi-absoluta de la patria potestad (en la línea de otra anterior, de 19 de noviembre de 1895), hasta el punto de que considera atentatorio a los derechos del titular de la patria potestad el que los hijos deban cambiar de residencia para ser vistos por su madre (al que se lo tiene prohibido en el colegio donde están aquellos), y estima que para variar o suspender esos derechos en aras de que pretende la madre sería preciso acordarlo en el juicio correspondiente o el depósito de los hijos.

- ☞ Sentencia de 24 de junio de 1929. Una madre demanda a su ex cónyuge, un régimen de visitas respecto de su hija, a efecto de que dicha madre pudiera disfrutar de dichas visitas en Madrid; sin embargo el padre responde que la

niña se encuentra domiciliada en San Pedro del Pinatar con sus abuelos paternos, por lo que en lo que podríamos llamar la Sentencia de primera instancia el juzgado no accede a la petición de dicha madre. Posteriormente, dicha resolución es recurrida y revocada por la Audiencia, que acuerda que las visitas se efectúen en el domicilio de los abuelos, consecuentemente la actora interpone el Recurso de Casación, mismo que se desestima por considerar el Tribunal Supremo que “el juzgado reconociendo el derecho de la patria potestad del padre ha estimado muy prudente que la niña viva con los abuelos para su mejor educación, y allí puede ser vista por el padre y por la madre con la frecuencia que permitan los medios económicos de cada uno; y como esto, lejos de ser atentatorio a los derechos de los padres, es de verdadera tutela social, tiene que ser aprobado, desestimado el recurso. De esta sentencia destaca su explícito reconocimiento de que el derecho de convivencias es un “derecho natural”.⁵

- ☞ La ley de divorcio del 2 de marzo de 1932 estableció en el artículo 20, inciso 2º, que el padre que no mantenía la guarda de sus hijos después del divorcio, tenía derecho a comunicarse con ellos y vigilar su educación.

Los treinta, se considera la década decisiva en la consolidación del derecho de visita en España.

La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, regulaba los efectos del divorcio en cuanto a los hijos, establecía en el párrafo segundo del artículo 20 que el cónyuge que no tuviera a los hijos, en su poder conservaba el derecho de comunicación con ellos y vigilar su educación en la forma que determinará el juez, quien adoptaría las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos”. Este precepto se considero de suma importancia, particularmente en un sistema jurídico que había ofrecido tantas resistencias a la aparición y reafirmación de este “derecho de comunicación”, su desaparición con la de la Ley que le dio vida dejó huérfano el ordenamiento español de un explícito reconocimiento de aquel hasta 1958.

- ☞ Distinta resolución interesante es la del 14 de octubre de 1935, ya que perfila dos vertientes conceptuales de trascendencia. Se trataba de un supuesto de privación de la patria potestad respecto de un padre que había incurrido en

⁵ Ibídem p.59.

malos tratos. El Tribunal Supremo, con voto de Castán Tobeñas, considera que en el caso, juntamente con otros hechos, quedan configurados los malos tratos al impedirse los contactos de una nieta con sus abuelos, menor que había nacido y sido criada en casa de estos y a quienes la unía un entrañable cariño. Al haber internado el progenitor a su hija en un colegio de Madrid, impartiendo la prohibición de que fuera visitada por sus abuelos e impidiendo incluso que los viera aun cuando pasaba sus vacaciones en Bujalance, donde aquellos residían, había incurrido en un abuso de autoridad que resultaba perjudicial para los sentimientos de la niña.

Alegaba el recurrente que respecto de la menor no había en las actuaciones prueba alguna de malos tratos o castigos inmoderados, por lo que era improcedente que también respecto de esta se le privase de la patria potestad, frente a lo que la sentencia mencionada, y en lo que a nosotros interesa, a la hora de justificar el correcto enjuiciamiento de la recurrida, dice que “ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que afectaba, por lo menos a esa hija menor, el hecho probado de la prohibición de comunicarse con su abuela que, indudablemente, dadas las circunstancias que en el caso concurrían, constituye un abuso de autoridad dañosa para los sentimientos de la niña. Es uno de los pocos casos en que ha saltado a nuestros estrados judiciales la cuestión del derecho de visita y comunicación de los abuelos con sus nietos, aunque indirectamente, como decía, y solo en esa forma abordado.

Se considera que fue la primera vez que en el Supremo Tribunal Español, se hace explícita referencia al derecho de comunicación entre abuelos y nietos, así como de los límites de la autoridad de los padres en su prohibición.

- ☞ Otra Sentencia destacada, es la del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia en fecha 15 de diciembre de 1939, que acoge favorablemente la demanda de los abuelos maternos respecto de un régimen de visitas de su nieta, huérfana de madre, con el padre preso, y domiciliada en casa de sus abuelos paternos, quienes le prohibían comunicarse con los ascendientes en línea materna.

Se estimó que ni el padre de la menor, ni los abuelos paternos, pueden oponerse a no mediar justo motivo que en el presente caso no existe, a que la menor sostenga trato y relaciones con los abuelos maternos, sin incurrir en un abuso

en el ejercicio de la patria potestad, máxime teniendo en cuenta que la madre de dicha menor había muerto y que es lógico y natural el cariño que los abuelos maternos sienten por su nieta, en quien ven la representación de la madre, y por otra parte es también natural que si la Ley impone a los abuelos, no obstante la muerte de la hija, obligaciones de diferente carácter para con los nietos, tengan en justa correspondencia el derecho de tratarlos y de poder vigilar la salud moral y física de la nieta.

De esta resolución merece destacarse no solo el haberse pronunciado a favor del derecho de visita de los abuelos, sino el fundamento jurídico en que lo apoya: de nuevo el abuso del derecho en el ejercicio de la patria potestad si fuere negado, y la relación que puede haber entre las obligaciones que tienen los abuelos respecto de sus nietos y ese derecho de tratarlos y comunicar con ellos.

Por otro lado, si los abuelos maternos tienen a su vez obligaciones legales respecto de su nieta, es lógico que tengan en justa correspondencia el derecho de tratarla y vigilar su salud moral y física.

A partir de estas sentencias se va consolidando en forma definitiva el derecho de visitas y se amplían los titulares de las mismas, extendiéndose al parentesco extramatrimonial y, en ocasiones, a favor de extraños.

- ☒ La primera inserción de la figura en el Código Civil se produce con la reforma de la ley del 24 de abril de 1958, que introduce en el artículo 68, el derecho de visitas y comunicación del padre que no tiene asignada la tenencia. La ley 14 del 2 de mayo de 1975, añade la frase “y tenerlos en su compañía”. Ya con la ley 11/1981 del 13 de mayo que modifica el Derecho de Familia, se introduce el artículo 161 en el Código Civil que confiere el derecho de relacionarse con los hijos a los padres, aunque no ejerzan la patria potestad, con excepción respecto de aquellos que hayan sido adoptados en forma plena o según lo dispuesto en resolución judicial.

Tampoco podrán impedirse sin justa causa las relaciones del menor con otros parientes o allegados. En caso de oposición, a pedido del menor, o del pariente o allegados, el juez resolverá de acuerdo a las circunstancias.

- ☞ La ley del 7 de julio de 1981, sobre modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil, en el nuevo artículo 94 prevé el derecho del padre a quien no ha sido otorgada la guarda, de visitar a sus hijos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. Se instituye que solo podrá limitarse o suspenderse este derecho si se dieran circunstancias graves que así lo aconsejen, o se incumplieren grave y/o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.⁶
- ☞ La ley de Adopción de 11 de noviembre de 1987 introdujo a su vez el artículo 161, sobre derecho de visita de los padres respecto del hijo menor acogido por otros.⁷

2.1.3. Suiza

En Suiza también se admitió la procedencia de este derecho, que hoy resulta regulado en los artículos 273 y 274 del Código Civil, reformados por la ley del 25 de junio de 1976, que entro en vigor el 1 de enero de 1978. El *Message du Conseil Federal*, que antecede al Proyecto de Reforma del Código Civil suizo en el tema de filiación en ocasión de la ley del 25 de junio de 1976, refiere que la Comisión de expertos aconsejo que, juntamente con el reconocimiento del derecho de visita, se regulara el deber de visita, proposición que no prospero por que teniendo la figura como mira principal el interés del menor, si los contacto paterno-filiales le resultaban perjudiciales, en aras del cumplimiento del deber se produciría daño a quien se quería prioritariamente proteger.⁸

Dos ámbitos aborda el Código civil suizo (reformado en la Ley de 25 de junio de 1976): la cuestión de las relaciones personales con un menor con ocasión de la crisis matrimonial, y dentro de los efectos de la filiación. He aquí las normas:

- ☞ **Artículo 156 (Derecho de los padres):**1. En caso de divorcio o de separación, el juez toma las medidas necesarias concernientes al ejercicio de la autoridad paterna y las relaciones personales entre padre e hijos, después de haber oído al padre y a la madre y, si es preciso, a la autoridad tutelar.-2. Las relaciones personales del esposo con los hijos que no le son con fiados,

⁶ Ibídem pp .60-63

⁷ RIVERO HERNANDEZ Francisco, "El Derecho de Visita", Editor José María Bosch, S.L., Barcelona, España 1997. pp. 48-50.

⁸ Ibídem p .60.

así como la contribución que deba pagar para su mantenimiento, serán reguladas según las disposiciones sobre los efectos de la filiación.

⌘ **Artículo 274 (Límites):** 1.- El padre y la madre deben cuidar de no perturbar las relaciones del hijo con el otro (padre o madre) y de no hacer la educación más difícil. 2. Si las relaciones personales comprometen el desarrollo del niño, si el padre y la madre que las mantienen violan sus obligaciones, si estos no se cuidan seriamente del niño o si existen otros justos motivos, el derecho de mantener esas relaciones puede serles denegados o retirado. 3. Si el padre y la madre han consentido en la adopción de su hijo o si puede prescindirse de su consentimiento, el derecho a las relaciones personales cesa cuando el niño es entregado en adopción.

⌘ **Artículo 274-a (Terceros):** 1. En circunstancia excepcionales, el derecho a mantener relaciones personales puede ser concedido también a otras personas, en particular a parientes, a condición de que sea en interés del niño. 2. Los límites del derecho a las relaciones personales del padre y la madre son aplicables por analogía.

⌘ **Artículo 275 (“Fuero y competencia”):** 1. La autoridad tutelar del domicilio del niño es competente para tomar las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales. 2. La competencia atribuida al juez por las disposiciones sobre el divorcio y sobre las medidas de protección de la unión conyugal esta a el reservada. 3. Si las medidas no han sido tomadas, las relaciones personales no pueden ser mantenidas contra la voluntad de la persona que tiene la autoridad paterna o a quien esta confiada la guarda del niño.

Los lineamientos generales en cuanto al conocimiento y aplicación de estas normas en la jurisprudencia y doctrina suizas son sustancialmente las siguientes:

✚ Los padres tienen un derecho, no un deber de mantener relaciones personales con su hijo, y ese derecho es inherente a su personalidad y calidad de padre, por lo que es intransmisible; pero lo puede perder en razón de la gran o nociva influencia sobre el hijo. Cuando se trata de progenitores no hay distinción alguna entre matrimoniales y no matrimoniales, y se extingue ese derecho al mismo tiempo que la relación de filiación.

- ✦ Los terceros, en especial los parientes, tienen derecho a mantener relaciones personales con el niño en circunstancias excepcionales, a condición de que resulten beneficiosas para este (y se ha entendido que lo son cuando el menor ha expresado su deseo de tener alguna relación con esas personas, cuando ello da o refuerza un sentimiento de protección o cuando no parezca tener efectos perjudiciales).
- ✦ El titular de la guarda jurídica del menor (padre/madre, director del establecimiento en que se encuentre) están obligados a facilitar las relaciones personales al beneficiario. También el menor debe colaborar a ello en virtud de su deber de obediencia a aquel titular de la guarda o patria potestad, y en atención a sus deberes (de hijo, de nieto) respecto del beneficiario.
- ✦ Las relaciones personales (así denominadas en Derecho suizo, mas que derecho de visita) comprenden normalmente las visitas y estancias habituales, la correspondencia y los contactos telefónicos. Su ejercicio debe acomodarse a la situación y circunstancias esenciales del caso. El interés o beneficio del menor es el dato más importante para su apreciación: influirán su edad, salud física o psíquica, naturaleza de las relaciones con el beneficiario, su personalidad, entorno, tiempo libre, etc.
- ✦ Esas relaciones pueden tener lugar en el domicilio del menor, en el del beneficiario o en otro lugar.

El titular de la patria potestad o el tutor determina la residencia del menor y, por ello, las relaciones personales del mismo.

- ✦ El Derecho suizo da poca relevancia a los acuerdos entre los interesados: apenas poco más que el que ellos mismos les den cumpliéndolos. Si surge conflicto con el titular, o para la modificación de su contenido, decidirá el juez, quien a veces puede recabar informe de la autoridad tutelar o pericias de psicólogos o de especialistas en menores.
- ✦ El derecho suizo considera que el derecho de visita, no es un derecho egoísta. Los padres deben cuidar que se desarrollen lo mejor posible las relaciones del menor con el otro progenitor. No es un derecho ilimitado; pues si las relaciones personales comprometen el desarrollo del niño, si los beneficiarios violan sus deberes, si no cuidan bien al niño o si concurren otros

motivos considerados justos, aquel derecho puede ser denegado o suspendido, de forma provisional o duradera.

Este derecho tiene amplia protección en Derecho suizo, en el ámbito civil (medidas de coerción del Derecho cantonal, amenazas de sanciones) y en el penal (delito de desobediencia). La autoridad tutelar puede designar un curador del menor para la vigilancia del cumplimiento de las relaciones personales (Artículo 308.2 del Código Civil), sobre todo cuando hay un serio peligro de que su desarrollo sea gravemente conflictivo o si el niño es frágil o particularmente sensible.⁹

2.2. Instrumentos Jurídicos Internacionales

Con el transcurso del tiempo, impera la necesidad de evolución de los ordenamientos, los cuales deben construirse bajo el respeto de disposiciones y principios generales, los cuales generalmente se crean y establecen en diversos instrumentos jurídicos internacionales, ya sea tratados, convenciones y declaraciones. Los cuales de forma general “son acuerdos de naturaleza internacional mediante los cuales los Estados establecen derechos y obligaciones a su cargo sobre diferentes asuntos de su interés”.¹⁰

Bajo este contexto, nuestro país como Estado parte de organismos internacionales y regionales que asumen diversos instrumentos de protección a la infancia, esta obligado a tomar las medidas necesarias para asegurar la protección y el cuidado que garantice plenamente el bienestar de las personas. Entre estos instrumentos, la exposición de motivos del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Código Penal para el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, Numero 26, publicada el 2 de febrero de 2007; menciona entre otros los siguientes:

2.2.1. Declaración de los Derechos del Niño.

Fue proclamada por la Asamblea General en su resolución 1380 (XIV), de fecha 20 de noviembre de 1959. Esta Declaración, considera en su preámbulo la situación de inmadurez física y mental de los menores, como presupuesto para

⁹ *Ibíd*em pp.65-67.

¹⁰ CONTRERAS VACA, Francisco. “Derecho Internacional Privado”, 3ª edición, Editorial Oxford, México, 2000. p. 12.

establecer preceptos fundamentales relativos a la protección y cuidados especiales que deben ser proporcionados a estos. Señala que dicha protección debe ser integral por lo que contempla además la protección legal, que debe ser implementada por el Estado.

Los preceptos fundamentales de esta declaración establecen que tanto las niñas, como los niños deben gozar de una protección especial y disponer de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental debe ser siempre el interés superior del niño. Asimismo dicha Convención, señala que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño, necesita amor y comprensión. En la medida de lo posible, el niño deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de madres y padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.¹¹

Así mismo, se exponen entre otras cosas que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso de debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Se establece como objetivo de este instrumento jurídico que los niños puedan tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en consecuencia en bienestar de la sociedad, por lo que se exhorta entre otros a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luche por su observancia con medidas legislativas y de otra índole.

Se establecen 10 principios que se resumen de la siguiente manera:

Principio 1. Este nos habla de que se deben reconocer los derechos de los niños contemplados en esta Declaración. Además de que no se debe distinguir o discriminar por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del niño o de su familia.

¹¹ Exposición de motivos del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Código Penal para el D.F. p.11.

Principio 2. El mismo consiste en que el niño debe gozar de una protección especial y debe disponer de oportunidades y servicios, proporcionado por la ley y otros medios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. De esta forma, al promulgarse leyes con estos fines, la consideración fundamental a la que debe atenderse debe ser el interés superior del niño.

Principio 3. El niño tiene derecho a poseer desde su nacimiento un nombre y una nacionalidad.

Principio 4. Este establece los beneficios de los cuales debe gozar el niño en materia de seguridad social, con el propósito de que el mismo goce de buena salud, proporcionándosele para tal efecto tanto a él como a su madre cuidados en los periodos prenatal y postnatal. Además se establecen otros derechos como son la alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

No se puede perder de vista que el texto de este principio obedece a los derechos mínimos que deben protegerse en el ejercicio social del Estado.

Principio 5. Aquí se contempla lo concerniente a los niños física o mentalmente impedidos, los cuales deben recibir el tratamiento, la educación y el cuidado especial que requiera de acuerdo a su caso en particular.

Al respecto la Ley Para Las Personas Con Discapacidad Del Distrito Federal, dentro de su Capítulo I, Artículo 2, señala que debe entenderse como:

“1.- Persona con discapacidad.- Todo ser humano que presenta temporal o permanentemente una disminución en sus facultades físicas, intelectuales, o sensoriales que le limitan realizar una actividad normal;..”

Principio 6. Este principio es de especial importancia en el marco del tema de esta tesis, toda vez que se establece que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia.

Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.”¹²

Principio 7. Se contemplan varias cuestiones, como son en primer lugar el derecho a recibir educación, la cual debe ser gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales.

Además se establecen las características de esta como son que la misma favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

En segundo lugar, se habla de un concepto muy importante, bajo el cual se establecen las bases para legislar en materia de la niñez, el cual es el interés superior del niño, el cual en concepto de esta declaración debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres.

Principio 8. En este, se proclama que el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Considero importante el contenido de este principio toda vez que el niño es uno de los miembros más vulnerable de la sociedad al cual se le debe de brindar siempre una protección especial

Principio 9. En este se establece otra forma de protección que es respecto a toda forma de abandono, crueldad y explotación.

Especial énfasis se hace respecto al trabajo de menores, en el que se señala que no deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda perjudicar su salud o su educación o impedir su desarrollo físico, mental o moral.

Principio 10. Finalmente el último principio declara que el niño debe ser protegido contra toda prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole.

¹² Declaración de los Derechos del niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959.

2.2.2. Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional.

Fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85 de fecha 3 de diciembre de 1986, establece los principios para procurar y proteger el bienestar general del niño y señala cuales son los derechos de los menores en cuanto a los cuidados que deben recibir de quienes estén a cargo de ellos, así como los objetivos primordiales para lograr el bienestar del niño: “En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental”.¹³

Dentro del preámbulo de esta declaración se establece principalmente como objetivo procurar que el niño crezca al amparo y responsabilidad de sus padres bajo un ambiente de afecto y de seguridad moral y material.

Adicionalmente se hace énfasis que debido a los disturbios internos, conflictos armados y desastres naturales, entre otros que aquejan día a día alrededor del mundo, gran número de niños quedan abandonados o huérfanos y por ello es importante que se vigile que en todo procedimiento de adopción o colocación en hogares de guarda, se vele por que los intereses del niño sean la consideración fundamental.

Por lo que, en base a lo anterior impera la necesidad de proclamar principios universales para los casos en que se inicien procedimientos ya sea en el plan nacional o internacional.

Esta Declaración cuenta con 24 artículos, dentro de los cuales se destacan artículos que personalmente considero relevantes para la protección del niño:

“Artículo 2.- El bienestar del niño depende del bienestar de la familia.”

Lo anterior significa que el Estado debe velar por constituir medidas de protección para el debido desarrollo de la familia, como podría ser mediante

¹³ Exposición de motivos del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Código Penal para el Distrito Federal, Op. Cit.. p. 11.

programas de bienestar en materia de salud, educación y condiciones laborales que no obstruyan la convivencia familiar.

“**Artículo 4.-** Cuando los propios padres del niño no puedan ocuparse de él o sus cuidados sean inapropiados, debe considerarse la posibilidad de que el cuidado quede a cargo de otros familiares de los padres del niño, otra familia sustitutiva -- adoptiva o de guarda -- o en caso necesario, una institución apropiada.”

Este artículo me parece de suma importancia ya que se plantea la posibilidad de que el cuidado del niño sea a cargo de otros familiares, puesto que cuando un niño es adoptado, la familia del mismo debe ser tomada en primer lugar en cuenta para que se haga cargo del mismo.

“**Artículo 5.-** En todas las cuestiones relativas al cuidado de un niño por personas distintas de sus propios padres, los intereses del niño, en particular su necesidad de recibir afecto y su derecho a la seguridad y al cuidado continuado, deben ser la consideración fundamental.”

Otro punto que vale la pena destacar es el concepto del cuidado continuado, que puede entenderse como proporcionar un ambiente de seguridad que se produce cuando el niño no es separado tajantemente de su familia y se debe velar por que los adoptantes procuren brindarle un cuidado adecuado en el que se vele siempre por el interés del niño.

Respecto a los demás artículos, en general se ocupan de cuestiones de seguridad en los procedimientos de adopción y de colaboración en hogares de guarda.

Otro aspecto importante en la elaboración de esta declaración, es que se distingue la adopción de la colocación en hogares de guarda, ya que el artículo 11 es muy claro al señalar que la colocación de niños en hogares de guarda tiene carácter temporal y no excluye la posibilidad de restitución a la propia familia.

Por su parte, el artículo 13 señala que el objetivo fundamental de la adopción consiste en que el niño que no pueda ser cuidado por sus propios padres tenga una familia permanente.

2.2.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta Convención fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

En dicho instrumento se esclarece el concepto de derechos humanos ya que es en el preámbulo de la misma, donde se aclara que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, si no que

estos derechos tienen como fundamento los atributos de la persona humana, es decir los derechos que el ser humano tiene por el simple hecho de serlo.

En la parte que interesa al tema de la presente investigación, destacan de esta Convención los siguientes Artículos:

“Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.-Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Esto, toda vez que en virtud de este deber se establece la obligación de nuestros legisladores a adecuar nuestras leyes internas para que las mismas sean acordes a los instrumentos jurídicos internacionales que nuestro país celebra.

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

Este artículo cobra relevancia ya que se establece lo concerniente a la protección a la familia; toda vez que en los casos de divorcio se instaura especial protección a los hijos ya que es bien sabido que es en estos casos que el grupo más perjudicado de la familia son precisamente los niños y debe partirse de la base esencial que es el interés y conveniencia de ellos.

Al mismo tiempo, señala que en caso de disolución del matrimonio se tomarán las medidas necesarias para la protección de los hijos e hijas, tomando como prioridad el interés y convivencia de los mismos.

Robustece lo anterior, lo plasmado en el artículo 19 del instrumento en comento, que dispone lo siguiente:

“Artículo 19. Derechos del Niño.-Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

Este artículo establece que todo niño tiene derecho a medidas de protección que por su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

2.2.4. Convención sobre los Derechos del Niño.

Reconoce que para lograr un armonioso desarrollo social se requiere que todo ser humano crezca y se desarrolle en un ambiente de amor, felicidad y comprensión. También señala que el menor debe ser objeto de cuidado y asistencia especiales por su estado de inmadurez física, mental y emocional, recalcando la responsabilidad de la familia respecto a la protección y asistencia que se debe a los menores. En sus artículos 3 y 19 se plantea la obligación de los Estados parte de proteger a los niños de todas las formas de maltrato de que puedan ser objeto por parte de los padres, tutores, representantes legales u otra persona que tenga su custodia, así como del Estado y de las instituciones públicas y privadas. Se le concede fundamental importancia a este instrumento internacional debido a que es el más reciente en materia de protección al menor y que fue ratificado por México, convirtiéndose su cumplimiento obligatorio en todo el territorio nacional conforme al artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y debiendo implementar las disposiciones en nuestra legislación vigente garantizando así la protección por parte del Estado a los menores.¹⁴

Esta Convención como antecedente a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, esta fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Específicamente se enfatiza lo contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en que se proclama que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.

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

Otro punto que vale la pena subrayar es la importancia de que el niño crezca en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

¹⁴ *Ibíd*em p. 12.

Dentro del contenido de sus artículos, en relación con el tema se destacan a manera de resumen, los siguientes artículos:

Artículo 1. En este primer precepto se señala que debemos considerar como “niño” a todo ser humano menor de 18 años.

Artículo 2. Establece una condición de igualdad para el niño, lo anterior independientemente de sus características físicas, de sexo u otras cuestiones sociales.

Artículo 3. En términos generales se pacta que todas las instituciones públicas, privadas o de bienestar social así como los tribunales o autoridades administrativas y órganos legislativos deben de tomar las medidas concernientes a los niños, considerando siempre el interés superior del niño (concepto que es retomado mas adelante debido a su importancia).

Artículo 4. Como se ha visto en el análisis de instrumentos jurídicos internacionales anteriores, se subraya la importancia de establecer como obligación de los Estados que estos, plasmen los principios generales de la convención que suscriben dentro de sus leyes internas, tomando en consideración las medidas necesarias para tal efecto.

Artículo 6. Se señala en primer lugar que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y que el Estado parte debe garantizar en la medida de lo posible la supervivencia y desarrollo del niño.

Artículo 8. Se pugna por respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluyéndose su nacionalidad y también sus relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

La última cuestión obedece a que podría presentarse el caso de una adopción, ya sea de carácter nacional o internacional, puesto que como hemos visto, la adopción borra todo marco de relaciones de parentesco anteriores que el niño hubiera tenido antes de esta.

No es óbice a lo anterior para analizar que por un lado este precepto legal nos podría dar a entender que en el caso de la adopción, sería benéfico para el niño mantener contacto con sus familiares, no obstante esto se puede contraponer con la única forma de adopción contemplada en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, la cual es plena ya que en esta se rompen los lazos con la familia de sangre

del adoptado; por lo que se ve a todas luces que en este caso no se podrían mantener tan fácilmente estas relaciones, no obstante, resulta cuestionable si dicho punto sería o no benéfico para el menor, por lo que mas adelante se estudiará el mismo.

Artículo 9.- Nos habla de varios casos de excepción que podrían darse en los asuntos de maltrato o descuido por parte de estos o cuando viven separados y debe de adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Bajo estos supuestos debe de determinarse judicialmente si tal separación resulta en realidad benéfica para el niño y se cuida sobre todo el interés superior del niño.

En estas condiciones considero importante establecer preferencia a los familiares más cercanos, como podrían ser los abuelos (paternos o maternos), para que estos sean los elegidos en primer lugar para que el niño sea puesto bajo su cuidado.

Artículo 12.- En este se plasma el derecho de opinión del niño, el cual es de vital importancia ya que los Estados deben garantizar al niño este derecho, por lo que dicha opinión debe tomarse en cuenta en función de su edad y madurez.

Artículo 19.- Establece la necesidad de tomar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño en contra de toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente o cualquier tipo de explotación.

Artículo 20.- Se trata lo relativo a los niños que se encuentren temporal o permanentemente privados de su medio familiar ya que tendrán derecho a la protección y asistencia especialmente del Estado.

Se establecen como cuidados, la colocación en hogares de guarda, la adopción de ser necesaria, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores.

Robustece lo anterior, los **artículos 21 y 22** que señalan lo relativo al sistema de adopción en el cual se debe cuidar el interés superior del niño sea la consideración primordial.

En el mismo contexto se debe cuidar que en situaciones de peligro el niño trate de obtener el estatuto de refugiado de acuerdo a los procedimientos internos o

internos aplicables, tanto si esta solo como si esta acompañado de sus padres o de cualquier otra persona.

Los **artículos 23 a 26** evidencian la necesidad de brindarle al niño servicios óptimos de salud, ya sea tomando medidas de prevención o el derecho a beneficiarse de la seguridad social.

Artículo 27.- Reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, moral y social.

Artículos 28 a 29.- Nos hablan del derecho del niño a la educación y se establecen las bases generales para que los Estados la proporcionen.

Artículo 30.- Se tutela el derecho del niño a pertenecer a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas.

Artículo 31.- Se reconoce el derecho del niño al descanso y al esparcimiento y a participar en la vida cultural y artística de cada país.

Artículo 32.- Se habla de la protección al niño en contra de la explotación económica, fijándose edades mínimas para trabajar y reglamentándose condiciones especiales de trabajo.

Artículo 34. Se establece la protección al niño en contra de todas las formas de explotación y abusos sexuales, adoptando medidas que impidan la incitación o la coacción para que los niños se dediquen a actividades sexuales ilegales, como la prostitución o la elaboración de materiales pornográficos.

Artículo 37. Se debe velar por que ningún niño sea sometido a torturas, penas crueles, inhumanas o degradantes.

Por lo que respecta a los siguientes preceptos se establecen los procedimientos para dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención.

Así mismo, en los subsecuentes artículos, se señala la importancia de establecer un Comité de los Derechos del niño, sus funciones, la forma de elección de sus miembros, etc.

Por lo que hace a la Convención, en esta se recogen varios derechos de libertad, económicos, sociales y culturales de los niños.

2.3. Instrumentos Jurídicos Nacionales.

En relación al ámbito nacional también deben analizarse varios ordenamientos jurídicos que constituyen la base legal del derecho de convivencia.

Independientemente del análisis de nuestra Carta Magna, el estudio que aquí se realiza, se centra a nivel local con el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, así como con la Ley de los Derechos de los Niños y las Niñas del Distrito Federal, en la cual se plasma diversas consideraciones en torno al derecho de convivencia.

2.3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

También denominada norma suprema, norma de normas, ley fundamental o Carta Magna, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene diferentes conceptos, ya que esta puede ser conceptualizada en diferentes ámbitos como pueden ser los siguientes:

a) La Constitución es un texto de carácter **jurídicopolítico** fruto del poder constituyente que fundamenta todo el ordenamiento, situándose en él como norma que recoge y crea los poderes constituidos. Además, tendrá el carácter de norma suprema, de manera que prevalecerá sobre cualquier otra que fuese posterior y contraria a ella. También tendrá el carácter de norma rígida, que supone que su modificación o derogación está sometida a unas condiciones especiales, recogidas en la propia Constitución.

b) En Sentido Material.- Según Kelsen la constitución está contemplada por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y especialmente la creación de leyes. En otras palabras la constitución se considera materialmente como el proceso de creación.

c) En Sentido Formal.- Kelsen decía que si bien la constitución es un documento solemne también este debe contener un conjunto de normas jurídicas que solo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales cuyo objeto es dificultar la modificación de tales formas.¹⁵

¹⁵ DALLA VIA, Miguel Ángel, "Manual de Derecho Constitucional", 1ª Edición, Editorial: Lexis Nexos, Buenos Aires 2004. p. 15

Se debe recordar que la constitución es superior a toda la legislación de un estado; sobre ella o en contra de ella no puede subsistir ni ley, ni acto de autoridad ni de particulares, en nuestro estado la constitución es la ley suprema del país a la que deben estar subordinadas todas las leyes secundarias, las que siempre deberán guardar, sin contravenir las disposiciones de nuestra propia Constitución.

La parte que nos interesa para efecto de este tema, es la parte dogmática donde se establece la existencia de las garantías individuales cuyo objetivo principal es limitar la actividad del Estado.

Específicamente, en relación con el presente tema de investigación, son de destacarse los siguientes Artículos:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes “.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Del análisis de dicho artículo, en relación al párrafo 1 de este precepto, es de destacarse el reconocimiento de garantías por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual resulta importante ya que se trata de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores al Estado, pues es quien los reconoce.

En concordancia con el tema, es importante recordar el origen normativo de la obligación del Estado de reconocer y garantizar estos derechos, puesto que tal como lo considera Jorge Carpizo, la garantía constituye la medida individualizada y concreta en que la Constitución protege cada uno de estos derechos.

El artículo 1 determina expresamente que son titulares o beneficiarios de las garantías los individuos o personas físicas.

El artículo 1 contiene también el importantísimo principio de igualdad de todos los individuos que se encuentren en territorio nacional, ya que les otorga el goce de los derechos de la Constitución que consagra sin distinciones de nacionalidad, raza, religión o sexo.

Por lo que respecta al segundo párrafo de este artículo, se señala que queda prohibida la esclavitud en nuestro país, por lo que el fin que persigue el texto de este artículo es el de proscribir de manera definitiva la institución de la esclavitud de todo el territorio nacional, y no solo para los nacionales, si no para toda persona que se encuentre en territorio mexicano, y los esclavos que lleguen a él, automáticamente adquieren, por ese solo hecho, la condición de hombres libres.

Jorge Carpizo señala que no se trata de la aplicación de un estatuto jurídico: El de los hombres libres, sino de la completa inexistencia en nuestro país del estatuto jurídico de esclavo. En este sentido, nuestra Constitución reconoce como atributo de todo hombre la libertad personal, por lo que se proscriben cualquier atentado o menoscabo de la misma.

La esclavitud y la discriminación derivada de varias características de la persona, es un punto que ha sido tratado en diversos instrumentos internacionales celebrados por nuestro país y es un semblante respecto del cual se ha procurado proteger al niño.

El artículo 2 establece que la Nación Mexicana es única e indivisible. Así mismo señala que la Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Bajo ese contexto se establece como criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Se considera como comunidades integrantes de un pueblo indígena, a aquellas que formen una unidad social, económica y cultural; asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

La Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para diversos aspectos que son definidos por el instrumento jurídico en comento.

Así pues, la importancia de proteger a esta composición pluricultural en nuestro país, se da también con el fin de brindar protección al niño de acuerdo a las bases plasmadas en las Convenciones que estudiamos anteriormente.

“Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado — federación, estados, Distrito Federal y municipios—, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria...”

El artículo 3º de nuestra Carta Magna, contiene hoy en día los fines de la educación y con estos se plantean las bases y condiciones bajo las cuales debe ser impartida la educación en nuestro país.

Particularmente, este artículo es producto de un sin número de antecedentes históricos y es de destacarse su texto debido a que ha sufrido varias reformas, todas con el propósito de garantizarse constitucionalmente varios aspectos acerca de la importancia de esta.

Como se puede recordar, en páginas anteriores se analizó el tema de la educación en varias Convenciones Internacionales, respecto de las cuales vimos que estas son las encargadas de establecer las bases y principios comunes que deben respetar los Estados en su impartición, con el fin de lograr una gran calidad en ella.

Es de especial relevancia, toda vez que la educación constituye una de las más importantes garantías del niño.

Por lo que respecta al artículo 4, es menester destacar lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

Tal como se puede observar, dentro del texto del precepto constitucional en comento, se tutelan varios aspectos de notable importancia para el tema en estudio, tal como son:

a) Igualdad del varón y la mujer ante la ley. Al disponer el artículo 4 la igualdad entre el hombre y la mujer, lo que está haciendo en realidad es establecer una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género: frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual.

b) El segundo párrafo que se regula corresponde a **la libertad de decidir sobre el número de hijos**, considerando a la familia, como elemento fundamental de la sociedad, y bajo ese contexto tendrá derecho a la protección por parte del Estado y a la efectividad de todas las condiciones que permitan la realización personal de sus miembros.

Específicamente para poder asegurar este derecho; se debe promover, por los medios necesarios, la divulgación de los métodos de planificación familiar y organizar las estructuras jurídicas y técnicas que permitan el ejercicio de una paternidad conciente.¹⁶

c) Sobre el párrafo tercero únicamente debe señalarse que el mismo constituye las bases para garantizar el derecho a la **salud**, la cual debe procurarse en todos los sectores de la población.

d) El párrafo cuarto del artículo 4 establece el derecho a un “**medio ambiente adecuado**” para el desarrollo y bienestar de todas las personas.

El ambiente, que es el objeto tutelado por el precepto que se comenta, puede ser definido, de acuerdo con la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al ambiente (Diario Oficial de la Federación del 28 de enero de 1988), como: “El conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados” (artículo 3, fracción 1).

e) El párrafo quinto del artículo 4 prevé el derecho de toda familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. Para alcanzar tal objetivo, la Constitución Política de los

¹⁶ CARBONELL Miguel y otros, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada”, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2000, pp. 47-53.

Estados Unidos Mexicanos ordena al legislador establecer los instrumentos y apoyos necesarios.

Cabe destacar, que lo cierto es que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga el derecho a disfrutar de una vivienda, pero no de cualquier vivienda, si no de una que sea “digna y decorosa”. La dignidad y el decoro de una vivienda no son cualidades fáciles de evaluar, pero seguramente tiene que ver con la posibilidad de que las personas puedan desarrollar, dentro de ellas, su autonomía moral y encuentren un mínimo de satisfacción de sus planes de vida.

Desde esta perspectiva, creo que un primer parámetro para evaluar cuando una vivienda es digna y decorosa tendría que ver con la extensión de la misma en relación con sus habitantes: vivienda digna y decorosa, en esta tesitura, no sería lo mismo que vivienda asignada y sin espacio que asegure una mínima comodidad e intimidad. Un segundo dato que nos permitiría evaluar si una vivienda cumple o no con las características que la asigna el texto constitucional se puede encontrar en el acceso y dotación de servicios que tenga: acceso a agua potable, electricidad, a drenaje, etc.

f) El sexto párrafo del nuevo texto establece una serie de derechos para “los niños y las niñas”: alimentación., salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. La obligación correspondiente a ese derecho, según entiendo, corre a cargo de las instituciones públicas, las que deberán legislar e implementar políticas públicas que protejan y hagan realidad las prerrogativas mencionadas. El Poder Judicial también deberá velar, dentro del ámbito de su competencia, por hacer realidad esos derechos; particularmente asegurándolos en los procesos jurisdiccionales en que aquellos sean parte o en los que les reporten algún posible perjuicio.

El estudio del régimen jurídico de la Constitución sobre los menores, debe completarse con dos instrumentos normativos de la mayor importancia: la ley reglamentaria del artículo 4º en materia de menores (se trata de la “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 25 de enero de 1991). La ley desarrolla varios de los derechos contenidos en la Convención, creando también un mandato para las autoridades encargadas de la procuración de justicia a fin de que cuenten con

personal capacitado para la efectiva procuración de los derechos recogidos en la misma ley.

Con el artículo 4to, párrafo 7, señala que: Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

La atención primordial a la problemática de los divorcios o separaciones de hecho se contempla en la procuración del bienestar de los más vulnerables, en este tipo de conflicto, los niños y niñas.¹⁷

2.3.2 Código Civil del Distrito Federal.

El Código Civil constituye uno de los más importantes ordenamientos a nivel local. Nuestro Código Civil, en su concepto de cuerpo de leyes, según un método y sistema y toda vez que su contenido se forma de preceptos jurídicos; contempla el marco jurídico sustantivo específico respecto del cual se harán valer posteriormente los derechos materializados en este y sustentados bajo diversos preceptos Constitucionales. Lo anterior sin olvidar que los Códigos Civiles son el fundamento legal para cualquier sociedad.

Bajo este sistema de Codificación, el Código en cita se divide de la siguiente forma:

Libro 1. De las personas.

Libro 2. De los bienes

Libro 3. De las sucesiones.

Libro 4. De las obligaciones.

En relación con el derecho de convivencia, destacan varios conceptos jurídicos que forman parte del marco teórico del derecho de convivencia, los cuales han sido estudiados previamente en el Capítulo 1 de conceptos generales, y los cuales fueron:

- ❖ Parentesco
- ❖ Filiación
- ❖ Patria Potestad
- ❖ Guarda y Custodia

¹⁷ Exposición de motivos del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Código Penal para el Distrito Federal, Op. Cit. p. 12.

En términos generales, podemos concluir que el Código Civil para el Distrito Federal es considerado como un instrumento jurídico nacional, o en este caso local toda vez que de artículos como 416, 416-bis, 417 del Código Civil para el Distrito Federal, se deriva el derecho de convivencia de los menores y respecto a los conceptos base podemos establecer que se necesita un cúmulo de circunstancias jurídicas para poder establecer el goce y disfrute de un derecho.

Obviamente, todo comienza en la familia y las relaciones que se dan dentro de ella son diversas. Hemos establecido que el parentesco es el vínculo jurídico que liga a varias personas entre sí y que estas proceden una de otra o tienen un autor común; o que puede provenir de la celebración de un acto jurídico como el matrimonio o de un acto de hecho como el concubinato, los sujetos que integran una familia van aumentando ya sea por que los cónyuges respectivamente adquieren una relación de parentesco por afinidad y posteriormente se puede crear parentesco civil por adopción o una relación de filiación respecto de los hijos y parentesco por consanguinidad con la familia de cada uno de los padres.

Paralelamente a la existencia del parentesco, existen consecuencias jurídicas derivadas de este, que se materializan tanto en derechos como en obligaciones, respecto de los cuales se pueden mencionar indistintamente, los siguientes:

- a) Derecho de alimentos
- b) Derecho a heredar por sucesión
- c) Tutela legítima
- d) Patria Potestad
- e) Guarda y custodia
- f) Convivencia
- g) Educación

Ahora bien, tal como señala el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, se establece en primer lugar que la patria potestad sobre los hijos debe ejercerse por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercitar alguno de ellos, corresponde su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en el Código Civil para el Distrito Federal, los ascendientes en segundo grado ejerzan la

patria potestad sobre los menores, en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Bastan las anteriores consideraciones para explicar que todo derecho implica el cumplimiento de una obligación. En un ambiente de reciprocidad mi tesis consiste en establecer que si bien es cierto que el ejercicio de la patria potestad conlleva el disfrute de varios derechos como el de convivencia, también lo es que en la actualidad el disfrute de este se da cuando el titular de ese derecho, cumple en primera instancia con sus obligaciones lo cual resulta evidentemente lógico; sin embargo en el caso específico de los ascendientes en segundo grado el respeto de sus derechos no se encuentra debidamente tutelado ya que la posibilidad de ejercer los mismos no se encuentra debidamente contemplada.

2.3.3 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Doctrinalmente corresponde a una ley adjetiva local, toda vez que en ella se establecen las reglas procesales bajo las cuales se desarrolla el procedimiento de acuerdo al cual se llevarán a cabo los juicios.

Al igual que los códigos civiles, son creados para materias en particular, por lo que en este caso, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contiene las figuras jurídicas procesales que se emplean en cuestiones de esta índole.

Así pues, centrándonos en el tema que estudiamos debemos subrayar que dentro de este ordenamiento legal existe en el Título 16, un capítulo relativo a las Controversias de Orden Familiar donde se reglamentan los problemas inherentes a la familia.

El Derecho Procesal Familiar, dada la especial naturaleza de las relaciones personales que convergen, por lo general, se encuentra orientado hacia un sistema de orden distributivo, pues cada miembro del núcleo juega un papel muy diferente dentro y fuera del mismo, y en esa medida merece un trato desigual para colocar a todos en un mismo plano, previendo sus características individuales, edad, sexo, capacidad, necesidades, posibilidades, etcétera.

Nuestra legislación civil tanto sustantiva como procesal, especialmente en el Distrito Federal, atendiendo a la realidad social, política, económica y cultural, ha registrado importantes avances históricos que nos permiten corroborar el

pensamiento filosófico de Aristóteles: “trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales”.¹⁸

Esto es, en los juicios de naturaleza familiar, se pretende brindar un trato desigual a los desiguales, previendo sus necesidades y posibilidades, pues no podemos afirmar que los gastos de manutención de un menor de tres años sean iguales que los de uno de dieciséis, y menos aún alguno de ellos esté privado de inteligencia.

En el derecho procesal familiar, la justicia distributiva tiene una función muy importante, pues se pretende que por ninguna razón los miembros del núcleo familiar, en especial los menores de edad o incapaces, permanezcan desprotegidos ante sus ascendientes o tutores en un proceso judicial que pueda generarles a ellos, y por ende a la sociedad, graves perjuicios, afectando al orden público.

2.3.4. Ley de los Derechos de los Niños y las Niñas en el Distrito Federal.

Esta ley fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 31 de enero del 2000, durante la I Legislatura. Cuenta con 60 artículos y 3 artículos transitorios.

Respecto de su estructura, destacan 7 títulos; en primer lugar se establecen las “Disposiciones Generales”, en donde el Artículo 1º, señala que esta ley es de orden público, interés social y de observancia general en el Distrito Federal. Los beneficios que se deriven de esta Ley, serán aplicables a todas las niñas y niños que se encuentren en el Distrito Federal.

Dentro del artículo 2, se establece como objeto de esta ley, los siguientes puntos:

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

¹⁸ TENORIO Godínez, Lázaro. “La suplencia en el derecho procesal familiar”, Editorial Porrúa, México 2004. p. 31

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

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

En relación con los conceptos que se contemplan en el artículo 3 de esta ley vale la pena destacar que se retoma lo considerado en los instrumentos jurídicos internacionales anteriormente tratados por lo que respecta al concepto de niño, ya que esta ley distingue las siguientes “condiciones”:

“... XVII. Niña o Niño: A todo ser humano menor de 18 años de edad;
XVIII. Niña, o Niño con Discapacidad: Al que padece temporal o permanentemente una disminución en sus facultades físicas, mentales o sensoriales que les impiden el desarrollo normal de sus actividades;
XIX. Niñas y niños que se encuentran o viven en circunstancias de desventaja social: Aquellos que dentro o fuera del ámbito familiar, y en especial por causas de pobreza o miseria, están temporal o permanentemente sujetos a:

- a) Abandono;
- b) Maltrato psicoemocional;
- c) Desintegración familiar;
- d) Enfermedades severas físicas o emocionales;
- e) Padezcan algún tipo de discapacidad;
- f) Padres privados de la libertad;
- g) Víctimas de cualquier abuso, explotación laboral o sexual; o
- h) Cualquier otra situación, contingencia o actividad que ponga en riesgo o impida su desarrollo integral. ..”

Ahora bien, en cuanto al Título Segundo de la ley en estudio, se establece un punto de especial interés para este tema, el cual es lo concerniente a los principios rectores y de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal.

El Capítulo 1, denominado “De los principios”, señala en el artículo 4º, que son principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta Ley, los siguientes:

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

Este principio debe orientar la actuación de los Órganos Locales de Gobierno encargados de las acciones de defensa y representación jurídica, provisión, prevención, protección especial y participación de las niñas y niños.

En el Capítulo II de este título, se realiza una lista enunciativa de derechos que poseen las niñas y los niños, y los cuales son reconocidos por la presente ley, en su artículo 5º, de la siguiente forma:

A) A la Vida, Integridad y Dignidad:

B) A la identidad, Certeza Jurídica y Familia:

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

C) A la Salud y Alimentación:

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

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

E) A la Asistencia Social:

El Título Tercero denominado “De las obligaciones de la Familia”, contempla en su Capítulo único, una serie de obligaciones, para cada uno de los miembros de la familia.

Se señala que la madre y el padre son igualmente responsables del desarrollo sano e integral de sus hijos, y tienen la obligación de garantizar lo necesario para su subsistencia, salud, educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social. (Artículo 8º)

De igual forma, son obligaciones de los progenitores y miembros de la familia para con las niñas y niños:

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

Adicionalmente, el texto del artículo 10 dispone como obligación de los progenitores, miembros de la familia y responsables del cuidado de las niñas y niños, que estos reciban una oportuna atención médica acudiendo para ello a las instituciones de salud pública o privada.

Por otro lado, se establece que la Secretaría de Desarrollo Social en coordinación con el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal, tiene la obligación de instrumentar los mecanismos conforme a los cuales las autoridades y las instituciones los apoyen y asistan en el cumplimiento de sus responsabilidades.

En los casos en que un menor se encuentra en estado de abandono o se vea privado de su familia, tiene derecho a recibir el apoyo de la Secretaría de Desarrollo Social y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal quienes deberán brindarle asistencia social, atención integral y en su caso, procurarle una hogar provisional. (artículo 14)

En relación al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal, se señala como obligación establecer los mecanismos para que se logre que las niñas y niños que lo requieran ejerzan plenamente los derechos estipulados en este capítulo, propiciando la participación de hogares provisionales en su cuidado y protección cuando se encuentren privados de su familia de origen y la adopción de conformidad con el Código Civil.

De conformidad con las disposiciones contenidas en este Capítulo, se aclara que las mismas obligaciones que se establecen, las tendrán los tutores y personas responsables de los cuidados y atención de los niños.

Respecto a la parte final y en relación a los Títulos Cuarto al Séptimo, se pactan diferentes funciones que tienen que cumplir diversas Secretarías, como son: la Secretaría de Desarrollo Social, la Secretaría de Salud y el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal.

Así mismo se señalan obligaciones a nivel local respecto de los Jefes Delegacionales. También se contempla la existencia del Consejo Promotor de los Derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, el cual se crea como órgano honorario, de asesoría, apoyo y consulta del Gobierno del Distrito Federal, así como de concertación entre los sectores público, social y privado, teniendo por objeto promover, proponer y concertar acciones que favorezcan al pleno cumplimiento de sus derechos. (Artículo 25)

Dentro del Título Quinto, se habla de las acciones de gobierno para lograr lo siguiente:

- ❖ Educación y cultura
- ❖ Recreación y deporte
- ❖ De la participación

En el Título Sexto, se trata lo concerniente a las diversas condiciones que puede vivir un niño, como son las siguientes:

- ❖ De las niñas y niños que se encuentran o viven en circunstancias de desventaja social.
- ❖ De las niñas y niños con adicciones
- ❖ De las niñas y niños víctimas de maltrato
- ❖ De las niñas y niños en situación de calle
- ❖ De las niñas y niños trabajadores en situación de desventaja social
- ❖ De las niñas y niños con discapacidad

Se puede concluir que la ley en estudio, reúne varios aspectos en concreto respecto de los cuales se le debe brindar a los niños protección ya sea por parte de la familia o de las autoridades e instituciones respectivas.

Así mismo dicha ley, nos proporciona una serie de principios, que son retomados de las diversas Convenciones que nuestro país ha celebrado y los cuales marcan la pauta para brindar el cuidado necesario a los niños.

En conclusión, se destaca el contenido de estas leyes, toda vez que las mismas contienen conceptos y lineamientos a los que se recurren generalmente en la aplicación de artículos contenidos en el Código Civil para el Distrito Federal o del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

2.4. Aspectos Jurídicos del Derecho de convivencias.

Antes de desarrollar lo relativo al contenido de este inciso, considero importante estudiar el fundamento de este derecho, el cual consiste en primer lugar en principios elementales de derecho natural, así como en la necesidad de cultivar el afecto y de estabilizar los vínculos familiares.

Este entendimiento conduce a que debe procurarse el mayor acercamiento posible del hijo con ambos padres, evitándose, toda decisión que tienda a dividirlo.

“El derecho de visitas constituye un derecho inalienable de los progenitores cuando ha quedado fracturada la normal función, pues resulta a la vez un derecho impostergable del menor mantener una adecuada comunicación y trato con aquellos, ya que ello contribuye, en condiciones normales, a su formación sana e integral.”¹⁹

En concordancia con lo anterior, el derecho de visita encuentra su fundamento en el propio afecto que une a aquellos, trata de salvar y cuidar proteger la seguridad psicológica indispensable para el equilibrio del menor frente al riesgo que corre en situaciones anormales de la familia o personales de los interesados.

“Sin embargo, podría objetarse que lo afectivo, fácil de invocar, es demasiado inconcreto y subjetivo, amén de no es una categoría jurídica ni objetable, deja abierta la puerta para abusivas peticiones o maniobras sucias, precisa de otros puntos de referencia a la hora de la prueba en cuanto elemento básico y justificador de la pretensión.”²⁰

En relación con la jurisprudencia emitida en nuestro país, encontré dos Tesis que contienen diversas consideraciones en torno al fundamento de este derecho y son las siguientes:

¹⁹ MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., Op. Cit. pp.63-64

²⁰ Ídem.

TIPO DE CRITERIO	EMITIDA POR	DATOS DE IDENTIFICACIÓN	RAZONAMIENTO
Tesis aislada	Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.	No. Registro: 178.471 Materia(s): Civil Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005 Tesis: I.4o.C.82 C Página: 1454	“...El FUNDAMENTO de este derecho reside en elementales principios de derecho natural, en la necesidad de cultivar el afecto, de estabilizar los vínculos familiares, a su subsistencia real y efectiva. Mediante él se procura que el contacto paterno-filial se proyecte desde el mero aspecto formal del título de estado, a la vida real...”
Tesis aislada	Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.	No. Registro: 183.315 Materia(s): Civil Novena Época Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Septiembre de 2003 Tesis: II.2o.C.424 C Página: 1360	“...es concluyente que tanto los menores hijos como su padre tienen pleno derecho a la convivencia, por contar con la capacidad derivada de la paternidad para orientar y atender las necesidades más elementales de esos menores, como cuidarlos y aconsejarlos adecuadamente, en tanto es inadmisibles que solamente la madre y dichos hijos guarden una gran dependencia mutua, y aún así, ello no es un hecho que impidiera la convivencia periódica, constante y amplia con el progenitor, con el fin de perseverar en un sano desarrollo de los infantes.”

2.4.1. Concepto jurídico.

Uno de los primeros problemas que plantea la institución que se estudia, es el terminológico. Es evidente que la expresión “derecho de visita” que hasta ahora se ha manejado indistintamente, en virtud de ser la más habitual y conocida, resulta hoy pobre e insuficiente para recoger y denominar jurídicamente a la figura que nos referimos, ya que tiene en la actualidad, en todos los sistemas jurídicos, un contenido mucho más amplio de lo que sugiere aquella denominación clásica y semánticamente la palabra visita.

La expresión “derecho de visitas”, que llega hasta nuestros días desde una sentencia de la Corte de Casación francesa del 8 de julio de 1857, concuerda con las modalidades que fueron admitiéndose, por lo que evidenciaron una inadecuación de la connotación terminológica de la expresión en relación al contenido del derecho-deber. En efecto, paulatinamente se fueron flexibilizando las pautas para

los encuentros y superando los problemas que la original configuración del derecho (contacto en casa del “visitado”) aparejaba. Así se fue admitiendo que el “visitado” se trasladara a casa del “visitante”, lo que ya resultaba terminologicamente paradójal, y aún mas, se permitieron estadías o convivencias de fines de semana o de periodos vacacionales entre “visitador” y “visitado”.

Según la opinión de varios autores, el término derecho de visitas, es hoy demasiado pobre y no expresa correctamente una relación entre personas que es mucho más compleja que aquella mera posibilidad de ver y visitar a un menor, ya que en la mayoría de los casos, se dan muchas otras formas de comunicación, como bien puede ser vía telefónica, cartas, noticias indirectas, etc.; llegando incluso a una convivencia de días o de semanas entre “visitante” y menor “visitado”.

También los Convenios internacionales que refieren esta cuestión siguen manejando los clásicos términos de “derecho de visita” y “visitas”, con claro predominio sobre otros.

En concordancia de la justificación de este derecho, así como los fines que persigue y su contenido relacional son expresiones más correctas y apropiadas hoy, en el sistema jurídico, las de “derecho de comunicación”, o “derecho de relación” o “a relacionarse” o “derecho a relaciones personales”, por dejar apuntada alguna.

En esa inteligencia, para fines de este trabajo, se seguirá usando el término habitual y aceptado de “derecho de visita” o “derecho de convivencia” indistintamente, no obstante su valor semántico, considero que el término correcto es la fusión de estos para denominar este derecho como “derecho de visita y convivencia”.

Con el transcurso del tiempo, las expresiones que han sustituido al tradicional “derecho de visitas”, son las siguientes: derecho de comunicación, derecho de relación, derecho a relacionarse, derecho a comunicación y convivencia transitoria o estancia, derecho de retiro, derecho de adecuada comunicación y supervisión de la educación, derecho al trato, visitation, right of access, righth of access and visit, staying access, personal contact, droit de visite et hebergement, etc.²¹

Respecto al concepto, varios autores han realizado intentos por proporcionar alguno. De tal manera que la profesora Lidia Makianich de Basset, considera en su

²¹ RIVERO HERNANDEZ Francisco, Op. Cit., pp. 21-22.

obra “Derecho de visitas” que: “El derecho de visitas del padre o madre no conviviente respecto del hijo cuya guarda ha sido otorgada al otro progenitor, a otro pariente, a un tercero, o haya sido confiado a una institución, “consiste en el derecho de mantener un contacto personal con el menor, de la manera mas fecunda que las circunstancias del caso posibiliten.”²²

Dicho concepto es retomado en una Tesis aislada de nuestro Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil.

En nuestra jurisprudencia sigue siendo predominante la alusión a “derecho de visitas”, al respecto existen los siguientes razonamientos:

TIPO DE CRITERIO	EMITIDA POR	DATOS DE IDENTIFICACIÓN	RAZONAMIENTO
Tesis aislada	Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.	No. Registro: 178.471 Materia(s): Civil Novena Época Instancia: Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005 Tesis: I.4o.C.82 C Página: 1454	“...El derecho de visitas... consiste en mantener un contacto personal con el menor, de la manera más fecunda que las circunstancias del caso permitan...”
Tesis aislada	Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo circuito.	No. Registro: 178.644 Materia(s): Civil Novena Época Instancia: Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Abril de 2005 Tesis: II.3o.C.62 C Página: 1469	“...la convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes.”
Jurisprudencia	Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo circuito.	No. Registro: 177.259 Materia(s): Civil Novena Época Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Septiembre de 2005 Tesis: I.6o.C. J/49 Página: 1289	“...De una sana interpretación del artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, se aprecia que la eficacia del derecho de visita y convivencia contenido en ese numeral, que tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor dándole afecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad, es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia está interesada la sociedad y el Estado,

²² MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., Op. Cit. p.53.

			porque de su efectivo cumplimiento, depende el desarrollo armónico e integral del menor que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores...”
--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Por su parte, Marta N. Stilerman nos señala en su obra “Menores. Tenencia. Régimen de Visitas” que el “derecho de visitas es, en realidad el derecho de otro progenitor de efectivizar el “...contacto con su hijo y supervisar su educación...”²³

Finalmente, Rivero Hernández solo se limita a señalar que la expresión “derecho de visita” es hoy demasiado pobre y no expresa correctamente una relación entre personas que es mucho más rica que aquella mera posibilidad de ver y visitar a un menor, al comprender que existen otras formas de comunicación.

En las condiciones apuntadas, puedo decir que personalmente no comparto el concepto de Stilerman ya que únicamente limita este derecho a su ejercicio por parte de los progenitores e hijos. Concerniente a la profesora Makianich, dicho concepto solo señala el hecho de mantener un contacto personal con el menor, sin embargo creo que se debería señalar en el concepto, los fines que se persiguen.

De esta forma, a continuación presento un concepto que contiene varias circunstancias que en consideración de la suscrita deben precisarse en el concepto:

“El derecho de visita y convivencia consiste en la posibilidad de que el menor pueda mantener contacto persona con aquellos miembros de su familia respecto de los cuales posea lazos afectivos esenciales, con el fin de que dichos contactos tiendan a la conservación y subsistencia del lazo familiar y proporcionen al menos un ambiente para su sano desarrollo físico y mental”.

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal, nos habla en sus artículos 416, 416-Bis y 417 sobre el “Derecho de convivencias”, adoptando dicho vocablo para referirse al caso de separación de quienes ejercen la Patria Potestad, situación en la que ambos deben continuar con el cumplimiento de sus obligaciones; quedando el menor bajo el cuidado de uno de ellos y quedando obligado el otro a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, caso en que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre este y sus ascendientes.

²³ STILERMAN, Marta N., Op. Cit. p. 146.

2.4.2. Naturaleza jurídica.

El “derecho de visitas y convivencias” tiene lugar ante la fractura de la convivencia entre el padre y/o madre y el hijo menor, ha sido considerado como sustitutivo del derecho a la guarda, vinculado al derecho-función de la patria potestad y su ejercicio.

El padre o madre, que no tenga asignada la tenencia, gozará del derecho de adecuada comunicación y supervisión de la educación.

El derecho de visitas constituye, en realidad, un derecho subjetivo familiar (o un derecho función) que, juntamente con los otros, conforma una red normativa derivado de un determinado nexo de familia, producto de una regulación sustentada en principios de política legislativa que determinan el modelo de familia querido por el legislador, en general y en particular, en la especie, inspiran el diseño de las funciones que en virtud de tal modelo, corresponde desempeñar a sus miembros.

En principio se ha discutido si el derecho de visitas constituía un derecho propio y autónomo, o un límite a los derechos emergentes de la patria potestad.

Sin embargo, al ampliarse la titularidad como tendencia general, hacía personas que no se encuentran sometidas a la patria potestad, se permite descartar aquel fundamento. Sin que por ello deje de advertirse que en el supuesto de menores sujetos a patria potestad, las facultades de quien ejerce la autoridad parental puedan restringirse para posibilitar la efectivización de las visitas, puesto que si el titular de la Patria Potestad se negara a dichas visitas sin alguna razón válida para ello se podría considerar que el derecho es relativo y termina donde empieza el del niño.

En otras palabras, “el derecho de visitas no constituye una faz residual dentro del amplio espectro que ofrece la autoridad paterna”. Por otro lado, al haber adquirido autonomía respecto de la patria potestad, por lo ya expuesto en párrafos anteriores, y ser reconocido aun entre aquellos titulares activos y pasivos que no estuvieron ni pueden estar vinculados por la autoridad paterna, queda configurado como un derecho autónomo y no dependiente de otro que lo condicione. La opinión mayoritaria parece estabilizarse alrededor de la idea de que se trata de un derecho natural, de un derecho subjetivo, de un derecho-función.

Si bien la jurisprudencia y aun la doctrina han usado y abusado del carácter de derecho natural de las “visitas”, hay incluso quienes cuestionan tal calificación, en atención a su relatividad y límites.

Se admite que se trata de un derecho de familia, sin embargo, la polémica se centra en torno a la naturaleza jurídica de los derechos y relaciones familiares, que puede ser considerado como derecho-deber, potestad y función.

Respecto a la denominación del “derecho de visitas”, hay varias consideraciones que vale la pena destacar:

- * El derecho de visitas parece encuadrar cómodamente en la denominación de derechos-altruistas, como refiere Ferrara, para hacer alusión a aquellos que no sirven precisamente al interés (exclusivo) del titular, sino al de otros, y cuyo ejercicio no queda a su arbitrio puesto que deviene un deber ético frente a las personas subordinadas. Por otro lado, las actuaciones del titular son funcionales, lo que significa que no pueden ser ejercidas sino en función del fin en base al cual han sido concedidos. Si se aparta de ese fin, el régimen puede ser modificado, suspendido y hasta suprimido, por subversión de su objetivo. Esta funcionalidad objetiva tiene su equivalente en la funcionalidad subjetiva, referida al titular en forma paralela. No existe en éstos facultad de libre disposición, que esta prohibida.²⁴
- ** El derecho de visitas se concede con vistas a una finalidad muy concreta que reside en el favorecimiento de las relaciones humanas y la corriente afectiva entre el titular y el menor, protagonistas ambos, pero este último de rango superior. Este derecho tiene, sin duda, los caracteres que habitualmente se atribuyen al derecho-deber, o derecho-función o simplemente función.²⁵

Por su parte, nuestros máximos Tribunales han emitido su opinión respecto a la Naturaleza de este derecho, por lo que me di a la tarea de recopilar dichas consideraciones en el siguiente cuadro:

²⁴ MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., Op. Cit. pp. 76-84.

²⁵ RIVERO HERNANDEZ Francisco, Op. Cit. p.157.

TIPO DE CRITERIO	EMITIDA POR	DATOS DE IDENTIFICACIÓN	RAZONAMIENTO
Tesis aislada	Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.	No. Registro: 175.545 Materia(s): Civil Novena Época Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Marzo de 2006 Tesis: VI.2o.C.468 C Página: 2044	“...el derecho del padre a visitar a sus hijos <u>es una función familiar, una facultad y deber, establecido fundamentalmente en beneficio de los hijos, siendo para éstos un derecho de la personalidad...</u> ”
Tesis aislada	Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo circuito.	No. Registro: 178.470 Materia(s): Civil Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005 Tesis: I.4o.C.80 C Página: 1454	“Doctrinalmente se ha discutido la naturaleza del derecho de visitas a fin de establecer si constituye un derecho propio y autónomo o si deriva necesariamente de la patria potestad. <u>El derecho del padre a visitar a sus hijos es una función familiar, un derecho-deber establecido fundamentalmente en beneficio de los hijos, y para éstos es un derecho de la personalidad</u> ; de manera que si bien quienes ejercen la patria potestad tienen diversas facultades y autoridad ante sus hijos para hacer efectivo el cuidado, protección y formación de éstos, entre ellas, la facultad de convivencia, el derecho del hijo a convivir con sus padres deriva simplemente de su condición de hijo...”

Las anteriores Tesis dilucidan dos cuestiones planteadas: En primer lugar, podemos concluir que el Derecho de visitas es un derecho autónomo de la Patria Potestad, puesto que este derecho se da en función del beneficio exclusivo de los hijos derivando el mismo únicamente de su condición de hijo.

Por otro lado, este derecho se puede situar como un derecho-deber, toda vez que los titulares del mismo tienen la obligación de velar por proporcionar al menos un ambiente de seguridad para su desarrollo.

2.4.3. Características.

Entre las características del “derecho de visita” pueden señalarse las siguientes:

a) Es un derecho **personalísimo**, y por tanto inalienable. Este carácter tiene una doble proyección: es, por un lado, un derecho muy ceñido a la persona de sus

protagonistas, entre los que crea una relación señalada de esa clase; por otra parte, es un derecho personalísimo del titular, exclusivo suyo e intransferible.

Dicho de otro modo, esta característica se refiere a aquellos derechos que son inalienables e imprescriptibles, que solo admiten el goce por parte de su titular.

Se trata efectivamente, de un derecho personalísimo de su titular, en cuanto es concedido para fomentar el afecto y la relación personal del beneficiario, y solamente de él, con el menor en quien se concretan la comunicación y relaciones personales; ésa es su razón y su justificación. Este carácter conlleva, a su vez, dos consecuencias importantes:

1) Por un lado, el que supone un mal uso y desvirtuación del derecho de visita en la actitud del beneficiario que en lugar de emplear el tiempo de comunicación y estancia con el menor que le fueron concedidas para compartirlas con y al lado de éste, lo aprovecha para dejar el niño con ciertos parientes o enviarlo a otro lugar, lejos del beneficiario, aunque sea con fines no reprobables (vacaciones, aprender idiomas en el extranjero, etc.)

Tal comportamiento subviene la finalidad y razón de ser de ese derecho y, por ello, cuando así se actúa puede y debe haber lugar a la modificación o suspensión de tal derecho y relaciones.

2) Por otra parte, su indisponibilidad, que hace que este derecho sea inalienable e irrenunciable.²⁶

b) Inalienable. Esta calidad es atribuida a ciertos derechos que los imposibilita de ser enajenados, de manera que no es posible que cambien de titular mediante cualquier acto jurídico entre particulares: como compraventa, donación, permuta, cesión, subrogación o cualquier forma de gravamen (hipoteca, prenda o usufructo). Utilizando también la doctrina la expresión “imposibilidad de transmisión de bienes o derechos personales”.²⁷

Parece que no cabe ninguna duda de la intransmisibilidad del derecho de visitas, cuyo fundamento hay que verlo en su carácter de derecho deber o de función, más que en un derecho ceñido a la persona de su titular. Le es concedido a este no solo por y para él, sino para fomentar la relación afectiva que le une con el

²⁶ *Ibidem.* pp. 399-400.

²⁷ Diccionario Jurídico Virtual 2000. Desarrollo Jurídico Copyright 2000.

menor, quien es igualmente interesado y protagonista fundamental: el derecho de visita sirve tanto o más al niño que al beneficiario-titular. Luego entonces, si su utilidad, finalidad e interés excede de la persona del titular formal del derecho, este no puede disponer de él, ni trasladarlo a otro.

b) Irrenunciable, pues dicho derecho es de orden público, en la medida que está reconocido en función del interés familiar, que es la fórmula propia del orden público dentro del Derecho de familia. Así, se ha sostenido que la realización de las visitas por los padres importa un derecho que encuentra su raíz en la naturaleza, es irrenunciable y tiene por contrapartida una obligación, dado el interés de los hijos menores de contar con la figura paterna, con su ayuda afectiva y espiritual.

A través del régimen de visitas se tiende a que el menor tenga una relación con sus familiares, razón por la que no puede cambiar de titular en la medida en que el estado de familia que le sirve de soporte no puede renunciarse.

c) Es recíproco. Es un derecho que tiene como contrapartida una obligación, dado el interés de los hijos en contar con la figura concreta, afectiva y espiritualmente activa de los progenitores. Con referencia a los daños que provoca la ausencia de figura paterna o materna visible, cierta y responsable.

d) Esencialmente relativo en función de persona, tiempo y circunstancias. De tal manera que la situación vivencial en el tiempo en que se demanda, cambia con el tiempo que da lugar a nuevas circunstancias.

Se trata de un derecho eminentemente relativo, en función de las personas a quienes relaciona, y de las circunstancias.

Como bien podrían ser los compromisos del menor de acuerdo a su edad, cambios de horarios de trabajo del visitante, etc.

La mera modificación de las circunstancias, puede comportar una modificación del régimen, y aun la suspensión o supresión de las visitas en términos y con el alcance que conocemos.²⁸

e) Primordialmente subordinado al interés del hijo. Es un derecho claramente subordinado al interés del menor, que es el más valioso y necesitado de protección, con la paradoja conocida de que incluso cuando no es el titular formal del derecho,

²⁸ RIVERO HERNANDEZ Francisco. Op. Cit. p. 403.

este viene determinado indirectamente y condicionado en realidad por el interés del niño.

Lo anterior es así, toda vez que el interés eminente del menor consiste en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad.²⁹

Cualquier abordaje que se haga respecto del derecho de visitas, va a enfrentarse necesariamente con una persistente reiteración de esta locución, elevada al rango de principio jurídico subordinante de todos los demás intereses en juego.

Lo anterior es así, toda vez que el interés del menor consiste en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales del menor, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad.³⁰

f) Es, por su propia naturaleza, **imprescriptible**. Por lo que es un derecho que no se encuentra sujeto a prescripción. Tampoco puede caducar, pues no hay norma alguna que así lo autorice.

Se concede al margen de la causa de disgregación familiar, cuando esta radica en la pareja parental, o en cuestión ajena a la relación entre el “visitante” y el “visitado”. Sin embargo, cuando los motivos que impiden la normal convivencia permitan prever posibilidades de riesgo o daño, deben ser tenidos en cuenta.

²⁹ *Ibidem.* p. 156

³⁰ *Ídem.*

Por tanto, por mas tiempo que un titular formal de ese derecho este sin reclamarlo (desde que concurren los requisitos pertinentes para ello), no lo pierde, y puede pedirlo cuando quiera, sin que se haya perjudicado su posición jurídica por ese solo hecho.

2.5. Titulares del derecho de visita.

El derecho de visitas y convivencias se presenta en principio como un derecho que pueden ejercitar determinadas personas.

Ahora corresponde ver, en primer lugar, quienes pueden ser sus titulares en los diferentes casos en que pueden darse lugar a aquellas relaciones.

Se pueden distinguir las siguientes situaciones y tipos de titulares.

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

En todos estos casos, titulares son los progenitores y otros parientes o extraños, estando en el otro lado de la relación jurídica de visita el menor.³¹

Particularmente, en el Distrito Federal solo se contempla como titulares de este derecho a los “ascendientes”, de acuerdo a lo establecido en el artículo 416 Bis.

Durante mucho tiempo, se ha considerado que el único titular o beneficiario del derecho de visitas era el padre o la madre que podía requerir la fijación de un régimen o la modificación de aquel a cuyo favor se había ya establecido.

Sin embargo, con el tiempo y mediante el aporte de otras ciencias, se ha ido comprendiendo que es interés propio y principalísimo del hijo mantener una adecuada comunicación con ambos padres y que su cercenamiento injustificado es fuente de perjuicios para aquel.

³¹ *Ibidem.* p. 79-81.

Para Grosman, el derecho-deber de visita del padre implica un correlativo derecho-deber de visita del propio hijo, en la medida en que aquel resulta un derecho subjetivo familiar de doble manifestación o titularidad. El padre tiene la obligación de colaborar en la educación y formación del hijo y vigilar el ejercicio de tales funciones. Por su parte, el hijo puede reclamar judicialmente las visitas y negar su pretensión significaría desconocer el ejercicio legítimo de un derecho, como se vera mas adelante.

2.5.1. Derechos del visitador

Respecto de los derechos que tiene el visitador podemos referirnos básicamente a dos momentos: Antes de la visita y después de la visita.

Antes de la visita, la persona que ejerce la guarda y custodia, quien en la doctrina, a veces es llamado “guardador jurídico”, tiene que cumplir con obligaciones, tales como:

- ❖ Consentir las relaciones personales del menor con el visitador.
- ❖ No cambiar el domicilio del menor sin dar aviso al visitante.
- ❖ En la medida de lo posible, y de acuerdo a la modalidad de la visita, trasladar al menor a cierta ciudad, aeropuerto o domicilio.
- ❖ Prepararle la maleta y efectos personales.
- ❖ En caso de tratamientos médicos ser informado de los horarios y tipo de medicamento que deberá suministrarle.
- ❖ Informarle sobre las tareas o actividades escolares que debe realizar durante el tiempo que dure la visita.

Como podemos observar, dichos deberes constituyen al mismo tiempo derechos del visitador.

Después de la visita o al concluir esta, el visitador tiene derecho a:

- Recoger en el lugar, día y hora convenidos al menor.
- Que se le mantenga informado al “visitador” sobre el estado del menor,
- Mantener comunicación por correo o vía telefónica con el menor, aunque no sean días de visita.

2.5.2. Responsabilidades del visitador.

Las funciones y responsabilidades que asume el visitador durante el cumplimiento de “las visitas”, pueden inferirse de las relaciones naturales de los

vínculos familiares, deducirse del fundamento y finalidad del derecho de visitas, así como analógicamente, de las demás normas que regula las relaciones materno o paterno-filiales en la medida de su compatibilidad con las peculiaridades de la institución que se estudia.

En principio, corresponde al “visitador”, durante las visitas o estadias:

- ❖ Contactar en forma personal en la mayor medida de lo posible con el menor.
- ❖ Procurar interiorizarse de sus circunstancias, inquietudes, problemas, entorno, pues en su calidad de padre o madre, aunque no conviviente, o sea, despojado de la guarda, también debe vigilar el correcto crecimiento y evolución del menor, pudiendo someter al criterio de los juzgados cualquier cuestión que a su juicio pueda resultar perjudicial para el hijo, y proponer las modificaciones correspondientes.
- ❖ Tratar de cumplir tareas o compromisos que han quedado insertos dentro del plazo en que se efectuó el régimen de visitas (tareas escolares, concurrencia a algún evento especial o fiesta de cumpleaños de amigos, etc.)
- ❖ Cumplir con los horarios de retiro y regreso del menor.
- ❖ No exponer al niño a situaciones riesgosas, ni al frío ni al contagio
- ❖ Llevarlo a lugares adecuados para su edad
- ❖ No dejar al menor al cuidado de personas extrañas o de otros familiares, ya que con ello se desnaturalizaría el derecho de visita que le ha sido reconocido para estimular el contacto mutuo.
- ❖ Debe comportarse de acuerdo con su rol materno o paterno.
- ❖ El trato debe ser afectuoso y proporcionar sensación de protección y seguridad.
- ❖ Debe cuidarlo diligentemente
- ❖ Vigilar su salud física y psíquica
- ❖ Brindar asistencia médica apropiada a las necesidades o eventualidades surgidas durante el cumplimiento de la visita.
- ❖ Cargar con los gastos ocasionados por los traslados del visitado y todos los demás que se originen durante y en ocasión de las visitas.
- ❖ Alimentar adecuadamente al visitado.

Finalmente, debemos agregar que nuestra Jurisprudencia ha resuelto en torno a la Titularidad del Derecho de visita que aun cuando la ley sólo mencione como sujeto activo al padre, es evidente que también el hijo es titular del derecho de mantener una adecuada comunicación y trato con ambos padres, ya que la consolidación de los sentimientos paterno o materno-filiales, el contacto con sus progenitores, la cohesión efectiva de los vínculos familiares de esta índole, propenden, normalmente, a una estructuración más sólida y equilibrada del desarrollo psíquico del menor.³²

Al respecto, Rivero Hernández opina que el menor es el primer interesado en las visitas y relaciones personales, en cuanto son necesarias para el desarrollo pleno de su personalidad, y debe considerarse como destinatario y protagonista del afecto que se pretende fomentar y proteger con ellas. “Su interés es, sin duda, el más relevante y se impondrá siempre en caso de conflicto con otro, hasta el punto de que puede llegar a constituir incluso el límite mismo del derecho de visita que otros tengan.”

Se puede hablar de un verdadero derecho autónomo de que es titular el hijo sometido a patria potestad; el menor, cuyo objeto son las relaciones personales, variables en contenido y presentación, con ciertas personas, que él puede reclamar frente a quien dirige y controla su vida en el orden personal, si se opone a ellas.

“La justificación jurídica de tales relaciones del menor con otras personas es la general y conocida de la institución que estudiamos, si bien decantada aquí especialmente del lado y perspectiva del menor hallan su fundamento, en efecto, en la natural comunicación de toda persona humana, en la importancia que tiene la comunicación y las relaciones personales con terceros en el desarrollo de la personalidad del mismo, para el que son más útiles, necesarias, en cuanto le aportan nuevos horizontes personales, y enriquecen su esfera psíquica y afectiva, de conocimiento y de relación, y le ayudan a madurar espiritualmente al tratar y sentirse amado por otros.”³³

³² Tesis aislada. No. Registro 178.471. Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005. Tesis: I.4o.C.82 C. Página: 1454. Bajo el Título “Derecho de visitas. Concepto y alcance”.

³³ *Ibidem.* p. 135.

El menor tiene la necesidad de conocer y tratar a otras personas distintas de sus guardadores legales quienes en determinado momento no pueden monopolizar su mundo de relación.

2.6. Contenido del derecho de visita.

Como ya se había referido, en sus orígenes, el contenido del derecho de visita correspondía con su significado etimológico. Con el tiempo se admitió, además, que el “visitado” se trasladara a casa del “visitador”. Pero solo alrededor de cuarenta años más tarde de que quedara inserto en el Derecho con la designación que tradicionalmente se le denominara, se permitieron estancias temporarias más o menos prolongadas en casa del beneficiario (fines de semana, parcial o totalmente las vacaciones, etcétera), o bien que concurrieran “visitador” y “visitado” juntos a un lugar de veraneo, preestablecido por lo general.

El derecho de visita hoy se canaliza mediante: **a)** Derecho de visitas *strictu sensu*: 1) En el domicilio del visitador; 2) en el domicilio del “visitador”; 3) en otro lugar distinto de ambos domicilios; **b)** Derecho de comunicación y c) Derecho de convivencia o estancias de mayor duración.³⁴

2.6.1. Derecho de visitas stricto sensu.

El “derecho de visitas” implica un sistema de relaciones intensas y frecuentes posibles, en la medida de lo posible. La visita stricto sensu resulta una vía residual y subsidiaria a la que actualmente se acude cuando no es posible que el derecho se satisfaga de otra manera más provechosa a su finalidad.

El derecho de visitas stricto sensu implica sólo contactos esporádicos dentro de horarios que son, por lo general, predeterminados.

La admisión del régimen, las modalidades y vías a través de las cuales deberán realizarse los contactos, deben ajustarse a las peculiaridades del caso, pero tratando de no desnaturalizar ni su fundamento, ni su finalidad; así como respetar el interés de los protagonistas. Sin embargo en caso de conflicto deberá predominar el del menor, que rectamente interpretado requiere que no se deteriore su relación con el progenitor no conviviente, aunque la decisión judicial debe estar dirigida a preservar el bienestar moral y material del niño.

³⁴ MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., Op. Cit., p. 103.

Como principio puede establecerse que cuanto mayor sea la frecuencia de las visitas, resultarán más beneficiosas para el menor y el padre no conviviente dentro de los límites de las normales actividades propias de cada edad y del respeto de los derechos de quien tiene asignada la tenencia.

En el caso de fiestas familiares, religiosas, días feriados, etc., deberá implementarse un régimen que posibilite a los menores pasar alternadamente estas fechas con cada uno de sus progenitores.

Esta modalidad de visita puede darse en varios lugares, como son:

1) En el domicilio del “visitado”.- El derecho de vistas, en sentido estricto, originalmente se llevaba a cabo en el domicilio del “visitado” o del “guardador” jurídico.

Se podría decir que esta modalidad no satisface, la finalidad de las visitas ya que, por un lado, puede señalarse que coloca a las personas entre las cuales se llevan a cabo, dentro del espacio del “guardador” jurídico, posibilitando la supervisión de tales encuentros por este, cuestión que quita intimidad y espontaneidad al trato. Suele exponer, además, al “visitador” a una situación de violencia, que se acentúa cuando se mantiene una estructura conflictuada en el marco de las relaciones entre ambos progenitores. Por otro lado, tal modalidad puede significar una intromisión inadecuada en el hogar de quien tiene asignada la tenencia.

Todo régimen de visitas debiera procurar evitar que se desnaturalice la relación con los padres. Como sostiene Grosman: “Si la ruptura matrimonial impide que ambos progenitores convivan con el menor y la función paterna se debe ejercer con mayor plenitud, teniendo sólo como límite no perturbar la actuación del guardador”.

Sin embargo, hay situaciones que impiden tal modalidad, como la enfermedad o imposibilidad para trasladarse del menor.

“La visita *stricto sensu*, en casa del titular de la guarda del menor (casi siempre, el otro progenitor), es la expresión mínima de aquel derecho a relacionarse con el mismo, conlleva por otra parte no pocas dificultades, prácticas más que jurídicas, por que esas visitas, impuestas las mas de las veces por el juez, se sitúan en un clima conflictual que el recurso a los tribunales no hace más que agravar. Verosímilmente ninguno de los protagonistas queda satisfecho, ni el titular del derecho de guarda, obligado a soportar la presencia en su caso del que visita, ni

este ultimo, para quien aquel ambiente normalmente no será demasiado grato. Por otro lado, y esto es nada importante, pobre relación se brinda al menor y a quien le visita si se halla mediatizada en alguna forma por la presencia mas o menos física de una tercera persona, frecuentemente incomoda.”³⁵

De ahí que pronto hubiera de permitirse que las visitas se llevaran a cabo trasladándose el menor a casa del beneficiario.

A veces, no obstante lo limitado de este tipo de relación personal y otros inconvenientes que comporta, constituirá la única relación posible y sola ocasión de verse personalmente los afectados; piénsese en el menor gravemente enfermo.

2) En el domicilio del “visitador”.- Como una superación parcial del problema, fue admitiéndose que el “visitado” se desplazara a casa del “visitador”. Con ello pueden aflojarse tensiones, sin que los protagonistas se sientan controlados y/o inhibidos.

Entre los inconvenientes nuevos que pueden presentarse en este intento de solución de los problemas suscitados en casa del “guardador”, están aquellos que se originan cuando el progenitor no conviviente tiene ya consolidada otra relación afectiva, y está viviendo en concubinato, ya que el niño podría sentirse incomodo ante la presencia de esta persona.

En otras oportunidades también se visualiza una desviación o incumplimiento de la finalidad de la visita cuando el progenitor sale o se aísla, dejando al menor con su actual compañero/a, o a veces incluso, con otros parientes o allegados.

3) En otro lugar, distinto de ambos domicilios.- También se admite que las visitas se lleven a cabo en lugares distintos de los domicilios de ambos progenitores, solución aconsejable en ciertos casos, pero que hace perder intimidad y calidez, obligando generalmente a hacer transcurrir el tiempo en lugares públicos como plazas, centros de diversiones asistencia a espectáculos, etc.

Esta variable tampoco aparece como una solución inclinada al establecimiento de contactos provechosos, que reparen adecuadamente los perjuicios derivados de la ausencia de convivencia. Sin embargo, puede presentarse en el caso concreto como la única posibilidad de ir reconstruyendo el vínculo afectivo, espiritual y presencial de la unidad familiar.

³⁵ Ibídem. p. 123.

2.6.2. Derecho de comunicación.

El derecho de visitas, que en sentido general y amplio también se denomina derecho a la comunicación, comprende en sentido estricto, un derecho de comunicación que se ejerce por medios distintos a los del contacto personal.

El derecho-deber de vigilancia tiene por objeto específico mantener comunicación entre el menor y sus progenitores ya sea mediante un control telefónico, correspondencia, el cuidado de que no frecuente ambientes inapropiados para su formación física, psíquica, espiritual y/o moral, etc.

Este derecho de comunicación en sentido estricto, es compatible, y normalmente se ejerce paralelamente con el cumplimiento de otras de las modalidades que puede revestir la “visita”, y frecuentemente es la única vía de comunicación cuando en razón de viajes, distancia u otras causas, no puede llevarse a cabo el contacto personal. Serán las circunstancias del caso las que proporcionaran los elementos al juzgador para adecuar la decisión, a lo que aparezca como más conveniente al interés comprometido y a la finalidad que le es propia.³⁶

Este derecho de mantener correspondencia con el menor, aunque no mencionado explícitamente con esa palabra por nuestras normas legales, ha de entenderse como derecho de comunicación.

En principio, esa comunicación puede intercambiarse en cualquier forma, sea por escrito, teléfono, e-mail, etc., e incluso en algún caso por intermedio de tercera persona. Considerase, en general, que debe llevar implícito el secreto de la misma, que debe respetar el titular del derecho de guarda o patria potestad: en consecuencia, y salvo situación excepcional o circunstancias graves, este último no podrá atribuirse un derecho de control de aquella correspondencia del o al niño, y menos leer las cartas o interceptar el teléfono.

2.6.3. Derecho de convivencia o estancias de Mayor duración.

Siempre con la mira puesta en perfeccionar los medios para optimizar las relaciones entre el hijo y el padre o madre no conviviente, se fueron flexibilizando paulatinamente tanto las posiciones doctrinarias como las jurisprudenciales, hasta culminar con la posibilidad de convivencias transitorias (usualmente verificados

³⁶ Ídem.

durante fines de semana alternados, un lapso determinado de las vacaciones, feriados prolongados, fiestas navideñas, de fin de año, etc.)

Es esta la forma habitual y mas completa de dar satisfacción al derecho de relacionarse entre el menor y el beneficiario, como forma de superar las dificultades y restricciones propias de la visita simple, *stricto sensu*, por cuanto el contacto y comunicación que proporciona esta ultima además de insuficiente suele ser artificial e incomodo para todos.

La doctrina hace especial hincapié en la trascendencia que tiene este derecho y su forma de ejercicio, para el niño sobre todo, para bien o para mal, por cuanto las estancias prolongadas, sobre todo en épocas vacacionales, permiten profundizar en las relaciones entre el menor y el beneficiario del derecho de visita: ello obliga a manejar este tipo de relaciones con particular cuidado.

2.7. Finalidad.

Ante la ruptura de la convivencia, la finalidad propia de la institución es el mantenimiento de una natural y adecuada comunicación del hijo con el padre o madre no conviviente, para fomentar y consolidar el vinculo paterno o materno-filial, procurando que se distancie lo menor posible del contacto que existiría dentro de una familia unida.

Debe existir funcionalidad y subordinación de toda la trama en que se desenvuelven las “visitas” al fin propio de las mismas. Cualquier apartamiento autoriza su modificación, suspensión o supresión, de acuerdo con las circunstancias.

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

La separación de los padres, base en que se sitúa normalmente el régimen de visitas, suele enmarañarlo en las relaciones a menudo enfermizas de sus progenitores, quienes, por sí mismos o a través de aliados, procuran muchas veces influir en el “visitado” con el fin de distanciarlo del otro.

La finalidad expuesta, en la medida en que atiende al equilibrado desarrollo del menor, no sólo proyecta sus beneficios dentro de la orbita de “visitador” y “visitado”, sino que alcanza en mayor o menor grado a los demás integrantes de la familia,

pues la disociación del vínculo paterno o materno filial provoca, de modo habitual, perjuicios difícilmente reparables en edad adulta.

Por lo tanto, toda restricción o disminución de las visitas exime al padre de demostrar los beneficios que emanan de su concesión, resultando de fundamental interés para los menores, mantener el vínculo, aunque en su edad actual no lo puedan comprender adecuadamente.

CAPITULO 3. EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR.

3.1. Concepto.

Este Capitulo esta destinado a precisar los alcances del término "interés superior del niño" o "interés superior del menor", el cual dada su relativa reciente creación esta siendo elaborado por la doctrina y la jurisprudencia en múltiples intentos por definir el contenido de tan importante noción.

El "interés superior del niño" forma parte de las llamadas "naciones-marco", particularmente frecuentes en el derecho de familia. Para algunos autores la denominación "interés superior del menor" aparece por primera vez en Preámbulo de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, celebrada en La Haya en fecha 25 de octubre de 1980.

Al respecto, varios autores han emitido su opinión en relación al significado e importancia de dicho concepto:

- ✦ Daniel H. D'Antonio expresa que se trata de un "Standard jurídico" es decir un "límite autónomo de la voluntad decisoria, con características cambiantes: flexible, evolutivo y ceñido a las contingencias particulares", su naturaleza jurídica es la de un "principio o regla aplicable", que en forma clara la define como "medida media de conducta social correcta".
- ✦ Cecilia Grosman señala que "es un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de la sociedad y momentos históricos; constituye un instrumento técnico que otorga poderes a los jueces, quienes deben apreciar tal "interés" en concreto de acuerdo con las circunstancias del caso", luego explica que el mismo debe "constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño". En caso de conflicto frente al presunto interés de un adulto, debe priorizarse el del niño. Agrega que mas allá de la subjetividad del termino "interés superior del menor" este se presenta como "el reconocimiento del menor como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos por si mismo". Por ultimo a la hora de hacer valoraciones hay que asociar el "interés superior" con sus derechos fundamentales.

- ✦ German J. Bidart Campos precisa que cuando la Convención habla de una consideración primordial hacia el "interés superior del niño", se descubre que esta pauta es una orientación y no un simple consejo o una mera recomendación, sino una norma jurídica con fuerza normativa para tener aplicación en cuanto ámbito deba funcionar eficazmente: al legislar, al administrar, al juzgar y a la vez, en el área de las relaciones entre particulares”.

El interés superior del menor como principio debe ser entendido como un “conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible”.¹

- ✦ Miguel Cillero (1998) plantea que la noción de interés superior es una garantía de que "los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen". Así este autor considera que esta noción supera dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

Para el citado autor el concepto del interés superior del niño tendría por lo menos algunas funciones y que pueden referirse a:

- Ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña.
- Obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez.
- Permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquellos.
- Orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto "la protección y desarrollo de la

¹ HERRERA, Guillermo. Autores citados por. "Interés superior del menor", Argentina. 20 de abril 2008. <http://www.monografias.com/trabajos6/insu/insu.shtml?relacionados>.

autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo".²

Particularmente, considero que las opiniones vertidas por estos dos últimos autores, plasman el contenido verdadero de este principio, ya que el primero muestra el camino que ha de tomarse para llegar a ese fin o lograr el propósito planteado en la aplicación de este concepto.

Es decir, en primer lugar se debe realizar ese conjunto de acciones y procesos, como bien podría ser orientar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña, crear políticas públicas que den prioridad a los derechos de la niñez, pugnar por que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con otros intereses, orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto en todo momento el interés de los menores.

Bajo ese contexto podemos deducir que el interés superior del niño o niña indica que la sociedad y gobierno deben de realizar el máximo esfuerzo posible para proporcionar condiciones favorables a fin de que éstos puedan vivir y desarrollarse plenamente. Lo cual lleva implícita la obligación de que, independientemente a las coyunturas políticas, sociales y económicas, deben asignarse todos los recursos posibles para garantizar este desarrollo.

La noción del interés superior del niño o niña significa por otro lado, que el crecimiento de las sociedades depende en gran medida de la capacidad de desarrollar a quiénes actualmente se encuentran en esta etapa de la vida de la humanidad.³

Por lo que respecta a nuestro país es menester destacar lo relativo a las consideraciones que se han emitido en torno a este concepto, y respecto del cual, creo que se debe mencionar lo plasmado en la Exposición de motivos del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil

² SAURI, Gerardo. "Los ámbitos que contempla" en la Propuesta de ley de niñas, niños y adolescentes. Comité por la Ley. México, 1998. <http://www.derechosinfancia.org.mx>

³ GROSMAN P., Cecilia, Polakiewicz Marta, Chavanneau Silvia Susana, Maggio María Teresa y otros, "Los Derechos del niño en la familia. Discurso y realidad", Editorial Universidad, Buenos Aires. 1998. p. 20.

para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Código Penal para el Distrito Federal, Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, Numero 26, publicada el 2 de febrero de 2007; misma que se realizo bajo la consideración de “ responder a los requerimientos mínimos de equidad y sobre todo a favor del interés superior de las y los menores”.

El contenido de dicha exposición, me llama la atención respecto a la situación que se vive hoy en día dentro de los Juzgados Familiares y dentro de los hogares que se enfrentan a una situación de Divorcio. Lo anterior es así, toda vez que hay divorcios que resultan altamente conflictivos, por los daños permanentes que provocan en distinta medida en todos los miembros del grupo familiar.

Se dice que se trata de situaciones en las que “la pareja no puede elaborar el duelo por la ruptura y la pérdida del vínculo matrimonial o de convivencia anterior, por lo que no llegan al menor acuerdo posible, no se acepta compartir las responsabilidades y consecuencias de lo sucedido y en cambio lo proyectan en el otro”.⁴

La vivencia de los hijos e hijas de esta situación es de vacío, derrumbe, caos y saturación, con los sentimientos que los acompañan: profunda angustia, temor, inseguridad, apatía, parálisis, odio, renuncia.

En estas situaciones, aunque los hijos e hijas no sen “invitados” a intervenir, quedan igualmente atrapados. Así ellos suelen ser el “botín de guerra” más disputado y contradictoriamente el más descuidado en la mayoría de sus necesidades.

En el caso de los niños que viven un juicio de custodia, son los más lastimados, ya que en los juzgados se libran prolongadas y dolorosas batallas y por lo regular, los jueces dictan sentencia guiándose solo por los argumentos de los abogados, quienes con frecuencia solo luchamos por los intereses de los clientes, olvidando en la mayoría de los casos a los niños.

⁴ Exposición de motivos del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Código Penal para el Distrito Federal, Op. Cit.. p. 10.

Es por lo anterior que nuestro país como Estado parte de organismos internacionales y regionales se encuentra obligado a tomar las medidas necesarias para asegurar la protección y el cuidado que garanticen plenamente el bienestar de las personas.

Por otro lado, la jurisprudencia de nuestro país ha emitido su opinión al respecto, precisando dentro de dos tesis aisladas el concepto de "Interés superior del niño" de la siguiente manera:

TIPO DE CRITERIO	EMITIDA POR	DATOS DE IDENTIFICACIÓN	RAZONAMIENTO
Tesis aislada	Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.	No. Registro: 177.231 Materia(s): Civil Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Septiembre de 2005. Tesis: I.11º.C. 135 C. Página: 1516.	"...entendiéndose por interés superior de la niñez, el conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible..."
Tesis aislada	Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.	No. Registro: 178.183 Materia(s): Civil Novena Época Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Junio de 2005. Tesis: I.7.o.C.60C Página: 819	"...entendido dicho interés superior, como la institución a través de la cual se procura el desarrollo pleno e integral del infante, proporcionándole la estabilidad, cuidados y asistencia necesarios para lograrlo."

Particularmente, considero que dichos esfuerzos por proporcionar el concepto de "interés superior del niño" por parte de nuestros Tribunales ha sido bastante acertado, toda vez que se señala claramente el fin que se propone alcanzar en base a la aplicación de un conjunto de acciones, procesos y condiciones. Ahora bien, también resulta atinado considerar dicho concepto como institución toda vez que

este vocablo obedece a “un conjunto de principios de una ciencia, arte, etc”⁵ y bajo ese tenor se refuerza lo dicho previamente respecto a que este concepto nos proporciona las bases bajo las cuales se han de tomar las decisiones respecto a la persona del niño.

En las condiciones apuntadas, se adiciono el artículo 416 Ter que nos señala que deberá entenderse como interés superior del menor a la “prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

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

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

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

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

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”

De esta forma, considero que la inclusión de dicho precepto constituye una atinada aportación al texto de nuestro Código Civil ya que aclara el objeto, contenido y finalidad de este concepto.

3.2. Naturaleza histórica-cultural de la noción.

Para poder establecer la naturaleza histórica de este concepto, es necesario recordar que antiguamente, la familia estaba organizada en Roma sobre la base del patriarcado, misma forma que conocieron otros pueblos de la antigüedad como los hebreos, persas y galos. De aquí que el papel del paterfamilias fuera el principal.

El paterfamilias era el varón sui iuris cualquiera que fuera su edad y ese vocablo connota que puede ser titular de un patrimonio y que tiene o puede tener a otras personas bajo su potestad. En su domus-casa- era dueño absoluto de sus

⁵ SÁNCHEZ Cerezo, Sergio. “Diccionario Enciclopédico Santillana”, Editorial Santillana, España. s.a.p. p. 729.

actos, era el soberano que impartía justicia a los suyos (es decir a sus sometidos) y el sacerdote que ofrecía los sacrificios a sus antepasados.

El jefe de familia tenía bajo su potestad a sus hijos y demás descendientes sobre los cuales ejercía la *patria potestas*. También se encontraba bajo su potestad su esposa, sus esclavos y a una persona libre cuando la tiene *in mancipium*.

La patria potestad pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. “El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; por que no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos, a quienes se procrean en justas nupcias”, esto dice Justiniano en sus Instituciones.

En términos sencillos, esta potestad puede resumirse en dos proposiciones:

- 1) El jefe de familia era el jefe del culto doméstico.
- 2) Los hijos de familia eran incapaces como los esclavos de tener un patrimonio, todo lo que en ellos adquieren es adquirido por el paterfamilias, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y un darles muerte. Dados estos efectos, es fácil reconocer que la potestad paterna no podía ser clasificada en el derecho de gentes, pues está organizada en interés del padre, no del hijo, por eso la reglamenta el derecho civil.⁶

Una vez superada la clásica configuración romana, como poder determinante de la sujeción al pater familias quien ejercía una especie de derecho subjetivo de naturaleza casi pública sobre los hijos y descendientes, en la actualidad la patria potestad, institución en cuyo ámbito habitualmente se plantean las cuestiones en las que se resuelve sobre el interés del menor, se concibe específicamente en interés y beneficio del hijo.

Ahora bien, detrás de una apreciación detallada de cual es “el interés del niño” subyacen las creencias generales sobre lo que es beneficioso para la infancia.

Cada época y cada cultura define que es lo mejor para la niñez en función de un determinado sistema de valores y de representaciones sociales.

⁶ BRAVO González Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. “Derecho Romano” Primer Curso, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001. pp. 136-140.

La pauta, es una construcción sujeta a singularidades históricas, culturales e incluso regionales.

Por consiguiente, en las decisiones que se tomen respecto a la persona de los niños, es necesario articular dos aspectos:

- ❖ Por una parte, los jueces y funcionarios deben considerar, al apreciar el interés del niño, los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que se ha desenvuelto habitualmente, pues es deber del Estado y de la sociedad respetar la identidad y la pluralidad cultural;
- ❖ Por la otra, este relativismo cultural, que exige aceptar las diferencias, no puede servir de escudo para tolerar interpretaciones que signifiquen una vulneración de la dignidad que pertenece los niños como seres humanos y que afectan sus derechos consagrados en instrumentos de jerarquía constitucional.

En la valoración del cual es el mejor interés del niño juegan también los valores y tradiciones de cada país.

La idea de interés o beneficio del menor no es absoluta, sino que varía según la evolución de la vida social y sus valores preponderantes en un sistema de organización social y jurídica determinada, y según el lugar, el tiempo, las tradiciones y las costumbres.⁷

3.3. Fundamento.

El concepto de "interés superior del niño" que en este Capítulo se estudia, tiene como fundamento diversos ordenamientos legales tanto de ámbito nacional como internacional. Conviene subrayar que el interés del menor aparece hoy arraigado como criterio rector del Derecho de Familia y bajo ese contexto es importante analizar su origen y la razón de que actualmente dicha noción resulta de vital importancia en las decisiones que se han de tomar en torno a los menores.

La adopción de este término data de la celebración de diversos instrumentos internacionales, los cuales ya fueron estudiados previamente en el capítulo que antecede y son:

⁷ DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina, "El Interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar", España. 23 abril 2008. <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml>.

❖ **Declaración de los Derechos del Niño.**

Establece preceptos fundamentales relativos a la protección y cuidados especiales que deben ser proporcionados a estos, implanta la necesidad de precisar los preceptos fundamentales que determinan de manera general que tanto las niñas como los niños deben gozar de una protección especial y disponer de oportunidades y servicios; dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental debe ser el interés superior del niño. (Principio 2).

De igual forma instituye que el niño tiene derecho a recibir educación, la cual será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Dicha educación favorecerá su cultura general y le permitirá en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad.

El interés superior del niño se plantea como el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; por lo que dicha responsabilidad corresponde en primer término a los padres.

❖ **Convención sobre los Derechos del Niño.**

Destaca el contenido de Artículos como: El artículo 3, señala que 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, la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El artículo 9 establece que “los Estados Partes deben velar 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.

Por otro lado, el artículo 18 pugna por que los Estados Partes pongan el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbe a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad

primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

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

Por lo que respecta al sistema de adopción, los Estados partes que lo reconocen o permiten, deben cuidar que el interés superior del niño sea la consideración primordial y velar por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, que determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales.

Dicho lo anterior, debemos recordar que el "interés superior del niño", como concepto se encuentra presente en todo discurso público referido a la infancia y es fundamento obligado en los pronunciamientos judiciales que se relacionan con la persona del niño en concordancia con diversos artículos de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como es el caso del artículo 4, que establece de forma general los principios básicos que han de seguirse para que los ciudadanos lleven una calidad de vida aceptable.

Específicamente en relación al niño se habla de la igualdad entre géneros, derecho a la salud, derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, protección a la familia, oportunidades de disfrutar una vivienda digna y decorosa, derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, derecho a que el Estado provea lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos y que otorgue facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez; pautas bajo las cuales se intenta definir lo que debe entenderse por "interés superior del niño" en nuestra legislación, como mas adelante lo analizaremos.

Así mismo, recordemos que dentro del ámbito local, el Distrito Federal ha considerado los pronunciamientos internacionales dentro del texto de su marco legal, plasmado dicho principio en la siguiente ley:

▪ **LEY DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL.**

Dicho ordenamiento fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 31 de enero del 2000. Consta de 60 artículos y de su contenido destaca una serie de beneficios aplicables a todas las niñas y niños que se encuentran en el Distrito Federal.

Así mismo se establece como objeto de dicho instrumento garantizar, entre otras cosas, el ejercicio de los derechos de las niñas y niños; establecer los principios que orienten las políticas públicas a favor de las niñas y niños.

Se considera como niño a niña o niño, a todo ser humano menor de 18 años de edad.

Se señalan como principios rectores en la observancia, interpretación y aplicación de esta Ley, los siguientes:

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

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

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

IV. El de la familia como espacio preferente para el desarrollo de las niñas ...”

Se marca de manera enunciativa una serie de derechos que tienen las niñas y los niños.

Otro título importante se dedica a las obligaciones de la familia, donde se apunta que la madre y el padre son igualmente responsables del desarrollo sano e integral de sus hijos, debiendo garantizar lo necesario para su subsistencia, salud, educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social.

Lo destacado anteriormente tiene que ver específicamente con el tema que se estudia, toda vez que estas consideraciones contienen preceptos básicos que pueden aplicarse en el caso que nos ocupa.

Independientemente de lo anterior, “otro aspecto que debe considerarse como fundamento de la creciente relevancia conferida a la persona del menor, motivadora de la insistente búsqueda de su interés preferente por parte del legislador, es sin duda, la actual revalorización de la infancia que emerge como reflejo de la general potenciación de los valores individuales de la persona, entendida como trasunto del reconocimiento de su propia dignidad que, respecto de los menores, presenta una peculiaridad determinada por el hecho de integrar la personalidad individual en una de las fases más esenciales de su desarrollo”⁸

3.4. El interés superior del niño como fuente de creación judicial.

Se ha visto que el "interés superior del niño" implica valorar por parte de los poderes del Estado, familia y sobre todo por los jueces, el bienestar del niño, el cual puede ser entendido como el hecho de que se le proporcione las condiciones materiales y afectivas que le permitan vivir y desarrollarse plenamente, la protección a sus derechos y que estos derechos sean prioritarios respecto del derecho de las demás personas.

En el primer punto de este capítulo, se mencionaba específicamente la presencia del niño en los conflictos familiares o en las controversias del orden familiar (como se conocen en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es decir en los problemas inherentes a la familia) veíamos que el papel del niño en estas situaciones constituye en la mayoría de los casos el “premio” que han de disputarse las partes en conflicto o bien el “instrumento” para coaccionar o vengarse del otro, según sea el caso. Dichas situaciones resultan evidentes para aquellos que en algún tiempo nos hemos dedicado a litigar la materia familiar, ya que es común que muchas veces los abogados aconsejemos a la madre (quien es la persona que comúnmente detenta la guarda y custodia) que evite el contacto de los hijos con el padre, hasta que este no ceda en la cantidad requerida de la pensión alimenticia, o situaciones similares, trasgrediendo totalmente el contenido del Interés superior del niño.

⁸ Ídem.

Otro ejemplo puede ser en el campo de la adopción, en el que la prevalencia del interés del niño debe ser considerada en decisiones relativas al ejercicio de la autoridad parental. De esta manera, frente al fallecimiento de uno de los progenitores, debe resolverse que el ejercicio de la patria potestad no le corresponde automáticamente al otro, sino que la guarda le será otorgada, si ello beneficia al menor. Incluso, la justicia puede negar tal ejercicio, aun cuando no se justifique la privación de la patria potestad, pues es facultad del tribunal restringir la patria potestad si su ejercicio pleno fuera inconveniente para el bienestar del niño o del adolescente.

Ahora bien, cuando se cita para Sentencia se debe de valorar por parte del Juzgador no solamente todas las pruebas rendidas como bien pudieran ser las documentales o testimoniales, sino también analizar dentro del contexto del curso del juicio, cuales son las condiciones que brindarían al menor una mejor oportunidad de desarrollarse plenamente.

Aunado a lo anterior, el fin que se persigue es que cuando la interpretación judicial evalúa en un proceso el "interés superior del niño", adquiere la fuerza de una gestación normativa. Es decir, la pauta se convierte en un poderoso instrumento de creación que alimenta el cambio legal.

En las condiciones previamente apuntadas, podemos concluir que, en todo caso, la decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad y por extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte, se debe valorar el beneficio del menor como interés prevalente.

En tal sentido, con carácter general, la aplicación de este principio rector aparece sometida a las siguientes consideraciones fundamentales:

“Primera. El contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos, lo que implica la acomodación de la potestad paterna a las concretas circunstancias y necesidades del menor, a fin de que éste pueda cumplir con el pleno desarrollo de su

personalidad, para lo cual requiere (salvo en situaciones de carácter excepcional) tanto de la figura del padre como de la madre”.

“**Segunda.** El esencial principio del "interés superior del niño" se erige en criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los procedimientos afectantes a los menores que incluso las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores que no serán homologables si resultan lesivos para los hijos, de tal manera que pueden ser limitados o suspendidos de oficio de concurrir circunstancias que así lo aconsejen, por no imperar con todo rigor en este ámbito el principio de rogación que cederá siempre en beneficio del menor, cuya intervención en el procedimiento (audiencia) está prevista en determinadas condiciones como medio favorecedor de la búsqueda del prevalente interés de aquél”.

“**Tercera.** El principio de que el interés superior del niño debe presidir cualquier medida concerniente al menor, consagrado tanto en el orden internacional como en el ámbito interno, demanda que, en esta línea de "interés superior del niño" , con carácter general debe procurarse que los menores tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores, a no ser que el mismo se revele perjudicial para el hijo, razón por la que no cabe adoptar medios de general aplicación para todos los casos sino que siempre se habrá de estar a las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado”.⁹

3.5. Interés del menor en el derecho de visita.

En relación al derecho de visita, debe destacarse la importancia de aplicar el principio que se ha venido estudiando en el presente capítulo en las decisiones que se tomen en este ámbito.

El interés eminente del menor consiste, en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que interactúa, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad.

⁹ Ídem.

Se obliga a pensar mas en el futuro del menor que en su presente y a concretar esos derechos fundamentales en el libre desarrollo de su personalidad en su proyección multidimensional.

En resumen, el interés primordial del menor consiste en garantizar sus derechos: la dignidad de su persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad.

Del análisis del contexto y las consecuencias que ocasionan las resoluciones sobre el derecho de visita, que se traducen en la afectación sobre la persona del niño podemos concluir que resulta evidente la trascendencia que puede y debe tener en su determinación y cumplimiento la opinión y la voluntad del menor, ya que este es la primera persona afectada por el régimen de visita y convivencia, pues es quien tendrá que pasar ciertos fines de semana o parte de las vacaciones con el visitador y mantener cierta correspondencia, o llamar por teléfono a esa persona, a la que quizá no tenga mucha afición o deseo de ver, como puede ocurrir en varias ocasiones.

Es este aspecto, se debe mencionar que, imponer aquellas relaciones al menor contra su abierta oposición puede dar lugar a reacciones psíquicas contraproducentes, o a rechazos afectivos. En otras ocasiones el resultado puede ser parecido si se decide sobre esta cuestión sin oír su parecer cuando tiene edad suficiente, haciéndole sentirse manipulado en ese papel pasivo.

Por todo ello, resulta lógico oír su opinión, habida cuenta de su interés e implicación en tales relaciones personales. Lo que no quiere decir que su opinión deba ser atendida siempre, puesto que de acuerdo a lo plasmado en la jurisprudencia de nuestro país; dicha opinión no debe vincular el sentido de las resoluciones judiciales, como lo veremos mas adelante.

Bajo este contexto, el derecho de visita y convivencia trae inmerso varios intereses que también pueden entrar fácilmente en conflicto, alguno de cuyos supuestos se han visto ya. Se debe intentar conciliar dichos intereses, premisa bajo la cual el problema queda resuelto, en caso contrario, deberá pugnarse por la preeminencia del interés del niño.

Se ha establecido en la doctrina, jurisprudencia y en el orden legal que en este terreno hay un orden de prioridad de intereses y la primacía corresponde al del

menor. En efecto, en la aprobación de estos intereses el legislador ha consagrado la prevalencia del interés del menor.

Paralelamente, la doctrina afirma que el interés de los padres a mantener lazos afectivos con el hijo es considerable, pero se reconoce que está subordinado al interés del hijo.

La doctrina y la jurisprudencia se inclinan por la primacía del interés del menor, ya que es este el menos culpable de ciertas situaciones y la parte más vulnerable, por lo que debe velarse que sea objeto de especial protección por los ordenamientos de la materia.

En relación con el significado del adjetivo “prevalente”, que se le da a este concepto, se aclara que esa prevalencia será en caso de grave colisión o incompatibilidad entre intereses, una vez correctamente interpretados y valorados tanto el interés del menor como el del beneficiario, se entiende que no sería justo ignorar o infravalorar el cariño del padre o madre que aspira a mantener relaciones personales con su hijo tras una crisis matrimonial o situación familiar semejante, intereses ambos valiosos por principio, que deben ser conjugados y compatibilizados hasta donde ello sea alcanzable antes de juzgar precipitadamente.

No obstante el relativismo imperante en esta materia, el papel preeminente que en este caso juega el interés del menor, se convierte en un principio casi general estableciendo que solo podrá haber lugar a las pretendidas visitas y relaciones cuando estas sean benéficas para el citado menor o al menos, no le proporcionen algún daño.

Dentro del ámbito procesal, se establece que “si el derecho de visita tiene su fundamento en el interés de su titular, encuentra su límite en el interés del niño. Incluso no impediría el ejercicio del derecho de visita la falta de alguna utilidad actual para el niño, es decir, aunque a este de momento no le haga ni bien ni mal; pero en todo caso su ejercicio estará subordinado a la ausencia de perjuicio para el menor. Por tanto, debiendo considerarse ese posible perjuicio para el menor como un hecho obstativo o impeditivo del ejercicio del derecho en cuestión, tendrá que ser la persona que se oponga al mismo quien pruebe la existencia (o gran probabilidad) de ese perjuicio, a valorar por el juez en el contexto general del conflicto de intereses.”¹⁰

¹⁰ Ídem.

La doctrina establece la supremacía del interés del menor por vía de consecuencia. Se dice que “se trata de un derecho inherente, muy ceñido, a la persona de los padres, pero como no es (evidentemente) ilimitado ni absoluto, debe ser restringido o quizá suprimido si es perjudicial al menor: encuentra su límite en la personalidad de este, que representa el bien superior. El interés del menor aparece así como un límite en la personalidad de este que representa el bien superior. El interés del menor aparece así como un límite al derecho de los padres.”¹¹

Cabe también hacer mención a la opinión de Francisco Rivero Hernández en relación al peso de la persona del menor como principal protagonista de este conflicto en la conciliación de todos los intereses, ya que no puede pasar inadvertido que la pretensión del “visitador” y sus derechos versen sobre una persona, el niño: el “objeto” de su derecho es otro ser igualmente valioso que el titular, a todos los niveles, y no una cosa.

Sigue opinando, el autor mencionado que es evidente que la conciliación de todos los intereses en juego, cuando y hasta donde ello sea posible, es misión principal y eminente de los tribunales, no tanto por ser función propia e imperativo legal sino por los especiales caracteres de esta materia, donde no hay lugar para principios rígidos y ha de analizarse con tanta atención las circunstancias (objetivas) del caso, mas la particularidades de los tres protagonistas (titular, gravado y menor) individualmente consideradas, y las de cada uno en relación con los otros dos.

3.6. El juez como intérprete del menor.

En virtud de lo anteriormente planteado, es menester abordar el papel del juez dentro de los procesos como “la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios.”

En nuestro medio la palabra juez puede tener dos significados: el primero de ellos y más general (en sentido lato sensu) es aquel que se refiere a todo funcionario titular de jurisdicción; juez, se dice, es el que juzga. Por otro lado, y de manera más particular y precisa, juez es el titular de un juzgado tribunal de primera instancia unipersonal.¹²

Hablando de criterios a que deba atenerse el juez, se apuntan los siguientes:

¹¹ RIVERO HERNANDEZ Francisco, Op. Cit. p. 178.

¹² Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico Copyright 2000.

a) El juez no debe regirse en la ponderación del interés del menor, en si mismo y en conflicto con otros intereses y personas, tanto por sus convicciones personales (ideológicas, sociales, jurídicas) cuanto por criterios de valoración generales y bien asentados en la sociedad en el lugar y momento que se demanda su decisión.

b) El criterio y valoración judicial del interés del menor son discrecionales, sin otro limite que el interés superior del menor. Más ello no quiere decir que el juez pueda manejar de cualquier forma el arbitrio que la ley le concede. Es decir, se trata de una apreciación discrecional, que no arbitraria. La diferencia entre una y otra radica en la racionalidad del juicio de valor que haga el juzgador a partir de los datos y circunstancias del caso concreto.¹³

El autor Francisco Rivero Hernández opina que no solo la diferencia cultural engendra particulares interpretaciones acerca de lo que es “bueno” o “malo” para el niño, sino que dentro de una misma sociedad concurren ideologías diversas que revelan el pluralismo propio de un sistema democrático. Los jueces son portadores de diferentes valores y preferencias que se exteriorizan en las prácticas judiciales.

Igualmente, en la mente del juez pueden operar circunstancias que son ajenas al interés del niño y más bien se relacionan con cuestiones vinculadas a los protagonistas adultos.

En conclusión, el juez o funcionario, al decidir cuál es el mejor interés del niño, al referenciar los hechos, los mediatiza a través de sus valoraciones particulares, de su historia y sus experiencias personales. Su juicio no es una representación de la realidad como algo objetivo y externo, sino que reconstruye esta realidad de acuerdo con su particular “mirada”.

En otro orden de ideas, la perspectiva es diferente: favorece al niño la preservación de los lazos con la familia de origen siempre que se evidencie algún tipo de relación o afecto con la madre, los hermanos u otros parientes.

No obstante, otros autores consideran que la determinación del interés del menor no es tarea fácil, ya que la utilización por parte del legislador de un concepto jurídico relativamente indeterminado impone al sujeto obligado a aplicarlo en un complejo proceso de valoración en el que deberán ser consideradas todas y cada

¹³ RIVERO HERNANDEZ Francisco, Op. Cit. p.163.

una de las particulares circunstancias concurrentes a fin de conseguir determinar en concreto y de una manera efectiva cuál sea el interés del menor en la específica situación que se pretende resolver.

Es por lo que, se dice que resulta necesario el establecimiento de pautas o principios de solución generales, pues la necesaria operación de discernimiento en la búsqueda del beneficio del menor siempre presupondrá criterios bajo los cuales deba de guiarse el juzgador.

Por ello la función definitoria del interés del menor por parte de los órganos judiciales se potencia especialmente en las situaciones de crisis familiares. Es aquí donde radica el fundamento de la intervención judicial en la determinación del beneficio o interés del hijo menor de edad.¹⁴

Ahora bien, la disyuntiva que se presenta frecuentemente en las decisiones del juez, es la diferencia entre el "interés superior del niño" con la del "interés familiar".

En la doctrina francesa se han dado diversas interpretaciones del "interés familiar". Unos sostienen que se refiere al interés global, es decir que corresponde al conjunto de los miembros de la familia; otros, por el contrario, afirman que puede identificarse con el interés de alguno de los integrantes de la familia, aun cuando se oponga a la de otros.

El interés familiar no define un interés propio de la familia considerada como persona jurídica, sino que representa el interés de los componentes de la familia en una situación de interdependencia dentro de una totalidad. La familia es un sistema que debe ser contemplado en todas las interacciones que se producen en su seno e incluso, con el mundo exterior.

Esto significa que el interés familiar no es la suma de los intereses de los integrantes de la familia, ni tampoco el interés de un ente distinto, sino el interés de cada uno de sus miembros dirigido al mejor funcionamiento de la familia desde el punto de vista personal y patrimonial.

No es posible concebir una decisión que lo favorezca y que, al mismo tiempo, perjudique a todo el grupo familiar, como tampoco puede imaginarse una determinación que beneficie a la familia y lesione el bienestar del niño.

¹⁴ DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina, Op Cit. s.n.p.

Es decir que el interés del niño debe ser armonizado con las demandas de todo el grupo familiar dentro de una lógica de integración basada en la participación y la solidaridad.¹⁵

Finalmente debemos tener en cuenta, que cuando el juez interpreta cual es el interés del niño en el caso concreto, emite un juicio de predicción o pronóstico, toda vez que se resuelve de acuerdo a las circunstancias imperantes en ese momento, sin embargo esto no es garantía de que la decisión tomada será benéfica o funcionara mas adelante, ya que solo el transcurso del tiempo podrá decir si dicha resolución ha sido acertada.

La determinación del interés del niño es un proceso dinámico, no sólo por que está sometido a la posibilidad de una revisión a medida que el niño crece, sino que en el resultado influyen sus sentimientos y deseos, que pueden modificarse. En otras palabras, las decisiones deben seguir el propio tiempo del niño.

En las apuntadas condiciones, podríamos concluir que la premisa general es el Derecho Familiar en su conjunto, la cual debería obtenerse respetando el Interés Superior del niño como premisa particular.

3.7. Criterios Jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Criterios Jurisprudenciales acerca del Interés Superior del Niño en nuestro país.)

Para poder arribar a este inciso, es menester recordar el significado de la palabra jurisprudencia. Se denomina así a la “interpretación que la autoridad judicial da ordinariamente a una ley, y así se opone la jurisprudencia a la doctrina como expresión de la ciencia”.¹⁶

El objeto propio de la jurisprudencia es “la descripción de aquellos objetos y fines del derecho que son comunes a todos los sistemas, así como de aquellas semejanzas entre diversos sistemas que descansan en la común naturaleza del hombre o responde a principios semejantes en sus diversas posiciones”.

Actualmente, podemos entender el sentido de la jurisprudencia como el criterio de la interpretación judicial de las normas jurídicas de un Estado, que prevalece en las resoluciones de un tribunal supremo, o de varios tribunales superiores. Ahora

¹⁵ GROSMAN P., Cecilia y otros, Op. Cit. pp. 41-42.

¹⁶ DE PINA, Rafael, “Elementos de Derecho Civil Mexicano”, Op. Cit. pp. 141.

bien, por jurisprudencia no debe entenderse “cualquier aplicación del derecho aislada, sino a la repetida y constante, uniforme, coherente, por tal modo que revele un criterio o pauta general, un hábito y modo constante de aplicar las normas jurídicas”.

La jurisprudencia se inspira en el propósito de obtener una interpretación uniforme del derecho en los casos que la realidad presenta a los jueces.

La función de la jurisprudencia no es la de crear derecho, sino la de interpretar el formulado por el legislador.¹⁷

Ahora bien, respecto al tema que tratamos en este inciso, vale la pena destacar ciertas tesis que nos aportan ciertos criterios de fundamental importancia en los casos en que debe velarse por vigilar que prevalezca y se respete el “interés superior del niño”, como son las siguientes:

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

¹⁷ *Ibidem.* pp.142-143.

provisional, resulta legal determinar un régimen de convivencias entre el menor y su progenitor con quien no vive, como un derecho que tiene aquél, consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; para lo cual, debe estar plenamente acreditado en autos que el menor tiene interés en convivir con su progenitor, y que no le es perjudicial”.

No. Registro: 177.231, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Septiembre de 2005. Tesis: I.11o.C.135 C. Página: 1516

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

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

➤ **“MENORES DE EDAD. EL DERECHO DE VISITA Y CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL Y, EN CASO DE OPOSICIÓN, EL JUZGADOR RESOLVERÁ LO CONDUCENTE EN ATENCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS.**

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

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

No. Registro: 177.259, Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Septiembre de 2005. Tesis: I.6o.C. J/49, Página: 128.

Amparo directo 3656/2003. 7 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Jorge Santiago Chong Gutiérrez.

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

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

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

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

- **“MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).** De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del código sustantivo civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226 del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues en el caso opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores”.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

No. Registro: 183.500, Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Agosto de 2003. Tesis: VII.2o.C. J/15 Página: 1582

Amparo directo 1020/2002. 26 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Omar Liévanos Ruiz.

Amparo directo 1088/2002. 24 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Pedro Alcántara Valdés. Secretaria: María Concepción Morán Herrera.

Amparo directo 992/2002. 31 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 1502/2002. 27 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 422/2003. 22 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Omar Liévanos Ruiz.

- **“GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para

que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes”.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

No. Registro: 185.753, Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Octubre de 2002, Tesis: II.3o.C. J/4.

Página: 1206

Amparo directo 170/2000. Adrián Escorcía Martínez y otra. 1o. de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuatla.

Amparo directo 935/2000. Rosa María Reyes Galicia y otro. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 980/2000. Geni Vega Espriella. 26 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 701/2001. Ignacio Alfaro Hernández. 29 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

Amparo directo 367/2002. Carlos Octavio Juárez González. 9 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando García Quiroz, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Jorge Luis Mejía Perea.

“MENORES DE EDAD. EL DERECHO DE VISITA Y CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES ES DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL Y, EN CASO DE OPOSICIÓN, EL JUZGADOR RESOLVERÁ LO CONDUCENTE EN ATENCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS.

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

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

No. Registro: 177.259, Jurisprudencia, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Septiembre de 2005. Tesis: I.6o.C. J/49. Página: 1289.

Amparo directo 3656/2003. 7 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Jorge Santiago Chong Gutiérrez.

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

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

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

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

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

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

No. Registro: 177.231, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Septiembre de 2005, Tesis: I.11o.C.135 C. Página: 1516

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

- **“RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA CON LOS PADRES. EL JUEZ DEBE RESOLVER ESE TEMA AUNQUE LAS PARTES NO LO HAYAN PLANTEADO, ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.** Tratándose de controversias del orden familiar, el principio fundamental que debe tener en cuenta el juzgador es el interés superior del niño, de manera que si en un juicio de divorcio quedó acreditado que los padres viven separados, es decir, no viven en el mismo domicilio conyugal, aunque las partes no controviertan lo relativo al régimen de visita y convivencia, es menester que el juzgador resuelva lo correspondiente a esa cuestión, y no constreñirse a señalar que el tema no formó parte de las prestaciones demandadas en el juicio natural, pues no obstante que conforme al artículo 211 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (anterior a la reforma del mes de julio de dos mil dos), la sentencia debe ocuparse exclusivamente de las acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio, sin embargo, no debe soslayarse lo dispuesto por los artículos 9, 10 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevén el derecho que tiene el niño a la convivencia y contacto directo con ambos padres y que éstos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. En razón de la responsabilidad de los padres en el cumplimiento de sus deberes para con sus hijos, que comprende no sólo la formación corporal, sino espiritual, emocional y social que propicie el acrecentamiento de la capacidad del menor, de ahí que la sociedad está interesada en que los menores puedan convivir con ambos padres cuando ello sea benéfico para éstos. Lo anterior es así, porque esas disposiciones deben ser interpretadas acorde con la obligación que contrajo el Estado mexicano como parte integrante de la convención aludida en el sentido de que los tribunales judiciales al resolver controversias que puedan afectar los derechos de los niños, están obligados a resolver sobre el régimen de visita y convivencia con sus padres, para tutelar ese interés superior, pues la convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes”.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Tesis aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Abril de 2005, Tesis: II.3o.C.62 C. Página: 1469

Amparo directo 790/2002. 21 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Virginia Gutiérrez Cisneros.

Amparo directo 695/2002. 18 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Benilda Cordero Román.

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

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

No. Registro: 178.470, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005. Tesis: I.4o.C.80 C. Página: 1454. Amparo en revisión

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

- **“RÉGIMEN DE VISITA Y CONVIVENCIA CON LOS PADRES. EL JUEZ DEBE RESOLVER ESE TEMA AUNQUE LAS PARTES NO LO HAYAN PLANTEADO, ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.** Tratándose de controversias del orden familiar, el principio fundamental que debe tener en cuenta el juzgador es el interés superior del niño, de manera que si en un juicio de divorcio quedó acreditado que los padres viven separados, es decir, no viven en el mismo domicilio conyugal, aunque las partes no controviertan lo relativo al régimen de visita y convivencia, es menester que el juzgador resuelva lo correspondiente a esa cuestión, y no constreñirse a señalar que el tema no formó parte de las prestaciones demandadas en el juicio natural, pues no obstante que conforme al artículo 211 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (anterior a la reforma del mes de julio de dos mil dos), la sentencia debe ocuparse exclusivamente de las acciones y excepciones que hayan sido materia del juicio, sin embargo, no debe soslayarse lo dispuesto por los artículos 9, 10 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevén el derecho que tiene el niño a la convivencia y contacto directo con ambos padres y que éstos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. En razón de la responsabilidad de los padres en el cumplimiento de sus deberes para con sus hijos, que comprende no sólo la formación corporal, sino espiritual, emocional y social que propicie el acrecentamiento de la capacidad del menor, de ahí que la sociedad está interesada en que los menores puedan convivir con ambos padres cuando ello sea benéfico para éstos. Lo anterior es así, porque esas disposiciones deben ser interpretadas acorde con la obligación que contrajo el Estado mexicano como parte integrante de la convención aludida en el sentido de que los tribunales judiciales al resolver controversias que puedan afectar los derechos de los niños, están obligados a resolver sobre el régimen de visita y convivencia con sus padres, para tutelar ese interés superior, pues la convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes”.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

No. Registro: 178.644, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Abril de 2005. Tesis: II.3o.C.62 C. Página: 1469.
Amparo directo 790/2002. 21 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Virginia Gutiérrez Cisneros.
Amparo directo 695/2002. 18 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Benilda Cordero Román.

De las jurisprudencias y tesis anteriormente transcritas, es menester precisar las siguientes observaciones:

- ★ Se menciona el origen de la obligación del Estado por tutelar que los Tribunales respeten y den prioridad al "Interés superior del niño" sobre cualquier otro interés.
- ★ Dicho origen, como se ha mencionado anteriormente, data de la Convención sobre los Derechos del Niño; en concordancia el Artículo

4º de nuestra Carta Magna establece el desarrollo integral, el respecto a la dignidad y derechos de la niñez.

- ★ Se coincide en que el "interés superior del niño" es un principio rector en las cuestiones relativas a los menores.
- ★ Dentro de la jurisprudencia, se aclara que debe entenderse por "interés superior del niño", al "conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible".
- ★ Se pueden considerar como condiciones materiales y afectivas que proporcionan bienestar al niño, la procuración de que este crezca bajo el amparo y responsabilidad de los padres, bajo un ambiente de afecto, seguridad moral y material, que gocen de educación y alimentación.
- ★ Respecto a los casos en concreto que puede presentarse en donde deba decidirse en base al "interés superior del niño" , destacan:
 - a) En el caso de pérdida de la patria potestad por incumplimiento de proporcionar alimentos, dado que es de carácter provisional, resulta legal que se determine un régimen de convivencias entre el menor y el progenitor con quien no vive, siempre y cuando dicho menor tenga interés en esta convivencia y se demuestre además que la misma no le perjudica.
 - b) En relación al derecho de visita y convivencia debe velarse por que esta no se impida sin justa causa y en caso de oposición de uno de los padres, la autoridad jurisdiccional debe determinar lo que más convenga al interés del menor.
 - c) En los casos en que tenga que decidirse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores, se pugna por que el juzgador deba escuchar la opinión del niño.
 - d) Bajo estos supuestos se ordena tener como presupuesto esencial el "interés superior del niño" y darle intervención al Ministerio

Público, para que en su carácter de representante de la sociedad vele por sus derechos.

- e) Tratándose de controversias del orden familiar, debe considerarse como principio fundamental para el Juzgador, el "interés superior del niño".

★ Retomando el tema del derecho de visita y convivencia, se considera que dicha cuestión debe resolverse por el Juzgador aunque no haya sido planteada por las partes. En relación a este tema, se plantean varias cuestiones de trascendental importancia, como son:

- 1) En razón de la responsabilidad de los padres en el cumplimiento de sus deberes para con sus hijos, que comprende no solo la formación corporal, sino espiritual, emocional y social que propicie el acrecentamiento de la capacidad del menor, de ahí que la sociedad este interesada en que los menores puedan convivir con ambos padres cuando ella sea benéfico.
- 2) El Estado mexicano tiene la obligación de velar que los tribunales judiciales resuelvan dentro de las controversias que afecten los derechos de los niños, lo concerniente al régimen de visita y convivencia con sus padres a fin de que se tutele ese interés superior.
- 3) La convivencia es una relación básica para el desenvolvimiento del ser humano, que tiende a facilitar la participación activa del niño en la comunidad, tutelando un sano desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes.
- 4) La naturaleza del derecho de visitas, es un derecho-deber establecido fundamentalmente en beneficio de los hijos, y para éstos es un derecho de la personalidad.

- 5) La facultad de convivencia y el derecho del hijo a convivir con sus padres deriva simplemente de su condición de hijo; por ende, no puede estar supeditado a que su padre ejerza la patria potestad, salvo que ello sea contrario al interés del niño.

No obsta a lo anterior, el hecho de que todavía no se ha logrado una aplicación óptima, sin embargo es de admirarse que en la mayoría de los casos, estos criterios se convierten en argumentos para desvirtuar alguna consideración errónea de los Jueces de primera instancia y su importancia radica en la aplicación que se le da a los casos en concreto que se dilucidan en los Juzgados.

CAPITULO 4. DERECHO DE CONVIVENCIA DE LOS ABUELOS RESPECTO DE SUS MENORES NIETOS.

4.1. Concepto de abuelo.

Precisar el concepto de abuelo, es un poco difícil pues sería como tratar de definir la percepción de madre o padre; ya que para cada persona, estos conceptos tienen diversos significados y sobre todo, llevan inmersos una serie de sentimientos personales que solamente conocemos cada uno. No obstante, me parece importante tratar de definir lo que entendemos generalmente por la palabra “abuelo”, ya que el tema en estudio pretende delimitar la importancia de esta figura en la vida de cada ser humano.

Pues bien, el término abuelo se usa para referirse a los “progenitores del padre o la madre de una persona, siendo respectivamente llamados abuelo y abuela.”

En otro sentido, los abuelos son las personas de confianza que cuidan a los niños con verdadero cariño.¹

Jorge Alades Uriarte nos dice que la palabra abuelo proviene del latín auus, que significa abuelo, integra el parentesco por consanguinidad en la línea recta ascendente en el cómputo de su vinculación con su nieta/o, ubicándose en el segundo grado a continuación de los padres.²

Por su parte, el *Diccionario Enciclopédico Santillana*, define la palabra abuelo/a como al padre o madre de los padres de una persona.³

Jurídicamente, los abuelos son los ascendientes en primer grado respecto de una persona. Tocante a este término, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado al respecto emitiendo la siguiente Tesis aislada:

“ASCENDIENTES. Por ascendencia debe entenderse, la serie de padres, abuelos, y demás progenitores, de quienes desciende una persona.”⁴

¹ *Diccionario de la lengua española*. Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid 2005. s.n.p.

² LAGOMARSINO Carlos y otros, *“Enciclopedia de Derecho de Familia”*, Editorial Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires Argentina 1991.

³ SANCHEZ CERESO, Sergio y otros. *“Diccionario Enciclopédico Santillana”*, España 1992. p.

⁴ Amparo penal directo 7665/45. Ramírez Ortiz Blas. 26 de septiembre de 1946. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Ortiz Tirado. La publicación no menciona el nombre del ponente. No. Registro: 304.143, Tesis aislada, Materia(s): Común, Quinta Época Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación LXXXIX Tesis: Página: 3125

Ahora bien, la imagen tradicional de la abuela o el abuelo había sido la de una persona mayor sentada en una mecedora, contando cuentos a los nietos y en el caso de las abuelas, cocinando galletas o tejiendo; sin embargo hoy en día es más fácil encontrar abuelos mucho más jóvenes, todavía empleados, en muchos casos con hijos viviendo aun en casa o incluso ellos cuidando a su vez de sus propios padres ya muy mayores, por lo que se puede observar claramente que la imagen de los abuelos ha ido cambiando con el transcurso del tiempo.

Otro punto que vale la pena destacar, son algunas circunstancias que pueden acontecer en la figura del abuelo, subrayándose al respecto, las siguientes:

- * **Edad.** La edad del abuelo influye en la relación que tenga con el nieto; es un buen factor de cuál será su estilo para ejercer su papel, ya que los abuelos más jóvenes tendrán más energía para jugar y convivir con sus nietos de forma más activa. Mientras que los abuelos mayores conviven con sus nietos de otras formas, aportándoles en cada charla experiencia y consejos.
- * **Sexo.** Muchas investigaciones muestran diferencias significativas en las relaciones que mantienen los nietos con sus abuelos, según el sexo del último. Según estudios, las abuelas suelen tener una relación más íntima y cálida y actúan más como madres sustitutas que los abuelos. Muchos estudios sugieren que el ser abuelo es especialmente fundamental para las mujeres, por lo que suelen ser más activas y más involucradas emocionalmente con los nietos. Se relacionan con ellos desde el nacimiento, mientras que los abuelos empiezan a relacionarse más con ellos cuando son un poco más mayores. Suele ser habitual que los niños elijan como su abuelo favorito a una de sus dos abuelas.
- * **Familia de origen.** Esto se refiere a si el abuelo es paterno o materno. Varios estudios han considerado que los abuelos maternos desempeñan un rol mucho más significativo en la vida de sus nietos que los paternos, suelen ser más cercanos para los nietos y tienden a participar más en épocas de crisis, siendo la relación más fuerte y con mayor contacto la que se da con la abuela materna. Muchos nietos tienden a sentirse más unidos con sus abuelas maternas y menos con sus abuelos paternos. Esto puede relacionarse con la

edad, ya que es más probable que los abuelos maternos sean más jóvenes que los paternos.

- * **Estado de salud.** Los nietos se sienten más cercanos a los abuelos que no tienen serias dificultades de salud. Una mala salud puede interferir negativamente por la disminución de los contactos e intercambios.
- * **Distancia geográfica.** La distancia geográfica entre abuelos y nietos es muy importante ya que puede influir tanto positiva como negativamente en la relación. Si viven muy lejos, la frecuencia de contacto será muy reducida, lo que hará que su relación sea más superficial. Los abuelos elegidos por sus nietos como favoritos suelen vivir en el mismo pueblo o ciudad, también, lógicamente, realizan más actividades con ellos.
- * **Otros factores personales.** Aquí entra la personalidad de abuelo, según la cual, se entenderá mejor o peor con su nieto, ya que hay personalidades que conectan más que otras.⁵

Podemos concluir que estos factores influyen en la relación abuelo-nieto y pueden intervenir positiva o negativamente; sin embargo es un hecho que los nietos siempre buscarán estar en contacto con sus abuelos como se demostrará mas adelante.

Se dice que los ancianos son testigos de la vida. Por lo tanto, significa el haber vivido más tiempo, pero también, haber logrado acumular experiencias que debieron naturalmente haber aumentado el caudal de conocimientos que son principios de sabiduría, prudencia y virtudes.

En la parte final de lo que toca a este tema, me parece importante recordar que a nivel local, existe la Ley de los derechos de las personas adultas mayores en el Distrito Federal, la cual fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 7 de marzo del 2000, que establece una serie de imperativos que regulan los derechos de las personas de sesenta años de edad en adelante, sin distinción alguna, para propiciarles una mejor calidad de vida y su plena integración al desarrollo social, económico, político y cultural.

⁵ MARTÍ CHOLBI, Gloria. "Abuelos y nietos". http://www.psicologoescolar.com/MONOGRAFIAS/denia_gloria_marti_abuelos_y_nietos.htm. 4 de mayo de 2008.

No obstante que hemos mencionado que en la actualidad encontramos “abuelos jóvenes”, resulta significativo mencionar los aspectos principales de esta ley, como es la protección a las “personas adultas mayores”, las cuales son consideradas así a personas que cuentan con 60 años o más de edad, sin distinción alguna.

Entre los derechos que se enuncian en esta Ley, se reconoce, entre otros, a las personas adultas mayores los siguientes:

- “...A la integridad y dignidad,
A la certeza jurídica y familia, ámbito en el que se mencionan:
I. Vivir en el seno de una familia, o a mantener relaciones personales y contacto directo con ella aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario a sus intereses;
II. Expresar su opinión libremente, conocer sus derechos y a participar en el ámbito familiar y comunitario, así como en todo procedimiento administrativo o judicial, que afecte sus esferas personal, familiar y social...”

De igual forma se establecen obligaciones para la familia respecto de las personas adultas mayores, en cumplimiento con su función social, por tanto de manera constante y permanente deberá hacerse cargo de cada una de las personas adultas mayores que formen parte de ella, conociendo sus necesidades, proporcionándoles los elementos necesarios para su atención integral.

Dentro de las obligaciones más importantes para la familia, destacan:

- I. Otorgar alimentos de conformidad con lo establecido en el Código Civil;
II. Fomentar la convivencia familiar cotidiana, donde la persona adulta mayor participe activamente, y promover al mismo tiempo los valores que incidan en sus necesidades afectivas, de protección y de apoyo...”

Pienso que la importancia de esta ley radica en el esfuerzo por proteger y reconocer a este sector vulnerable de la sociedad a efecto de que se establezca el mínimo de derechos y obligaciones que se tienen con ellos por nuestra parte como integrantes de una familia, ya que actualmente es común ver a tantas personas mayores desprotegidas y hasta explotadas, olvidando que ellos son una indiscutible fuente de sabiduría y experiencia, que transmite experiencias a las siguientes generaciones.

Suele suceder, la mayoría de las veces que cuando una persona deja de aportar algo, principalmente económicamente, provoca que esta sea relegada al olvido y se convierta en opinión de varios en un estorbo; olvidando completamente todo lo que significa la dicha de contar con la presencia de los abuelos en la familia.

Es por ello que resulta totalmente necesario reflexionar en cada familia la importancia que tienen los abuelos en nuestra vida.

4.2. La importancia de los abuelos en la familia.

A efecto de tratar lo concerniente a este punto, debemos recordar en primer lugar que la familia es un núcleo donde se produce una vinculación emocional que mantiene la relación entre padres, hijos y nietos. Es también el centro de desarrollo del ser humano y su estabilidad en el hogar influye en la estabilidad de las personas, principalmente en los niños por ser uno de los sectores más vulnerables y susceptibles a percibir el entorno que los rodea.

De lo anterior deriva la preocupación de procurar la protección de la familia mediante la promulgación de normas jurídicas (leyes).

Se dice que no hay nada tan importante para un niño como su familia. “En sus primeros y tan impresionables años, su mundo se halla realmente englobado dentro de la familia. A medida que crece y sus horizontes se amplían, la familia sigue teniendo una influencia continua y constante. A medida que se va aventurando más dentro del mundo, puede constituir su refugio en estos momentos inevitables de turbación y duda.”

“La unidad familiar básica se encuentra en cualquier sociedad humana, en el pasado y en el presente. Ha sido, y para mucha gente aun continua siéndolo, la institución clave de la sociedad, garantizando su supervivencia”.⁶

Personalmente considero acertado el razonamiento anterior toda vez que durante la historia de la humanidad, la familia ha jugado un papel básico en la supervivencia. Como seres humanos estamos predispuestos a estar conectados con nuestra familia, estos lazos nos brindan soporte y nos dan sentido de identidad.

Las familias que construyen fuertes lazos, están comprometidas con el bienestar de cada uno de sus miembros. Estas crean y conservan tradiciones y celebraciones especiales que nos permiten conectarnos con nuestras raíces.

⁶ Enciclopedia Salvat de la Familia. La célula básica de la convivencia: La familia. Capítulo 7. Editores Salvat, España, 1981. p. 186

La unidad familiar nos permite mantener nuestra identidad y nos proporciona un sentido de pertenencia, balanceando las prioridades de la familia y al mismo tiempo dan soporte a las necesidades individuales.⁷

Específicamente, por lo que concierne a la persona del niño, este se va ubicando en su familia, se va haciendo una idea de quien es para los demás en su familia. En otras palabras, se va haciendo una idea de que lo que significa para los otros y en base a todo esto construye su identidad.

Hoy en día existen diferentes modalidades de familias, ya que su estructura no suele ser tan tradicional como antiguamente lo era, puesto que actualmente una familia puede estar conformada de diferentes maneras, como bien puede ser por ejemplo: madre e hijos, padre e hijos, madre, abuelos e hijos, etc. Es precisamente en estos casos donde la presencia del abuelo o abuela adquiere mayor relevancia, toda vez que contribuyen al cuidado y educación de los niños.

Por lo que además de ser el típico abuelo que se limita a visitar, convivir o consentir a sus nietos, su presencia se vuelve indispensable en la vida de estos y de sus padres.

No obstante, debe limitarse su intervención, en diversas situaciones ya que se dice que en las familias funcionales los abuelos brindan su ayuda y colaboración cuando los hijos les necesitan y en el otro extremo estarían aquellas familias en las que los abuelos quieren ayudar tanto que acaban interfiriendo en la educación de los hijos, llegando incluso a criticar o a coartar la libertad de actuación de los padres. Así por ejemplo, hay algunas abuelas y abuelos, que se entrometen en la vida familiar de sus hijos, desautorizando o boicoteando la autoridad paterna. Sin embargo, esto sucede porque de alguna manera los padres lo permiten inconscientemente, ya que en algún momento determinado les resultó necesario o cómodo apoyarse en ellos, pero lo cierto es que si no se marca una distancia pueden llegar a generarse conflictos. De esta manera se observa muchas veces que se crean dos líneas de autoridad: una que marcan los padres y la de los abuelos. En estos casos los niños

⁷ Revista virtual "Padres Hispanos". Artículo "La importancia de la familia extensa" <http://www.padreshispanos.com/2008/01/la-importancia.html>. 15 abril de 2008.

no saben a qué atenerse ni a quien han de obedecer, creándose un clima de confusión.⁸

Ante esto es importante saber que, a pesar de que la influencia de los abuelos hacia los nietos es de total beneficio, la finalidad de dicha convivencia no es la de suplir a los padres y su propio hogar.

En las apuntadas condiciones, resulta evidente que la vida en familia afecta nuestras emociones más profundas, por lo que no es de extrañarse, entonces, que surjan conflictos en la persona de los hijos, cuando el vínculo matrimonial se disuelve, ya que se enfrentan a una situación de incertidumbre respecto a su persona por que no saben que pasará con el lugar donde viven, con quien se quedarán, etc.

Situación que no aminora con el comportamiento de los padres, quienes suelen olvidarse del sentimiento de sus hijos y dedicarse a hablar mal uno del otro, insultar, gritar; todo esto ante la presencia de los niños, quienes ante tal comportamiento llegan a pensar, incluso que tal situación es su culpa.

Es ante estas circunstancias, que los abuelos juegan un papel muy importante en la familia ya que en esta situación tratan de brindar su apoyo principalmente a los hijos (sus nietos), ocupándose de atender las necesidades que los padres olvidan respecto de sus propios hijos.

De igual forma constituyen un escape ante ese ambiente de inseguridad que se les presenta a los niños, constituyen una base de apoyo y consuelo para estos.

De esta manera el papel del abuelo en la familia se afianza ya que como lo vimos, generalmente los abuelos se encargan de contribuir a la formación del niño, contándole historias, dándoles consejos, escuchándolos, etc.; cuestiones que realizan con mucho cariño y como formas de darles amor.

Independientemente de lo anterior, podemos concluir que en la cultura mexicana, el factor afectivo tiene un papel sumamente importante en la interacción entre los miembros de la familia, por otra parte, los abuelos a menudo conviven frecuentemente con sus nietos, por razones del sistema familiar que es de tipo extenso la cual es común en nuestra sociedad.

⁸ Artículo titulado ¿Cuál es la importancia de los abuelos en el desarrollo de los niños?, http://www.wikilearning.com/articulo/importancia_de_los_abuelos_en_el_desarrollo_de_los_ninos/edit/10606-1, 16 de marzo de 2009.

Conjuntando estos dos aspectos, tiene carácter de único el producto de la interacción entre la comunicación, entre el abuelo y su nieto. En la familia los abuelos desempeñan un papel muy importante como centro de cultura, transmisores de valores y tradiciones familiares.

El mundo de los abuelos brinda también una referencia de socialización, aportando normas, valores, formas de ver la vida de manera diferente a los padres, enriqueciendo así el desarrollo del niño.

4.3. La influencia de los abuelos en el desarrollo de los niños.

Después de haber establecido la importancia de los abuelos en la familia, en este punto se analizará la influencia de los abuelos en el desarrollo de los niños, es decir la participación y aportación de estos en cada etapa de la vida de los niños y su repercusión en la misma; ya que los abuelos juegan un papel preponderante e irremplazable en la vida de un niño. Lo anterior, independientemente de que en muchas ocasiones los abuelos fungen como sustitutos de padres ausentes o muy ocupados, los abuelos generalmente son una fuente constante de una “medida extra de cariño”.

Los niños necesitan las relaciones con sus abuelos y se enriquecen con ellas. Un primer punto para analizar, es el papel beneficioso que los abuelos desempeñan en la vida de sus nietos, se debe admitir que la experiencia de los mayores es una fuente de conocimiento y de sabiduría, aun cuando no sea la única.

Los abuelos han vivido mas tiempo que los padres y aunque estos no lo reconozcan abiertamente, han visto algunos de los errores que ellos han cometido, lo que les capacita para una mayor comprensión de ciertas facetas de su infancia. Muchas veces son con sus nietos más ecuanimes, pacientes y cariñosos de lo que han sido con sus propios hijos.

Para los nietos, la casa de los abuelos es la segunda casa-hogar, en la que encuentran otra fuente de seguridad, estabilidad y comprensión.

En muchas ocasiones los niños tienen miedo a perder el cariño de los padres y también a que estos se enfermen, les pase algo y no los puedan cuidar. En la psicología se habla de “miedo al abandono” y este miedo es uno de los conflictos más importantes del yo infantil. Los abuelos, con sus cuidados y su presencia,

vienen a mitigar este conflicto. En muchos momentos de apuro los niños corren hacia los abuelos.

El tiempo que muchos abuelos brindan a sus nietos, es aprovechado con alegría por los niños, por que es una fuente más para satisfacer sus deseos de ser el centro de atención de la familia y de recibir el cariño de quienes les rodean.

Ellos sirven sin saberlo, para agrandar el horizonte del nieto enseñándole que existen otras personas además de los padres que también pueden hacerles agradables la vida y que también tienen conocimiento de las cosas importantes, que solo tenían su papá y su mamá. Las historias que los abuelos cuentan sobre la vida de sus hijos, o sea, los padres cuando ellos también eran niños, hacen que el niño tenga sentido de continuidad de la familia, aceptar que ellos también son humanos y así poder identificarse con ellos.⁹

Por otro lado, los abuelos suelen tener más tiempo libre que los padres y pueden dedicar muchos ratos a estar con los niños simplemente jugando.

Es cierto que los abuelos no deben ocuparse de corregir o educar a sus nietos, esa es la tarea de los padres y sólo a ellos corresponde desempeñarla. El rol de abuelo puede tener diversas facetas y darse en diversas circunstancias, por lo que el papel del abuelo es una actividad muy individualizada.

En las familias en las que los dos padres trabajan normalmente son los abuelos los que se ocupan de los niños. El papel de los abuelos es distinto al de los padres y la relación de apego que se forma con ellos es también distinta.

Dentro de las funciones más importantes que los abuelos pueden asumir, se encuentran los siguientes:

Cuidador: Es una de las influencias más directas de los abuelos sobre sus nietos. Dicho rol se desempeña más comúnmente en el caso de madres o padres solteros, en momentos de crisis o cuando ambos padres trabajan fuera de casa.

Compañero de juegos: Es una de las principales actividades de los abuelos, ya que es una forma de convivir con ellos y de entablar esa relación de cariño mutuo. Se trata de un estilo relajado y no autoritario, formado principalmente por abuelos jóvenes que tienen suficiente energía.

⁹ Artículo denominado "Encuentro de las familias. Los padres". <http://www.encuentrodelasfamilias.es/abuelos.html>. 16 febrero 2009.

Historiador: Esta función es muy positiva tanto para el abuelo como para el nieto. Los nietos ven a sus abuelos como historiadores que les hablan de su herencia étnica, de la historia familiar, tradiciones, de lo que hacían cuando eran ellos pequeños, de cómo eran sus padres de pequeños, etc. y los niños disfrutan oyendo las historias sobre todo esto; les ayuda a llenar el vacío entre el pasado y el presente dando un sentido a la historia de su familia. Esta situación también tiene un efecto positivo en la relación padre–hijo cuando los abuelos cuentan a los nietos cosas de sus padres cuando eran niños y jóvenes, lo que hace que conozcan más del pasado de sus padres facilitando un entendimiento entre ellos.

Transmisor de valores morales: Otra función muy común de los abuelos es la de aconsejar, guiar, asesorar y transmitir valores morales.

Amortiguación entre padres e hijos: Es una función estabilizadora de la familia que hasta en épocas de tranquilidad actúan como mediadores de la familia ayudando a los chicos adolescentes y a sus padres a resolver sus diferencias; es como un árbitro de las disputas familiares.

Ayuda en los momentos de crisis: Los abuelos suelen ayudar en momentos de crisis como divorcio, separación, enfermedades, problemas económicos, etc.

Amor incondicional: Los abuelos ofrecen amor incondicional a sus nietos sin tener las obligaciones que tienen los padres de educarlos de forma adecuada. Es un hecho que los abuelos pueden ayudar a los nietos a sentirse queridos y seguros. El rol moderno de los abuelos está más relacionado con el afecto y la calidez que con la autoridad y el poder. Aunque el abuelo no tenga un contacto diario con los nietos y no desempeñe un papel igual al de los padres se crea un vínculo emocional entre ambos muy importante y que dura años, incluso toda la vida.

Confidentes y compañeros: Los nietos muchas veces consideran a los abuelos como las personas que más les comprenden, les entienden, saben lo que les pasa, etc. Muchas veces se sienten más cerca de los abuelos que de los padres para contarles sus cosas, sus problemas, sus dudas, sus alegrías.¹⁰

¹⁰ MARTI CHOLBI, Gloria. Op. Cit. s.n.p.

Finalmente podemos concluir que la mayoría de los padres valoran a los abuelos como una imprescindible fuente de amor y educación para los niños, y como una gran ayuda para si mismos, gracias a la experiencia que pueden aportarles con respecto a la crianza de los pequeños.

4.3.1. Los abuelos como transmisores de valores del mundo.

Otra contribución muy común de los abuelos es la de aconsejar, guiar, asesorar y transmitir valores morales a la persona del niño. La edad avanzada es poseedora de virtudes necesarias para que la civilización evolucione conforme a una realidad viva y ejemplar.

Personalmente, considero importante recordar brevemente el concepto de valor, así como su importancia en la vida de un ser humano y en consecuencia su función o repercusión en la sociedad.

“Se entiende por valor moral todo aquello que lleve al hombre a defender y crecer en su dignidad de persona. El valor moral conduce al bien moral. Recordemos que bien es aquello que mejora, perfecciona, completa.”¹¹

Podemos concebir entonces, al valor moral como una cualidad que poseen los seres humanos. Es el camino que lleva a la persona a la creación constante y personal de su carácter y forma de actuar en la sociedad.

Los valores morales surgen primordialmente en el individuo por influencia en el seno de la familia, y son valores como el respeto, tolerancia, honestidad, lealtad, trabajo, responsabilidad, etc.

En un estudio acerca de los valores, se concluye que para que se de esa transmisión de valores morales es de vital importancia la calidad de las relaciones con las personas significativas en su vida, sus padres, abuelos, hermanos, parientes y posteriormente amigos y maestros. Es además indispensable el modelo y ejemplo que estas personas significativas muestren al niño, para que se dé una coherencia entre lo que se dice y lo que se hace.

De esta forma, al ser los abuelos unas de las personas mas significativas en la vida de una persona, constituye una fuente primordial de conocimientos y en este caso de valores ya que a través de su experiencia ellos pueden transmitirnos

¹¹ Artículo denominado “Valores Humanos”. <http://atlas.eafit.edu.co:8001/servlet/>. 18 de febrero de 2009.

valiosos consejos y promover una serie de enseñanzas que adoptaremos mas tarde por si mismos, valores que tomaremos como propios para poder llegar a ser un buen ser humano.

Además es de suma importancia la comunicación de la familia. Cuando el niño ha alcanzado la edad escolar se hará participe de esta comunicación abierta, en la toma de decisiones y en aportaciones sobre asuntos familiares.

Posteriormente estos valores morales adquiridos en el seno de la familia ayudarán a que la persona se pueda insertar eficaz y fecundamente en la vida social. De este modo la familia contribuye a crear personas valiosas para el bien de la sociedad.

Se dice que una persona valiosa, “es una persona que posee valores interiores y que vive de acuerdo a ellos”. Un hombre vale entonces, lo que valen sus valores y la manera en como los vive. En el ámbito social, la persona valiosa buscará ir más allá de "su libertad", "su comodidad o bienestar" y se traducirán estos valores en solidaridad, honestidad, libertad de otros, paz, etc.¹²

Por cuanto hace a la tradición se dice que es el hecho de transmitir de generación a generación un cúmulo de costumbres y conocimientos de carácter histórico y de gran valor.

Se puede afirmar que los abuelos tienen a su cargo la transmisión de valores y tradiciones, a las familias fundadas por sus hijos. Dicha transmisión es el intercambio de generaciones y de culturas diferentes, y este punto de inserción se dará a través de la comunicación y convivencia familiar.

La sociedad debe aprovechar y, sobre todo apreciar, la relación de los abuelos con los nietos ya que esta ofrece a ambos posibilidades de enriquecimiento humano, profundas enseñanzas y, sobre todo, formación en valores; su función es ayudar a desarrollar a esos niños como personas, reforzarlos en el plano espiritual. El tipo de valores que se inculca en un ser humano por parte de sus padres o abuelos también forman parte de ese marco de pertenencia.

¹² Ídem.

Los abuelos representan la tradición y los valores de una familia. Y su presencia puede resultar fundamental en la sociedad actual, ya que como hemos observado, la formación esencial del ser humano se da en el seno de la familia y su comportamiento en ella dependerá de los valores que cada persona adopte.

Se puede concluir, que tanto los hijos como los nietos pueden encontrar en los abuelos un oasis de experiencias, de riquezas morales y sobre todo un refugio lleno de amor que hace crecer a la familia entera.

4.3.2. Los abuelos como transmisores de conocimientos y experiencia.

Es menester recordar inicialmente que el conocimiento es considerado como “todo lo que una sociedad considera sabido o conocido, se adquiere mediante una pluralidad de procesos cognitivos: percepción, memoria, experiencia, razonamiento, enseñanza-aprendizaje, testimonio de terceros”.¹³

En ese orden de ideas, ubicamos a la experiencia como una forma de conocimiento o habilidad derivados de la observación, de la vivencia, o de un evento proveniente de las cosas que suceden en la vida.

Bajo este contexto resulta evidente considerar a los abuelos como figura de transmisión de experiencia y conocimientos, ya que a lo largo de su vida han vivido diversas situaciones y se han enfrentado a diferentes adversidades que les han proporcionado experiencias y conocimientos valiosos que a su vez pueden transmitir a las nuevas generaciones, dentro de las cuales destacan los nietos.

“La experiencia y cultura que han ido acumulando a lo largo de la vida constituyen un verdadero tesoro para que los niños lo reciban”.¹⁴

“Los abuelos no solo legan a sus nietos los apellidos, sino también actitudes, hábitos, gestos y a veces, hasta el gusto por una determinada profesión. Los abuelos, poseen una visión y experiencia de vida muy valiosa, que puede ayudar mucho a todos los miembros de la familia”.

“El contacto del niño con el abuelo le dejará honda huella para toda su vida: los cuentos, sus historias de la vida real, sus consejos, la ternura, los regaños suaves y amables llenas de afecto, las correcciones...todo lo que un anciano bueno

¹³ Artículo titulado “Conocimiento”, Wikipedia. La enciclopedia libre. <http://es.wikipedia.org/wiki/Conocimiento>. 20 de febrero de 2009.

¹⁴ SERRANO, Rocío. “Abuelos, raíz del hogar”, Fuente: Eufam. http://www.familia.cl/tercera_edad/raiz/raiz_hogar.htm 26 de febrero de 2009.

y consciente pueda enseñar, se quedará grabado para siempre en la mente del niño, del joven y del adulto que sepa escuchar".¹⁵

Ahora bien, no se debe confundir lo expuesto anteriormente para llegar a justificar la intromisión excesiva de la opinión o manera de pensar del abuelo en la educación de los niños, ya que no hay que olvidar que delante de ellos existe una "figura principal" que son los padres. Los abuelos no deben ocuparse de corregir o educar a sus nietos, esa es la tarea de los padres y solo a ellos corresponde desempeñarla.

Los abuelos pueden tener diferentes ideas sobre la crianza de los niños. Suelen tener ideas claras sobre cómo se debe educar, que se basan en la forma en que han sido educados y en la forma en que educaron a sus hijos. Su filosofía podría ser adecuada, pero el problema aparece cuando sus ideas no coinciden con las de los padres de los niños. Las decisiones principales en torno a la persona de los niños, deben tomarlas los padres, situación por la cual, los abuelos tienen que tener mucho cuidado de no minar la autoridad y formas de disciplina de los padres y no deben intervenir cuando los padres están disciplinando a sus hijos, ya que esto crea rebeldía y resentimiento. De otra forma, los nietos pueden sentirse confundidos cuando no saben si tienen que seguir las normas de sus padres o de sus abuelos, por esto los abuelos no deben contradecir a los padres.

4.3.3. Los abuelos como figura de apoyo para los niños.

El apoyo que un abuelo puede brindar a sus nietos resulta de un valor incalculable para ellos ya que los abuelos suelen ser un gran respaldo para sus nietos en cada etapa de su desarrollo y/o cuando se presentan situaciones de conflicto en la familia.

Conforme los niños crecen, los abuelos pueden ofrecerles consejos muy valiosos como alternativa al de los padres, ser oyentes comprensivos e incluso actuar como mediadores imparciales entre los hijos y los padres.

Personalmente puedo afirmar que la presencia de los abuelos en nuestra vida es por si misma un gran sustento en cada etapa de ella; ya que desde que somos pequeños tenemos el beneficio de contar con unos segundos padres, pues son

¹⁵ HURSMAN, Denis. "Enciclopedia de la Psicología. Psicología de la vida familiar", Editorial Plaza & Janes, S.A., Argentina 1979.p.61.

nuestros abuelos los que muchas veces se hacen cargo de nosotros mientras los padres trabajan.

Mientras somos niños, son ellos los que se encargan de irnos mostrando el mundo a la par de nuestros progenitores, pero con otra perspectiva, como por ejemplo el solo hecho de llevarnos de compras, de paseo, etc. puede constituir uno de los recuerdos mas preciados de nuestra vida. Desde pequeños naturalmente nos apodera un cariño entrañable y especial por ellos, por que los vemos como esas personas que nos aman y nos enseñan cosas diferentes de que las que nos muestran los padres.

Desde pequeños, nos inculcan los valores tan arraigados que poseen y nos brindan consejos que de inicio tal vez no comprendemos sin embargo es mas tarde cuando apreciamos estos.

Posteriormente conforme vamos creciendo, y cambiando nuestra forma de pensar también son de gran ayuda, ya que generalmente en la etapa de la adolescencia los jóvenes suelen sentir que nadie los comprende, especialmente sus padres y es ahí donde destaca nuevamente la presencia de los abuelos ya que los jóvenes buscan sentirse amados y protegidos sin que nadie los juzgue y son precisamente los abuelos quienes les proporcionan este apoyo al escucharlos y aconsejarlos. Anteriormente hablábamos de que la relación entre abuelos y nietos suele ser más relajada, por lo que en las circunstancias anteriormente referidas se puede comprobar dicha percepción. Por una u otra razón, así sucede: tenemos más confianza en contarle a nuestros abuelos que es lo que nos pasa que a nuestros propios padres, ya que el entorno de seguridad y comprensión que nos brindan ayuda a que les tengamos esta confianza.

Ahora bien, en los casos de disgregación familiar su apoyo es mas importante ya que por ejemplo, en los casos de divorcio, los padres en su sentimiento de enojo, frustración o tristeza se ensimisman tanto que dejan a los hijos en ultimo término, ya que incluso llega a ser prioritario el aspecto económico por encima de estos.

Toda esta situación es percibida completamente por los hijos, quienes independientemente de tener que enfrentar la situación de separación de sus padres, también se enfrentan a la incertidumbre de no saber el motivo de este suceso, llegando a creer incluso que podría haberse ocasionado por su culpa.

Ante estos acontecimientos, surge la presencia de los abuelos para cuidar de ellos, consolarlos, amarlos, aconsejarlos y sobre todo para tratar de explicarles que la situación que viven, no es por su culpa. Por lo que los niños encuentran una especie de refugio en la persona de estos seres.

Incontables veces puede recordar con infinita alegría la presencia y aportación de mis abuelos en lo largo de mi vida y como su cariño, apoyo y consejos me ayudaron en situaciones difíciles; es por ello que pensando en aquellas personas que no tuvieron o tienen esa oportunidad únicamente por la soberbia o egoísmo de sus padres de negarles esta oportunidad o simplemente por el desconocimiento de este derecho por parte de los abuelos considero importante destacar los beneficios que un niño puede obtener con la presencia de estos valiosos seres.

4.4. Características esenciales de las relaciones abuelos-nietos.

Ser abuelo es un rol que no se elige, es decir, no depende si se quiere o no ser abuelos, ni cuando serlo, sino que este se atribuye por la elección de los hijos, por lo general este rol es aceptado con gran alegría ya que los abuelos ven esta situación como una nueva etapa de alegría, sorpresas y aprendizaje.

Para muchas personas llegar a ser abuelo es una parte importante del ciclo de la vida y los nietos serán muy importantes para la mayoría de ellos. Muchos abuelos ven esta relación como una oportunidad para realizar cosas que no hacían antes y les ayuda a resolver conflictos psicosociales y potenciar el bienestar psicológico.

Las relaciones que mantienen los abuelos y los nietos en general son satisfactorias para ambos, y siempre buscan mantener un contacto frecuente. Las interacciones más comunes entre abuelos y nietos incluyen visitas de ambos (breves o largas), intercambios de regalos, intercambios de cartas y otro tipo de comunicación, e intercambios de experiencias; se dice que hay un intercambio en las dos direcciones. Los abuelos dan a sus nietos afecto, amor, cuidados, valores morales, experiencias de vida, soporte, comprensión, amistad, tiempo, compañía y reciben estimulación, entretenimiento, amor, inspiración, continuidad en el futuro, amistad, compañía.

Las funciones típicas de los abuelos se dividen en influencias directas e indirectas (a través de los padres).

a) Las influencias directas sobre los nietos se relacionan con su papel de cuidador, compañero de juegos, historiador, consejero, modelo, amortiguación entre padres e hijos, confidente.

b) Las influencias indirectas se refieren a apoyo económico y emocional que ofrecen a los padres, así como otras relaciones que tienen con ellos y que tienen influencia en los nietos.¹⁶

Bajo el contexto anterior, se ha podido apreciar que dentro de la relación entre abuelos y nietos existen características especiales que destacan respecto de las demás relaciones que un niño pueda tener con algún otro de sus familiares u otras personas. Podemos subrayar las siguientes:

- * Los niños tienen generalmente una relación más relajada y cómoda con sus abuelos, antes que con sus padres. Esto es así por que su tarea, más que de educadores, puede ser el de "amigos y cómplices", dispuestos a ser más tolerantes.
- * Los abuelos siempre brindan una gran confianza, por lo que los niños desarrollan amistades verdaderamente férreas con ellos.
- * Los abuelos proporcionan a los nietos valiosos consejos para enfrentar las situaciones de la vida.
- * Los abuelos son un gran apoyo en momentos de crisis; por ejemplo, en casos de divorcio, enfermedad o problemas económicos, ocasiones en las que se involucran a fondo, ofreciendo ayuda.
- * Los abuelos representan, también, un puente entre padres e hijos. A veces actúan como mediadores en la familia, sobre todo en épocas de conflictos generacionales, en las que ayudan, por ejemplo, a los hijos adolescentes a resolver las diferencias con sus padres.
- * Cuando son jóvenes, los abuelos son, sobre todo, compañeros de juego de sus nietos. Pero, a menudo, son también cuidadores o "padres subrogados" que asumen responsabilidades diarias en los cuidados de los pequeños.
- * Los abuelos son transmisores de conocimientos, valores morales y consejos, está demostrado que los abuelos influyen en las creencias de sus nietos.

¹⁶ "Abuelos y nietos" <http://www.monografias.com/trabajos907/abuelos-y-nietos/abuelos-y-nietos2.shtml>. 20 de marzo de 2009.

- * Los abuelos son, además, los historiadores o conservadores de la biografía familiar. Saber acerca de la historia familiar ayuda a los nietos, a fundamentar sus vidas, a desarrollar una identidad basada en sus antepasados. Conocer cosas del pasado de sus padres les permitirá entenderlos. Y eso es muy importante para los adolescentes, pues están tratando de establecer una identidad coherente y, para ello, el pasado familiar es importante.
- * Los abuelos son, por último, un modelo de envejecimiento y de relaciones familiares.
- * Los nietos proporcionan a sus abuelos un grado de confianza único; contándoles sus secretos o problemas voluntariamente, es decir, por que ellos así lo desean y no por que alguien los presione.
- * Los nietos son para los abuelos una fuente de satisfacción, porque, excepto en casos extraordinarios, éstos ya no tienen obligaciones de crianza, sino solo el placer de mimarlos.
- * De los nietos reciben diversión y amor. Nada relaja más a un abuelo que un nieto.
- * Los nietos tienen una gran confianza con sus abuelos.
- * Los nietos son para los abuelos un soporte emocional: dan amor, afecto y satisfacción.¹⁷

4.5. Reformas al Código Civil del Distrito Federal.

Actualmente existe en el Código Civil para el Distrito Federal el denominado Libro Primero que dentro del Título Sexto nos habla de varios conceptos estudiados anteriormente, los cuales constituyen el marco doctrinal y jurídico del Derecho de visitas y convivencias.

Hemos visto que, socialmente el derecho de visitas se funda en principios de derecho natural, en la necesidad de cultivar afecto, de estabilizar los vínculos familiares, entre otros fines; independientemente del fundamento jurídico que se ha analizado en el Capítulo 2.

Generalmente, este derecho constituye un derecho inalienable de los progenitores, cuando ha quedado fracturada la normal convivencia, no obstante que

¹⁷ GARCÍA ORGAZ, Mar. "Abuelos, un amor incondicional" <http://www.conmishijos.com/articulo-expertos>. 20 de marzo de 2009.

la titularidad del derecho de visitas y convivencias no se limita o mejor dicho, no debería limitarse únicamente a los padres; ya que existen otras personas importantes dentro de la familia como son los ABUELOS, que con su presencia en las etapas de vida del niño, enriquecen sus valores y contribuyen a su formación de manera benéfica.

Ahora bien, el pasado 2 de febrero del año 2007 fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Código Penal para el Distrito Federal.

La iniciativa de este proyecto se publicó en el Diario de los debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en fecha 16 de Noviembre de 2006, dentro de la Exposición de Motivos son de destacarse los siguientes razonamientos:

- a) Se considera que esta reforma responde a requerimientos mínimos de equidad y sobre todo a favor del interés superior de las y los menores.
- b) Hoy en día existen diversas crisis sociales de variada índole que impregnan todos los ámbitos de la vida humana, en especial de las familias, a través de situaciones conflictivas como el desempleo, o en su contrario, el exceso en las diferentes jornadas de trabajo, las cuales inciden con tal intensidad en la red familiar, que logran muchas veces generar consecuencias altamente nocivas en la salud mental de sus integrantes, con una convivencia familiar difícil en la que los padres, por múltiples variables actuales e históricas se ven enfrentados a diario.
- c) Cuando se produce la situación de divorcio y estos llegan a ser altamente conflictivos, se trata de situaciones en las que la pareja no puede elaborar el duelo por la ruptura y la pérdida del vínculo matrimonial o de convivencia anterior, por lo que no llegan al menor acuerdo posible, no se acepta compartir las responsabilidades y consecuencias de lo sucedido y en cambio lo proyectan en el otro.

- d) Bajos estas circunstancias, el campo de litigio parece no reducirse y en este caso, si la guerra se eterniza, también sucede lo mismo con el sufrimiento para el grupo y en especial para los hijos e hijas, por su mayor vulnerabilidad. En situaciones de esta naturaleza, los vínculos intrafamiliares en primer término y extrafamiliares posteriormente, se van deteriorando progresivamente y la modalidad de funcionamiento se vuelve rígida.
- e) La vivencia de los hijos e hijas de esta situación es de vacío, derrumbe, caos y saturación, con los sentimientos que los acompañan: profunda angustia, temor, inseguridad, apatía, parálisis, odio, renuncia.
- f) La comunicación en este tipo de parejas y por extensión la del grupo familiar, se torna altamente confusa. En estas situaciones, aunque los hijos e hijas no sean “invitados” a intervenir, quedan igualmente atrapados.
- g) Los hijos suelen ser el “botín de guerra” más disputado y contradictoriamente el más descuidado en la mayoría de sus necesidades.
- h) Los hijos e hijas de estos padres en guerra, ya sea por el destino de los afectos filiales, de las cuotas alimentarias, de los bienes materiales, las decisiones, las vacaciones, etc. transitan cotidianamente un terreno minado”, por lo que viven con temor, desconfianza y en guardia, tratando de asegurarse los afectos parentales. Esto les genera diferentes alteraciones inmediatas o mediatas, con un paulatino empobrecimiento de su autoestima, motor fundamental para una buena calidad de vida.
- i) En las etapas subsiguientes, el conflicto suele trascender el ámbito intrafamiliar y en consecuencia toma “estado público”. Este es el momento en el que, en muchos casos, de estar próxima la familia extensa, podría responder como sostén, al menos por lo que respecta a los hijos e hijas, que viven y transitan una gran confusión

y sensación de abandono. La pareja en discordia, por vías diferentes, apela a la ayuda extrafamiliar.

- j) Quienes viven un juicio de custodia son más lastimados. En los juzgados se libran prolongadas y dolorosas batallas, y por lo regular, los jueces dictan sentencia guiándose sólo por los argumentos de los abogados, quienes con frecuencia luchan ferozmente por el bien de sus clientes, sin importarles el niño.
- k) México en tanto Estado parte de organismos internacionales y regionales que asumen diversos instrumentos de protección a la infancia, está obligado a tomar las medidas necesarias para asegurar la protección y el cuidado que garanticen plenamente el bienestar de las personas.
- l) Como producto de la celebración de diversos tratados internacionales, se presenta la necesidad de adecuar nuestra legislación local de acuerdo a los compromisos adquiridos por nuestro país,
- m) La atención primordial a la problemática de los divorcios o separaciones de hecho se contempla en la procuración del bienestar de los más vulnerables, en este tipo de conflicto, los niños y niñas, por lo que asumiendo la responsabilidad del Estado, la iniciativa que se somete a consideración tiene como eje central la supremacía de los derechos de las niñas y los niños.

Respecto al Código Civil para el Distrito Federal y en relación al tema que nos atañe, las reformas en relación a los Artículos afines con el derecho de visitas y convivencias se centraron en los siguientes argumentos:

- 1) Se reforma el texto del artículo 293, estableciendo que también se da el parentesco por consanguinidad, entre el hijo e hija producto de la reproducción asistida y el hombre y la mujer o sólo ésta que hayan procurado su nacimiento, y se equipara al parentesco por consanguinidad la relación que nace de la adopción, con lo que se da plena vigencia a los derechos que surgen con la figura de la adopción.

- 2) Se adiciona el artículo 414 Bis, estableciendo en la legislación civil las obligaciones de crianza que deberán observar las personas que ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de los menores, como son: Procurar la seguridad física, psicológica y sexual; fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico, así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares; realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.
- 3) En el artículo 416, se precisan los deberes de quienes ejerzan la patria potestad hacia los hijos e hijas, en caso de separación, en donde se podrán convenir los términos de su ejercicio, lo relativo a la guarda y custodia de los menores, que podrá ser compartida si existe acuerdo entre los padres, observando el cumplimiento del principio fundamental del interés superior del menor.
- 4) Se adiciona el artículo 416 Bis, en el que se determina que no podrán impedirse sin causa justificada las relaciones entre los menores y sus ascendientes, como son: sus padres y abuelos. Sólo por mandato judicial podrá limitarse o suspenderse el derecho de convivencias, tomando en cuenta además el incumplimiento repetido de las obligaciones de crianza, y que se ponga en peligro la salud e integridad física, emocional y sexual de los menores.
- 5) Se adiciona el artículo 416 Ter, indicando que el interés superior del menor es prioritario para otorgar los derechos de niñas y niños respecto de los derechos de otra persona, garantizando entre otros: acceso a la salud física y mental, a la alimentación y educación y el desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y de excesos disciplinarios.
- 6) Se modifica el artículo 417, para que en los casos de desacuerdo de los padres sobre las convivencias o cambio de custodia, sean escuchados los menores, con lo que se garantiza a los hijos e hijas

el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y se crea a figura del Asistente de Menores, quien deberá acompañar a las niñas y niños en las sesiones de escucha.

- 7) Se adiciona el artículo 417; Bis, que identifica que se entenderá por Asistente de Menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía adscrito al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal u otra institución avalada por éste, y que asistirá al menor, con el propósito de facilitar su comunicación libre y espontánea y procurar su protección psicoemocional.

Adicionalmente, dicha reforma también contempla diversas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, como son:

- I) Se reforma al artículo 941 Bis, para hacerlo acorde con el contenido del Código Civil, precisando que en caso de existir desacuerdo sobre la guarda y custodia y las convivencias de las niñas y niños con sus padres, se realizará la audiencia para resolver sobre la custodia y las convivencias de manera provisional, en donde los menores deberán ser acompañados por el Asistente de Menores.
- II) Se reforma el artículo 941 Ter, para establecer que el Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencias de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance, valorando en especial el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo en su caso solicitar que se realice valoración psicoemocional en el menor para determinar si existen síntomas de violencia psicológica, física o sexual.
- III) Se propone la derogación del artículo 941 Quáter, relativo a las modificaciones de guarda y custodia, así como del derecho de convivencias que se resolverá vía incidental. Toda vez que es innecesario este numeral, atendiendo al contenido de los artículos 88 y 94 de la Ley Adjetiva Civil.
- IV) Se deroga el artículo 941 Quintus vigente, que establece que el ascendiente que tienen derecho a las convivencias con el menor y que no asista a dichas visitas, se le podrá suspender este derecho, mientras sea menor de edad.

Supuesto jurídico que se equipará a pérdida de la patria potestad, por no acudir a las visitas con el menor.

- V) Se deroga el artículo 941 Sextus, debido a de que su contenido se adiciona en la última parte del artículo 941 Bis que se propone en la presente iniciativa.

En último lugar con respecto a este tema, considero que vale la pena resaltar el contenido de la Tesis aislada denominada "MENORES DE EDAD. EL DERECHO DE VISITA Y CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES ES DE ORDEN PUBLICO E INTERES SOCIAL y, EN CASO DE OPOSICIÓN, EL JUZGADOR RESOLVERÁ LO CONDUCENTE EN ATENCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DE AQUELLOS", correspondiente a la Novena Época, emitida por SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, Enero de 2004. Tesis 1.6º.C.299.C. Página 1560). Amparo directo 3656/2003. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez, que realiza una interesante interpretación del Artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal (anterior a la Reforma del 2 de febrero de 2007), donde nos señala que la eficacia del derecho de visita y convivencia contenido en ese numeral, tiene por objeto lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor dándole afecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y respeto a su persona e intimidad, es una cuestión de orden público e interés social, dado que en su observancia esta interesada la sociedad y el Estado, por que de su efectivo cumplimiento depende el desarrollo armónico e integral del menor que, en ocasiones, por causas ajenas a su voluntad, vive separado de uno o ambos progenitores. Aclarando que es por eso que el propio numeral contiene normas tendientes a lograr dicha función, ya que el goce y disfrute de esos derechos no podrá impedirse sin justa causa, pero en caso de oposición de uno de los padres, la autoridad jurisdiccional determinará lo que uno de los padres, la autoridad jurisdiccional determinará lo que mas convenga al interés preponderante del menor que sólo podrá suspenderse, limitarse o perderse por resolución judicial expresa y cuando se haya perdido la patria potestad. Como se advierte, la teleología del artículo 417 en comento, se encamina a la conservación de un entorno familiar saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional de los menores

que, se reitera, por causas ajenas a ellos, viven separados de alguno de sus padres o de ambos, estableciendo que aun cuando no se encuentren bajo su custodia, si ejercen la patria potestad, tendrán derecho a convivir y disfrutar de momentos en común, en aras de tutelar el interés preponderante del menor, teniendo solo como limitante para que se suspenda el ejercicio del derecho de visita y convivencia, que exista peligro para el menor, caso en que el juzgador podrá aplicar las medidas correspondientes a fin de salvaguardar el interés superior del menor, contra alguno de los progenitores.

4.5.1. Artículos 416, 416 Bis y 416 Ter.

Resulta relevante analizar de manera particular estos preceptos legales ya que en ellos se regula de manera específica la existencia del Derecho de visitas y convivencias, tal como se apreciará a continuación.

El Decreto de fecha 2 de febrero del año 2007, respeto en su mayoría el texto del artículo 416, con la salvedad de la última parte del primer párrafo, que disponía que en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberían continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrían convenir los términos de su ejercicio: particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores y en la parte reformada respecto al caso de que se presentara desacuerdo debía oírse al Ministerio Público.

Actualmente, se señala que en caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título XVI del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Por otra parte, se aumento el **artículo 416 Bis**, precepto legal que para el tema en estudio significa la aportación de varios principios.

En primer lugar, se establece de manera categórica que “los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo”.

Bajo esta redacción podríamos suponer que únicamente tienen derecho de convivencia los progenitores que posean el ejercicio de la patria potestad, por lo que nuestros máximos Tribunales se han dado a la tarea de dilucidar esta cuestión, emitiendo las siguientes consideraciones al respecto:

“PATRIA POTESTAD. ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, SU PÉRDIDA NO SIEMPRE IMPLICA LA FALTA DE CONVIVENCIA DE ÉSTE CON EL PROGENITOR SANCIONADO.

De conformidad con el artículo 417, párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal, vigente hasta antes de la reforma de dos de febrero de dos mil siete, la pérdida de la patria potestad del menor conlleva la imposibilidad de la convivencia de éste con el progenitor, pero no existe precepto que le prohíba, suspenda o limite al menor, su propio derecho de convivir con su padre, pues en atención a que el artículo 9, numeral 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos noventa, establece: "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.", atendiendo al interés superior del niño, quien tiene derecho a un desarrollo integral, tal restricción no debe aplicarse de manera genérica, pues si de constancias de autos no se advierte que exista algún peligro para el menor por la convivencia con el padre o la madre, la autoridad judicial, de oficio, puede decretarla, debiendo hacer un análisis cuidadoso en cada caso concreto."

No. Registro: 171,416. Tesis aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Septiembre de 2007. Tesis: I.9o.C.140 C. Página: 2561.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 460/2007. 30 de agosto de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Daniel Horacio Escudero Contreras. Secretaria: María del Carmen Meléndez Valerio.

“PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS ES PROVISIONAL Y, EN CONSECUENCIA, ES LEGAL DETERMINAR UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIAS ENTRE EL MENOR Y SU PROGENITOR SIEMPRE Y CUANDO SE ACREDITE PLENAMENTE EL INTERÉS DEL NIÑO DE CONVIVIR CON ÉL COMO UN DERECHO CONSAGRADO EN LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

De los artículos 3, 9, 12, 19, 20, 21 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el diecinueve de junio de mil novecientos noventa, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de julio del año citado, y ratificado por el Ejecutivo el diez de agosto de mil novecientos noventa, se desprende la importancia fundamental que tiene el menor de crecer bajo al amparo y responsabilidad de los padres, y particularmente rodeado de afecto, seguridad moral y material; además, en dicha convención se proclama el derecho del niño a recibir la oportuna y debida educación, dado que el interés del niño resulta un principio rector en quienes tienen la responsabilidad de su educación y alimentación. Asimismo, el artículo 9, numeral 3, de la citada convención, establece "Los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.". Del precepto transcrito se advierte que es un derecho del niño que esté separado de su padre, el mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño, entendiéndose por interés superior de la niñez, el conjunto

de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Ahora bien, si se decreta la pérdida de la patria potestad por no haber cumplido con la obligación de proporcionar alimentos, ello constituye una condena provisional, ya que dependerá del demandado, si así lo desea, recuperarla, siempre y cuando acredite que se encuentra al corriente de su obligación de suministrar alimentos, conforme al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal según reforma publicada en la Gaceta Oficial de 6 de septiembre de 2004. En consecuencia, como la condena a la pérdida de la patria potestad por incumplimiento a la obligación de proporcionar alimentos, no es definitiva sino sólo provisional, resulta legal determinar un régimen de convivencias entre el menor y su progenitor con quien no vive, como un derecho que tiene aquél, consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; para lo cual, debe estar plenamente acreditado en autos que el menor tiene interés en convivir con su progenitor, y que no le es perjudicial.”

No. Registro: 177,231. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXII, Septiembre de 2005. Tesis: I.11o.C.135 C. Página: 1516.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

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

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

No. Registro: 178,470. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005. Tesis: I.4o.C.80 C. Página: 1454.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

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

“PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO SE CONTRAPONA CON EL DERECHO DE VISITAS. Aun cuando la pérdida de la patria potestad lleve consigo la pérdida de derechos por parte de quien ha sido sancionado de esa forma, no puede afectarse a quien sin ser parte en la controversia, tiene derecho a convivir con el progenitor al cual se ha privado de la patria potestad, y que dada su minoría de edad no puede actuar sino mediante la representación de quien actuó precisamente como contraparte de aquél;

por consiguiente, en respeto al derecho que tiene el menor de convivir con sus progenitores, aun cuando éstos ya no vivan juntos, derecho que se encuentra consignado en la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual es signante este país, es de estimarse que corresponde al juzgador determinar lo procedente respecto a las convivencias familiares entre el hijo y el progenitor que ha perdido la patria potestad, a efecto de establecer si éstas son o no contrarias al interés del niño, y en su caso precisar las condiciones en que tal derecho se ha de ejercitar.”

No. Registro: 178,388. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005. Tesis: I.4o.C.81 C. Página: 1499.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

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

“PATRIA POTESTAD. PÉRDIDA DE LA. SI NO HAY CONDENA AL RESPECTO, LA CONVIVENCIA DEL DEMANDADO CON EL MENOR DEBE SUBSISTIR. La pérdida de la patria potestad debe ser declarada judicialmente, luego, mientras no se haya dictado sentencia condenatoria en ese sentido, el demandado mantiene el ejercicio de ese derecho respecto de su menor hijo, y no debe impedirse la convivencia entre ambos, ni siquiera por el hecho de que el padre se encuentre procesado penalmente.”

No. Registro: 195,524. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VIII, Septiembre de 1998. Tesis: II.2o.C.111 C. Página: 1187.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 234/98. Ana Sánchez Olivares. 8 de julio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Francisco Trenado Ríos.

“PATRIA POTESTAD. LA CONDENA A SU PÉRDIDA, IMPLICA TAMBIÉN LA CONVIVENCIA CON EL MENOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Una interpretación armónica y objetiva de los artículos 341 a 343, 345, 346, 350 a 352, 373 y 378 del Código Civil para esta entidad federativa, en relación con lo que la doctrina establece sobre tal figura jurídica, llevan a la conclusión de que la patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno filial, reconocido y protegido por la ley, cuyo ejercicio corresponde, ante todo, a los padres del menor, establecido principalmente en beneficio de éste y para prestarle auxilio a su debilidad, ignorancia e inexperiencia, de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con los deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia y formar su carácter, es del todo indispensable el ejercicio de las facultades inherentes a dicha potestad, entre las que se encuentran de manera destacada la guarda y custodia de los hijos y la convivencia con ellos, por tanto, cuando el hijo permanece a lado de uno de los progenitores, se actualiza a favor del otro su derecho natural de convivir con él, siempre y cuando no exista algún elemento que patentice que el hecho de que el hijo sea separado temporalmente de quien tiene su guarda y custodia, le perjudica física o emocionalmente y tampoco conste que la relación paterno filial puede comprometer la salud, seguridad o moralidad del menor. Consecuentemente, cuando el que ejerce la patria

potestad es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, es inconcuso que en modo alguno puede subsistir la convivencia con el menor.”

No. Registro: 178,389. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXI, Mayo de 2005. Tesis: VII.2o.C.92 C. Página: 1499.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 627/2004. 10 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Pedro Alcántara Valdés. Secretaria: Juana María Cárdenas Constantino.

Son varios los pronunciamientos que han emitido nuestros tribunales respecto a esta interrogante, sin embargo como podemos observar la mayoría de los criterios se inclinan por que el derecho de visitas y convivencias del niño con su progenitor continúen no obstante que este haya perdido la Patria Potestad, pues ante todo, no debe olvidarse que el derecho de visitas y convivencias es una función familiar, un derecho-deber establecido fundamentalmente en beneficio de los hijos, situación por la cual al ser un derecho del menor consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, el mismo no debe supeditarse a que su padre o madre ejerza la patria potestad, sin embargo para evitar malas interpretaciones o abusos por parte de los padres, me parece importante la limitación que se señala respecto a esta situación puesto que en una consideración personal debe demostrarse que el menor tiene interés en convivir con su progenitor y que dicha convivencia no le perjudique o sea contraria al interés del menor como obviamente puede ocurrir en los casos de violencia intrafamiliar, que el progenitor haya cometido contra la persona el menor un delito doloso o haya sido condenado por delitos graves, lo cual seguramente pondría en riesgo al menor con tales convivencias.

No obstante que el actual artículo 416 Bis segunda parte, establece que “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones entre ascendientes y descendientes”, la legislación de la materia debería precisar bajo que circunstancias puede ejercitarse este derecho ya que el texto de dicho precepto únicamente otorga de manera general y muy ambigua el derecho que tienen los “ascendientes” a mantener contacto con sus descendientes, lo que podríamos interpretar como todos los ascendientes sin limitación de grado, respecto de todos sus descendientes igualmente sin limitación de grado. Sin embargo para las personas que no se

dedican al derecho no se aclara quienes entran en el concepto de ascendientes o descendientes.

Por ende, considero importante en primer lugar plasmar específica y claramente quienes son los titulares de este derecho.

Otro aspecto que venía resaltando es el hecho de que, independientemente de dilucidar o aclarar el aspecto de los titulares también deberían establecerse las circunstancias o supuestos jurídicos bajo los cuales se otorga el mismo y en consecuencia podría reclamarse judicialmente en caso de controversia. Dichos supuestos jurídicos a mi consideración podrían ser:

- Reclamación en caso de divorcio.
- Reclamación en caso de muerte de alguno de los progenitores.
- Reclamación en caso de negativa injustificada por parte de los padres.

Anteriormente, la parte final señalaba como obligaciones del progenitor que no ejerciera la guarda y custodia, el colaborar en su alimentación, derecho de vigilancia respecto de los cuales se podría agregar deber de educación, orientación, etc. Hoy en día, el párrafo final señala que este derecho debe ser limitado o suspendido bajo dos supuestos:

- a) Incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o
- b) peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.

Las obligaciones de crianza que se mencionan en el inciso a) fueron establecidas en el texto del artículo 414-Bis, de la siguiente manera:

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

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

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

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

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor. Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

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

De igual forma, se adiciono el **artículo 416-Ter.**, el cual establece que debe entenderse como Interés Superior del Menor a “la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona”.

Lo anterior con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
- II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y
- V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”

Finalmente, cabe decir que dichos aspectos constituyen las garantías mínimas de bienestar con las cuales debe contar un niño.

4.5.2. Artículos 417, 417 Bis.

Previamente a las Reformas, el texto del artículo 417 disponía lo siguiente:

”**Artículo 417.** Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para estos.

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor.

Solo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

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

Como se puede observar, se contemplaba la protección a la injustificada negativa a mantener relaciones personales entre el menor y sus parientes, ya que dicho texto reconocía la importancia para el menor, de mantener las relaciones

personales con sus parientes, no limitada a sus progenitores sino extendida a todo el grupo social.

De esta manera, cualquiera que acreditará por medios idóneos ser pariente del menor estaría legitimado para accionar en caso de que le hubieran sido obstaculizadas sus relaciones personales con el menor.¹⁸ Lo cual en mi opinión, no era lo más recomendable, pues se presentaban varias situaciones que explicaré mas adelante.

Además se señalaba que en caso de oposición, a petición de las partes, el Juez de los Familiar debería resolver lo conducente siempre en atención al interés superior del menor. También se disponía que solo por mandato judicial pudiera limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refería el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio estableciera el convenio o resolución judicial.

Finalmente dicho texto señala la facultad del juez de lo familiar para aplicar las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal e incluso podría decretar el cambio de custodia cuando quien la tuviera realizara conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con quien tuviera dicho derecho.

Por mucho tiempo, se considero dentro de nuestra legislación civil local el otorgamiento del derecho de visita a “los parientes” de manera general como era indicado por el texto del entonces artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, que disponía que “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el menor y sus parientes.”

No obstante, que dicho texto disponía expresamente el impedimento a la injusta negación para impedir las relaciones personales entre el menor y sus parientes, se podían apreciar varias lagunas en la redacción del mismo ya que podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿Todos los parientes sin limitación de grado tendrían el derecho de visita? ¿Qué límites tendrían los parientes para ejercitar este

¹⁸ BRENA SESMA, Ingrid. “Código Civil para el Distrito Federal comentado legis”. Comentarios a la reforma del Código Civil para el Distrito Federal de fecha 30 de diciembre de 1997 en relación con la patria potestad y tutela. Anuario Jurídico. Nueva Serie. México 1997. p.36

derecho? ¿Qué causas podrían considerarse justas para impedir estas relaciones? ¿Bajo que circunstancias podrían autorizarse judicialmente este derecho? Sin duda nos encontrábamos en presencia de una laguna jurídica, la cual innegablemente hubiera podido ser resuelta en parte por la jurisprudencia, no obstante, al no ser común la reclamación judicial de este derecho, no encontré algún criterio que cumpliera con la tarea de resolvernos las cuestiones anteriormente planteadas.

Actualmente el derecho contemplado en el anterior artículo 417, es considerado por el recientemente adicionado artículo 416 Bis que ya se ha analizado, por lo que ahora, el artículo 417 señala únicamente que “en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el Incidente respectivo deberá oírse a los menores”.

De esta manera, se plasma en nuestra legislación lo contemplado en los diversos instrumentos internacionales que hemos mencionado con anterioridad respecto a la importancia de escuchar al menor, específicamente hablando del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del niño que dispone que 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 mismo, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones de este, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará oportunidad al niño de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al mismo, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.

El segundo párrafo dispone que “a efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

En concordancia con el artículo 417, el texto del artículo 417-Bis. aclara que debe entenderse por “asistente de menores” al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al DIF-DF u otra institución avalada por este, que asista al menor, sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones donde este sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores.

Considero que dichas características atribuidas a la persona del asistente de menores son de notable importancia, toda vez que resulta benéfico para el menor que este cuente con personas con este tipo de conocimientos a efecto de que sea asesorado correctamente en la toma de decisiones ya que estas repercutirán en su persona.

El segundo párrafo aclara también que “dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor, dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor”.

Este supuesto deja ver la clara necesidad de que el asistente del menor debe conocer la postura y estado del menor respecto del juicio del cual es objeto y en este caso, el guardador jurídico debe facilitar dichos requerimientos, lo cual también resulta acertado señalar como obligación a efecto de que se cumpla.

4.6. Circunstancias en caso de adopción.

Después de las Reformas en materia de adopción, publicadas mediante el decreto de fecha 25 de mayo del 2000 en relación al entonces denominado “Código civil en materia federal y del fuero común para el Distrito Federal, mediante el cual se deroga la Sección Segunda del Capítulo I de dicho Código que comprendía los artículos 402 al 410 correspondientes a la Adopción simple, se reconocía como única forma de adopción a la adopción plena.

Recordemos que este tipo de adopción “rompe los lazos con la familia de sangre, y que por lo tanto no permite ni el reconocimiento, ni las acciones de filiación salvo a los fines de establecer los impedimentos matrimoniales, ni tampoco admite la revocación, ni los derechos sucesorios ni alimentarios, con relación a la familia de sangre”.¹⁹

En consecuencia, este tipo de adopción inserta al adoptado en la familia de los adoptantes, por lo que el status jurídico del adoptado es igual al de un hijo”.

Bajo este concepto, vale la pena analizar que ocurre en el caso de adopción con el derecho de visitas de los abuelos biológicos. Toda vez que la adopción del menor por otras personas produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el

¹⁹ MEDINA, Graciela con la colaboración de Di Silvestre Andrea, Galera Elsa, Godio Philip Eduardo y otros. Op. Cit. p.16.

adoptado y su “familia de sangre”, con lo cual los abuelos biológicos dejan de serlo jurídicamente y en consecuencia se extinguen todos los derechos y/u obligaciones que estos pudieran tener con respecto al menor.

Entonces, de acuerdo a una estricta interpretación de nuestra legislación de la materia, podemos afirmar que en el caso de que los abuelos biológicos de un menor adoptado pretendieran reclamar judicialmente un régimen de visitas y convivencias carecerían de legitimación activa para tal efecto.

Adicionalmente podemos argumentar que dicha pretensión contraviene los fines de la adopción plena exclusivamente reconocida por nuestra legislación, ya que interferiría con el fin de “integración familiar” que persigue este tipo de adopción, el cual busca brindarle al menor: educación, felicidad, seguridad y estabilidad mediante su inserción en una familia. Se busca que el menor se integre a una familia como verdaderos hijos consanguíneos, con efectos hacia los ascendientes, descendientes y parientes colaterales de los adoptantes y para ello se corta todo vínculo con la familia biológica del adoptado.

Como hemos visto, “los efectos de la adopción puede ser plena o simple, la característica de la primera es que rompe los lazos con la familia de sangre y por lo tanto no permite ni el reconocimiento, ni las acciones de filiación salvo a los fines de establecer los impedimentos matrimoniales, ni tampoco admite la revocación, ni los derechos sucesorios ni alimentarios con relación a la familia de sangre.

Una vez aprobado el procedimiento de adopción, el menor toma el status de hijo de los adoptantes, por lo que en la doctrina se habla de una especie de sustitución de familia, se dice que sus abuelos biológicos dejan de serlo.

No obstante que esta hipótesis puede ser debatida, ya que se puede estimar que aquel lazo biológico es razón suficiente para reclamar judicialmente este derecho²⁰, no debe olvidarse que la razón misma de la adopción plena es la TOTAL incorporación del menor a la nueva familia, por lo que considero que de continuar el menor en contacto con su familia biológica constituiría una serie de confusiones, ya que en primer lugar se tendría que explicarle que significa su estado de adoptado, escenario bajo el cual a una corta edad, el niño no podría entender, por lo que

²⁰ RIVERO HERNANDEZ, Francisco. Op. Cit.p.120

resulta común que los adoptantes esperen a que el niño llegue a una cierta edad, que por su madurez le permita comprender mejor dichas circunstancias.

Ahora bien, el status de hijo le brinda al menor una nueva familia (por así decirlo), en la que se busca que se adapte plenamente como un miembro mas, adoptando las costumbres y tradiciones que esta conserva, por lo que su contacto con “otra familia “interferiría en este proceso.

Otra consecuencia podría presentarse si los abuelos biológicos pretendieran a través de sus visitas, intervenir en la forma de educar que los adoptantes pretenden darle al menor, lo cual traería problemas en el desarrollo del mismo.

Por lo que respecta a los “nuevos abuelos”, es decir a los padres de los adoptantes es claro que tendrían el derecho de visitas y convivencias en la misma medida que los abuelos de sangre, derecho cuyo fundamento y legitimación han sido estudiados a lo largo de este capítulo.

4.7. Propuesta para regular de una manera precisa el derecho de convivencia de los abuelos con sus menores nietos en el Código Civil.

Considero que el tratamiento de este punto debe iniciar recordando someramente algunos de los orígenes de este derecho; el cual data de la pretensión de unos abuelos de ver y relacionarse con su nieto (hijo de un hijo de aquellos ya fallecido), el cual fue resuelto mediante la Sentencia de la Cour de Cassation de 8 de julio de 1857 que consagraba por primera vez el derecho de visita a favor de los abuelos, visitas que entonces, tenían lugar en el domicilio del guardador del niño.

Posteriormente, la Cour de Cassation prosiguió por el mismo camino, casando las sentencias denegatorias de tribunales inferiores. Mas adelante, es la S Cour Cass., Chambre de Requetes, mediante sentencia de fecha 12 de febrero de 1894, que autoriza por primera vez a los abuelos a recibir en su casa a los nietos.

La consagración definitiva del derecho de visita a favor de los abuelos en el orden legal llegó con la Ley de 4 de junio de 1970, que modificó el título “ De l’a autorité parental”, introduciendo el artículo 371.4 del Code, que hoy, tras la Ley de 22 de enero de 1993 , es del siguiente tenor: “El padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, obstaculizar las relaciones personales del hijo con sus abuelos. A falta de acuerdo entre las partes, las modalidades de esas relaciones serán reguladas por el juez de asuntos familiares. En consideración a situaciones

excepcionales, el juez de asuntos familiares puede conceder un derecho de correspondencia o de visita a otras personas, parientes o no.

El auto de la Audiencia Territorial de Burgos de 16 de junio de 1987 ordeno cumplir en sus propios términos lo acordado en convenio regulador sobre derecho de visita a favor de abuelos paternos respecto de sus nietos, en el que se argumenta como fundamento de ese derecho, la no pérdida de la vinculación afectiva con esos abuelos, advirtiendo que cualquier modificación del mismo, si hubiere causa justificada, habrá de instarse a través del procedimiento correspondiente.

Doctrinariamente se ha aportado una serie de argumentos a favor del derecho de visitas entre abuelos y nietos, respecto de los cuales destacan entre otros, los siguientes:

La autora Lidia Makianich de Basset, opina que las “visitas” significan un trato que, aunque periódico y fluido, no es permanente, y compensan precisamente el hecho de estar la tenencia, guarda o cuidado, a cargo de otros. Sigue comentando la autora que dentro del grupo de los “visitadores”, Guastavino menciona a los cónyuges, abuelos, bisabuelos y otros ascendientes, hijos aun adoptivos, colaterales y parientes por afinidad.

Entre los “visitadores” con interés legítimo, señala a ciertas categorías de parientes que carecen de genuinos derechos subjetivos de visita y sólo pueden invocar interés en la medida de su legitimidad y de su coincidencia con el interés de las personas a visitar.

El reconocimiento de estos regimenes de visitas debe fundarse en los principios generales según los cuales la patria potestad, tutela o curatela, son instituciones establecidas para beneficio de los sometidos a ella, incumbiendo a los tribunales corregir los abusos de los representantes legales. La tutela de tales intereses legítimos tiene sólido fundamento jurídico en los principios que rigen esas instituciones protectoras de los incapaces y en el principio general que rechaza el ejercicio abusivo de los derechos.

La cuestión relativa al interés legítimo y al derecho subjetivo de los sujetos en materia de visitas, se refleja en el tema de la prueba. Quienes tienen derecho subjetivo, en caso de oposición, deben limitarse a probar la relación de parentesco

generadora de obligaciones alimentarias recíprocas y corre a cargo de los oponentes demostrar el perjuicio para la salud moral o física de los visitados.

Otro punto muy importante es el resaltado por la autora que considera que las visitas no constituyen una derivación ni de la autoridad paterna, ni de su ejercicio, lo cual merece la pena destacarse toda vez que este derecho puede ser autónomo de esta para su goce.

Refuerza la anterior consideración, el autor Guastavino quien sostiene que la consagración legal del derecho de visitas (si bien se refiere al establecido a favor de los abuelos) tiende a evitar el ejercicio abusivo y antifuncional de la patria potestad por parte de los padres que se oponen a las relaciones entre nietos y ascendientes.

Las relaciones entre los nietos y sus abuelos deben prolongarse con posterioridad a la separación o divorcio de los progenitores. Los nietos tendrán así, siempre, a pesar del transcurso del tiempo, una imagen estable de continuidad que les ayudará mucho, en los momentos de crisis matrimonial y sobre todo, cuando se produzca una separación o divorcio de los progenitores.

Cuando los progenitores no presten la debida atención y amor a los hijos después de producirse una separación o divorcio, estos necesitarán del apoyo o cariño de una figura o figuras adultas, que en la mayoría de los casos serán los abuelos.²¹

Por su parte, Stilerman considera como benéficas las convivencia entre abuelos y nietos toda vez que se preservan los vínculos de afectividad que existen entre los componentes de la familia, no olvidando que la fijación de un régimen de visitas debe atender primordialmente al interés de los menores.²²

Ahora bien, Francisco Rivero Hernández considera que en la actualidad, los abuelos desempeñan un papel relevante con relación a sus nietos. Sobre todo si no existe una separación o divorcio entre los cónyuges.²³

Después de producirse una separación o divorcio, suele ocurrir que los progenitores no presten la debida atención y amor a los hijos, por lo que estos necesitarán del apoyo o cariño de figuras adultas, que en la mayoría de los casos serán los abuelos.

²¹ MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., Op. Cit. pp.74, 75, 78 y 213.

²² STILERMAN, Martha N., Op. Cit. p.62.

²³ RIVERO HERNANDEZ Francisco, Op. Cit. p.208.

Por lo que hace a nuestro país, se emitió una Tesis aislada por la Tercera Sala respecto al derecho de relacionarse de los abuelos y los nietos, la cual es del tenor literal siguiente:

“ABUELOS, DERECHO Y OBLIGACION DE LOS, A TENER RELACIONES CON SUS MENORES NIETOS. Es indiscutible que conforme a los artículos 414, 420, 445 y 446 del Código Civil del Distrito Federal, a la muerte del padre de los menores la patria potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de éstos y solamente a ella corresponde la guarda y custodia de los mismos. Sin embargo, el abuelo, en el caso el paterno, no sólo tiene derecho, sino también obligación de tener relaciones con sus menores nietos, proporcionarles afecto, consejos y cooperar con la madre de los mismos a su debida formación; derecho y obligación que se fundan no sólo en la naturaleza de las relaciones paterno filiales que existieron entre el abuelo y su hijo, y entre él y los menores, sino también en la necesidad de que dichos menores tengan el apoyo tanto de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la patria potestad, así como el de su abuelo paterno, a falta de padre; relaciones que el citado reconoce al señalar en el artículo 414 a los abuelos como unas de las personas que deben ejercer la patria potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en el artículo 303 al establecer su obligación de proporcionarles alimentos a falta o imposibilidad de aquéllos, y en el artículo 1609 al consagrar su derecho a heredar por estirpe, en la sucesión legítima de los abuelos. Luego, el que el abuelo paterno tenga relaciones con sus nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no sólo debe ser reconocido por el Juez a quo, sino que también, para hacerlo efectivo, dicho juzgador debe reglamentar la forma en que han de efectuarse las relaciones entre abuelo y nietos, tomando en consideración todas las circunstancias que se relacionen con el caso, haciendo uso, inclusive, de los medios de prueba que le faculta el artículo 495 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, para determinar con ello la forma que más beneficie a los menores.”

No. Registro: 240,226. Tesis aislada. Materia(s): Civil. Séptima Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación 181-186 Cuarta Parte.

Página: 9. Genealogía: Informe 1984, Segunda Parte, Tercera Sala, tesis 11, página 19.

Amparo directo 2026/83. Constantino Díaz Villa. 4 de junio de 1984. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Héctor Gutiérrez de Velasco Romo.

Nota: En el Semanario Judicial de la Federación aparece la expresión "... norma en que se han de efectuarse ...", la cual se corrige de acuerdo con el sentido integral del criterio.

Nota: El artículo 495, a que se refiere esta tesis, actualmente se encuentra derogado, no obstante lo cual el presente criterio continúa vigente.

En otros países, como España el tratamiento de este derecho ha sido mas extensa ya que se ha reformado el Código Civil en los preceptos legales respectivos, considerando en la exposición de motivos de la Ley 42/2003 de 21 de Noviembre de

2003, la modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, diversos razonamientos de vital importancia para fundamentar el derecho de visita de los abuelos, como son:

- Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil.
- El interés del hijo, principio rector en nuestro derecho de familia, vértebra un conjunto de normas de protección, imprescindibles cuando las estructuras familiares manifiestan disfunciones, ya sea por situaciones de crisis matrimonial, ya sea por abandono de relaciones familiares no matrimoniales o por cumplimiento defectuoso de los deberes por parte de los progenitores.
- Las normas vigentes del Código Civil dispensan un tratamiento especial a un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores, esto es, las relaciones de los nietos con sus abuelos.
- El legislador no puede olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paternofiliales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares.
- En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo.
- Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin.
- De acuerdo con todo lo anterior, la modificación legislativa que se aborda en esta ley persigue un doble objetivo. En primer lugar, singularizar desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de simple dejación de obligaciones por parte de los

progenitores. En segundo lugar, se atribuye a los abuelos una función relevante en el caso de dejación por los padres de las obligaciones derivadas de la patria potestad.²⁴

Sin embargo, la materialización de la ley no fue muy afortunada en cuanto a que se pretendía con la modificación de los artículos elegidos para insertar este derecho, singularizar y concretizar dicho derecho, sin embargo también hace falta especificar por ejemplo las circunstancias en las que se puede ejercitar, sus modalidades y limitaciones. Por lo que analizando la intención de esta ley y los fines que perseguían puedo decir que los mismos no se consiguieron plenamente por lo que examinaré los artículos referidos a continuación:

ARTÍCULOS	FINES EXPUESTOS EN LA EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA LEY 42/2003.	REFORMAS	OBSERVACIONES
90	<u>A estos fines, la modificación que se propugna introduce un nuevo párrafo B en el artículo 90 del Código Civil, de acuerdo con el cual el convenio regulador podrá contemplar, en la forma más adecuada al interés del hijo, el régimen de visitas y comunicación de éste con sus abuelos.</u>	<u>Artículo 90. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, a los siguientes extremos:</u> <u>A) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que lo viva habitualmente con ellos.</u> <u>B) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.</u> <u>[Este apartado ha sido añadido por el artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de</u>	<u>Este precepto únicamente menciona y reconoce este derecho. Además se propone que dentro del convenio de divorcio se incluya la posibilidad de que las partes propongan un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, en cuyo caso el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento.</u> <u>La reforma del 2 de febrero de 2007 viene a concretizar o especificar los sujetos con los que es más importante que el niño conviva, como son los ascendientes; con los que obviamente se crea una relación mas estrecha y dotada de características sociales y psicológicas únicas, que difícilmente podrían existir con otros familiares. Por lo que el nuevo texto nos viene a delimitar a estos sujetos con la nueva redacción. No obstante, como comentaba anteriormente, el uso de la palabra “ascendientes” abarca de</u>

²⁴ Exposición de motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.14 de abril 2009.

		<p><u>Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos)</u></p> <p><u>C) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.</u></p> <p><u>D) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.</u></p> <p><u>E) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.</u></p> <p><u>F) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.</u></p> <p><u>Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deben someter a la consideración del juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.</u></p> <p><u>[Este párrafo está redactado conforme al artículo primero de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos)</u></p> <p><u>Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.</u></p> <p><u>El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el</u></p>	<p><u>forma general, no solo a los abuelos, sino a bisabuelos, etc.</u></p> <p><u>Sin embargo, considero que el uso específico de la palabra “abuelo” en la redacción de los artículos, constituiría un beneficio a los titulares del derecho ya que con esto no habría lugar a dudas por parte de estos para ejercitar este derecho, además del beneficio de regular de forma mas precisa el contexto del mismo.</u></p> <p><u>Personalmente, no soy partidaria de la inclusión de este aspecto en el convenio regulador, ya que con la experiencia anterior de los Divorcios Voluntarios, es muy difícil que las partes se pongan de acuerdo en los términos del mismo y con este nuevo acuerdo se podría retrasar aún más la tramitación del Divorcio.</u></p>
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<u>cumplimiento del convenio.</u>	
<u>94</u>	<u>Por su parte, el artículo 94 del Código Civil queda modificado con el fin de recoger la posibilidad de pronunciamiento judicial sobre el régimen de visitas con los abuelos.</u>	<u>Artículo 94.El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores 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 dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.</u> Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.	<u>En concordancia con el artículo anterior se contempla la posibilidad de que el Juez, dentro del proceso de divorcio pueda reconocer y resolver, previa audiencia de los padres y abuelos sobre el derecho de visita.</u> Ahora bien, el artículo 103 señala que excepcionalmente, los hijos pueden ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas, demostrando que los abuelos constituyen el primer apoyo en caso de dificultades que se presenten a los padres y el menor, además de la existencia de obligación respecto a los niños por la relación de parentesco consanguíneo que les une.
<u>160</u>	<u>Igualmente es objeto de atención el artículo 160 del Código Civil, cuya aplicación no sólo se circunscribe al caso de las rupturas matrimoniales, y pretende articular una salvaguarda frente a otras situaciones como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos que en tales circunstancias perjudicase las relaciones de los nietos con sus abuelos.</u>	<u>Artículo 160. Los progenitores, 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.</u> No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculden la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.	<u>Antes de la reforma, la redacción del texto de este artículo solamente disponía que el padre y la madre, aunque no ejercerán la patria potestad, tenían el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.</u> <u>No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.</u> <u>En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.</u> <u>La reforma en cuestión vino a introducir expresamente la palabra “abuelos” lo cual resulta benéfico para mayor comprensión de este artículo.</u> <u>Además de la preocupación por favorecer estas relaciones.</u>
<u>161</u>	<u>También, en la redacción del artículo 161 del Código Civil se hace explícito y singular el</u>	<u>Artículo 161.Tratándose del menor acogido, el derecho que a sus padres, abuelos y demás parientes corresponde para visitarle y relacionarse</u>	<u>Al igual que el precepto legal analizado anteriormente se incluye de manera expresa el derecho de los abuelos a convivir con el menor y se señala que podrá regularse o</u>

	<u>régimen de visitas y relaciones de los abuelos con los nietos sometidos a acogimiento.</u>	<u>con él, podrá ser regulado o suspendido por el juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor.</u>	<u>suspenderse por el Juez de acuerdo a las circunstancias de cada caso.</u>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------

Como se ha analizado previamente, en la actualidad el derecho de visitas y convivencias es regulado de manera específica por los artículos 416, 416 Bis, 416 Ter, 417 y 417 Bis, mismos que fueron reformados mediante Decreto de fecha 2 de febrero de 2007 y no han incluido a mi consideración, los parámetros legales suficientes para regular el derecho de visita y convivencia de los abuelos.

No obstante, este texto señala únicamente de manera general el derecho de visita entre el menor y sus ascendientes, sin que se precise limitación de grado alguno respecto de ambos. De manera que puede entenderse que un bisabuelo puede visitar a sus bisnietos, un abuelo a sus nietos y así respectivamente.

Sin embargo, lo anterior no constituye el mayor problema a la redacción de este precepto, si no lo es el hecho de no utilizar específicamente la palabra “abuelo” en la redacción de este texto legal ya que para las personas que no son conocedoras de los términos jurídicos, puede ser difícil entender que en dicho artículo se encuentra implícito este derecho que en tantas ocasiones pretendieran ejercitar.

La necesidad de incluir en la legislación sustantiva del Distrito Federal preceptos claros, precisos y eficaces que contemplen la posibilidad de visita respecto de sus nietos, deriva de que en la mayoría de los casos, los miembros de la sociedad pertenecientes a este grupo, no tienen conocimiento de que poseen este derecho y por lo tanto no se atreven a ejercerlo ante una autoridad jurisdiccional, en virtud de la exclusividad del ejercicio de la patria potestad de los padres y se conforman únicamente con la decisión caprichosa de los mismos para acatar esta convivencia, teniendo que soportar una serie de condiciones absurdas impuestas por los mismos.

En base a lo anterior, propongo la inclusión de varios artículos adicionales al Título Octavo, Capítulo I del Código Civil vigente para el Distrito Federal, relativo a la Patria potestad que actualmente plasma lo relativo a la regulación del derecho de visita, de acuerdo a la siguiente “EXPOSICION DE MOTIVOS” de autoría personal:

“Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman el artículo 416 Bis y se adicionan los artículos 416 Quater y 416 Quintus del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que presenta...., conforme a la siguiente:

“EXPOSICION DE MOTIVOS”

Es bien sabido, el particular interés de la sociedad en preservar en las relaciones familiares: el respeto, la armonía, los vínculos afectivos, el interés del menor, la libertad del individuo, etc.

En este tenor, el derecho de visitas y convivencia constituye hoy en día un factor de singular importancia susceptible de una regulación mas específica ya que en este derecho descansa el vínculo de unión y permanencia entre los menores y sus progenitores. No obstante, no se debe olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paternofiliales, que aunque prioritarias no puede aislarse del resto de la familia, ya que existe otro sector de la familia con el que el menor debe de seguir manteniendo contacto y son los abuelos, quienes desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia.

Se considera una necesidad de los menores, el trato con los abuelos, ya que su presencia resulta conveniente para su formación, educación y conocimiento. Además, introducen beneficiosamente al menor en su entorno familiar.

Las constantes declaraciones de los psiquiatras y de los psicólogos afirmando la importancia del conocimiento de las raíces familiares para el desarrollo psíquico del niño han llegado, finalmente, a fundamentar el derecho de relación entre los abuelos y los nietos en el interés del menor.

Lo anterior es así, puesto que el interés superior del menor, figura como principio rector en nuestro derecho de familia y constituye un conjunto de normas de protección, que resulta imprescindible cuando se manifiesta algún tipo de disfunción en las estructuras familiares; por lo que no debe perderse nunca de vista el hecho de que debe velarse en todo momento por el interés del menor, es por ello que al momento de que el Juez de lo Familiar resuelva, este deberá primar por encima de otros intereses, aún por encima del de los progenitores.

Existen ocasiones en que el derecho de los abuelos ha sido coartado injustificadamente por los padres debido a circunstancias como malas relaciones entre ellos, el divorcio de los hijos, la muerte de uno de ellos o simplemente la negativa arbitraria por parte de estos para que se de este contacto entre abuelos y nietos, situación por la cual resulta necesario delimitar el texto de las normas legales para establecer y regular categóricamente este derecho.

En efecto, los abuelos pueden desempeñar un papel trascendental para la estabilidad del menor, pues disponen de autoridad moral y son ajenos a los problemas de pareja de sus hijos, con lo cual ayudan a los nietos a comprender estas situaciones de conflicto. Se ha dicho que esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados que también pueden coadyuvar al mismo fin.

Se propone la reforma al artículo 416 Bis del Código Civil vigente para el Distrito Federal modificando el texto del segundo párrafo de este precepto, utilizando de manera específica el término “abuelos” y señalando la obligación del Juez de lo Familiar de dictar las medidas necesarias para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, siempre y cuando estas medidas no faculten la infracción de resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

Se adiciona el artículo 416 Quater que señala como supuestos para reclamar judicialmente el derecho de visitas entre abuelos y nietos: el divorcio de los padres, la muerte de uno de los progenitores o la negativa injustificada por parte de los padres para permitir este contacto.

Finalmente se adiciona el artículo 416 Quintus que señala como requisito de reclamación judicial del derecho de visita de los abuelos, la preexistencia de un vínculo afectivo entre estos, cuando sea aplicable a las circunstancias del caso en concreto.

**INICIATIVA DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN EL ARTÍCULO 416 BIS
Y SE ADICIONAN LOS ARTÍCULOS 416 QUATER Y 416 QUINTUS DEL
CÓDIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

ARTICULO PRIMERO.- Se reforma el artículo 416 Bis y se adicionan los artículos 416 Quater y 416 Quintus del Código Civil vigente para el Distrito Federal en los siguientes términos:

Artículo 416 Bis ...

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

Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores...

Artículo 416 Quater. Procede reclamar judicialmente el derecho de visitas y convivencias entre abuelos y nietos, por cualquiera de las siguientes causas:

- I. En caso de divorcio o separación de los progenitores del menor.
- II. Cuando fallezca alguno de los progenitores del menor.
- III. Por la negativa injustificada de los progenitores del menor para permitir contacto o comunicación con el menor.

Artículo 416 Quintus. En el caso del artículo anterior, es necesario para poder ejercitar este derecho, la existencia previa de un vínculo afectivo entre abuelos y nietos, cuando las circunstancias del caso en concreto lo hubieren permitido con anterioridad. En caso contrario, el Juez de lo Familiar examinará lo conducente de acuerdo a la edad del menor.

ARTICULOS TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al siguiente día de su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

SEGUNDO.- Publíquese en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y para su mayor difusión en el Diario Oficial de la Federación.

Suscriben la presente:

Por el Grupo Parlamentario...

CONCLUSIONES

PRIMERA. Actualmente la estructura de la familia ha cambiado; sin embargo esta debe ser uno de los intereses primordiales de protección jurídica y procurar su estabilidad, bienestar y unión, pues dentro de ella se forma el individuo.

SEGUNDA. Cuando ocurre alguna situación de disgregación familiar es imprescindible que las leyes garanticen que no se coarte de fondo con las relaciones familiares.

TERCERA. Hoy en día, la protección a la preservación de las relaciones familiares se brinda por medio del llamado derecho de visitas; sin embargo, este ocurre regularmente solo entre padres e hijos, olvidando a otros sectores de la familia con quienes también resulta beneficioso seguir conviviendo.

CUARTA. El derecho de visitas se fundamente en primer lugar en elementales principios de derecho natural, es decir en el propio afecto que une a los miembros de una familia, así como en la necesidad de proteger la seguridad psicológica del menor frente al riesgo que corre en situaciones anormales de la familia o personales de los interesados.

QUINTA. El derecho de visita y convivencia consiste en la posibilidad de que el menor pueda mantener contacto personal con aquellos miembros de su familia respecto de los cuales posea lazos afectivos esenciales, con el fin de que dichos contactos tiendan a la conservación y subsistencia del lazo familiar y proporcionen al menor un ambiente para su sano desarrollo físico y mental.

SEXTA. La patria potestad es un derecho relativo, concebido en interés del menor y no de los padres, situación por la cual, la autoridad judicial puede intervenir para impedir el mal ejercicio de esta institución, como puede ser en el caso de la negativa injustificada del derecho de visitas.

SEPTIMA. La finalidad del derecho de visitas es el mantenimiento de la natural y adecuada comunicación del hijo con el padre o madre no conviviente, para fomentar y consolidar el vínculo afectivo.

OCTAVA. No se debe olvidar que el ámbito familiar no se limita únicamente a las relaciones paterno filiales, que aunque son prioritarias no puede aislarse del resto de la familia, ya que existe otro sector dentro de esta con el que resulta benéfico que el menor mantenga contacto y son los abuelos.

NOVENA. Los abuelos son unas de las personas más significativas en la vida de una persona, pues constituyen una fuente esencial de conocimientos, experiencias y valores.

DECIMA. Toda vez que los abuelos tienen una serie de obligaciones respecto a sus menores nietos, es justo que igualmente posean derechos como la convivencia con ellos.

DECIMA PRIMERA. La presencia de los abuelos en los casos de conflicto familiar es favorable para los menores, pues estos se enfrentan a un estado de incertidumbre que los confunde y es ahí donde la presencia de sus abuelos mitiga esta situación, pues reciben de ellos cuidados, consuelo y consejos actuando como una especie de refugio.

DECIMA SEGUNDA. Las relaciones entre abuelos y nietos poseen características especiales que destacan respecto de las demás relaciones que un niño pueda tener con algún otro familiar o conocido.

DECIMA TERCERA. Las reformas al Código Civil para el Distrito Federal publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 2 de febrero del año 2007 y otros ordenamientos, aportaron nuevas disposiciones encaminadas a la mejor protección del menor que constituyen beneficios como el cumplimiento de obligaciones de crianza, específicamente en el tema que nos ocupa: la limitación

de los titulares del derecho de visita y convivencia, así como la presencia del Asistente de Menores en los casos en que deba escucharse al menor.

DECIMA CUARTA. En la actualidad no existe una regulación adecuada del derecho de visitas entre abuelos y nietos, por lo que es necesaria una reforma en la legislación sustantiva del Distrito Federal, que contemple preceptos claros, precisos y eficaces que regulen el derecho de visita y convivencia de los abuelos respecto de sus menores nietos.

DECIMA QUINTA. Es importante delimitar jurídicamente los supuestos bajo los cuales puede reclamarse judicialmente el derecho de visita y convivencia entre abuelos y nietos.

DECIMA SEXTA. Se propone la reforma al Artículo 416 Bis del Código Civil vigente para el Distrito Federal modificando el texto del segundo párrafo de este precepto, utilizando de manera específica el término “abuelos” y señalando la obligación del Juez de lo Familiar de dictar las medidas necesarias para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, siempre y cuando estas medidas no faculten la infracción de resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.

DECIMA SEPTIMA. Se propone la adición del Artículo 416 Quater que señala como supuestos para reclamar judicialmente el derecho de visitas entre abuelos y nietos: el divorcio de los padres, la muerte de uno de los progenitores o la negativa injustificada por parte de los padres para permitir este contacto.

DECIMA OCTAVA. Se propone la adición del Artículo 416 Quintus que señala como requisito de reclamación judicial del derecho de visita de los abuelos, la preexistencia de un vínculo afectivo entre estos, cuando sea aplicable a las circunstancias del caso en concreto.

DECIMA NOVENA. La presencia de los abuelos en la vida de los nietos debe ser de respaldo y beneficio, nunca se debe imponer trasgrediendo el interés superior del menor.

VIGESIMA. El derecho de visitas y convivencias de los abuelos no debe interferir con las facultades de los progenitores derivadas de la patria potestad.

VIGESIMA PRIMERA. Finalmente debe tenerse en cuenta que el derecho de visita de los abuelos respecto de sus menores nietos no es superior al derecho de visitas que pudiera tener uno de los progenitores, pues este siempre se considerará como prioritario.

BIBLIOGRAFIA

BELLUSCIO, Augusto César. “Manual de Derecho de Familia”, Tomo I y II, 6ª Edición, Editorial De Palma, Buenos Aires. 1998.

BOSSERT, Gustavo A., “Régimen Jurídico de los Alimentos”, 4ª Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires 2000.

BRAVO González Agustín y Bravo Valdés, Beatriz. “Derecho Romano” Primer Curso, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001.

CARBONELL Miguel y otros. “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada”, Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México 2000.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. “La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales”, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México 2001.

CONTRERAS VACA, Francisco. “Derecho Internacional Privado”, 3ª edición, Editorial Oxford, México, 2000.

DALLA VIA, Miguel Ángel. “Manual de Derecho Constitucional”, 1ª Edición, Editorial: Lexis Nexos, Buenos Aires 2004.

DE IBARROLA, Antonio. “Derecho de Familia”, 4ª Edición, Editorial Porrúa, México. 1993.

DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZON JIMENEZ Roberto, “Derecho Familiar. Reformas mas recientes a la legislación del D.F.”, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México. 2005.

DE PINA, Rafael, “Elementos de Derecho Civil Mexicano”, Volumen I, 22ª Edición, México. 2002.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derecho Civil. Primer Curso”, 21ª Edición, Editorial Porrúa, México 2002.

GONZALEZ RAMIREZ, Mariano, “Los abuelos. Su importancia en la familia”, Colección Guía de Padres”, Edimat Libros, S.A., España. 2003.

GROSMAN P., Cecilia, Polakiewicz Marta, Chavanneau Silvia Susana, Maggio María Teresa y otros, “Los Derechos del niño en la familia. Discurso y realidad”, Editorial Universidad, Buenos Aires. 1998.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, “Derecho Civil para la Familia”, Editorial Porrúa, México. 2004.

LLEDO YAGUE, Francisco y otros, “Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia”, Editorial Dykinson, Madrid. 2002.

LLOVERAS, Nora, “Patria Potestad y Filiación”, Ediciones De palma, Buenos Aires. 1986.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, “Instituciones de Derecho Civil”, Tomo III, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 1998.

MAKIANICH DE BASSET, Lidia N., “Derecho de visitas”, 1ª Reimpresión, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires. 1998.

MEDINA, Graciela con la colaboración de Di Silvestre Andrea, Galera Elsa, Godio Philip Eduardo y otros, “LA ADOPCION”, Tomo I, Editores Rubinzabal Culzoni, Buenos Aires. 1998.

PEREZ CONTRERAS, María de Montserrat, “La adopción de menores conforme a las reformas de 2000 en materia de familia para el Distrito Federal”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año XXXVIII, Número 110, Agosto 2004.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, “D. Civil Mexicano”, Tomo II Derecho de Familia, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México 2003.

RIVERO HERNANDEZ Francisco, “El Derecho de Visita”, Editor José María Bosch, S.L., Barcelona, España 1997.

STILERMAN, Martha N., “Tenencia, régimen de visitas”, 2ª Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires. 1992.

TENORIO GODINEZ, Lázaro, “La Suplencia en el Derecho Procesal Familiar”, Editorial Porrúa, México. 2004.

ZANON MASDEU, Luis, “Guarda y Custodia de los hijos”, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, España 1996.

ZAVALA PEREZ, Diego H. “Derecho de Familia”, Editorial Porrúa, México 2006.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

DE PINA VARA, Rafael, “Diccionario de Derecho”, Editorial Porrúa, México. 2000.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 11 Edición, Editorial Porrúa, México 1998.

Diccionario de la lengua española. Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid 2005.

HURSMAN, Denis, “Enciclopedia de la Psicología. Psicología de la vida familiar”, Editorial Plaza & Janes, S.A., Argentina 1979.

LAGOMARSINO, Carlos, Salerno Marcelo y otros, “Enciclopedia de Derecho de Familia”, Volumen I, Editorial Universidad, Buenos Aires. 1991.

ARTÍCULOS DE INTERNET.

BOUZA, José María, “Los abuelos y la obstrucción del vínculo con sus nietos”, APADESHI, Argentina.

Página de Internet consultada: <http://www.apadeshi.org.ar>

DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina, “El Interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar”, España. 23 abril 2008.

Página de Internet consultada: <http://www.monografias.com/trabajos30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar.shtml>.

GARCIA ORGAZ, Mar, “Un amor incondicional”. España. 1999-2007.

Página de Internet consultada:

<http://www.bayardrevistas.com/info/familiares/relaciones>.

MARTÍ CHOLBI, Gloria. “Abuelos y nietos”.

Página de Internet consultada: http://www.psicologoescolar.com/MONOGRAFIAS/denia_gloria_marti_abuelos_y_nietos.htm.

MONN DE DAYAN, Sofía, “Los abuelos, esos segundos padres”.

Página de Internet consultada: <http://www.relacionesfamiliares.com>

SAURI, Gerardo. “Los ámbitos que contempla” en la Propuesta de ley de niñas, niños y adolescentes. Comité por la Ley. México, 1998.

Página de Internet consultada: <http://www.derechosinfancia.org.mx>

SERRANO, Rocio, “Abuelos, raíz del hogar”, EDUFAM.

Página de Internet consultada: http://www.familia.cl/tercera_edad

LEGISLACION.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Civil para el Distrito Federal
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
- Ley de los Derechos de los niños y las niñas del D.F.
- Ley de los derechos de las personas adultas mayores en el Distrito Federal
- Declaración de los Derechos del Niño.
- Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convención sobre los Derechos del Niño