



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**LA PATRIA POTESTAD: SU SUSPENSIÓN
O PÉRDIDA POR INCUMPLIMIENTO AL
RÉGIMEN DE VISITAS**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

IRENE MARIANO RAMÍREZ

TUTOR

LICENCIADO RAMÓN SALVADOR JIMÉNEZ ARRIAGA



SANTA CRUZ ACATLÁN, NAUCALPAN, ESTADO DE MÉXICO, 2023



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

Hoy después de años de esfuerzo puedo voltear atrás, ver a mi hermosa universidad y agradecerle todo lo que de ella conseguí. Me otorgó conocimientos a través de sus docentes, amigos que se volvieron equipo y respaldo para poder concluir esta bonita etapa, y sobre todo me da la oportunidad de comenzar una nueva fase en mi vida. Es por ello que agradezco a mi querida UNAM, y en específico a mi bella ACATLÁN, por enseñarme que con disciplina, perseverancia y valentía todo se puede lograr.

Durante mi vida universitaria coincidí con muchas personas que me regalaron grandes enseñanzas, una de ellas es mi profesor y asesor de tesis el Licenciado Ramón Salvador Jiménez Arriaga, no solo me compartió su conocimiento, sino que me otorgo su dedicación, confianza y apoyo en el desarrollo de mi proyecto de Tesis, ¡gracias profesor!

Quiero agradecer a mi coordinador de carrera, profesor Alfonso, en especial por haberme acompañado durante todo el trayecto de mi vida universitaria, orientándome y auxiliando en todo aquello que se requería para cumplir el objetivo de esta etapa.

También quiero agradecer y dedicar la presente tesis a mi familia, ese pequeño núcleo familiar que se volvió mi impulso para seguir adelante.

Gracias mamá por tu apoyo, por enseñarme que siempre se puede, por incitarme a ser mejor y por estar siempre conmigo.

Ale, hermana, gracias por estar conmigo en este proceso, por ser mi amiga, por siempre escucharme. Tu admiración hacia mi persona siempre me ha motivado a darte un buen ejemplo, aunque también aprendo de ti, gracias por enseñarme tanto.

Mi pequeña Tania, la alegría de mi hogar, gracias hermanita por dar luz a mi vida, por enseñarme que ser adulto es bueno y que siempre conlleva una

responsabilidad, pero que también hay que escuchar a ese niño que uno lleva dentro, ese que no se preocupa tanto, que ríe a carcajadas y que sabe que todo estará bien. Y en general, a ustedes tres quiero agradecerles por siempre soportar mis malos ratos, esos en los que me enojaba y la carga de estrés me dominaba, gracias por nunca abandonarme, las quiero. Este triunfo es para ustedes.

La vida no es lineal, constantemente tiene subidas y bajadas, y yo aún recuerdo cuando estaba a punto de dejar la universidad, pero la ayuda de una persona me hizo darme cuenta que siempre se puede, sólo hay que respirar, descansar y continuar. Esa persona se volvió guía, apoyo, equipo y sobre todo un gran amigo, infinitas gracias Oli, sin tu ayuda no estaría aquí. Este triunfo también es para ti.

Quiero agradecer al Lic. Ángel, por confiar en mí, por compartir conmigo su sabiduría y enseñarme el mundo práctico del derecho, esa carrera tan bonita que al día de hoy sé que amo con todo el corazón.

Quiero agradecer a mi mejor amiga Gaby, por siempre ser mi apoyo y por seguir caminando a mi lado a pesar de la distancia.

Agradezco a mis profesores, Abel Magaña, María del Carmen, José López Santana, Yeni Alejandra, por compartir su conocimiento con tanta vocación y amor, actos que sembraron en mí un cariño más grande a la carrera, gracias.

Quiero agradecer a mis compañeros de universidad, Erika, Adolfo y Violeta que en gran parte de mi vida estudiantil estuvieron conmigo.

Por último, y aunque no menos importante, quiero agradecerme a mí por seguir luchando e intentando. Por cumplir este sueño, gracias Irene, en especial por jamás rendirte.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
---------------------------	----------

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES SOBRE LA PATRIA POTESTAD

1. La Institución Jurídica de la Patria Potestad, su Evolución	10
1.2. En el Derecho Romano	11
1.3. En el Derecho Francés.....	17
1.4. En el Derecho Español.....	18
1.5. En el Derecho Mexicano	21

CAPÍTULO 2. GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD

2. Patria Potestad.....	25
2.1. Naturaleza de la Patria Potestad.....	26
2.1.1. Familia.....	27
2.1.2. Parentesco	28
2.1.2.1. Filiación	30
2.1.2.2. Adopción	32
2.2. Sujetos de la Patria Potestad	32
2.3. Los Efectos de la Patria Potestad	34
2.4. Las Excusas y Limitaciones de la Patria Potestad	37
2.5. Suspensión y Pérdida de la Patria Potestad	38
2.6. Extinción de la Patria Potestad.....	39
2.7. Regulación de la Patria Potestad	40

CAPÍTULO 3. EL RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS

3.1 Concepto de Régimen de Visitas	42
3.1.1. Sujetos en el Régimen de Visitas.....	45
3.1.2 Efectos del Régimen de Visitas.....	46
3.2. Origen del Régimen de Visitas	48
3.3. Controversias Sobre el Estado Civil de las Personas y del Derecho Familiar	49
3.3.1. El Divorcio	51
3.3.1.1. Efectos después de consumado el divorcio	55
3.3.2. Guarda y Custodia.....	56
3.3.2.1. Los alimentos	58
CAPÍTULO 4. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR	
4. Concepto.....	69
4.1. Regulación del principio de interés superior del menor.....	71
4.1.1. Convención sobre los derechos del niño.....	72
4.1.2 Fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	76
4.1.3 Apoyo en la Ley General de los Derechos Niñas, Niños y Adolescentes.....	80
4.1.4. Apoyo en el Código Civil para el Estado de México.	82
4.1.5. Apoyo en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México..	83
CAPÍTULO 5. EL INCUMPLIMIENTO AL RÉGIMEN DE VISITAS	
5.1. Planteamiento del problema.....	88
5.2. Hipótesis.....	94
5.3. Propuesta	117
CONCLUSIÓN	127
BIBLIOGRAFÍA	129

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a las necesidades de la sociedad, actualmente existe, en el ámbito del derecho, una protección más amplia respecto del cumplimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes. El objetivo que se busca radica en que este sector de la población cuente con un desarrollo integral, por ello, se ha integrado un principio que se ha convertido en el eje rector al momento de emitirse alguna resolución en la que se vean involucrados menores de edad, por consiguiente, las modificaciones que se han realizado a los ordenamientos reguladores de derechos de niñas, niños y adolescentes, han ido variando para lograr el cumplimiento de los derechos de este sector y como consecuencia lograr que se cumpla su principio de interés superior, el cual, si bien busca tener una protección amplia de niñas, niños y adolescentes, siguen existiendo brechas en la legislación que no permiten se cumpla cabalmente este imprescindible principio.

El principio del Interés superior del menor encuentra su regulación en diferentes ordenamientos, tanto nacionales como internacionales y en nuestra entidad se puede apreciar su alusión desde las leyes fundamentales hasta las leyes básicas, haciendo que su aplicación sea obligatoria. Unos de estos ordenamientos son el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles ambos del Estado de México, en los cuales se regulan diferentes figuras, así como los derechos y obligaciones de los integrantes de la familia, mismos que deben cumplirse en todo momento, por ello, aun y cuando los padres deciden separarse y en su caso tramitar un divorcio, se establece la forma en la que se cumplirán.

Cuando la familia se desintegra y se lleva a cabo un procedimiento ante autoridad judicial, de acuerdo a las facultades que se le otorga al juzgador así como a lo previsto en la legislación, es decir en atención del interés del o los menores hijos, el impartidor de justicia tiene que determinar el sentido de la acción intentada, pero a su vez tiene que velar por el cumplimiento de los derechos del infante en donde destacan la fijación de una pensión alimenticia, la guarda y custodia de los menores y el establecimiento de un régimen de visitas para el padre que salga del domicilio familiar, por otro lado, si no existe causal que afecte

al menor, el establecimiento de la patria potestad para ambos padres. De los derechos antes descritos estos tienen que establecerse sí o sí, pues son elementales para el desarrollo del menor hijo. Los alimentos porque se requieren para la subsistencia, la guarda y custodia porque requieren de alguna persona para su cuidado y en lo que respecta al régimen de visitas, se considera una figura indispensable para la integración del menor con sus padres aun cuando deja de vivir con estos. En el Código Civil del Estado de México no existe una causal para su terminación, sino que por el contrario, si existe un hecho que haga perjudicial para el infante la continuidad del régimen de visitas y convivencias busca se erradique esa conducta y una vez hecho lo anterior se reanuda éste. De lo anterior se aprecia que el legislador busca que aun cuando exista una separación por parte de los progenitores se cumplan con las obligaciones de crianza de padres a hijos, y por ende el padre que se encuentra ausente pueda y deba estar pendiente del desarrollo físico, moral y psicológico de sus descendientes, por ello el juzgador satisface cada uno de estos puntos con las medidas que estima al momento de emitir su resolución.

Cuando se incumplen los derechos de niñas, niños y adolescentes puede emitir sanciones a efecto de satisfacerlos, tal es el caso de la patria potestad, esta se suspende o se pierde si se configura alguna causal establecida en el Código Civil, mismas que se enfocan en la eliminación de una afectación al infante. En lo que respecta a los alimentos estos no pueden dejar de cumplirse y es por ello que su incumplimiento conlleva una sanción que incluso puede llegar a ser de índole penal, mientras que en el caso de la Guarda y Custodia puede darse por terminada si se acredita el incumplimiento de las funciones que ésta figura conlleva. Pero en lo que respecta al régimen de visitas y convivencias, aun y cuando regula un derecho de los infantes, no se contempla alguna sanción por su incumplimiento.

Al infringir un régimen de visitas y convivencias establecido por un juzgador, aparte de incumplir un mandato judicial, se deja en estado de abandono al descendiente, abandono físico que violenta en perjuicio del menor varios derechos que le asisten, como el de convivencia, traduciéndose a un sentimiento de

desprecio que afecta al descendiente ante la falta de la presencia de alguno de sus progenitores, sin dejar de lado el hecho de que el progenitor ausente incumple con su obligación de crianza, misma que se encuentra prevista en leyes nacionales e internacionales.

Ahora bien, aunque cada caso es concreto, al no existir una regulación que sancione el incumplimiento al régimen de visitas y convivencias, en ocasiones los padres ausentes del domicilio familiar se limitan únicamente a otorgar el aporte económico que el juzgador le impuso, dejando de lado la obligación de crianza que tienen hacia con sus hijos, vulnerando diversos derechos que tienen los menores hijos así como su desarrollo integral que se sustenta con el principio del interés superior del menor y que tanto se intenta salvaguardar para que niñas, niños y adolescentes cuenten con un crecimiento saludable y armonioso tanto físico como mental, luego entonces, si se considera que los alimentos tienen como finalidad propiciar el sano desarrollo físico e intelectual de los menores, se debe de tomar en cuenta, que la presencia de ambos padres es indispensable para que el menor tenga un desarrollo físico y emocional correcto, por ello, el solo aporte económico, es insuficiente para alcanzar el objetivo que el legislador pretende, haciéndose indispensable que se regule la ausencia del progenitor, cuando se le ha establecido un régimen de visitas. Considerándose prudente como medida eficaz la posible suspensión y en su caso pérdida de la patria potestad, así como la obligación de la reparación del daño causado derivado de la ausencia del padre sin justa causa, esto mediante la propuesta de adición de una fracción al Código Civil del Estado de México en el apartado de la patria potestad. Y para poder llegar a esa conclusión se llevará a cabo el método jurídico y comparativo. Desarrollando cinco capítulos primeramente se desarrollarán los antecedentes históricos de la patria potestad, así como su alcance actual en diferentes países, posteriormente se desarrollan las generalidades de la patria potestad y su regulación, para continuar con las generalidades del régimen de visitas y convivencias. Seguido de esto se estudiará lo relativo al principio rector de la presente investigación que es el principio del interés superior del menor y por último se concatenaran cada uno de las capitulaciones para comprobar si se cumplió la hipótesis y en caso afirmativo

detallar la propuesta que se tiene respecto de la sanción que se debe de tener en el caso del incumplimiento al régimen de visitas.

CAPÍTULO 1

ANTECEDENTES SOBRE LA PATRIA POTESTAD

1. LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD, SU EVOLUCIÓN

La institución de la patria potestad ha sufrido a lo largo de la historia dramáticos cambios, pasando de ser un poder absoluto que el padre de familia ejercía sobre su descendencia a una institución protectora de la persona y bienes de los menores de edad, la autora Sara Montero refiere al respecto que “históricamente la patria potestad ha tenido un proceso donde se ha debilitado la autoridad paternal que ejercía este sobre sus descendientes, pasando a ser una institución protectora de sus menores hijos”¹. La autora hace dicha mención, en razón de que en un principio las sociedades primitivas eran una constitución de fortaleza, es decir, de unión familiar con un enfoque de carácter religioso.

A los dioses tenía que rendírsele pleitesía*, pues se creía que de ellos emanaba la vida, la muerte, la enfermedad el sustento o la desgracia y derivado de ello, quien tenía el poder absoluto en los hogares era el padre de familia. En los tiempos antiguos, al ser el representante de toda la familia el padre, a éste se le otorgaba un gran poder que le permitía tener imperio sobre todos los integrantes, sobre las decisiones y sobre todas las figuras jurídicas, y la patria potestad no era la excepción, por lo que, era ejercida por el padre de la familia. Por ello, si se analiza a detalle los antecedentes históricos de las civilizaciones y pueblos anteriores, se puede apreciar que en cada uno de ellos se ve reflejado el poder absoluto del paterfamilias.**

En el pueblo romano, el cual ha sido la base para establecer las leyes de diferentes entidades, así como de otras prácticas, existía una organización patriarcal, por lo que, la patria potestad era de carácter absolutista, sin embargo a

¹ Montero Duhalt, Sara, *Derecho familiar*, México, Porrúa, 1985, p. 340.

* Rendimiento, muestra reverente de cortesía.

** En la antigua Roma y, por extensión, en la actualidad, jefe o cabeza de familia.

lo largo de los años el derecho tanto público como privado, ha cambiado considerablemente permitiendo que:

“La vida familiar, que es uno de los ámbitos más íntimos y privados del humano, reciba la influencia y la intervención estatal, ya otorgando licitud a las relaciones entre los sujetos, ya imponiendo normas imperativas o prohibitivas. De las instituciones del derecho familiar es precisamente la patria potestad, una de las más reguladas por el orden jurídico.”²

Por lo que las personas ahora son sujetos de derechos y obligaciones y no únicamente de los primeros. Actualmente la patria potestad es una figura que se encuentra regulada, y que prevé como principio rector, el del interés del menor, y en lo que hace al derecho familiar existe una intervención del Estado, volviéndola una figura de interés general, permitiendo la salvaguarda y protección física, psicológica y económica, de aquellos que por razón de su edad o condición no se encuentran en óptimas condiciones para procurarse por sí mismos, logrando así que el legislador actual pugne, por los intereses de los menores de edad y que estos se encuentren protegidos.

En la antigüedad para los pueblos la patria potestad, era utilizada con la finalidad de otorgar poder al padre de familia, sin embargo en algunos casos hay pequeñas variantes dependiendo del país, por lo que, con la finalidad de tener un pequeño enfoque de esta institución se estudiará los significados de la patria potestad para cada sociedad.

1.2. En el Derecho Romano

Resulta inobjetable que el pueblo romano alcanzó una perfección jurídica admirable, logrando que infinidad de instituciones fueran ideadas de una forma tan perfecta, que hasta la fecha siguen rigiendo sin cambios sustanciales, heredando su sabiduría, a pueblos como el mexicano. Una de las instituciones que ha llegado

² Montero Duhalt, Sara, *Derecho familiar*, México, Porrúa, 1985, p. 340.

a nuestros días es la patria potestad, desde luego que su visión inicial ha variado, así como han cambiado las costumbres y las leyes.

Los estudiosos del Derecho Romano, han realizado profundas investigaciones que nos ilustran respecto de la trascendencia y evolución de su concepto, ya que, de representar un poder absoluto del padre de familia sobre su descendencia, pasó a ser una institución que pretende salvaguardar a los menores hijos.

En el derecho romano, a diferencia del derecho moderno, la patria potestad o derecho del jefe (como se llamaba en ese entonces), era la base de la familia, es decir, no era una potestad con la finalidad de la salvaguarda y educación de los hijos, sino que “era una institución de derecho civil consistente en el poder que tenía el jefe de la familia sobre sus descendientes”³, poder que de manera casi ilimitada ejercía el padre de familia sobre sus descendientes, mismo que se ejercía hasta la muerte.

Con este pequeño análisis se puede decir que en la antigüedad la patria potestad era entendida como el “poder disciplinario que tenía el padre o el abuelo casi ilimitado sobre el hijo”⁴ hasta la muerte del paterfamilias. El paterfamilias tenía muchas atribuciones sobre sus hijos y al decir que era ilimitado se refería a las facultades que se le otorgaba, como el *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte); *el ius exponendi* (derecho de exponer); *ius vendendi* (derecho a la venta), en esta última atribución “el paterfamilias (podía) vender al hijo mediante la mancipatio*, entonces el comprador adquiere el mancipium** sobre el hijo vendido y podrá manumitirlo*** como se hace con un esclavo, hecha la manumisión el hijo recaerá en la patria potestad de su paterfamilias”⁵. Si el padre vendía a sus

³ Sáinz Gómez, José María, *Derecho romano I*, México, ed Limusa, 2000, p. 181.

⁴ Padilla Sahagún Gumesindo, *Derecho romano*, México, 3 ed. McGraw-Hill/Interamericana, S.A. de C.V. México, 2004, p. 46.

* Modo formal y solemne de transmitir la propiedad de las cosas mancipables.

** Autoridad que puede ejercer un hombre libre sobre otra persona que también es libre.

*** Dar libertad a un esclavo.

⁵ *Ídem*.

descendientes y el hijo era vendido por 3 veces y manumitido otras más, se convertía en sui iuris (persona con capacidad jurídica).

En la época clásica, la venta era permitida para obtener la emancipación la adopción y la noxae deditio*, pero en la época de Justiniano, únicamente se permitía la venta de hijos en caso de extrema necesidad.

Se puede apreciar, que para el pueblo romano el derecho del padre de familia era considerado por encima del de los hijos, pues incluso tenía la facultad de venderlos; actualmente esta situación resulta realmente grotesca, aunque habrá que comprenderla en su justa dimensión, sin prejuzgar dada la moral y las costumbres de la época, pero cabe destacar que dicho poder tenía algunas facultades y limitaciones, como es:

- El padre o abuelo tenía un poder disciplinario, casi ilimitado sobre el hijo podía incluso matarlo (ius vitae necisque), aunque, en caso de llegar a este extremo, sin causa justificada el paterfamilias se exponía a que se le aplicará una sanción.
- Los hijos no podían ser titulares de derechos propios, pues todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del paterfamilias, principio que fue suavizado, poco a poco, con la independencia de los hijos, y por la creciente frecuencia de la emancipación.
- Los hijos varones podían ser propietarios del peculio castrense** obtenido por su actividad militar, sin embargo con Constantino se añade a este privilegio un derecho análogo respecto del peculio quasi-castrense, obtenido por el ejercicio de alguna función pública o eclesiástica por el hijo. Además, este emperador concedía al filiusfamilias*** la propiedad de los bienes adquiridos por la sucesión de su madre, sus abuelos, etcétera.

* Facultad concedida a quien tiene potestad sobre el autor de un delito para que le entregue a la víctima, que por causa del delito adquiere sobre el delincuente un verdadero derecho.

** Bienes filiales por razón del servicio militar o de las campañas.

*** Hijo sometido a la patria potestad.

Durante la historia del derecho romano, poco a poco se fueron suavizando las ilimitadas facultades que tenía el paterfamilias sobre sus hijos, sin embargo, en lo que hace a la patria potestad, existen ciertas características, fuentes y formas de terminación de las mismas, que a la fecha se siguen utilizando, de ahí la importancia de su mención, por ser base del derecho actual mexicano. En lo que hace a las características de la potestad patria o patria potestad se observaban las siguientes:

- a) Se ejercía sólo por ciudadanos romanos sobre sus descendientes.
- b) Tenía por objeto el interés del jefe de la familia, en ese sentido todos los derechos estaban de su parte y todas las obligaciones de parte de los sometidos a ella.
- c) Le correspondía la patria potestad al ascendiente de sexo masculino de más edad (podía tratarse del abuelo a bisabuelo, quienes la conservaban mientras vivían).
- d) Al estar sujeto a la patria potestad, esta no sufría modificaciones en razón de la edad o del matrimonio de los hijos.
- e) Nunca podía ser ejercida por la madre.

En lo que respecta a las fuentes de la patria potestad en el Derecho Romano eran precisas y específicas, por lo que la misma se obtenía por las siguientes causas:

- 1) **Por nacimiento:** Los hijos nacidos ex iustis nuptiis (de justas nupcias) se encontraban bajo la potestad del paterfamilias. Al hablar de hijos de matrimonio justo se refería a aquellos menores que nacían después de seis meses de haberse contraído el matrimonio, meses que se contaban a partir de la celebración del matrimonio, así mismo se hablaba de este supuesto cuando los hijos nacían dentro de los diez meses después de la disolución de un matrimonio. Los hijos que eran nacidos fuera de matrimonio (justo son) eran considerados sui iuris ya que la mujer no tenía potestad sobre sus descendientes.

2) **Adoptio (adopción):** Mediante la adopción, un paterfamilias podía adquirir la patria potestad sobre el hijo de otro paterfamilias. Cualquier alieni iuris (bajo el derecho de otro) podía ser adoptado, sin distinción de sexo o edad. En el caso de los varones, estos podían adoptar, aun siendo solteros, mientras que las mujeres no podían ejercer la patria potestad y mucho menos adoptar.

El proceso de adopción se realizaba a través de ventas y específicamente se realizaba mediante tres ventas por mancipatio al adoptado. En las dos primeras ocasiones, el adquirente concedía al hijo vendido la libertad, por medio de la manumisión vindicta*. En la tercera venta ya no se liberaba al hijo, sino que quedaba emancipado y por tanto sui iuris (de propio derecho). Para la adopción de hijas o nietos bastaba una sola venta. Cuando se celebraba una adopción el adoptado podía quedar en posición de hijo o de nieto del adoptante. Sin embargo, no se podía adoptar a quien previamente ya se había adoptado y después emancipado.

Con la llegada de Justiniano se modifica la adopción clásica, pues se simplifica el procedimiento de las tres ventas, bastaba que ambos paterfamilias (natural y adoptivo) hicieran una declaración ante el juez competente. En donde el adoptante debía ser 18 años mayor que el adoptado, las viudas sin hijos podían adoptar si el adoptante era un extraneus (no ascendiente del adoptado), sin embargo no adquiría la patria potestad sobre su hijo adoptivo, es decir, el adoptado no cambiaba de familia. En ambos casos el adoptado adquiría derechos a la herencia ab intestato (careciente de testamento) de su padre adoptivo, conservando este derecho también en su familia original. Esta adopción es llamada adoptio minus plena. Por el contrario, si el adoptante es ascendiente del adoptado, la adopción conserva los efectos que tenía en el Derecho clásico y se denominaba adoptio plena.

3) **Adrogatio (arrogación).** Es la adopción de un sui iuris. Mediante la adrogatio, un paterfamilias adquiere la patria potestad sobre otro paterfamilias.

4) **Legitimación.** En época clásica, sólo podía adquirirse la patria potestad por nacimiento en justas nupcias o por un acto de adopción. Posteriormente, en el

* Manumisión por juicio.

derecho postclásico se aceptó la legitimatio (legitimación) como una nueva forma de ingresar a una familia. Mediante la legitimatio los hijos habidos con concubinas pasaban a la potestad de su padre, y a su vez por casos especiales, como:

a) Per subsequens matrimonium (por matrimonio subsecuente). Cuando el padre contraía matrimonio con la concubina, adquiría la patria potestad de todos los integrantes de la familia.

b) Per oblationem curiae (por oblación a la curia). El padre se comprometía a que su hijo se hiciese decurión; es decir el responsable de la recaudación de impuestos y en caso de déficit respondía con su propio patrimonio, lo que hacía que el cargo no fuese muy codiciado.

c) Per rescriptum principis (por rescripto del príncipe). Esta figura aparece con Justiniano y se concede cuando hay hijos legítimos y el matrimonio con la concubina es imposible.

Por último, pero no menos importante tenemos las formas de terminación de la patria potestad, las cuales se daban por:

I. La muerte del pater, cuando sucedía este supuesto el hijo se convertía en esclavo o perdía la ciudadanía.

II. Por la muerte del hijo, pérdida de su ciudadanía o si se volvía cautivo, en el último supuesto si el hijo estaba en cautiverio, pero escapaba y regresaba con su paterfamilias, se consideraba que la patria potestad nunca se había interrumpido.

III. De acuerdo al derecho impuesto por Justiniano, por la designación del hijo para funciones públicas de importancia, como cónsul o prefecto del pretorio (hombre de plena confianza del emperador), etcétera.

IV. De acuerdo al derecho antiguo, cuando el hijo se hacía sacerdote de Júpiter* y la hija virgen vestal**.

V. La entrega en adopción del hijo o la adrogatio del paterfamilias.

* Sacerdote romano que formaba parte del colegio de los flamines.

** Sacerdotisas que servían a la diosa romana del hogar, Vesta.

VI. Por casarse una hija cum manu (estar bajo potestad).

VII. Por disposición judicial, como castigo al padre, por vender al hijo en caso de crisis económica.

VIII. Por emancipación, que como se vio, consistía en el acto por el cual el jefe de familia provocaba la salida, al hijo, de su potestad, combinando la manumisión y la emancipación, para volverlo sui juris.

Como más adelante se verá, la institución de la patria potestad ha conservado algunas de sus características en los países que siguieron el derecho romano, por lo que sigue siendo adquirida por el nacimiento o por adopción, la ejercen en principio los ascendientes y se pierde por la muerte del sujeto activo o pasivo, aunque existe un enfoque diverso, son estas algunas de las enseñanzas que ha heredado el Derecho Romano respecto de esta institución, mismas que aún siguen vigentes.

1.3. En el Derecho Francés

En lo que hace al derecho familiar, en Francia existía un desfase en la legislación y las necesidades del país, perturbaba a los legisladores que lo regulado en su ley fuera distinta a la realidad, por lo que han realizado diversas modificaciones a sus legislaciones en lo que hace al derecho de familia. En un principio la patria potestad era concebida como el poder absoluto que se le otorgaba al padre sobre sus hijos, sin embargo se buscaba que existiera una regulación en torno al derecho de familia.

En el año de 1792, la Asamblea Nacional en Francia hacía su primera aparición y en torno a esta materia introduce la figura del divorcio por acuerdo mutuo en donde destaca la igualdad entre los conyuges.

En 1804, con la promulgación del Código de Napoleón se deroga dicha figura y la misma es restablecida hasta el año de 1975.

En el año de 1970 se dicta la ley 70-459, la cual confería a las progenitoras la misma autoridad que tenían los padres sobre sus hijos, desaparece la

puissance paternelle (potestad paterna o patria potestad) y cambia a la de autoridad parental. A partir de esta reforma se le da una amplia importancia a la vida familiar y se crea un reconocimiento al principio de igualdad entre los padres para poder ejercer la autoridad parental.

En la década de los 90, se aplica la Convención de Derecho del Niño, lo que tuvo como consecuencia la adaptación del Código Civil Francés, obligando a cambiar el eje del derecho familiar y llevándolo a la par con el interés superior del menor.

A partir del año 2010 a la fecha se plasma la noción de *résidence alternée* (custodia compartida) asegurando un ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, permitiendo el equilibrio del ejercicio de las facultades y deberes de ambos padres y dando prioridad a la igualdad entre los ascendientes por lo que, incluso se equilibran las facultades y deberes del padre no custodio.

1.4. En el Derecho Español

En España, al igual que en los países regidos por el derecho romano, la patria potestad no expresaba otra cosa que la soberanía del jefe de familia respecto de los hijos, lo que subsistió por mucho tiempo, hasta llegar a los momentos actuales en los que se conciben a la potestad patria como una función en beneficio de la descendencia y no como derecho del padre. En este tiempo, los padres pueden ejercerla conjuntamente a excepción de que se le haya suspendido o privado el ejercicio a uno de los progenitores, o en el caso de circunstancias especiales por defecto, ausencia, imposibilidad o incapacidad del otro progenitor para que la pueda ejercer. En este país se entiende como patria potestad a la relación entre padres e hijos generadora de derechos y deberes recíprocos, siempre en beneficio y amparo de los hijos. Esta figura se encuentra actualmente regulada por el Código Civil Español, en su Libro Primero, Título VII, De las relaciones paterno-filiales, de donde se pueden observar las siguientes características:

- a) Constituye ante todo, un deber u obligación que no puede excusarse, debiendo realizarse personalmente.
- b) Tiene carácter inalienable, únicamente se puede transferir a través de la adopción.
- c) Representa un deber positivo de tracto continuo, que exige y requiere un despliegue eficaz y constante de una conducta que llene el cometido de la patria potestad.

En el código Civil de este país podemos encontrar reguladas las facultades que traen inherentes la figura de la patria potestad, y el principal objetivo es que los padres velen por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarles y administrar sus bienes y en el caso de que lo menores ya puedan ser oídos tendrán que escucharles para tomar decisiones judiciales.

Ahora bien, si por un lado existe un apartado que permite proteger el interés del menor también existe uno que señala el deber de los menores de procurar respeto y obediencia a los padres, por lo que existe un pequeño espacio legislativo que señala las obligaciones del hijo, tales como el deber de “obedecer a los padres mientras permanezcan bajo su potestad, respetándoles siempre, y contribuir equitativamente, y según las posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares, en tanto conviva con ellos”⁶.

La patria potestad es de orden público por lo que en esta institución puede existir intervención judicial a petición del hijo, pariente o el Ministerio Fiscal, para dictar medidas cautelares que aseguren la prestación de alimentos si los padres la incumpliesen; o en su defecto prevenir las perturbaciones hacia el hijo por cambios en la titularidad de la patria potestad y en general todo aquello que se considere oportuno para evitar se le cause un perjuicio al menor. En el supuesto de que exista un conflicto entre el menor y sus progenitores se le nombra un defensor judicial, y si el conflicto es con uno solo de los progenitores, éste queda excluido del ejercicio de la patria potestad hasta en tanto se resuelva el conflicto.

⁶ Martínez Esteruelas, Cruz, *Diccionario jurídico espasa*, España, Espasa Calpe, 1998, p. 729.

La patria potestad, en el caso del derecho español, es de carácter personal por lo que, si el padre es menor de edad a él le corresponde dicho ejercicio, con la asistencia de sus propios padres, tutor o del juez según sea el caso, siendo, los padres inicialmente los representantes legales de los hijos. Sin embargo, también existen excepciones que permiten que la patria potestad no sea ejercida por sus progenitores, tales como:

- a). Cuando existan actos relativos a derechos de la personalidad del hijo que pueda realizar por sí mismo, por sus condiciones de madurez.
- b). Cuando existan conflicto de intereses entre padres e hijos.
- c). Cuando existan bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Respecto de la facultad patrimonial concedida al o los padres que ejercen la patria potestad, estos mismos son los administradores de dichos bienes, excepto:

- 1.- Si existen bienes adquiridos a título gratuito, y el testador hubiese ordenado se excluyera a titular de la patria potestad sobre la administración de los bienes.
- 2.- Respecto de aquellos bienes adquiridos por sucesión en que el padre o la madre, o ambos, hubiesen sido legalmente desheredados.
- 3.- Respecto de los bienes adquiridos por el hijo, producto de su trabajo.
- 4.- Si así lo acordase el juez.

En el caso de España, la patria potestad puede privarse, extinguirse o suspenderse, y, para ello, tiene que cumplirse ciertos supuestos que se encuentran establecidos en su legislación. Si la patria potestad se priva para alguno de los padres, las facultades respecto de sus hijos se suspenden mas no así sus deberes. Y la privación de la patria potestad procede únicamente, cuando se ha declarado por sentencia firme, dictada en el proceso relativo al incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad. La exclusión de la patria potestad puede operar cuando el progenitor es condenado por sentencia penal firme. Por otro lado, se extingue o suspende cuando existe:

- a). Muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo.
- b). Emancipación del hijo.
- c). Adopción del hijo.

En el supuesto de que los menores hayan sido declarados incapacitados por sentencia firme, la patria potestad se declara como necesaria hasta la mayoría de edad del menor.

1.5. En el Derecho Mexicano

México es un país que ha seguido las enseñanzas del derecho romano, por lo que, la figura de la patria potestad en los primeros años se refería al poder del padre que tenía sobre sus hijos y, la familia se regía por él y nadie más. La institución de la patria potestad, cuyo concepto inicial era facultad o poderío, se ha ido modificando a través del tiempo, esto en razón de que con el devenir de los años, han cambiado las costumbres, la moral, la ciencia y la sociedad. Actualmente, el término patria potestad, solo conserva el nombre, mas no la figura conceptual, ya que, ésta institución, en estos tiempos, no otorga un poder sobre los hijos, sino que se refiere a las facultades y deberes que deben de cumplirse respecto de sus descendientes. Misma que puede ser ejercida únicamente en igualdad por ambos progenitores, en algunos casos, solo por uno, o, en casos excepcionales es ejercida por otros familiares. Esta institución ahora busca que todos los derechos de los menores sean ejercidos y cumplidos sin excepción alguna, lo cual ha obligado que el enfoque de esta figura sea el de la salvaguarda y protección de los intereses de los menores, quienes justamente requieren la debida protección del Estado, lo que se verá reflejado en la legislación, logrando que sean creadas diferentes regulaciones y actualizaciones de las leyes ya existentes, para permitir que los menores tenga pleno ejercicio de sus derechos.

En el Estado de México la figura de la patria potestad se encuentra regulada en el Código Civil de esta entidad dentro del Libro Cuarto, Título Séptimo Bis, artículos 4.200 Bis al 4.248. Este apartado se encuentra dividido en tres capítulos,

los primeros dos hablan sobre los efectos de la patria potestad y el último sobre las formas de terminación y así mismo, en los dos primeros capítulos, se puede encontrar todo lo relativo a los derechos y obligaciones que se tiene con los menores hijos en relación con su persona y con sus bienes.

En razón de que en la patria potestad y en todos los derechos inherentes al menor, están de por medio su persona y su patrimonio, la figura de la patria potestad cuenta con ciertas características, siendo esta un cargo de interés público, irrenunciable, intransferible, imprescriptible, temporal, excusable. Al hablar de interés público, se refiere a la potestad que tiene cualquier familiar, el Ministerio Público, o aquel que tenga un interés para intervenir en los casos relacionados con la afectación de algún interés del menor, permitiendo que el conjunto de deberes y derechos que componen esta institución sean considerados de interés público.

La patria potestad al ser una institución que se adquiere por el vínculo que existe entre los padres y sus descendientes y el cual trae consigo obligaciones y derechos sobre los hijos y en atención al interés de los menores, no se puede renunciar a ella, “pues implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo”⁷. Las relaciones de carácter familiar son de carácter personalísimo, y no pueden ser objeto de comercio o transferirse, y la patria potestad no es la excepción esta tiene que ser ejercida por los progenitores y no por otra persona, salvo excepciones especiales como la adopción o en el caso de que, mediante resolución judicial, así se resuelva. De ahí en fuera, no existe otra forma de transmitir la patria potestad. En el supuesto de que quien la ejerza muera o se imposibilite para cumplirla, la ley señala expresamente qué sujetos deben asumirla, por lo que no es una institución transferible.

1. La patria potestad no se adquiere ni se extingue por prescripción. Aquel sujeto que, sin ser padre o madre o ascendiente, protege y representa de hecho a

⁷ Montero Duhalt, Sara, *Derecho familiar*, México, Porrúa, 1985, p. 342.

un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo. Esta institución solo se adquiere por algunas de las figuras previstas en la ley.

2. Al hablar de temporalidad, nos referimos al plazo en el cual se ejercerá la patria potestad sobre los menores de edad. El plazo máximo de ejercicio de la patria potestad es hasta los dieciocho años, que es la edad en la que los hijos son mayores de edad, de acuerdo con el art. 4.339 del Código Civil del Estado de México.

3. El ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes que pueden resultar sumamente fatigosos para las personas agotadas por la edad o por la mala salud. La ley permite que, en ciertas circunstancias, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla. Estas circunstancias son dos:

1.1 Cuando el que ejerce la patria potestad tiene sesenta años cumplidos.

1.2 Cuando por el mal estado habitual de salud no puede atender debidamente a su desempeño.

Quien ejerce la patria potestad o deba de ejercerla y se encuentra en alguno estas dos condiciones, pueden excusarse de cumplir ante el juez de lo Familiar, la autoridad determinará quién debe entrar en el cargo si existe alguna de las personas que señala la ley como obligadas al respecto, como padres o abuelos y si esto no es posible, se le nombrará al menor un tutor.

Al existir formas de excusarse del ejercicio de la patria potestad, se podría decir que, la institución aquí estudiada “es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber, sin embargo no quiere decir que los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de sesenta años o su salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente”⁸.

Se puede apreciar que la patria potestad ha sufrido diversos cambios, pasando de ser protectora del poder paterno como ocurría en Roma, a la tutela de

⁸ Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, p.344.

los intereses de los menores de edad como ocurre en la legislación actual del Estado de México y en toda la República Mexicana, la cual tiene que buscar el interés superior de los menores y en consecuencia hacer que se cumplan al pie de la letra las obligaciones con los menores hijos, garantizando el ejercicio del principio del interés superior del menor, que garantiza el cumplimiento de un desarrollo físico y mental de calidad.

CAPÍTULO 2

GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD

Ahora que se tiene una noción de los orígenes y cambios de la patria potestad, se puede enfocar el estudio de esta Institución en el derecho Mexicano. En México, la patria potestad se encuentra regulada en los diversos códigos sustantivos familiar o civil, dependiendo de la regulación jurídica de cada entidad federativa, al igual que en la investigación de diversos autores, por lo que, en el presente capitulado se analizan las generalidades de la institución de la patria potestad.

2. Patria Potestad

La patria potestad reglamentada en un principio en Roma, se refería al poder que tenía el paterfamilias sobre sus hijos y sobre toda la familia en general, ningún integrante de la familia ostentaba derechos, a excepción de aquel que era el jefe de la familia. En la actualidad, esa concepción ha cambiado, por lo que, esta figura ahora se entiende como un conjunto de derechos y obligaciones conferidos a los padres respecto de sus hijos y sus bienes, con el fin de garantizar el desarrollo integral de los hijos. Es decir, la patria potestad se define como el:

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

En el ejercicio de la patria potestad se tiene como objetivo la protección integral del menor en sus aspectos físico, psicológico, moral y social; la guarda y

⁹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho familiar*, México, ed. Oxford, 2009, p. 267.

custodia, la administración de sus bienes, el derecho de corrección así como su representación legal. Por ello la figura de la patria potestad, ya no es considerada como el conjunto de derechos que tiene el progenitor sobre sus descendientes, sino que es también una serie de obligaciones a cargo de los padres en pro de los hijos, derechos y obligaciones que se encuentran reguladas con la finalidad de garantizar el interés superior de los menores. Como interés superior del menor, se debe de entender a la prioridad que se debe dar a los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes, sobre el de cualquier otra persona. En razón de ello, dicha figura es de orden público, por lo que debe de tener un cumplimiento incondicional y el legislador tiene el deber de vigilar su cumplimiento.

La maestra Sara Montero, señala que la patria potestad “es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad”¹⁰. En esta concepción se señala un aspecto muy relevante, la filiación, la cual es la causal de que se genere la patria potestad, misma que se detallará en líneas posteriores.

De acuerdo a los conceptos mencionados, se tiene que, la patria potestad es la facultad que tienen los padres sobre sus hijos menores de edad, dirigida a procurar el bienestar físico y emocional, brindándoles protección y representación, así como garantizar un sano desarrollo, en donde se les provea de una formación espiritual, psicología y sociológica completa y eficiente, procurando el interés superior del menor, institución que tendrá vigencia hasta que cumplan la mayoría de edad y la cual se deriva de un vínculo reconocido jurídicamente.

2.1. Naturaleza de la Patria Potestad

Como se mencionó en líneas anteriores, la patria potestad tiene fuentes que permiten el nacimiento de dicha institución, es decir, el surgimiento de esta figura se genera a través de un vínculo entre el menor que se encuentra sujeto a la patria potestad y la persona que la ejerce, en donde el vínculo puede ser biológico

¹⁰ Montero Duhalt, Sara, *Derecho familiar*, México, Porrúa, 1985, p. 340.

o jurídico, permitiendo que se reconozca ante la ley la facultad de ejercer la patria potestad con los derechos y obligaciones que trae inherentes. Por lo que es importante analizar cómo es que surge la patria potestad.

2.1.1. Familia

La concepción de familia ha sido utilizada desde tiempos muy antiguos y es empleada por diferentes ciencias. En el derecho también tiene uso, tan es así, que existe la materia familiar, misma que se encuentra regulada por el derecho civil.

Etimológicamente encontramos que la palabra familia viene del latín, palabra derivada de “*fámulos*” que significa sirviente o esclavo. La palabra familia se refería al patrimonio que estaba bajo el dominio del pater familias, el cual incluía a los parientes y a los esclavos de la casa. Desde el punto de vista jurídico, la familia en sentido estricto, es definida como “el grupo formado por la pareja, sus ascendientes y sus descendientes, así como por otras personas unidas a ellos por vínculos de sangre, matrimonio, concubinato o civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y obligaciones”¹¹.

La definición de familia, en razón de los cambios que han habido en la sociedad, ha tenido que modificarse y crear una definición más amplia que permita ajustarse a los hechos actuales que vive la sociedad, permitiendo así que al hablar de familia se entienda como la:

“(Constitución de) dos o más personas que comparten una vida material y afectiva, en la que se dividen las tareas y las obligaciones, por cuanto hace a la satisfacción de aquellas actividades que permiten su subsistencia, desarrollo y calidad de vida integral; así como la convivencia solidaria, de la ayuda mutua y el apoyo moral y afectivo, dirigido todo ello a lograr y

¹¹ Pérez Contreras, María de Monserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Nostra Ediciones, 2010, p. 23.

procurar el desarrollo personal e integral para todos los miembros del grupo familiar.”¹²

Es importante destacar que, de la familia nacen relaciones o vínculos entre cada uno de los integrantes, estos vínculos pueden ser consanguíneos o por afinidad. En el derecho, derivado de los vínculos antes mencionados nacen relaciones de familia, de las cuales se genera un:

“Conjunto de deberes, derechos y obligaciones que existen y son exigibles, en razón de los vínculos jurídicos generados por el derecho, entre sus integrantes. Dichos vínculos se generan como consecuencia o efecto del matrimonio, el parentesco o el concubinato. Los supuestos jurídicos sobre los que descansan las relaciones familiares y que son elementos fundamentales para el sano desarrollo integral de la familia son la consideración, la solidaridad y el respeto recíprocos entre sus miembros.”¹³

De ahí que la familia sea una de las bases que permiten que se generen vínculos entre cada uno de sus integrantes, cada vínculo es creado de diferente forma, y al hablar de la institución de la patria potestad, interesa saber las generalidades del parentesco, pues de esta figura se deriva la institución motivo de la presente investigación.

2.1.2. Parentesco

Al hablar de parentesco, se refiere al vínculo que se reconoce jurídicamente entre los miembros de una familia. Las fuentes de este parentesco son el matrimonio, la filiación y la adopción. Cada fuente genera una clase de parentesco, por lo que “el matrimonio es fuente del parentesco por afinidad; la filiación, por consanguinidad, y (la adopción del parentesco civil)”, pero para efectos del presente trabajo al estar hablando de la patria potestad, sólo se

¹² *Idem.*

¹³ *Ibidem*, p. 24.

abordarán la filiación y adopción, no sin antes especificar qué es o qué se entiende por parentesco.

Por parentesco se entiende a los nexos reconocidos jurídicamente entre los miembros de una familia, y específicamente se refiere, al “vínculo jurídico entre dos personas en razón de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción”¹⁴, dicha relación se organiza en líneas y se mide en grados. Al ser reconocida esta relación se generan derechos y obligaciones entre los integrantes de la familia o parientes por lo que tenemos los siguientes tipos de parentesco:

- a) **Por consanguinidad:** Este parentesco existe entre personas que descienden de un tronco común.
- b) **Por afinidad:** El parentesco por afinidad es aquel que nace por el matrimonio o concubinato, y sus correspondientes parientes consanguíneos.
- c) **Civil:** Es el que se adquiere por la celebración de una adopción. El parentesco se genera entre el adoptante o los adoptantes y el adoptado.

En el parentesco por consanguinidad y afinidad se establecen líneas y grados. El grado se forma por las generaciones de ascendientes y descendientes, mientras que varios grados forman lo que se llama la línea del parentesco, estas últimas son del tipo:

Recta: La cual está compuesta por una serie de grados entre personas que descienden unas de otras, dicha línea puede ser ascendente o descendente. La línea ascendente, es la relación de una persona con su progenitor, mientras que la línea descendente, es la que relaciona al progenitor con su descendencia.

Transversal: Está línea se forma por la serie de grados entre personas, que sin descender unas de otras, provienen de un mismo progenitor o tronco común, en ésta línea los grados se cuentan por el número de generaciones.

El parentesco, es una figura que permite establecer a los parientes los derechos y obligaciones que se tienen recíprocamente, y en el caso del

¹⁴ Pérez Contreras, María de Monserrat, *op. cit.*, p. 113.

parentesco por consanguinidad y el parentesco civil se deriva la institución de patria potestad que aquí se estudia.

2.1.2.1. Filiación

El interés superior del menor es un principio que prevalece en todas las legislaciones, el cual se tiene que salvaguardar. Actualmente se establece una serie de derechos con los que los menores cuentan, entre ellos está el de identidad y dignidad, ambos están relacionados y tienen la finalidad de establecer que los menores, deben de ser reconocidos sin importar las condiciones de su nacimiento, aunado a que la paternidad y la maternidad permiten establecer efectos legales con sus descendientes y mediante la filiación se reconocen derechos y obligaciones entre dichos integrantes y se garantiza que en caso de incumplimiento, jurídicamente se obtenga el cumplimiento de los derechos de los menores.

La filiación es definida como la relación o vínculo biológico que existe entre los ascendientes y descendientes de una familia. Es decir, “la filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas en la que una desciende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de actos jurídicos”[15]. En razón de ello, a las personas que se encuentran unidas por relaciones filiales la ley les reconoce derechos y obligaciones.

La doctrina distingue diferentes tipos de filiación, la filiación legítima o matrimonial, filiación natural o extramatrimonial y filiación legitimada o reconocimiento de hijos, las cuales se definen como:

- a) **Filiación legítima:** Es la que se daba cuando los hijos eran concebidos durante el matrimonio.
- b) **Filiación natural:** Era aquella que se establecía entre padres e hijos cuando los últimos nacían fuera del matrimonio. En este supuesto la filiación se establecía automáticamente respecto de la madre, pero no así con el padre, en

este caso la filiación del padre sólo existía cuando se hacía reconocimiento voluntario o se declaraba judicialmente.

c) **Filiación legitimada:** Cuando los hijos eran concebidos antes del matrimonio, nacen durante el mismo o los padres los reconocen antes de contraer nupcias, durante las mismas o después de ellas, se hablada de filiación legitimada. El objetivo era que los hijos nacidos fuera del matrimonio lograran obtener el estado de hijo legítimo.

La clasificación que se hacía en la doctrina respecto de la filiación se daba en razón de la condición del nacimiento de los hijos o del estado civil de los padres, actualmente, la legislación busca regular las relaciones que existe entre los padres e hijos sin ninguna discriminación por la circunstancia de su nacimiento. En las relaciones familiares, hoy por hoy se tiene mayor atención al menor, pues prevalecen los deberes sobre los derechos del padre y de la madre con sus descendientes, por lo que además de que se reconozca jurídicamente el vínculo entre los descendientes y sus ascendientes se busca prevalecer el interés de los infantes.

La filiación no debe de estar sujeta a condiciones, sino que se debe de garantizar el cumplimiento de las responsabilidades de guarda, crianza y educación del menor, aunado a que de la filiación nacen derechos y obligaciones tales como, las relativas a los alimentos, la sucesión legítima, la tutela legítima y el ejercicio de la patria potestad, mismos que se generan estén o no casados lo progenitores.

Como se puede apreciar, la patria potestad es uno de los derechos y obligaciones que se genera al tener una relación filial entre los progenitores con su descendiente, por lo que, la filiación derivada del parentesco, es una de las fuentes de la patria potestad. En resumen, se puede decir que la filiación es un tipo de parentesco por consanguinidad, el cual se define como un vínculo jurídico que nace al procrear un descendiente, dicha filiación genera derechos y obligaciones con sus hijos y entre las prerrogativas y obligaciones encontramos la

patria potestad, la cual permite a su vez tomar decisiones y tener derechos sobre sus hijos.

2.1.2.2. Adopción

La adopción en los pueblos antiguos tenía la finalidad de dar descendencia a quien no la había tenido, logrando la continuación de la sucesión familiar. Por lo que, la adopción es una figura del derecho familiar muy antigua, cuyos objetivos han ido cambiado poco a poco. “La adopción es el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial (es decir) la adopción es el vínculo filial creado por el derecho”¹⁵.

En los casos de adopción, el legislador presta atención y da preferencia al interés del adoptado. Una vez que se obtiene la adopción entre los hijos adoptados y los adoptantes se crea un vínculo jurídico que establece los mismos derechos, obligaciones y prohibiciones que en el parentesco por consanguinidad, pero sólo entre el o los adoptantes y el adoptado, ya que es un parentesco civil, es decir, legalmente reconocido.

2.2. Sujetos de la Patria Potestad

En la institución jurídica de la patria potestad, al igual que en otras figuras existen sujetos que intervienen en ella. En el presente apartado se hará referencia a todos aquellos entes que participan en la relación de la patria potestad.

En el ámbito jurídico, cuando hablamos de sujetos nos referimos al sujeto que cuenta con derechos y obligaciones en una relación jurídica. Por lo que en las relaciones jurídicas existe un sujeto activo y un sujeto pasivo. El sujeto activo es aquel que tiene la titularidad de la facultad jurídica, mientras que el sujeto pasivo es el titular del deber, es decir, la obligación de cumplir el derecho del sujeto activo. En el caso de la patria potestad, son sujetos activos de la patria potestad,

¹⁵ Pérez Contreras, María de Monserrat, *op. cit*, p. 131.

el padre y la madre de forma conjunta o separada y, a falta de ambos los ascendientes en segundo grado es decir, los abuelos paternos o maternos. Cuando existan casos especiales o en casos concretos, el juez determinará a quién se le otorgará la patria potestad, siempre tomando en cuenta el interés superior del menor, pudiendo designar como los facultados para ejercer la patria potestad los familiares consanguíneos del menor hasta el tercer grado colateral. Por otro lado, en el caso de los sujetos pasivos tenemos que son aquellas personas sobre quienes recae el desempeño del cargo, es decir, los descendientes menores de 18 años.

En el caso del hijo adoptivo, la patria potestad la ejercerá únicamente la persona o personas que lo adopten. Cuando el menor ya estaba sujeto a la patria potestad y se da en adopción, esta no se generará sino que se transmite. En el caso de que el adoptado sea un menor que no estaba bajo la patria potestad de nadie, entrará a ejercerla quienes lo adopten, en este caso no se transmite, más bien se crea la patria potestad.

En el caso de los sujetos activos de la patria potestad, existen especificaciones, para algunos casos, de quién podrá ejercer dicha institución, situación que se prevé tanto en la legislación como en la doctrina. En el caso de los menores que nacen fuera del matrimonio, si:

“Ambos progenitores han reconocido y viven juntos, ejercerán conjuntamente la patria potestad. Si sólo uno ha reconocido o por cualquier circunstancia deja de ejercerla alguno de los dos padres que ha reconocido, la ejercerá el otro. Si los hijos nacidos fuera de matrimonio no han sido reconocidos por ninguno de los progenitores y si no ha habido sentencia que establezca la filiación, los hijos se considerarán de padres desconocidos, y se les proveerá de tutor.”¹⁶

Cuando exista ausencia de los padres la patria potestad podrá ser ejercida por los abuelos, en el supuesto de que vivan los abuelos paterno y maternos, ejercerá la patria potestad los abuelos paternos y en segundo lugar los abuelos

¹⁶ Montero Duhalt, Sara, *op. cit.*, p. 345.

maternos. “En todo caso, y ante la idoneidad de ambas parejas de abuelos, debiera ser el juez quien determinará a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad”¹⁷, teniendo siempre en cuenta el interés y bienestar de los nietos, quienes deberán ser escuchados en sus preferencias si ya tienen uso de razón.

De manera general, se puede concluir que los sujetos que participan en la institución jurídica de la patria potestad se clasifican en: activos, que son los que deben desempeñar el cargo, padres, abuelos o en casos excepcionales los familiares consanguíneos en tercer grado colateral, en tanto que los pasivos son representados por los descendientes, hijos o nietos que no han adquirido la mayoría de edad.

2.3. Los Efectos de la Patria Potestad

La patria potestad, como se ha explicado, tiene implícito derechos y obligaciones. Al hablar de los efectos de la patria potestad, se refiere a las consecuencias jurídicas que nacen de dicha institución, los efectos de la patria potestad se dividen en efectos respecto de la persona y efectos respecto de los bienes.

Los efectos de la patria potestad sobre la persona, regula las relaciones personales que existe entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, así como la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los progenitores.

Primeramente en los efectos sobre la persona, tenemos que, las personas que tienen una relación de patria potestad se deben de tener respeto mutuamente. El ascendiente está obligado a la guarda, custodia, manutención, crianza, educación y corrección del menor, esta última, con sus respectivas limitantes, sin que se recurra a actos que atenten contra la integridad física, psíquica o sexual de los menores. El derecho de corrección que puede ejercer la persona que detenta la patria potestad, debe de ser ejercido sin que se recurran a prácticas donde exista violencia de cualquier índole hacia los menores, aunado a que la violencia

¹⁷ *Idem.*

familiar es una causal de la pérdida de la patria potestad, y lo que se pretende es garantizar un ambiente donde prevalezca el respeto, aceptación y afecto, libres de cualquier tipo de violencia familiar.

La manutención de los menores, es otro efecto, que permite garantizar y atender todas las obligaciones que se encuentran señaladas en el rubro de alimentos, por lo que incluirá el rubro de educación, esto con la finalidad de proporcionarle preparación en algún oficio, arte o profesión que les permita subsistir por sí solos a los menores de edad.

En lo que respecta a la representación de los menores, mientras se está sujeto a la patria potestad, el ascendiente está obligado a representarlo, ya que el menor no puede celebrar actos ni comparecer en juicio. Cuando ejercen la patria potestad los padres y se requiere llegar a un arreglo, se necesita el consentimiento de la otra persona que ejerce la patria potestad para tomar decisiones.

Los padres que ejercen la patria potestad y sus menores hijos, tienen derecho de convivencia, es decir, a vivir y disfrutarse con afecto, seguridad y armonía. En México, se ha privilegiado el derecho de convivencia para los descendientes y ascendientes en razón de que se considera fundamental la convivencia de los menores con ambos progenitores. Este derecho puede ser limitado o suspendido cuando exista incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la integridad física, psicológica o sexual de los menores, sin embargo en lo que hace al incumplimiento del mismo régimen no se prevé sanción. En el caso de separación de los progenitores, la obstaculización de la convivencias con alguno de los progenitores o la manipulación de los menores por parte de uno o ambos padres es también sancionado ya que puede generar alienación parental, figura que en la actualidad el legislador busca que se erradique o disminuya, a efecto de que exista un desarrollo sano y afectivo entre padres e hijos.

En lo que hace a los efectos de la patria potestad sobre los bienes del menor, éste se refiere a la administración de los bienes y el usufructo legal de aquellos que le pertenece al menor, sin embargo es necesario saber el origen de los bienes, para poder determinar si es procedente tal facultad. Pudiéndose

clasificar en dos: bienes que el menor adquiere por su trabajo y bienes que el menor adquiere por otro título (rentas, donación, herencia, legado, etcétera).

En lo que concierne a los bienes que el menor adquiere por su trabajo, estos le pertenecen en propiedad, administración y usufructo, por otro lado en el caso de los bienes que el menor adquiere por otro título únicamente le pertenece la mitad del usufructo; sin embargo, la administración y la otra mitad del usufructo, corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad, excepto cuando el testador o donante disponga otra cosa. Cuando la patria potestad se ejerza de forma compartida, la administración quedará en manos de quien por mutuo acuerdo lo decidan, pero para los actos más importantes se tendrá que obtener el consentimiento expreso de la otra persona que detente la patria potestad.

Por otra parte, los frutos obtenidos de los bienes por medios distintos al del trabajo, la ley establece que la mitad le corresponda al menor y la otra mitad a quien ejerce la patria potestad, y se le conoce como usufructo legal. Tal usufructo puede ser renunciable por quienes ejercen la patria potestad, y se le considerará donación, los padres o quienes ejerzan la patria potestad tienen todas las obligaciones de los usufructuarios, excepto la de dar fianza. El derecho de usufructo se extingue con la terminación de la potestad, por la pérdida de la patria potestad o por renuncia de la misma.

Dentro de las limitaciones, también se encuentra la imposibilidad de enajenar y gravar los bienes que pertenezcan al menor, sólo se podrá realizar por causa de extrema necesidad o de un evidente beneficio, y previa autorización del Juez competente. Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, recibir la renta anticipada por más de un año, hacer remisión de deudas, dar fianza en representación de los hijos o dejar de rendir cuentas de su administración.

Toda vez que es necesaria la procuración de los bienes del menor, los jueces familiares están facultados para impedir que por mala administración de aquellos que ejercen la patria potestad se derrochen o se disminuyan los bienes del menor, esta facultad puede ser ejercida por el Ministerio Público, a petición de parte interesada e incluso, por el menor cuando haya cumplido catorce años. En el

caso de que las personas que ejerzan la patria potestad, tengan un interés opuesto al de los menores, se asignará un tutor que los represente fuera y dentro de un juicio.

Al término de la patria potestad, los progenitores deberán rendir cuentas sobre la administración que realizó durante su ejercicio, y la entrega de los bienes. Todo esto en razón de que el legislador busca garantizar los derechos de los menores de edad en cuanto a su patrimonio y su persona.

2.4. Las Excusas y Limitaciones de la Patria Potestad

Como se señaló con antelación, la patria potestad, en el sistema legal mexicano, es irrenunciable. Sin embargo, pueden darse hipótesis relacionadas con esta figura jurídica que permitan que la misma ya no sea ejercida, las cuales se clasifican en excusas y limitaciones.

Se entiende por excusa, al motivo o pretexto que permite evitar una obligación, en el caso de la patria potestad los supuestos en los que una persona puede eludir el ejercicio de la patria potestad sobre un menor se da cuando los que ejerzan la patria potestad o aquel que deba de ejercerla, sean mayores de sesenta años, o en su caso, cuando por un mal estado de salud no puedan desempeñar debidamente el cargo. En estos casos podrá solicitar al juez de lo familiar se les excuse de su desempeño.

En lo que hace a la limitación de la patria potestad se refiere a la restricción de quienes pueden ejercerla. Cuando una pareja decide llevar a cabo una separación o tramitar el divorcio, se establece que el ejercicio de la guarda y custodia será por uno de los padres, sin embargo la patria potestad será ejercida por ambos siempre y cuando no ocurra alguna causa que haga se limite, como es el incumplimiento de la obligación alimentaria o cuando existan actos de violencia. En el primero de los casos, en el Estado de México se suspenderá parcialmente la patria potestad hasta en tanto se dé cumplimiento a la obligación de dar alimentos a sus descendientes, mientras que en el segundo supuesto hasta que no se

corrijan las conductas y se acredite que no se pone en peligro al menor se reanudará el ejercicio de la patria potestad.

2.5. Suspensión y Pérdida de la Patria Potestad

Al hablar de suspensión de la patria potestad nos referimos al aplazamiento temporal de su ejercicio por alguno de los padres. Dicha suspensión sólo tiene cavidad por mandato judicial. Y una vez que se cumpla la condición para poder seguir ejerciendo dicha institución, se podrá recuperar.

Los supuestos con los que se puede suspender la patria potestad, son por la declaración judicial de estado de interdicción de quien ejerce la patria potestad, por la declaración de ausencia de quien ejerce dicha institución, cuando por sentencia condenatoria se imponga como pena la suspensión de la patria potestad, en el caso de quien no detente la custodia y sustraiga al menor sin consentimiento.

En lo que respecta a la pérdida de la patria potestad, esta se refiere a la supresión de la facultad de ejercer la patria potestad. Misma que se pierde únicamente mediante resolución judicial. La pérdida de la patria potestad procede cuando el que la ejerce es condenado por la comisión de un delito doloso grave, cuando el que ejerce la patria potestad realice malos tratos, violencia, o cause abandono alimentario o de guarda y custodia por más de dos meses, cuando aquellos que ejerzan la patria potestad obliguen al menor de edad al trabajo forzado, mendicidad o alguna forma de explotación y por el incumplimiento de las resoluciones judiciales.

En el caso de la pérdida de la patria potestad por incumplimiento a la obligación alimentaria esta se puede recuperar, cuando se compruebe que ha cumplido dicha obligación por más de un año y, en su caso se otorgue garantía anual.

“La pérdida de la patria potestad exige prueba plena que produzca en el juzgador la convicción de que es indispensable decretarla, y no implica la cesación de las obligaciones que tienen los ascendientes respecto a los descendientes, en

forma especial la de proporcionarles alimentos”.¹⁸ Aunado a que, en el caso de la suspensión o pérdida de la patria potestad nunca se extingue la obligación de otorgar alimentos a sus menores hijos.

2.6. Extinción de la Patria Potestad

“La extinción de la patria potestad equivale a la terminación total de su ejercicio y sus efectos, tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo”¹⁹. Las causas que extinguen el ejercicio de la patria potestad son:

- a. **La muerte del que ejerce la patria potestad:** Al ocurrir la muerte de quien ejerce la patria potestad se extingue la misma, y en el supuesto de que no exista alguien más que pueda ejercerla, deberá de nombrarse un tutor hasta que se cumpla la mayoría de edad del sujeto pasivo.
- b. **La mayoría de edad:** Con la mayoría de edad se concreta en forma automática, la extinción de la patria potestad, en razón de que al llegar a esa edad se adquiere plena capacidad para el ejercicio de los derechos, así como para el uso y disposición de todos los bienes.
- c. **Cuando quien la ejerza haya entregado voluntariamente a su hija o hijo a una institución de adopción:** Hace alusión al hecho de que quien ejerza la patria potestad de un menor lo entregue a una institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida para que sea dado en adopción.
- d. **Cuando los menores se encuentren albergados y abandonados por sus familiares:** En el caso de que el menor sujeto a patria potestad sea abandonado sin causa justificada por más de dos meses, en las instalaciones de instituciones públicas o privadas, será causa de extinción de la patria potestad.
- e. **Por la exposición que la madre o el padre hiciera de sus hijos:** En el caso de que alguno de los progenitores de la patria potestad ponga en una

¹⁸ Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *op. cit.*, p. 279.

¹⁹ *Idem.*

situación de riesgo, será causal para que proceda la extinción de la patria potestad.

2.7. Regulación de la Patria Potestad

La patria potestad es una institución que se encuentra prevista en varios países del mundo, entre ellos México. Como se mencionó, es una institución que prevalece desde años antiguos, por lo que, existen diversos autores que habla de ella y se encuentra regulada en los Códigos Civiles de cada entidad federativa, además que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido Tesis aisladas y Jurisprudencia al respecto.

La patria potestad, específicamente se encuentra regulada en todos los Códigos Civiles de la República Mexicana y en razón de la Jurisdicción de esta Investigación, en el Código Civil del Estado de México, en los Códigos se expresa los efectos de la patria potestad, las causales por las que puede acabarse, suspenderse y limitarse. Sin embargo al ser una institución que protege a los menores sujetos a ella se puede concatenar a esta institución dentro de su regulación, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México y no menos importante a la Convención sobre los Derechos del Niño, en razón de que cada uno de estos ordenamientos buscan que los niños, niñas y adolescentes tengan garantizado, contar con una familia, sean reconocidos y se les proporcione plenamente sus alimentos, estudios, cuenten con la representación y con una persona que les proteja. Que en resumidas cuentas se estaría hablando de los efectos de la patria potestad, la cual busca tengan niñas, niños y adolescentes un desarrollo integral.

CAPÍTULO 3

EL RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS

La familia, de acuerdo a lo estudiado, es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual cumple con la función de la preservación de la población, por lo que requiere de protección. En el derecho, con la finalidad de salvaguardar a este sector se ha creado una rama que vela por el interés familiar, a la cual se le llama derecho familiar o derecho de familia, mismo que es definido como “el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la familia para con ellos y frente a terceros”²⁰, es decir, “se refiere a las normas de orden público e interés social que regulan y protegen a la familia y a sus integrantes, así como su organización y desarrollo integral, sobre la base del respeto a los derechos de igualdad, no discriminación y respeto a la dignidad humana”²¹ y con la intervención de los órganos jurisdiccionales se puede obtener “la aplicación de las normas para el goce, el ejercicio, el reconocimiento y la exigibilidad de los derechos, deberes y obligaciones derivados de los vínculos familiares”²², ya que dependiendo del vínculo familiar hay distintos derechos, obligaciones y deberes mutuos, tal es el caso de los menores de edad y sus progenitores. Entre ellos existen deberes y obligaciones que deben de cumplirse, por lo que el legislador ha buscado que se garantice su cumplimiento por tratarse de un sector vulnerable, es decir se busca que se cumplan los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Sin embargo con el transcurso de los años las conductas de la sociedad han ido cambiando, obligando a que las leyes se vayan modificando. Los conflictos y desacuerdos personales, en algunas ocasiones han hecho que las familias tengan que separarse ante la imposible convivencia de los padres, obligando al Estado a

²⁰ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Nostra Ediciones, 2010, p. 21.

²¹ *Idem.*

²² Pérez Contreras, María de Montserrat, *op cit*, p. 21.

garantizar el derecho de cada uno de los integrantes de la familia, y en especial el de los menores de edad.

Al ocurrir una separación por parte de los padres, se deben de mantener las relaciones personales y de trato directo con cada uno de estos y sus hijos, asegurando así la convivencia familiar, pues aunque los padres se encuentren separados los menores deben de seguir con la convivencia de ambos progenitores para garantizar que tengan un desarrollo íntegro. En razón de estas circunstancias, los legisladores han tenido que establecer diversas instituciones jurídicas tendientes a salvaguardar los derechos y obligaciones de los progenitores con la finalidad de que éstos participen de forma activa en la crianza y educación de sus menores hijos, permitiendo que se asegure la convivencia de los menores con ambos padres de una forma regular dando origen al régimen de visitas y convivencias, figura que a su vez se deriva de otras instituciones pues la misma no persiste por sí sola, sino que requiere de la existencia de una separación familiar y de que, se encuentre de por medio un menor o menores de edad para que esta nazca. Por lo que en este capítulo se estudiará la figura del régimen de visitas y convivencias, su concepto, efectos, sujetos y cómo es que nace.

3.1 Concepto de Régimen de Visitas

En la actualidad, es más alto el índice de padres que viven fuera del domicilio familiar, tras la separación o el divorcio de los progenitores de un menor uno de estos se quedará al cuidado del o los hijos, y el otro tendrá la oportunidad de visitarlos y convivir con ellos, estableciéndose un régimen de visitas con el propósito de que la relación páter-filial* siga subsistente y ambos padres estén pendientes del desarrollo de sus hijos.

El régimen de visitas o el derecho de convivencias es una figura que se encuentra prevista en el Código Civil o Código Familia (dependiendo la entidad) de cada Estado; derivado de la asignación de la guarda y custodia de un menor, de

* Relación existente entre el progenitor y su hijo.

forma paralela o complementaria se tiene que asignar un régimen de vistas con la finalidad de que los menores continúen la relación con sus padres. El régimen de visitas y convivencias en un principio se veía como el derecho que tenía un padre a convivir con sus hijos, sin embargo con la implementación de un principio fundamental en pro de los menores, el cual recibe el nombre de “interés superior del menor”, esto cambió en razón de que:

“El derecho de convivencia entre padres e hijos incide de manera directa en los valores esenciales de la familia y constituye un aspecto relevante en la integración de su concepto, por lo que son los menores los que tienen derecho de convivir con sus padres y no sólo éstos de convivir con ellos.”²³

Por lo tanto el régimen de visitas y convivencias es el derecho que tiene el menor a convivir con sus padres con la finalidad de “asegurar la continuidad de las relaciones personales entre los menores y el progenitor no custodio, sus abuelos y otros parientes o allegados”²⁴. En ese sentido, el régimen de visitas y convivencias se establece con la finalidad de que los hijos menores de edad puedan contar con la presencia de ambos padres y no solo el derecho de los padres a convivir con sus hijos.

Cuando los padres de un menor ya no puede continuar en convivencia, pero no tienen muy marcadas diferencias, tienen la posibilidad de por sí solos acordar las bases en que se cumplirán sus derechos y obligaciones hacia con sus hijos, sin embargo en la mayoría de los casos la falta de compromiso y acuerdo, hacen que los padres acudan ante la autoridad judicial para que se establezca por escrito, mediante una sentencia, los términos en que se regirán los derechos y obligaciones hacia con sus hijos.

²³ Tesis VII.1o.C. J/8, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, Junio de 2017, p. 2526.

²⁴ Tesis (IV Región)2o.19 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. III, Septiembre de 2018, p. 2505.

Una vez que se está ante una autoridad y se tramita alguna de las instituciones que dan origen al régimen de visitas y convivencias, entre los padres se puede llegar a un acuerdo del día, hora y lugar en dónde se llevará a cabo las convivencias, sin embargos si no es posible el acuerdo, el juzgador puede fijarlos, decisión que toma siempre en atención del interés del menor, de acuerdo a las circunstancias de hecho que estén sucediendo, régimen que tendrá que ser distribuido de forma equitativa entre ambos padres, para que el menor tenga convivencia con ambos progenitores; en la mayoría de los casos se establece que el régimen de visitas sea los fines de semana cada quince días, en algunos casos se permite que los hijos pernocten con el progenitor que no vive con ellos, mientras que las fechas importantes se fijan de forma intercalada.

Ahora bien, en la legislación del Estado de México, no se encuentra regulado los derechos y obligaciones que tiene cada uno de los sujetos que intervienen en una convivencia fijada por un juzgado, esto en razón de que es una figura derivada de otras instituciones jurídicas, únicamente se encuentra establecido que en el caso de que los menores de edad se encuentren en una situación de vulnerabilidad las convivencias tendrán que ser supervisadas y con la finalidad de salvaguardar la integridad el menor y que continúen la relación entre padres e hijos, el juzgador se sirve de diferentes alternativas, a fin de que las visitas se realicen en un ambiente seguro, mismas que se lleven a cabo en un centro de convivencias para que sean supervisadas y no se ponga en peligro la integridad física y psicológica del menor. Las convivencias que requieren supervisión se llevan a cabo en los Centros de Convivencia y en el Estado de México llevan el nombre concreto de Centros de Convivencia Familiar del Poder Judicial del Estado de México, los cuales son utilizados en casos excepcionales, es decir cuando existe un verdadero riesgo para el menor.

“A dichas instituciones les corresponde informar, periódicamente, sobre el desarrollo y cumplimiento de la convivencia, dar noticia de cualquier acontecimiento que ponga en peligro el desarrollo e integridad de los menores, comunicar al juzgador sobre la conveniencia de llevar a cabo una

convivencia no supervisada fuera de las instalaciones del centro, registrar y supervisar la entrega de un menor por parte del padre, tutor o persona que ejerza la guarda y custodia a quien no la ejerce y que tiene derecho a la convivencia y viceversa.”²⁵

En ese sentido, podemos apreciar que el derecho de visitas y convivencia es una institución que tiene como finalidad regular, promover, preservar y, en su caso, mejorar o reencausar la convivencia de los hijos con sus padres, para que sigan subsistentes los lazos entre padres e hijos cuando se encuentran separados y las niñas, niños y adolescentes mexicanos cuenten con un pleno desarrollo físico y emocional.

3.1.1. Sujetos en el Régimen de Visitas

A la relación que se da entre dos o más individuos y que genera efectos jurídicos se le llama vínculo jurídico. A los individuos que intervienen en las relaciones generadoras de vínculos jurídicos se les denomina sujetos, dependiendo de cómo surja dicha relación estos reciben distintos nombres.

En el caso de las relaciones familiares, en el ámbito jurídico los sujetos que intervienen no reciben un nombre específico, sino que reciben el nombre biológico o jurídico que se crea entre parientes, en este caso, toman el nombre de padres e hijos o adoptante y adoptado

Cuando los padres de un menor promueven un juicio de Controversia Sobre el Estado Civil de las Personas y del Derecho Familiar y derivado de este se detenta la guarda y custodia de su hijo a favor de alguno de los padres, se tiene que establecer un régimen de visitas y convivencias con la finalidad de que el menor continúe con la convivencia de ambos padres. En este caso intervienen dos sujetos, por un lado el o los hijos que asistirán a las convivencias y por otro lado se encuentra el padre al cual se le ha decretado las visitas. Si se atiende a que en

²⁵ Tesis II.3o.C.4 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t 2; Febrero de 2013, p. 1502.

el derecho los sujetos se dividen en activos y pasivos, y a que el régimen de visitas o derecho de convivencias es en pro de los menores de edad, se puede decir que el sujeto activo es el o los menores, mientras que el sujeto pasivo es el padre que asistirá a las convivencias.

3.1.2 Efectos del Régimen de Visitas

Según el Diccionario de la Real Academia Española, un efecto es un resultado o consecuencia que nace por una causa, si esto se traslada al lenguaje jurídico, podríamos decir que un efecto jurídico es lo que resulta de la realización de un hecho, es decir, es aquella consecuencia legal o jurídica en virtud de la realización de un acto, hecho o negocio jurídico.

En el caso del régimen de visitas o derecho de convivencias, no existe un apartado específico que hable acerca de los efectos, derechos deberes y obligaciones de dicho régimen entre un padre y su hijo, esto en razón de no ser una figura independiente, sin embargo en el caso del Código Civil Federal en su artículo 417, establece que:

“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 éstos.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.”²⁶

²⁶ Código Civil Federal (CCF), art.417, 26 de mayo de 1928, (México).

Por otro lado en lo que respecta al Código Civil del Estado de México, en el artículo 4.102 Bis, existe un pequeño apartado relativo al régimen de convivencias, el cual se divide en tres fracciones, en la primera se señala que durante el procedimiento de divorcio y concluido el proceso, si el tutor al que le asiste un régimen de visitas tiene un pareja que cohabitará con el menor sujeto a derecho de convivencias, se tendrán que hacer pruebas en materia de psicología familiar a petición del Ministerio Público o del Juez. En lo que respecta a la segunda fracción se señala que, una vez que hayan transcurrido tres meses desde la fijación del régimen de convivencias provisional, el Juzgador solicitará de oficio la comparecencia de ambos tutores y del menor con la finalidad de verificar el cumplimiento del interés superior del o los hijos. Por otro lado, en lo que respecta a la fracción tercera, ésta es muy relevante ya que se establece que si se acredita que los hijos son sujetos de castigo corporal, castigos humillantes, o de cualquier tipo de violencia, se suspenderán las convivencias. Y sólo se podrá reanudar el régimen de vistas si el generador de violencia acredita haberse sometido a un proceso de reeducación o enseñanza de habilidades de crianza positiva, siempre y cuando otorgue su aprobación la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños Y Adolescentes.

Como se puede apreciar en lo que respecta a las facultades del régimen de visitas o derecho de convivencias, no se encuentra un apartado específico en la regulación Mexicana, no obstante en el Código Civil del Estado y el Federal trata de regular respecto de la protección de los menores hijos cuando sean sujetos de violencia o cuando se encuentren en peligro por parte del progenitor al que se le asignó un régimen de visitas y convivencias, sin embargo dando lectura a las publicaciones del Semanario Judicial de la Federación, apreciamos que:

“El derecho de convivencia entre padres e hijos incide de manera directa en los valores esenciales de la familia y constituye un aspecto relevante en la integración de su concepto, por lo que son los menores los que tienen derecho

de convivir con sus padres y no sólo éstos de convivir con ellos.”²⁷

Pues lo que se busca es perseverar el derecho a la familia y el principio del interés superior del menor, por lo que podríamos decir que el efecto es que prevalezca la familia y el lazo paterno o materno para que a su vez, las niñas, niños y adolescentes tenga un desarrollo integral.

3.2. Origen del Régimen de Visitas

El régimen de visitas es una figura que se deriva de otras instituciones, por lo que, cuando existe un conflicto entre una pareja y de por medio se encuentra un menor, es prioridad del juzgador la procuración del bienestar de este último. Los derechos de los niños ante la separación de sus padres tienen que seguir subsistentes como el de alimentos, convivencia con sus padres y el de la familia, por mencionar algunos, los cuales son prioridad para el juzgador.

Cuando los padres de una niña, niño o adolescente se separan es necesario que los menores sigan conviviendo con sus padres, por lo tanto los juzgadores tienen que garantizar el cumplimiento de esta figura con la finalidad de que ambos padres participen en el desarrollo de los menores, además de que se busca se respete el derecho que tienen los hijos de convivir con sus progenitores.

Como se dijo, cuando por la incompatibilidad de caracteres los padres de un menor deciden separarse, alguno de ellos tendrá que dejar el domicilio familiar y si los padres no acuerdan de forma autónoma y pacífica el cumplimiento de sus obligaciones con sus hijos, requerirán de una resolución judicial en la que se establezca la ejecución de los derechos de los hijos. En dicha sentencia se especificará el cumplimiento del régimen de visitas, la cual no es una figura autónoma, sino que se genera de forma paralela a otras instituciones, tal es el caso de la guarda y custodia pudiéndose solicitar de forma directa esta acción o

²⁷ Tesis VII.1o.C. J/8, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, Junio de 2017, p. 2526.

mediante la asignación de la guarda y custodia a través de la solicitud de la disolución de un vínculo matrimonial.

Entonces, cuando uno de los padres solicita la guarda y custodia de su hijo, mediante alguno de los supuestos anteriores, una vez asignada esta institución a cargo de uno de los padres, paralelamente se fijará un régimen visitas a favor del otro así como los alimentos, ya que con esta figura se garantiza la subsistencia y el sano desarrollo físico e intelectual de los menores mientras que con el régimen de visitas y convivencias se garantiza la unión familiar y el lazo afectivo entre padres e hijos. Por ello, se puede apreciar que estas figuras son complementarias entre sí y que las mismas garantizan, el derecho del menor a vivir en familia y convivir con ambos padres, asegurando así el sano desarrollo de su personalidad, aun cuando alguno de los padres no vive en el mismo domicilio familiar del menor. Por ello se puede decir que la fijación de la guarda y custodia, tras una separación familiar, da origen a la fijación de un régimen de visitas y convivencias.

3.3. Controversias Sobre el Estado Civil de las Personas y del Derecho Familiar

Cuando las parejas comienzan a tener conflictos personales y desean separarse, pueden obtener, mediante una resolución judicial, que se provea respecto de la disolución de su vínculo matrimonial y del cumplimiento de sus obligaciones con sus menores hijos, o bien si simplemente requieren que se dirima un conflicto respecto del cumplimiento de las obligaciones y derechos con sus hijos, los padres pueden acudir ante una autoridad judicial que regule la controversia que tienen. Al pertenecer estas acciones al derecho de familia y al estado civil de las personas, se ejerce el apartado contemplado en el Libro Quinto del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, el cual lleva el título de “las Controversias Sobre el Estado Civil de las Personas y del Derecho Familiar”. Tal y como el nombre del título lo menciona, este apartado regula las acciones sobre el derecho familiar, derecho que se consideran de orden público, esto en razón de que la familia es considerada como la base de la integración de la sociedad, facultando al juzgador para actuar de oficio, en especial si se trata de

niñas, niños y adolescentes personas con discapacidad, así como en las cuestiones relacionadas con violencia familiar. La autoridad judicial se encuentra facultada para decretar las medidas cautelares tendientes a proteger a los miembros de la familia, velando en todo momento por la protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes y en razón de ello se velará en todo momento por el interés superior del menor, por lo que siempre priorizará el cumplimiento de los alimentos, guarda y custodia y patria potestad aun cuando la acción principal sea la disolución de un vínculo matrimonial.

Cuando una persona decide entablar una solicitud de divorcio, tendrá que llevar a cabo un procedimiento, al igual que en toda las acciones que regula el Código Civil, sin embargo, si bien el objetivo principal de la resolución es que se decrete la disolución del vínculo matrimonial y en su caso la repartición de los bienes adquiridos durante el matrimonio, si durante el matrimonio se procrearon hijos y aun no se ha decretado alguna medida necesaria para el cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes se tendrá de forma inherente en la resolución la fijación provisional y definitiva de los derechos fundamentales de los niños. Mientras que, si se ejerce en esta vía un juicio relativo a la Guarda y Custodia, de forma paralela se fijará un régimen de visitas y convivencias.

Las instituciones señaladas con anterioridad son generadoras del régimen de visitas y convivencias, las cuales se ejercen mediante las reglas establecidas en el Libro Quinto del del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. Cuando se requiere el cumplimiento de un derecho de los menores hijos se ejercerá a través de los padres, pues como sabemos, los menores tienen capacidad de goce pero no de ejercicio y estos al tener la facultad de representación, en nombre del descendiente, peticionan todos sus derechos fundamentales, por lo que es importante conocer el procedimiento judicial para la obtención de una sentencia en la que se establezca un régimen de visitas y convivencias, ya sea de forma directa o de forma inherente cuando se solicita la disolución de un vínculo matrimonial.

3.3.1. El Divorcio

Se ha señalado, en multitudes ocasiones, que el régimen de visitas y convivencias es una figura que se deriva de otra institución y la misma se genera cuando uno de los progenitores no cohabita el domicilio de su hijo. Al tener el divorcio de forma inherente la fijación de la guarda y custodia y esta como consecuencia el establecimiento del régimen de visitas, en este apartado se analizará todo lo relacionado con el divorcio, pues si bien es una solicitud que tiene como objeto disolver un vínculo matrimonial y su sociedad, también se garantiza el cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes cuando el matrimonio procreó hijos.

Para que el divorcio se dé primero tiene que nacer la causa generadora de este, en este caso el matrimonio, por lo que primero se estudiará esta institución.

El matrimonio “es un contrato solemne, de interés público, por el cual un solo hombre y una sola mujer establecen una comunidad de vida total y permanente, al que la sociedad y la ley consideran el fundamento de la familia”²⁸. En el ordenamiento Civil del Estado de México, define al matrimonio como “una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia”²⁹. Sin embargo en algunas entidades federativas la figura del matrimonio ha cambiado, tal es el caso de la Ciudad de México, pues su legislación define al matrimonio como “la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”³⁰. En cualquiera de las entidades federativas, independientemente de la definición del matrimonio, para que este tenga reconocimiento y efectos legales, es necesario se cumplan formalidades establecidas por la ley, así como su celebración ante la autoridad correspondiente, que es el juez del registro civil. Una vez celebrado el matrimonio los contrayentes

²⁸ Montero Duhalt, Sara, *Derecho familiar*, México, Porrúa, 1985, p.197.

²⁹ Código Civil del Estado de México (CC), art. 4.1 Bis, 2 de junio de 2002, (Estado de México).

³⁰ Código Civil de la Ciudad de México (CC), art. 146, 26 de mayo de 1928, (Ciudad de México).

tienen el estado civil de casados, y con ello se generan derechos y obligaciones de forma recíproca.

En ocasiones ocurre que los cónyuges tienen incompatibilidad de caracteres, dejan de compartir sus objetivos de vida, causando la ruptura del vínculo afectivo que les motivó para contraer nupcias, lo que origina que alguno de los contrayentes o ambos soliciten la disolución del vínculo matrimonial que les une o que simplemente se separen sin disolver el vínculo matrimonial de forma judicial.

La separación conyugal se entiende como la ruptura de la convivencia de los consortes, pero dicho alejamiento no afecta jurídicamente el vínculo matrimonial, es decir, los cónyuges, por voluntad de uno o de ambos, sin que exista de por medio una resolución judicial, dan por terminada la cohabitación en el domicilio conyugal, pero todos los efectos del matrimonio siguen vigentes al igual que las consecuencias del mismo. A esta separación se le denomina como separación de hecho, ya que los cónyuges siguen unidos en matrimonio, lo cual les impide contraer nuevas nupcias. Por otro lado en lo que hace al divorcio este se refiere a “la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, decretado por la autoridad competente que permite a los mismos contraer con posterioridad un nuevo matrimonio.”³¹

En el Estado de México, el divorcio, es una forma legal de extinguir un matrimonio que ha sido celebrado con respeto absoluto a la normatividad local. En este caso, la disolución del vínculo matrimonial es decretada por una autoridad competente, es decir, por un juez de lo familiar, al emitir esta autoridad jurisdiccional su resolución el resolutivo primordial consistirá en la desvinculación directa de los cónyuges dejándolos en libertad de contraer válidamente un nuevo matrimonio. El Código Civil de esta entidad regula la solicitud de la disolución del vínculo matrimonial, por lo que prevé cuatro clases de divorcio, cada uno de ellos establece supuestos distintos para que se pueda tramitar:

a). El divorcio incausado: Se refiere a la solicitud que realiza cualquiera de los cónyuges, acude ante el Juez competente para que se decrete la disolución de su

³¹ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1992, p. 97.

vínculo matrimonial sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva. Es decir, con que exista la manifestación de alguno de los cónyuges de no querer continuar con el matrimonio, la solicitud es procedente.

b). Divorcio voluntario: Cuando ambos cónyuges están de acuerdo en no continuar con su vínculo matrimonial, pueden acudir ante el juez competente y presentar su convenio en el que se señalará el domicilio que servirá de habitación a los cónyuges durante el procedimiento, la cantidad que por concepto de alimentos deberá de cubrir un cónyuge al otro durante el procedimiento, la forma en que se realizará el pago y la garantía para asegurarlos, en el caso de que existan hijos la mención del padre que detentara la guarda y custodia durante y después del procedimiento, así como el régimen de visitas que se establecerá, la determinación del padre que proporcionará alimentos al o los menores así como la forma de pago y la fijación de la garantía de los mismos, y por último la forma en que se administrarán los bienes de la sociedad conyugal y la liquidación de la misma.

c). Divorcio administrativo: Cuando ambos cónyuges convienen divorciarse, y si estos no tienen hijos menores de edad o hijos mayores sujetos a tutela, y hubieren liquidado la sociedad conyugal (en el caso de que hubiera), podrán tramitar este tipo de divorcio, acudiendo ante el Oficial del Registro Civil del domicilio conyugal o donde fue celebrado el matrimonio (siempre y cuando se encuentre inscrito en el territorio estatal). Una vez que se hayan cumplido los requisitos y seguido el procedimiento, el Oficial del Registro Civil declarará a los solicitantes divorciados, levantará el acta respectiva y realizará la anotación marginal correspondiente. En el caso de que se acredite que existía un impedimento para que procediera el divorcio administrativo, este dejará de surtir efectos y se realizará la denuncia penal correspondiente.

d). Divorcio notarial: Cuando los cónyuges no tengan hijos menores de edad o mayores de edad sujetos a tutela y se haya liquidado la sociedad conyugal si la hubiere. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo ante Notario Público, para que a través de un convenio de divorcio se disuelva el vínculo matrimonial, mismo que quedará asentado en escritura pública.

Como se apreciar, en cada clase de divorcio se prevén situaciones de hecho distintas para que alguno proceda, sin embargo para efectos de la presente investigación, destacamos el divorcio incausado y el divorcio voluntario, ya que en estos supuestos pueden existir menores de por medio y con ello se derivan diversas obligaciones de cada uno de los padres hacia con sus hijos aún disuelto su vínculo matrimonial y mientras se encuentra en curso el procedimiento.

Cuando se esté tramitando un divorcio incausado o voluntario la reconciliación de las parte produce como efecto la terminación de la tramitación de la solicitud, sin embargo si esto no sucede y el trámite sigue su curso, podrán dictarse medidas provisionales a favor de los menores y del cónyuge que lo requiera, en casos urgentes se podrán dictar antes de la tramitación de la solicitud de divorcio. Dentro de las medidas provisionales que puede fijar el juzgador, se encuentra la de la separación de los cónyuges, en donde se tendrá que tomar en cuenta el interés superior de los menores de edad y de los sujetos que se tenga que tutelar, se tendrá que fijar los alimentos que tendrán que otorgar el cónyuge alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos así como la forma en que se aseguraran, se decretara la guarda y custodia de los hijos y a falta de acuerdo entre los cónyuges el juez la decretara quedando de forma preferente al cuidado de la madre, en el caso de que el Juez sea quien fije la guarda y custodia tendrá que escuchar a ambos progenitores, a los menores y a cualquier persona interesada siempre atendiendo al interés superior del menor. Así mismo se tendrá que fijar un régimen de convivencias y en el caso de que el cónyuge sea una mujer embarazada se fijarán las medidas pertinentes en pro de la madre y el hijo.

Se puede observar que, si bien la resolución de un divorcio como objetivo principal se encuentra el de la disolución del vínculo matrimonial, si existen menores se tendrá que garantizar el cumplimiento de los deberes, derechos y obligaciones con los menores hijos, esto mediante medidas provisionales y en su momento definitivas y al respeto el artículo 283 del Código Civil Federal señala que:

“La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el juez deberá resolver todo lo relativo a los

derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, para evitar conductas de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que amerite la necesidad de la medida, considerando el interés superior de estos últimos. En todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor.”³²

En lo que respecta a los cónyuges se dictarán todas aquellas medidas necesarias, para que estos no se causen daños en su persona, en sus bienes, en los de la sociedad conyugal o en los bienes de los hijos, y hecho lo anterior se procederá a la disolución del vínculo matrimonial y se emitirán resoluciones definitivas, respecto del cumplimiento de las obligaciones con los hijos.

3.3.1.1. Efectos después de consumado el divorcio

Según lo establecido por las legislaciones civiles locales y federales, velar por el cumplimiento de los derechos de los menores hijos es una situación que el Juzgador debe proveer al momento de dictar una sentencia sobre la solicitud de disolución de un vínculo matrimonial, por lo que tendrán que dictarse medidas, provisionales y en su momento definitivas, que permitan se dé cumplimiento a los derechos de los niños, tales como el de alimentación, convivencia con sus padres y el de protección, sin embargo una vez que se da por terminado el matrimonio, las medidas que se fijaron de forma provisional tendrán que ser fijadas de forma definitiva, y una vez que se haya emitido la resolución sobre la disolución del vínculo matrimonial tendrán que continuar su cumplimiento.

³² Código Civil Federal (CCF), art. 283, 26 de mayo de 1928, (México).

Los alimentos es uno de los derechos que se fijan de forma provisional y definitiva para los menores, estos son fijados por acuerdo de las partes o en su defecto, si no hay acuerdo, por el Juez y así mismo el modo en que estos se garantizaran.

En lo que respecta a la guarda y custodia de los menores ésta se tendrá que fijar a favor de uno de los padres, con la finalidad de que cuide y salvaguarde la persona y bienes de los menores, al ser decretada la guarda y custodia, el padre que no la déntente saldrá del domicilio conyugal, por lo que se fijará de forma definitiva el régimen de visitas que se llevará a cabo con la finalidad de garantizar que se dé cumplimiento al derecho que tienen los hijos de convivir con sus padres, aun cuando se encuentran fuera del domicilio familiar, de ahí que el divorcio es una de las causas por las que se da origen al régimen de visitas y convivencias entre un padre y su o sus hijos

3.3.2. Guarda y Custodia

Si los padres de un menor deciden separarse y estos no están casados, entre ellos podrán establecer las bases sobre las cuales se ejercerá la guarda y custodia hasta la mayoría de edad de sus hijos, así como el cumplimiento de sus obligaciones. Este acuerdo al ser entre los padres sin la intervención de alguna autoridad, no establecen reglas específicas, sino que los mismos padres establecen sus términos, sin embargo, al no ser coactivo su acuerdo en muchas ocasiones se incumple. Cuando ni siquiera es posible que los padres lleguen a un acuerdo, incumplen lo establecido entre ellos, o bien existen circunstancias en donde alguno de los padres atenta contra el menor y se requiere obtener mediante resolución judicial la asignación de la guarda y custodia de sus hijos para así determinar quién de los padres tendrá bajo su resguardo a sus hijos y les brindara protección. Resolución que se obtiene mediante un procedimiento judicial ante un Juez de lo Familiar la cual se decretara de forma provisional y en su momento definitiva. Durante el desarrollo de este procedimiento judicial, se podrá establecer de forma provisional medidas que garanticen el cumplimiento de los derechos de

las niñas, niños y adolescentes, entre estos derechos se encuentra la asignación de los alimentos y de un régimen de visitas y convivencias.

La patria potestad y la guarda y custodia, causan confusión entre los padres, en ocasiones piensan que si se decreta la guarda y custodia a favor de alguno de estos, ya no tendrán injerencia sobre las decisiones y desarrollo de sus hijos. La patria potestad, se sabe, “es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad”³³, mientras que la guarda y custodia básicamente consiste en la facultad que se otorga a uno de los padres para cuidar a los hijos, procurar su bienestar y desarrollo, ya que al separar los conceptos se entiende como guarda a la “persona que tiene a su cargo la conservación de algo, acción de guardar (conservar o retener)”³⁴ y custodia como la “acción y efecto de custodiar (guardar algo con cuidado y vigilancia)”³⁵. En ese sentido, al decretarse la guarda y custodia seguirán vigentes las facultades hacía con sus hijos, y los padres no perderán ningún derecho con el decreto de la misma.

Hasta hace poco, por regla general, al separarse una pareja correspondía a la madre la guarda y custodia de los hijos. Sin embargo, en los últimos años distintas resoluciones emitidas por los Jueces Federales han determinado que el padre tiene el mismo derecho sobre los hijos y por lo tanto el Juez de lo Familiar debe hacer un correcto estudio respecto a la persona mejor capacitada para ejercer dicha obligación, tomando en cuenta no solamente el aspecto económico, sino también el aspecto emocional del menor. En el caso de que los padres no estén de acuerdo, el juzgador de primera instancia, emitirá su determinación sobre quién será el padre que ejerza la guarda y custodia mediante la valoración de las pruebas ofrecidas por cada una de las partes, con la finalidad de que exista equidad entre éstas y que se salvaguarde el interés de los menores. Cuando los menores sean mayores de 12 años estos tendrán que ser escuchados para que el

³³ Montero Duhalt, Sara, *Derecho familiar*, México, Porrúa, 1985, p. 340.

³⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014, <https://dle.rae.es>.

³⁵ *Idem*.

juez pueda emitir una resolución que garantice el bienestar de los hijos. El artículo 4. 228 del Código Civil del Estado de México, regula todo lo relacionado con *la guarda y custodia en la patria potestad*, por lo que en la fracción II apartado a y c, se señala claramente que: “a) El otorgamiento de la guarda y custodia de menores de doce años quedará preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes”.³⁶ “c) Los mayores de doce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá”.³⁷ Quedando claro que se toma en cuenta en todo momento el interés de los menores de edad.

Una vez que se ha desarrollado todo el procedimiento judicial para la designación de la guarda y custodia, la autoridad natural emitirá su sentencia definitiva, en la que se señalará quién detendrá la guarda y custodia de su hijo, y como consecuencia, de forma paralela se establecerá un régimen de visitas y convivencias. Por otro lado, si aún no se han fijado los alimentos el Juzgador determinará su monto, forma de pago y garantía.

3.3.2.1. Los alimentos

Los alimentos son al mismo tiempo un derecho y una obligación, la ley civil reconoce dos formas para que nazca esta institución, por un lado tenemos al matrimonio y por el otro al parentesco, sin embargo la figura de los alimentos ha ido cambiando a lo largo del tiempo. El siete de abril del año dos mil se realizó una reforma al artículo 4 constitucional en donde se adicionó un párrafo que expresamente señalaba: “los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”³⁸, sin embargo el 13 de octubre del año dos mil once se adiciono un párrafo que a la fecha sigue vigente en donde se expresa que: “toda

³⁶ Código Civil del Estado de México (CC), art. 4.228, 2 de junio de 2002, (Estado de México).

³⁷ *Ídem*

³⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), art 4, 12 de octubre de 2011, México.

persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará”³⁹. Con esta última reforma, se puede observar que los alimentos se consideran esenciales y primordiales para cualquier persona y los niños no son la excepción, por lo que el Estado tiene que garantizar su cumplimiento, pero qué se entiende por alimentos.

“La doctrina ha definido a los alimentos como el derecho que tienen los acreedores alimentarios para obtener de los deudores alimentarios, conforme a la ley, aquello que es indispensable no sólo para sobrevivir, sino para desarrollarse y vivir con dignidad y calidad de vida, incluye lo necesario para estar bien alimentado, vestirse, tener un techo, recibir educación y asistencia médica.”⁴⁰

Se tiene también que “la palabra alimentos deriva de latín *alimentus* que se asocia a la figura de comida, sustento”⁴¹.

Los alimentos en un principio tenía como origen un deber de carácter moral, con posterioridad fue tomada por el derecho volviéndose una obligación jurídica, al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación indica que:

“La obligación de proporcionar alimentos presenta tres órdenes: social, moral y jurídico. Es social, porque la subsistencia de los individuos del grupo familiar, interesa a la sociedad misma, y puesto que la familia forma el núcleo social primario, es a sus miembros a quienes corresponde, en primer lugar, velar porque los parientes próximos no carezcan de lo necesario para subsistir. Es moral, porque de los lazos de sangre derivan vínculos de afecto que impiden a quienes por ello están ligados, abandonar en el desamparo a los parientes

³⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), art 4, 13 de octubre de 2011, México.

⁴⁰ Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Nostra Ediciones, 2010, p. 93.

⁴¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, UNAM, 1998, p. 163.

que necesitan ayuda y socorro, a fin de no dejarlos perecer por abandono. Y, finalmente, es de orden jurídico, porque incumbe al derecho hacer coercible su cumplimiento, pues el interés público (el interés social) demanda que la observancia de ese deber se halle garantizado de tal forma, que el acreedor que necesita alimentos pueda recurrir en caso necesario al poder del Estado para que realice la finalidad y se satisfaga el interés del grupo social en la manera que el derecho establece.”⁴²

Entonces, al hablar de alimentos nos referimos a los derecho que tienen los acreedores alimentarios para obtener de forma jurídica, todo aquello que es indispensable para sobrevivir, dicha figura no sólo prevé los productos con que una persona se alimenta sino que también prevé todo aquello que es indispensable para que una persona pueda vivir con dignidad. Según lo establecido por la legislación del Estado de México y el Código Civil Federal los alimentos comprenden la satisfacción alimentaria, habitación, educación, vestido, atención médica y psicológica y en el caso de las niñas, niños y adolescentes además comprende los gastos necesarios para esparcimiento y descanso, cantidad que es asignada de acuerdo a la posibilidad de quien deba otorgarlos y a la necesidad de quien tenga que recibirlos.

En el primer párrafo del presente apartado se mencionó que los alimentos tienen que ser garantizados para todas las personas, es un derecho constitucional y al estar contemplado en la norma suprema tiene que otorgarse. En el Código Civil del Estado de México se especifica que tienen derecho a recibir alimentos las y los hijos que sean menores de edad (así mismo con los mayores de edad si continúan con sus estudios), las personas discapacitadas, los adultos mayores, la cónyuge o concubina que se haya dedicado al hogar y al cuidado de la familia, así como el cónyuge o concubina que se encuentre imposibilitado física o mentalmente para trabajar, lo cual se tendrá que acreditar mediante la documentación idónea expedida por la institución pública de salud. El derecho de

⁴² Tesis VII.2o.C.202 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. IV, Octubre de 2019, p. 3460.

recibir alimentos es una institución irrenunciable, imprescriptible e intransigible, sin embargo estos pueden cesar en ciertos supuestos, en el caso de que el acreedor alimentario deje de necesitarlos, en el caso de que el acreedor alimentario cause daño grave, violencia o una conducta viciosa en contra de quien deba de otorgar alimentos, si el acreedor abandona sin consentimiento del que deba otorgar alimentos la casa de este último por causa injustificable y en el caso de los cónyuges cuando el acreedor contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

En los que respecta a las partes, el obligado a dar alimentos es aquel que cumple la obligación mientras que el acreedor alimentario es aquel que los recibe. En el Código Sustantivo del Estado de México, se establece que se podrá fijar la pensión alimenticia a favor de los acreedores en un cuarenta por ciento del sueldo como mínimo y en el caso de que la guarda y la custodia de las y los hijos estén al cuidado del cónyuge o concubino el Juzgador determinará la pensión en proporción a los haberes* y posibilidades de ambos. El acreedor alimentario, tendrá derecho de preferencia sobre los ingresos y bienes del deudor alimentario, por lo que se tendrá que fijar una medida de aseguramiento, dicho aseguramiento podrá consistir en fianza, hipoteca, prenda depósito o cualquier otra forma de garantía suficiente que a criterio del juez sea bastante para cubrir los alimentos.

En el caso de que el deudor alimentario incumpla de forma parcial o total con su obligación alimentaria ordenada mediante mandato judicial o convenio celebrado en el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, por un periodo de dos meses o haya dejado de cubrir cuatro pensiones sucesivas o no, en un periodo de dos años, se convertirá en deudor alimentario moroso y en ese sentido el Juzgador Familiar ordenará la inscripción del deudor alimentario en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. En el supuesto de que el deudor alimentario moroso acredite ante el Juez que se encuentra al corriente del pago de los alimentos podrá solicitar la cancelación de su registro en dicha plataforma.

La legitimación para pedir alimentos, no es de cualquier persona, por lo que los mismos podrán ser solicitados por: el mismo acreedor, los ascendientes que

* Cantidad de dinero.

tengan la patria potestad, el tutor, los parientes del acreedor alimentario sin limitación de grado en línea recta y los colaterales hasta el cuarto grado, a falta de las personas antes mencionadas el Ministerio Público o la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes podrán solicitarlos.

En el Código Civil y el Código de Procedimientos civiles ambos del Estado de México se regulan el derecho y la obligación alimentaria, así como el procedimiento y las reglas para el reclamo de los alimentos, esta figura pertenecen a la materia familiar por lo tanto, son de orden público y el juez de lo familiar podrá intervenir de oficio en ellos.

Cuando un progenitor decide iniciar un juicio de controversia del orden familiar y como acción alimentos y la guarda y custodia de sus hijos, se tiene que desarrollar un procedimiento judicial con las reglas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles según la entidad federativa, sin embargo resalta que principalmente el juzgador tendrá que garantizar el cumplimiento de los alimentos de forma provisional para que con posterioridad, si no hay acuerdo entre las partes, con el desahogo de las pruebas aportadas por cada una de las partes se fije de forma definitiva el monto de los alimentos que tendrá que otorgar el deudor alimentario a favor de su acreedor alimentario, además de la fijación de la garantía de estos en caso de incumplimiento de la resolución. En todo momento se tiene que garantizar el cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y en razón de que al reclamarse alimentos y guarda y custodia de los menores, se presume que no viven en el mismo domicilio familiar con ambos progenitores, se tendrá que fijar de forma paralela un régimen de visitas; pudiendo apreciarse, que el legislador garantizara los derechos y obligaciones de cada uno de los integrantes de la familia, pero que principalmente velará por el cumplimiento de los derechos de los menores de edad, para que su desarrollo sea completo, tanto en el ámbito alimenticio, de salud, educativo, de esparcimiento, emocional, entre otros, y así garantizar se cumplan todos sus derechos y cuente con un desarrollo sano y completo.

CAPÍTULO 4

EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En la sociedad existen grupos o individuos que pueden ser susceptibles de vulnerabilidad. Se entiende como vulnerabilidad a la cualidad que tiene una persona para ser vulnerable, y ésta a su vez, según la Real Academia Española, es definida como la “persona que con mayor riesgo que el común, es susceptible de ser herido o lesionado, física o moralmente”⁴³. Una persona o un grupo de personas pueden ser sujetos de vulnerabilidad en virtud de su género, raza, condición económica, social, laboral, cultural, étnica, lingüística, cronológica y funcional, ocasionando que sufran discriminación*. Respecto a la discriminación el artículo primero, párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que:

“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 sexuales, 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.”⁴⁴

Sin embargo, si bien se ha buscado actualizar las legislaciones nacionales e internacionales para garantizar el cumplimiento de los derechos de los grupos vulnerables y que estos no sean sujetos de discriminación o de estado de debilidad, siguen existiendo, grupos en los que se encuentran las mujeres, las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad y los niños, y si bien,

⁴³ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014, <https://dle.rae.es>.

* Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.

⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), art 4, 10 de junio de 2011, México.

no son los únicos sectores debido a que la pluralidad de grupos vulnerables es muy grande, en atención al presente tema, no se citaran todos.

Se mencionó con anterioridad, que los niños constituyen un sector vulnerable, y como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño "...el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" ⁴⁵, situación que obliga implementar regulaciones nacionales e internacionales que evite que los menores de edad sean discriminados y vulnerados, y a su vez se garantice el cumplimiento de sus derechos.

En el presente capítulo, se abordará todo lo concerniente al interés superior del menor, su concepción, su historia, y su regulación en diferentes legislaciones para entender qué es, y qué tutela este principio tan utilizado en las resoluciones en materia familiar, tema que ha sido estudiado en diversas ocasiones por el Poder Judicial de la Federación, es importante señalar que, mientras se realizaba el estudio de la presente investigación, se encontró que el término "menor", para algunos autores, es empleado como un concepto que criminaliza y denigra a los niños, niñas y adolescentes, por lo que es considerado como un término peyorativo, además que se "ha interpretado como *un sello* para marcar la condición social de niños, niñas y jóvenes (utilizándose) para criminalizar la pobreza, a cierto grupo social, o para definir a los que no tiene la suerte de contar con oportunidades"⁴⁶, sin embargo en el derecho mexicano con frecuencia se utiliza dicho termino. De ahí que es importante, previamente, determinar si se utilizará en lo subsecuente el término "menor" o si es incorrecto y peyorativo.

En lo que respecta al principio de interés superior del menor, encontramos que a lo largo de la historia ha ido cambiando la terminología para referirse a los niños, esto en relación al avance que se ha tenido en materia de derechos

⁴⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de los derechos del niño*, 20 de noviembre de 1959, https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2018-11/declaracion_derechos_nino.pdf.

⁴⁶ Misle, Óscar y Pereira, Fernando, *Hacia un nuevo paradigma en la educación infantil y juvenil para la prevención y tratamiento del abuso sexual*, 2003, p. 3, http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura3.NuevoParadigma.pdf, p. 3.

humanos. En la Constitución Federal, para referirse a los niños, niñas y adolescentes, se emplea el término niñez, en la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a este sector de la población como niños, pero en otros casos como en la legislación procesal y civil del Estado de México, se habla de niños, niñas y adolescentes, mientras que en algunos criterios Jurisprudenciales y de Tesis aisladas se utiliza el término “menor”, por lo que para poder determinar cuál es el término adecuado, se tendrá que definir cada uno de estos conceptos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, establece que “para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁴⁷, por otra parte la Real Academia Española expresa que el niño es aquel “que está en la niñez”⁴⁸ y a su vez el término niñez, es definido como el “período de la vida humana, que se extiende desde el nacimiento a la pubertad”⁴⁹, mientras que la palabra pubertad es entendida como la “primera fase de la adolescencia, en la cual se producen las modificaciones propias del paso de la infancia a la edad adulta”⁵⁰, fase que ocurre entre los once y quince años de edad. En lo que respecta a la palabra adolescente, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes señala que se entiende por adolescente a la “persona cuya edad está entre los doce años cumplidos y menor de dieciocho”⁵¹, mientras que en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 5 se expresa “son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menores de dieciocho años de edad”.⁵² En lo que respecta a la palabra menor,

⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos del niño*, 20 de noviembre de 1989, <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

⁴⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014, <https://dle.rae.es>.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, art 3, 16 de junio de 2016, México.

⁵² Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, art 5, 4 de diciembre de 2014, México.

según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, el menor es una “persona que no ha cumplido los dieciocho años y puede ser autor o víctima de hechos delictivos”⁵³ y, para entender que es un menor y mayor de edad, en el Código Civil Federal, en su artículo 646 se establece que “la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos”⁵⁴ y por ende todo aquel que sea menor de los dieciocho años, será un menor de edad.

La Real Academia Española señala varios significados para la palabra menor, entre la que resalta como un adjetivo comparativo de pequeño, es decir, que “es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad”⁵⁵, sin embargo también se aprecia que la palabra menor es usada como sustantivo, significando “menor de edad”⁵⁶. De acuerdo a las definiciones de cada uno de los conceptos antes citados, no se aprecia que alguno haga alusión a una definición despectiva, y menos en lo que se refiere a la palabra menor. En ese sentido, al hablar de interés superior del menor, no se emplea el término de forma peyorativa, sino que “es empleado para referirse a una cuestión cuantitativa y no cualitativa; es decir, no es de uso peyorativo, ni en referencia a la capacidad de los niños, niñas y adolescentes; razón por la cual no debe mediar error en el significado del concepto en un sentido jurídico”⁵⁷.

En el derecho existen preceptos que conllevan interpretaciones jurídicas a las que se les tiene que dar un significado, y en lo que hace al interés superior del menor, cabe la interpretación, pues, tal y como lo menciona Castillejos Cifuentes, al hablar de este principio no se está hablado en un término peyorativo sino que, en derecho al hablar del término menor:

⁵³ Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, <https://dpej.rae.es/>.

⁵⁴ Código Civil Federal (CCF), art 646, 26 de mayo de 1928, México.

⁵⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., 2014, <https://dle.rae.es>.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Castillejos Cifuentes, Daniel A., *Análisis constitucional sobre el uso del término menor, y los de niños, niñas y adolescentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, Publicación Electrónica número 5, p. 75, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/10.pdf>.

“Se refieren a la protección de un grupo de personas que se distingue de otro únicamente por su edad y no por razones de capacidad o aptitudes; sin duda, y desde un punto de vista netamente jurídico, la expresión menor es utilizada en nuestra legislación como simple sustantivo, que hace distinción solamente de las personas menores que otras en cuanto a la edad.”⁵⁸

Y al ser un término, que como se dijo, es empleado en forma cuantitativa y no cualitativa, aún es empleado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación tanto en la novena como en la décima época, como se aprecia en las siguientes tesis I.5o.C. J/16, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2188, del siguiente rubro y texto:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.

Por interés superior del menor se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.

Tesis I.15o.C.64 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 13 de marzo de 2020, del siguiente rubro y texto:

ACCIÓN DE RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. ES IMPROCEDENTE SI SE AFECTA EL INTERÉS SUPERIOR

⁵⁸ *Idem.*

DEL MENOR, DERIVADO DE UNA IDENTIDAD FILIATORIA CONSOLIDADA EN EL TIEMPO.

Las acciones de cambio filiatorio promovidas en nombre de un menor se rigen por diversos principios, como el de verdad biológica, que exige que la filiación jurídica coincida con la biológica; aunque atendiendo al diverso principio de protección del interés del hijo, dicha coincidencia no siempre es posible, ya sea por supuestos de hecho o porque en el caso deben prevalecer otros intereses que son jurídicamente más relevantes. En el primer grupo de supuestos se encuentran la filiación adoptiva y las procreaciones asistidas por donación de gametos, las cuales se relacionan con la decisión autónoma de ser o no madre o padre e implican el derecho al acceso a técnicas de reproducción asistida para lograr el nacimiento de un hijo, como pudiera ser la inseminación artificial. Respecto del segundo grupo, ya en diversos precedentes, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha enfatizado que resulta posible que, en un caso específico, la determinación judicial de la filiación privilegie el estado de familia y la identidad filiatoria del menor consolidada por el transcurso del tiempo, que puede no ser coincidente con una verdad biológica; lo que tiene sustento en la debida protección hacia el menor, quien pudo haber desarrollado una confianza legítima y de pertenencia hacia la persona que lo reconoció como su hijo, a partir de un vínculo de años, y que involucra una valiosa pluralidad de derechos alimentarios y sucesorios, además de lazos afectivos trascendentes para su formación. Por tanto, el juzgador deberá atender siempre a las particularidades del caso y a lo que mejor convenga al menor, teniendo en cuenta que la afectación a los intereses de los

niños puede dar lugar a la terminación o al no reconocimiento del vínculo filial derivado del nexo biológico.

Se puede apreciar que en ambas tesis, en ningún momento se emplea el término “menor” de forma peyorativa, sino que es empleado de forma cuantitativa, para señalar a las personas con edad por debajo de los 18 años. En ese sentido podemos concluir que dicho vocablo es propio para continuar con el desarrollo del presente capítulo, empleando el término de interés superior del menor.

4. Concepto

Durante el desarrollo de la presente investigación, se mencionó que en el derecho familiar se busca que prevalezca el interés de cada uno de los integrantes de este grupo, sin embargo, cuando en un núcleo familiar se encuentran menores de edad, se prioriza, ante todo, los derechos de estos. Esta garantía obliga a todas las autoridades judiciales a ponderar los intereses de niñas, niños y adolescentes, sobre los de terceros, sin restringir otros derechos propios de la infancia.

La aprobación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, fue una de las fuentes que permitió el reconocimiento y protección de los derechos de los niños a través de distintas partes del mundo, sin embargo la garantía y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes ha progresado a lo largo de los años hasta lograr el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los menores y México, no ha sido la excepción, pues poco a poco de acuerdo a los cambios internacionales, el Estado Mexicano ha actualizado sus instrumentos jurídicos, los cuales permiten garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños.

Los derechos de los niños se encuentra estrechamente ligado a lo protección de los derechos humanos, la evolución de la protección de este sector, es creado a través de la idea de que todas las personas, incluidos los niños y niñas, deben de gozar de los derechos que se encuentran consagrados en las diferentes legislaciones. Los derechos humanos, al ser fundamentales para cada individuo por el hecho de ser persona, tienen que ser garantizados por el Estado, y

promover su efectivo cumplimiento y protección, y en el caso, los niños no pueden ser la excepción, esto en atención del principio de igualdad. En ese sentido, a los niños también se les ha priorizado pues como define la Real Academia Española persona es un “individuo de la especie humana”⁵⁹ y al pertenecer a un grupo de personas vulnerables, se ha tenido que buscar salvaguardar sus derechos a través de preceptos legales.

La normatividad internacional y nacional, están en constante modificación en pro de los niños, ocasionando que se remplacen las antiguas leyes para complementar los mecanismos de protección de sus derechos, así como ha sucedido con la protección de los derechos humanos.

El interés superior del menor, es un principio que ha sido sujeto de diferentes interpretaciones jurídicas, y su concepción es abstracta, pues no existe una definición concreta que permita una interpretación uniforme.

Al no existir una definición universal sobre el principio de interés superior del menor, se podría considerar como un precepto sujeto a múltiples interpretaciones. Sin embargo, al estar el derecho en constante movimiento y al exigir que se defina de forma concreta cada una de las figuras jurídicas, se ha determinado el principio de interés superior del niño o del menor 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.”⁶⁰ Por otro lado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señaló que se entenderá por interés superior del menor al:

“Catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus

⁵⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, op. cit.

⁶⁰ Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi, *Diccionario de asilo*, Bilbao, 2014, <https://diccionario.cear-euskadi.org/>

funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social.”⁶¹

De los conceptos anteriores se puede apreciar que las definiciones son un tanto distintas, sin embargo en ambas se aprecia que el objetivo es garantizar el cumplimiento de sus derechos, así como un desarrollo integral, situación que debe de ser salvaguardada por el Estado. Es decir, al hablar de este interés, se refiere a la garantía que tienen las niñas, niños y adolescentes para que antes de que se tome una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos. Con esta protección se pretende dejar a un lado el abuso de poder por alguna de las partes cuando se toman decisiones en torno a los hijos menores de edad y se busca que el juzgador sea imparcial con las partes para que este procure el bienestar de los niños sobre el de cualquier persona.

4.1. Regulación del principio de interés superior del menor

Al vivir en sociedad, se hace indispensable un mecanismo que regule la conducta de las personas, para que se respeten entre ellos, así mismo, para poder vivir en armonía se requiere de normas y reglas que indiquen lo que está permitido y lo que es prohibido, esta regulación es obligatoria para todos y se reúne en documentos que según su jerarquía, pueden recibir nombres distintos, y cuando alguien comete un hecho contrario a lo establecido en las normas o reglas recibe una sanción.

El principio de interés superior del menor ha sido integrado de forma internacional y poco a poco se ha incorporado a nuestras legislaciones, esto en razón de la evolución que han tenido los derechos humanos y los derechos de los niños. El principio de interés superior del niño al proteger a un sector vulnerable y ser de interés público, el Estado y las Instituciones públicas tienen que respetarlos y buscar se prevalezca en todo momento este principio, evitando que los padres

⁶¹ Tesis I.5o.C. J/16, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IV, marzo de 2011, p. 2188.

obtengan un beneficio a costa de los hijos, que se respete a los menores de edad y se dé cumplimiento a sus derechos.

El Principio del Interés Superior de la Niñez se ha plasmado en diferentes ordenamientos, tales como: Convenciones, Códigos Civiles y Familiares, Códigos de Procedimientos Civiles y Leyes.

Con este conjunto de normas el Estado ha procurado el bien de niñas, niños y adolescentes y en nuestro país y, en específico en el Estado de México, el principio que aquí se estudia se encuentra previsto en diferentes regulaciones, cada una con el fin principal de otorgar protección a los menores de edad y garantizar el pleno cumplimiento de sus derechos y el acceso a una vida plena; por lo que en este apartado se estudiará a detalle cada uno de estas legislaciones.

4.1.1. Convención sobre los derechos del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento de derechos humanos de carácter general sobre los derechos de la infancia. Dichas disposiciones deben de ser interpretadas de forma armónica con la preferencia al derecho de familia y al del interés superior del niño, principio que ahora es plasmado en diversas legislaciones y el cual ha tenido una evolución. Los derechos de los niños han tenido un desarrollo histórico, hasta ser lo que ahora son y aunque ha existido un gran avance, aún siguen existiendo problemas en torno a la protección de los niños.

Al principio de los tiempos no existía una regulación que protegiera a los niños, estos eran tratados como adultos, se les obligaba a trabajar en condiciones inseguras, insalubres y el trato que tenían era como el de un adulto, para buscar la erradicación de las malas condiciones y tratos del que eran objeto los niños, se buscó la creación de un movimiento que protegiera al sector infantil. En 1924, la Sociedad de Naciones* aprueba la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, esta declaración:

* Organismo creado para promover la cooperación internacional, la paz y seguridad.

“Expresa que todas las personas deben reconocer el derecho de los niños a contar con los medios necesarios para su desarrollo, a recibir ayuda especial en épocas de necesidad, a tener prioridad en las actividades de socorro, a gozar de libertad económica y protección contra la explotación, y a acceder a una educación que infunda conciencia social y sentido del deber.”⁶²

En 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas** aprueba la Declaración de los Derechos del Niño.

En el año de 1978, la Comisión de Derechos Humanos, “somete un proyecto de convención sobre los derechos del niño a la consideración de un grupo de trabajo conformado por estados miembros, agencias, y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales”⁶³.

En el año 1985, las Naciones Unidas comienzan a exponer reglas mínimas que se tienen que emplear en el sistema de justicia y se empieza a introducir el “interés superior del menor”.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año de 1989 aprueba la creación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que se declara que:

“Reconoce el papel de los niños como agentes sociales, económicos, políticos, civiles y culturales, y es elogiada ampliamente como un logro histórico para los derechos humanos. La Convención garantiza y establece normas mínimas para proteger los derechos de los niños en todas las circunstancias. El documento se refiere a UNICEF, que colaboró con la redacción de la Convención, como fuente de conocimientos especializados.”⁶⁴

⁶² Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Historia de los derechos del niño*, <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>

** Principal órgano deliberativo de la ONU.

⁶³ *Ídem*

⁶⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF, 1989, <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño se volvió un instrumento con reconocimiento casi universal y de rápida aceptación social, entrando en vigor el 7 de septiembre de 1990, al ser ratificada por 20 países miembros de la Naciones Unidas volviéndose el tratado con mayor consenso, al día de hoy solo faltan 3 países miembros por ratificarla.

Una vez ratificada la convención se vuelve vinculante, por lo que el Estado tiene la obligación de promover y vigilar su cumplimiento, y respecto al interés superior del menor destacaba el artículo 3, el cual señalaba 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, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”⁶⁵

Se aprecia que desde entonces el interés superior del niño tomaba importancia, sin embargo, no existía una definición jurídica concreta. Dicha omisión causaba inseguridad jurídica en torno a su aplicación por parte de los tribunales de justicia, en el año 2013 el Comité de los Derechos del Niño* emitió la Observación General Número 14° sobre el objetivo del concepto de interés superior del niño el cual es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico** del niño”⁶⁶. Es decir, se obliga a los Estados parte a desarrollar una “plena aplicación del concepto de interés superior del niño exigiendo adoptar un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana”⁶⁷, garantizando así, el reconocimiento de los niños como

⁶⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.* art. 3.

* Órgano conformado por expertos, que supervisan la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

** Educación integral y multidimensional (física-psicológica-espiritual).

⁶⁶ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes*, cuarta edición, México, p. 171.

⁶⁷ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *El interés superior de niñas, niños y adolescentes, una consideración primordial* (folleto),

titulares de derechos. Es por ello que en la Convención sobre los Derechos del Niño, se establecieron cuatro principios generales, en lo que respecta a la aplicación e interpretación de los derechos de los niños, y el del Interés Superior del Niño es uno de ellos. Sin embargo, no se debe de pasar por alto que el Comité, en la Observación General Número 14°, señaló que el principio del interés superior tiene un concepto triple:

- **El Derecho sustantivo.** Al ser este principio la consideración primordial, se deberá evaluar y tener en cuenta el interés del menor , para tomar una decisión sobre una cuestión debatida que afecte a una niña o niño, o a un grupo de ellas(os).
- **Principio jurídico interpretativo.** En el caso de que una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga el interés superior de la niña, niño o adolescente.
- **Una norma de procedimiento.** Cuando se requiera tomar una decisión que afecte a una niña, niño, adolescente, se requiere una estimación de las posibles repercusiones, al menor y explicar por qué se tomó esa decisión.

Como se sabe, México fue una de los Estado que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño lo cual sucedió en el año de 1990, sin embargo adoptó el principio de interés superior de la niñez hasta el año 2011, en donde señaló que:

“Es un principio de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), cuya aplicación busca la mayor satisfacción de todas y cada una de las necesidades de niñas, niños y adolescentes. Su aplicación exige adoptar un enfoque basado en derechos que permita garantizar el respeto y protección a su dignidad e integridad física, psicológica, moral y espiritual. El interés superior debe ser la consideración primordial en la toma de decisiones relativas a niñas, niños y adolescentes, por tanto se

debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.”⁶⁸

Por lo que, al ser ratificar la Convención y al ser ésta obligatoria, comenzó la integración del interés superior de la niñez en todas las medidas y resoluciones que involucrara a este grupo, tanto en instituciones públicas y privadas, a fin de garantizar su desarrollo integral y el disfrute efectivo de sus derechos y en consecuencia, se tuvieron que realizar modificaciones a sus leyes, para garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños, de forma prioritaria y garantizada, agregando el Estado mexicano este principio primeramente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4.1.2 Fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La Convención sobre los Derechos del Niño, al ser de carácter obligatorio, genera que los países que ratificaron su contenido tengan que modificar sus leyes para satisfacer el cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La Convención, con la finalidad de procurar el reconocimiento de los niños como agentes sujetos de derechos, elevó el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, que obliga, se proyecte más allá del ordenamiento jurídico, extendiéndose hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas. Por lo que, todos los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos, tanto federales como locales, tienen la obligación de tomar en cuenta el interés superior como una consideración primordial, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas menores de edad.

Las niñas, niños y adolescente por sus características particulares y al encontrarse en proceso de formación y desarrollo, dependen de las personas adultas responsables de su cuidado, sin embargo existen circunstancias que

⁶⁸ *Ídem.*

pueden limitar el cumplimiento de sus derechos, de ahí la importancia de que se garantice de forma jurídica el cumplimiento de sus derechos.

Con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Estado Mexicano, poco a poco fue actualizando sus legislaciones con la finalidad de dar cumplimiento a la ratificación que había realizado en la Convención. La Constitución al ser una Ley Suprema, fue el ordenamiento principal que se modificó para garantizar el cumplimiento de los derechos de los niños, aunque con la Declaración de los Derechos del Niño ya se preveían algunos aspectos reguladores en pro de los menores de edad, con la publicación en el Diario Oficial de la Federación del 18 de marzo de 1980 se adiciono al artículo 4º constitucional un tercer párrafo en el que se establecía que era “deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”⁶⁹, siendo este precepto una de las primeras menciones que se hacía en torno a la protección de los derechos de los menores. No obstante la anterior adición, el 7 de abril del 2000 se publicó en Diario Oficial de la Federación una reforma y se agrega, nuevamente, al artículo 4º constitucional una regulación en favor de los menores. Primeramente se modifica el párrafo antes citado para quedar de la siguiente manera “los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.”⁷⁰ Y por otro lado se adicionan dos párrafos, en el primero se 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.”⁷¹ Mientras que en el segundo párrafo se establece que “el Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de

⁶⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), art 4, 5 de febrero de 1917, México.

⁷⁰ *Ídem.*

⁷¹ *Ídem.*

los derechos de la niñez.”⁷² En la reforma realizada en el año 2000 se puede apreciar que al establecimiento de los derechos básicos de un menor se agrega el objetivo del cumplimiento de los derechos, es decir se busca que los niños tengan un desarrollo completo. Obligando al Estado y a las instituciones públicas y privadas garanticen que los niños tengan acceso a sus derechos. La publicación de la reforma del artículo 4º constitucional del 7 de abril del año dos mil, en su último párrafo, se dio fe de erratas, publicada el 12 de abril de dos mil, quedando el texto del último párrafo de la siguiente manera: “El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”⁷³.

El 12 de octubre del año 2012 en el Diario Oficial de la Federación se publica una última reforma respecto a los derechos del niño en donde se estableció que:

“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”⁷⁴

En esta reforma se adiciona también la exigencia por parte de los tutores o custodios del cumplimiento de los derechos del niño a favor de estos últimos, señalando expresamente que “los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios”⁷⁵.

En el año de 1990 México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de

⁷² *Ídem*.

⁷³ Diario Oficial de la Federación, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, No. 8, t. DLIX, primera sección, 12 de abril de 2000, México.

⁷⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), art 4, *op.cit*.

⁷⁵ *Ídem*.

1991 y como se vio en el capítulo anterior, en el artículo 3º de dicha Convención se establece el principio del interés superior de la niñez, sin embargo, en México, fue hasta el año 2011, cuando se incorpora este principio, por lo que el artículo 4º constitucional es la base para la regulación del cumplimiento de los derechos de los niños. En términos de los ordenamientos antes citados y de lo que en su momento fue la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, "la expresión 'interés superior del niño implicaba desde entonces que:

“De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

Atendiendo a este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”⁷⁶

Teniendo, desde entonces, los tribunales la obligación de atender primordialmente al interés superior del niño en todas las resoluciones y medidas que se tomarán en donde se encontraran de por medio niños. En ese sentido, se puede apreciar que el principio del interés superior del niño o del menor ha formado parte de los diversos ordenamientos en México y con la finalidad de garantizar el pleno cumplimiento de los derechos de las niñas, niño y adolescentes, se han generado leyes y reglamentos y el multicitado principio se ha

⁷⁶ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, art 4, 29 de mayo de 2000, México.

agregado a los reglamentos ya existentes con la finalidad de salvaguardar el cumplimiento de sus derechos y garantizar que cuente con un desarrollo integral.

4.1.3 Apoyo en la Ley General de los Derechos Niñas, Niños y Adolescentes

Las causas que han dado origen a la violación de los derechos de los niños son diversas, por ello es necesario el diseño e implementación de políticas públicas efectivas dirigidas a garantizar el interés superior del menor.

Con el desarrollo de la presente investigación, ahora se tiene el conocimiento de la existencia de un Comité de los Derechos del Niño, el cual se creó con la finalidad de vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, dicho Comité se ha dado a la tarea de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de los niños, promoviendo el mejoramiento de la Convención a través de Observaciones Generales. Con la Observación General número 14, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño, se determinó que el interés superior del niño “es un derecho, un principio y una norma de procedimiento”⁷⁷. En razón de esto, el interés superior de la niñez requiere de garantías procesales para asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los derechos del Niño.

En México, el 12 de octubre de 2011 se publicaron dos reformas constitucionales trascendentes para los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, los artículos 4º y 73 constitucional, como se vio en el capítulo anterior, se adicionó al artículo 4º el principio del interés superior de la niñez, mientras que en el artículo 73 se facultó al Congreso de la Unión para expedir leyes en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes.

Estas reformas permitieron que se expidieran leyes en pro de los menores de edad. No obstante lo anterior, el Estado Mexicano ya trataba de dar cumplimiento

⁷⁷ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1, Ginebra, Naciones Unidas, 2013, p. 4.*

a la protección de los derechos de los infantes, por lo que se contaba con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual fue publicada el 29 de mayo de 2000, en donde su objetivo era “garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”⁷⁸, sin embargo esta ley fue abrogada, y en su lugar el 4 de diciembre de 2014 se publica la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, sus objetivos se amplían, volviéndose el interés superior del menor su eje rector, misma que se encuentra conformada por seis títulos, en el primero se establecen las disposiciones generales de la Ley, el título segundo es el apartado en donde se encuentran establecidos los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en lo que hace al título tercero se encuentran las obligaciones (hacia con los menores de edad), el título cuarto habla sobre la protección de niñas, niños y adolescentes, en el título quinto se plasmó la protección y restricción integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes, y por último, el título sexto establece las infracciones administrativas en caso de incumplimiento. Cada uno de estos títulos busca prevalecer y garantizar los derechos de los niños, tanto en las instituciones públicas como privadas, por lo que en todo momento se habla de la aplicación del interés superior de la niñez.

Del título primero, destaca el artículo 1 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ya que se establecen las bases en la que se regirá la ley, es por ello que se señala que “la presente ley es de orden público, interés social y observancia general en el territorio nacional”⁷⁹, así mismo señala los objetivos de la ley los cuales se dividen en cinco fracciones. En la fracción primera se reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos titulares de derechos con base en los principios de universalidad*, interdependencia**, indivisibilidad*** y

⁷⁸ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 1, 29 de mayo de 2000, México.

⁷⁹ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), art. 1, 4 de diciembre de 2014, México.

* Reconocimiento de la dignidad que tiene todos los miembros de la raza humana sin distinción alguna.

** Vínculo que tienen entre sí todos los derechos humanos.

progresividad****. El segundo objetivo es el de “garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes...”. La fracción tercera del artículo primero de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, señala como objetivo la creación y regulación del Sistema Nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, para que se vigile que el Estado cumpla con su responsabilidad de proteger y garantizar los derechos de los niños. Mientras que en la fracción IV y V se establecen las bases para que el sector público y privado participen y garanticen el cumplimiento y protección de los derechos de los niños.

4.1.4. Apoyo en el Código Civil para el Estado de México.

El derecho civil ha existido desde hace miles de años, generándose múltiples definiciones, por lo que “no existe uniformidad al respecto. Algunos, destacan el carácter residual de la disciplina; otros, refieren su naturaleza compuesta; y algunos más, su noción como fuente supletoria de otras ramas jurídicas”⁸⁰, empero se ha ido codificado con la finalidad de regular los actos de sociedad. Desde los inicios, el derecho civil ha regulado las relaciones familiares, el estado civil de las personas, derechos reales, obligaciones, contratos y sucesiones, plasmándose estos preceptos en el Código Civil, cada entidad cuenta con su propio Código Civil, además de tener un Código Federal, el cual es supletorio al de cada Estado. En estos códigos encontramos al derecho sustantivo, el cual contiene el fondo de los derechos y obligaciones, es decir se reconoce a los primeros o se impone a las segundas. En lo que hace al derecho familiar, en algunas entidades se ha separado del Código Civil al derecho de familia, generando la existencia de Códigos Familiares. Sin embargo respecto del Estado

*** Que no admite división, en derecho se refiere que los derechos posee un rango intrínseco (esencial) a la persona.

**** Progreso gradual para lograr el cumplimiento de los derechos humanos.

⁸⁰ Castañeda Ribas, María Leoba, (2010), El derecho Civil en la época de la independencia, *La independencia de México a 200 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico* (1-42), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

de México el derecho de Familia se encuentra plasmado en el Código Civil de dicha entidad.

Haciendo una revisión de éste se puede apreciar que en relación al término Interés Superior del Menor, no existe un precepto textual que hable sobre dicho principio, sin embargo, hace mención de su aplicación en el caso de divorcio con la finalidad de que durante el procedimiento de divorcio se vele por los intereses de los hijos y se garantice el cumplimiento de sus derechos. Así mismo se puede apreciar que en el Código Civil del Estado de México, se plasma los derechos esenciales que deben de tener los niños como son la alimentación, el reconocimiento, la cual a su vez genera la figura de la patria potestad misma que al configurarse implica el nacimiento de derechos y obligaciones de padres hacía con sus hijos para proveer protección y desarrollo integral de los descendientes. Por ello se puede apreciar, que si bien no se hace una mención detallada del principio que aquí se estudia, sí se mencionan los derechos esenciales que deben de tener los menores y a su vez se expresa que en el caso de que exista una solicitud de divorcio, durante el procedimiento judicial se velara por los niños, y prevalecerá el Interés Superior del Menor.

4.1.5. Apoyo en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México

El siete de mayo del año dos mil dos, en el Estado de México se propuso la creación de un nuevo Código de Procedimientos Civiles. El treinta y uno de mayo del mismo año se aprobó, y el primero de julio de la anualidad antes mencionada, se publicó. Con esta publicación se abrogó el Código de Procedimientos Civiles de mil novecientos treinta y siete. El nuevo Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, constaba de cuatro libros, El libro primero contenía nueve títulos denominados Jurisdicción; Organización y Competencia; Demás Servidores Públicos de la Administración de Justicia; Competencia; Competencia Subjetiva, Excusas y Recusaciones; Partes; Actos Procesales en General; Prueba; Recursos. El libro segundo tenía seis títulos denominados Acciones y

Excepciones; Actos Previos al Juicio; Litigio y Presentación de Documentos; Juicios; Vía de Apremio; Procedimientos Especiales. El libro tercero se componía de un título denominado Procedimientos Judiciales no Contenciosos. Mientras que el Libro cuarto contenía dos títulos denominados Concurso; Sucesiones. Al momento de su publicación, no existía algún apartado que hablara sobre la protección a los derechos de los niños, sin embargo mediante el decreto número 268, publicado el 19 de febrero de dos mil nueve se adiciona al Código Civil de Procedimientos Civiles el Libro Quinto, De las Controversias sobre el Estado Civil de las Personas y del Derecho Familia, con la finalidad de establecer el procedimiento oral en materia familiar, pues se quería sustituir el “sistema escrito anquilosado, lento, inquisitivo, cerrado y opaco que obra en voluminosos expedientes..., para establecer en su lugar un sistema de justicia bajo el principio de contradicción, oral, transparente, que se desarrolle en audiencias públicas”⁸¹, con la finalidad de cambiar el enfoque jurídico que se tenía al derecho familiar, ya que al ser de “interés público y social, (debía) ser tratado de manera particular, beneficiando a la célula fundamental de comunidad.”⁸² A partir de entonces se empezó a considerar que la administración de justicia en materia familiar tenía que ser eficaz y defensora de los derechos “reconocidos a favor de los menores y del estado civil de las personas, no sólo con leyes sustantivas, sino con mecanismos ágiles, transparentes y funcionales para poder materializar dichos derechos en la vida real, plasmados en la legislación adjetiva civil”.⁸³ Por lo que en ese decreto se establecieron en el Código Procesal del Estado de México las primeras regulaciones en cuanto al principio del interés superior del menor, quedando el artículo de la siguiente manera:

“Artículo 5.16. El interés superior de los menores y su derecho a ser escuchado, son principios rectores que el juez debe tener siempre como consideración primordial en la tramitación y

⁸¹ Decreto número 268, Periódico Oficial del Gobierno Libre y Soberano de México, Gaceta del Gobierno, No. 33, t. CLXXXVII, 19 de febrero de 2009, Toluca de Lerdo, México, p. 19.

⁸² *Ídem.*

⁸³ *Ídem.*

resolución del asunto sometido a su conocimiento. Al resolver una controversia, el juez podrá dictar las medidas que estime pertinentes para salvaguardar el interés superior del menor, entre otras, ordenar terapia médica, psicológica o social a sus progenitores o quienes integren el grupo familiar.”⁸⁴

En este precepto se hablaba acerca de la prioridad que se tendría que dar a los menores de edad y el derecho que tenían a ser escuchados. Sin embargo el 9 de agosto del año dos mil doce se publicó un decreto marcado con el numeral 462 en el que se adicionaba un tercer párrafo al artículo 5.16, establecía que “en los asuntos en que estén involucrados menores o incapaces, el juez deberá suplir la deficiencia de la queja en beneficio de éstos”⁸⁵. Se aprecia que los legisladores buscaban que se siguiera implementado el interés de los niños sobre el de cualquier otro integrante del núcleo familiar, y en el caso de que hubiera una deficiencia la autoridad interviniera, ya que en ocasiones en los juicios familiares “la intervención del Ministerio Público más que garantizar el interés público, se traduce en una etapa procesal de mero trámite que sólo significa burocratizar el procedimiento y en algunos casos entorpecerlo”⁸⁶, de ahí que se requiriera, que existiera una intervención eficaz por parte del impartidor de justicia.

El seis de agosto del años dos mil quince se realizó una reforma al artículo 5.16 del código de Procedimientos Civiles del Estado de México, en el decreto número 483 se hacía la modificación del mencionado artículo para quedar como se aprecia actualmente, en donde se expresa:

“Artículo 5.16. El interés superior de niñas, niños y adolescentes es la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, respecto de cualquier otro derecho.

⁸⁴ Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (CPC), art. 5.16, 1 de julio de 2002, Estado de México.

⁸⁵ *Ídem*.

⁸⁶ Decreto número 462, Periódico Oficial del Gobierno Libre y Soberano de México, Gaceta del Gobierno, No. 33, t. CXCIV, 9 de agosto de 2012, Toluca de Lerdo, México, p. 28.

El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y tomados en cuenta son principios rectores que el juez debe tener siempre como consideración primordial en la tramitación y resolución del asunto sometido a su conocimiento. Al resolver una controversia, el juez podrá dictar las medidas que estime pertinentes para salvaguardar el interés superior de niñas, niños y adolescentes, entre otras, ordenar terapia médica, psicológica o social a sus progenitores o quienes integren el grupo familiar.

Dentro de las 12 horas siguientes a la imposición alguna medida urgente de protección ordenada por la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México el órgano jurisdiccional competente deberá pronunciarse sobre la cancelación, ratificación o modificación de la medida que se encuentre vigente.

En los asuntos en que estén involucrados niñas, niños y adolescentes o incapaces, el juez deberá suplir la deficiencia de la queja en beneficio de estos.”⁸⁷

En el último decreto, el cual sigue vigente se establece las bases de lo que se entenderá por interés superior del menor, señalando que, cuando exista un conflicto en donde interviene un menor, se debe de dar prioridad al cumplimiento y protección de los derechos de estos. Dando como resultado la aplicación tripartita del objetivo del principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes procurándoles una protección integral.

⁸⁷ Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (CPC), art. 5.16, *op. cit.*

CAPÍTULO 5

EL INCUMPLIMIENTO AL RÉGIMEN DE VISITAS

La familia es un grupo importante en nuestro medio, este grupo, es la base de la sociedad, en la familia se obtiene crecimiento y realización integral, por ello se le ha dado una gran importancia, incluso, se ha creado una especialidad que se encarga de regular las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la familia, para con ellos y frente a terceros, a este conjunto de normas se le conoce como Derecho de Familia o Derecho Familiar.

El derecho de familia ha tenido diversos cambios y mejoras que permiten se proteja a cada uno de los miembros de este grupo, y si bien es cierto, ésta es una rama que no tiene su propia codificación en lo que hace al Estado de México, el Código Civil de dicha entidad tutela ampliamente a este sector, como lo ha hecho durante décadas desde la antigüedad, ya que, como sabemos, en los primeros tiempos, los derechos y obligaciones de la población, se encontraban regulados por el derecho civil el cual era un todo. No obstante, con el tiempo, algunas ramas se han independizado, obteniendo sus propios códigos, pero como lo dice Demófilo de Buen, el derecho civil “puede ser definido, con una enumeración de su contenido, como aquel derecho donde se regulan los requisitos generales de los actos jurídicos privados, la organización de la familia y la de la propiedad privada”⁸⁸, por consiguiente, ha regulado los aspectos del derecho familiar. Ámbito que con el paso del tiempo y con las reformas constitucionales ha ido modificándose hasta lograr tutelar a cada integrante de la familia como ahora se conoce.

Por ello, las cuestiones familiares, encuentran su regulación en la Ley común, es decir en el Código Civil, cuerpo normativo que recibe el nombre de Código Civil para el Estado de México, entre muchas otras cosas, en esta legislación se reglamenta lo relativo a la patria potestad, figura que, establece los derechos y obligaciones que ejercen los ascendientes respecto de las personas y

⁸⁸ De Buen, Demófilo, *Introducción al estudio del derecho civil*, 2a ed., México, Ed. Porrúa, S.A, 1977, p.38.

bienes de sus descendientes, así como las causas por las que se puede suspender o terminar las facultades derivadas de esta figura jurídica. Por ello al concatenar lo estudiado en los anteriores capítulos con el método jurídico, dentro del presente capitulado, se busca determinar si en el caso de incumplimiento al régimen de visitas y convivencias, se violenta algún derecho a los menores sujetos a ella, y si es legalmente posible imponer una medida eficaz como la suspensión o pérdida de la patria potestad al progenitor que incumple al régimen de visitas y convivencias asignado por un juzgador y ulteriormente, si es que existe afectación a los menores hijos, proponer una solución. Por ello se requiere el desarrollo del planteamiento del problema:

5.1. Planteamiento del problema

El derecho familiar tiene una tutela especial que incluso permite la intervención de oficio por parte del juzgador, “especialmente cuando se trata de niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, en materia de alimentos, guarda y custodia, patria potestad y de las cuestiones relacionadas con violencia familiar”⁸⁹, aunado a que es considerado de orden público, pues como lo señala el Código Procesal Civil en la entidad “constituye la base de la integración de la sociedad”⁹⁰. En ese sentido, tenemos un panorama de la importancia que tiene la familia, en especial los niños, niñas y adolescentes para el Derecho Mexicano y en específico para el Estado de México.

El régimen de visitas y convivencias es un tema que ha generado tesis jurisprudenciales por la poca regulación existente en los Códigos Civiles de las diferentes entidades Federativas. En la Décima Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación incrementaron las publicaciones de tesis en relación a éste tema, esto en razón de que surgieron dos supuestos que alteraba el cumplimiento del régimen de visitas y convivencias, alteración que por lo general era provocada

⁸⁹ Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (CPC), art. 5.1, 1 de julio de 2002, (Estado de México).

⁹⁰ *Ídem*.

por el progenitor que tenía a cargo la guarda y custodia del infante, las cuales obstaculizaban el cumplimiento del multicitado régimen, y lo único que ocasionaba era un daño hacía con los hijos de las partes, los cuales en ocasiones eran utilizados como moneda de cambio, ya que incidentalmente el padre que detentaba el cuidado del menor, mediante diferentes estrategias buscaba que el vínculo que existía entre padre e hijo se rompiera y este último se rehusara a querer tener convivencias con el padre que no tenía su cuidado, y por otro lado tenemos que, el progenitor que tenía el cuidado del o los hijos obstruía las convivencias escondiendo a los hijos. Ambos actores perjudicaban al menor, agraviándoles el derecho que tienen de convivir con ambos progenitores, causando un daño psicológico. Aproximadamente en el año dos mil catorce estos actores fueron centro de atención por parte de la autoridad jurisdiccional, vigilando a los padres para que ninguno de estos obstruyera la sana convivencia con sus descendientes, se prestó atención a este actuar pues surgía una nueva forma de maltrato infantil, consistente en la alienación parental.

Cuando la convivencia de los padres se vuelve complicada y estos deciden separarse y tramitar una controversia familiar para determinar quién detendrá la guarda y custodia de los descendientes, así como el sufragio de una pensión alimenticia, o en su caso cuando los padres se encuentran casados y tramitan una solicitud de divorcio (figura que, cuando existen de por medio hijos, trae inherente la fijación de alimentos, guarda y custodia, lo que, a su vez, trae consigo el establecimiento de un régimen de convivencias), el legislador, tiene que procurar el pleno ejercicio de los derechos de los menores hijos, por lo que al momento de emitir su sentencia determinará quién de los padres tendrá la guarda y custodia, fijará una pensión alimenticia para el sostenimiento de la prole y, el o la cónyuge que no tiene la guarda y custodia, debe cumplir con la aportación económica correspondiente, y su vez se fijaran un régimen de convivencias. Este último derecho, el cual le asiste a los menores hijos, no tiene una obligación correlativa, pues si éste régimen se vulnera, no existe una sanción plasmada aplicable al progenitor que incumple con dicha convivencia, por lo que en ocasiones y en el mejor de los casos, se limita únicamente a proporcionar el aporte económico que

el juzgador le impuso, abandonando materialmente a los menores sin que se le pueda imponer alguna sanción al deudor alimentario ante el abandono físico que invariablemente perjudicará a los menores. Situación que no sucede con los alimentos, pues cuando a alguno de los progenitores se le ha fijado el pago de una pensión alimenticia y éste incumple, después de determinado tiempo, puede ser acreedor de una sanción e incluso puede perder la patria potestad de su descendiente. El legislador ha sido consistente respecto a la protección de las niñas, niños y adolescentes, y es claro en señalar que no se puede causar violencia económica a los menores hijos y dejar en abandono sus necesidades de subsistencia. Por ello, en lo que hace al Estado de México cuando un progenitor infringe su obligación alimentaria se puede ejercer acción en su contra tanto en el ámbito civil como penal. Al respecto el Código Penal para el Estado de México señala que:

“Comete el delito de incumplimiento de obligaciones, quien incurra en las siguientes conductas:

El que estando obligado por la ley, sin motivo justificado abandone a sus descendientes, ascendientes, cónyuge, concubina, concubinario o acreedor alimentario, sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia, aun cuando éstos, con motivo del abandono, se vean obligados a allegarse por cualquier medio de recursos para satisfacer sus requerimientos indispensables, independientemente de que se inicie o no la instancia civil. El delito se sancionará con prisión de dos a cinco años y de treinta a quinientos días multa.”⁹¹

Mientras que el Código Civil de la misma entidad señala que:

“Quien incumpla con la obligación alimentaria ordenada por mandato judicial o establecida mediante convenio judicial celebrado en el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial, total o parcialmente, por un periodo de dos meses o

⁹¹ Código Penal del Estado de México (CP), art. 217, 20 de marzo de 2000, (Estado de México).

haya dejado de cubrir cuatro pensiones sucesivas o no, dentro de un periodo de dos años, se constituirá en deudor alimentarios moroso. El Juez de lo Familiar ordenará su inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.”⁹²

Por otro lado, en el artículo 4.224 del Código Civil del Estado de México, se lee que una de las causales de pérdida de la patria potestad mediante resolución judicial será por el abandono de los deberes alimentarios o de guarda y custodia por más de dos meses.

Debido a lo antes descrito, podemos observar que en ambos ordenamientos se otorga protección a los menores hijos, buscando salvaguardar el interés de niñas, niños y adolescentes, por lo que es evidente que lo que se busca, es dar cumplimiento a los derechos que tienen los hijos en relaciones con el cumplimiento de las obligaciones que nacen cuando se crea un vínculo jurídico entre padres e hijos. Por otro lado, se sabe también que, respecto al incumplimiento de la pensión alimenticia, existe una sanción consistente en la pérdida de la patria potestad, y aunque en el caso del régimen de visitas y convivencias también se tutela un derecho del menor hijo, en lo que hace a su incumplimiento no existe alguna sanción expresa, siendo evidente que al no llevarse a cabo, se está ante el incumplimiento de un derecho que le asiste a niños, niñas y adolescente.

Si consideramos que los alimentos tienen como finalidad, propiciar el sano desarrollo físico e intelectual de los menores, se debe de tomar en cuenta, que la presencia de ambos padres es también indispensable para tal fin, por ello, el solo aporte económico, resulta insuficiente para alcanzar el objetivo que el legislador pretende, que es el de dar integridad a niñas niños y adolescentes, por lo que se hace indispensable que se proteja ampliamente el derecho de convivencia que tienen los menores. De acuerdo a lo que se ha estudiado en las diversas leyes, se sabe que la percepción general que se tiene sobre el tema de visitas y

⁹² Código Civil del Estado de México (CC), art. 4.136, 7 de junio de 2002, (Estado de México).

convivencias es que, dicho derecho es opcional (meramente moral), lo que en innumerables ocasiones propicia que el deudor alimentario no conviva con sus hijos, o lo haga de manera esporádica, privando a los menores de la figura paterna o materna, la cual es indispensable para un sano desarrollo físico e intelectual. Luego entonces, sabemos que a los padres no se les puede obligar a que convivan con sus descendientes, sin embargo tampoco existe una figura que regule el abandono físico que pueden llegar a sufrir los menores cuando se ausenta algún padre del domicilio familiar e incumplen con el régimen de visitas fijado por una autoridad, lo que se traduce en un sentimiento de desprecio y abandono que afecta al menor, ocasionando serios daños que afectan el correcto desarrollo físico e intelectual, hechos que son señalados como violencia, según el Código Sustantivo de la Entidad.

Las niñas, niños y adolescentes actualmente son sujetos de derechos y además, tienen una protección especial, por lo que requieren de asistencia para ejercer sus derechos en caso de que se le estén violentando, de ahí que cuando se ven agraviados interviene la autoridad competente. Es por ello que cuando algún padre deja en abandono alimentario a sus descendientes, la autoridad interviene para que el progenitor sea sancionado, al igual que si el menor hijo fuese sujeto de violencia física, el juzgador o autoridad que fuera competente salvaguardaría su persona. Los niños pertenecen a un sector vulnerable, y sí a eso agregamos que la violencia ejercida en menores de edad es de interés público, se tendrá que salvaguardar en todos los aspectos, para que tenga un desarrollo integral. Sin embargo, cuando es sujeto de abandono, rechazo y desprecio al incumplirse un régimen de visitas, no existe una sanción expresa en la ley, cuando es evidente que se está violentando los derechos de los hijos, resultando importante que el Estado, los padres y cualquier autoridad den cumplimiento a los derechos de los niños para que cuente con protección integral. Por consiguiente, las repercusiones psicológicas, después de una separación familiar deben de ser consideradas, ya que en numerosos casos hiere a los involucrados y las consecuencias se agudizan con respecto a los hijos, volviéndose víctimas impotentes que ven dividido su mundo afectivo en dos

fracciones irreconciliables. Los hijos, cualquiera que sea su edad y condición, sufren irremisiblemente la desunión de los padres, los cuales tienen el deber de continuar viendo por ellos aún separados, para evitarles, en lo posible, el daño que les acarrea la separación, brindándoles la oportunidad de hacer una vida plena, pues tal y como lo menciona la Convención Americana Sobre derechos Humanos (Pacto de San José) “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”⁹³, por ello los niños tienen que ser protegidos ampliamente y el interés superior del menor tiene que prevalecer en todo momento ya que su objetivo es que se dé cumplimiento a los derechos de los niños sobre el interés de cualquier otra persona, luego entonces, el Estado como representante máximo del poder, debe tener interés en el mantenimiento de este principio y por ende debe vigilar que los padres que procrearon hijos y se separan del domicilio familiar, les procuren un sano desarrollo, que no ocasionen algún tipo de violencia, física o emocional, está última igual de importante, resultando indispensable que se regule ampliamente cualquier tipo de afectación hacia nuestros niños para que se logre el objetivo de los tratados, convenciones y legislaciones mexicanas que buscan dar protección a los menores de edad, nunca resultando excesiva toda previsión que se tome al respecto. Razón por la cual, resulta imperante analizar, si se viola algún derecho, garantía o principio a los menores hijos cuando se incumple el régimen de visitas y convivencias y si es así qué debería de suceder para evitar dicho perjuicio o para reparar el daño causado, atendiendo a las leyes supremas, y en razón de este análisis determinar si una medida eficaz, podría ser la suspensión o pérdida de la patria potestad; supuesto que tiene que ser analizado a fondo, pues se tiene que resolver en razón de la protección del principio de interés superior de los menores hijos descartando posibles violaciones a los derechos de los ascendientes si se les aplicará dicha sanción.

⁹³ Convención Americana Sobre derechos Humanos (Pacto de San José), art. 17, 18 de julio de 1978, Costa Rica.

5.2. Hipótesis

La investigación jurídica es en sí misma una herramienta de vital importancia en la búsqueda de mejores condiciones para la convivencia humana, el Derecho aporta elementos indispensables en esa búsqueda, sus resultados se obtienen a través del estudio con un enfoque que permita proponer cambios significativos enriqueciendo el acervo jurídico y que brinden la oportunidad de expresar ideas que pueden ser de utilidad en la aplicación práctica, así, al ser propuestas a través de la argumentación se ve enriquecido la serie de factores que impulsan la dinámica social. El efectivo orden jurídico, es sin duda, un elemento que sirve a la sociedad y a quien lo estudia, brinda los factores y elementos necesarios para participar como precursor del cambio, por ello, el desarrollo de la presente hipótesis es la base para comprobar si el incumplimiento a un régimen de visitas y convivencias afecta el principio de interés superior del menor, si su incumplimiento genera violencia emocional al menor o menores sujetos a ella (como consecuencia del abandono), si dicha violencia requiere de una sanción, siendo la suspensión o pérdida de la patria una opción y si esta no violenta algún precepto constitucional en perjuicio del progenitor. Hechos que serán analizados a partir del método jurídico, con la intención de demostrar o refutar, a través del razonamiento, lo antes descrito.

Se puede observar que existe un objetivo rector y que de ahí se derivan otros más, partiendo de la posibilidad que existe, de hacer eficaz el régimen de convivencia sancionando al deudor alimentario por su incumplimiento, con la suspensión o pérdida de la patria potestad, así como la reparación del daño causado.

Para cubrir el objetivo, con el método señalado se deberá determinar la eficacia o ineficacia de la norma que rige el régimen de convivencias en el Estado de México, y si resulta eficiente proponer una reforma al Código Civil del Estado de México que permita salvaguardar el interés del menor, como lo es, la pérdida o suspensión de la patria potestad, sin perder de vista el respeto a los derechos del progenitor, es decir determinar si esta sanción es constitucionalmente posible,

resultado que se obtendrá con toda aquella información previamente recabada y con las teorías que a continuación se emplearán.

En México se cuenta con un sistema jurídico que permite regular los actos de sociedad, por lo que las mismas tienen diversas jerarquías. Las normas de mayor envergadura son las derivadas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y con la reforma en el año dos mil dieciséis, también lo son los tratados internacionales. En nuestro país el derecho se ha ido perfeccionando con el paso del tiempo, adoptando ideologías de diversos autores con la finalidad de perfeccionarlo lo más posible. Es por ello que de las diversas teorías expuestas por los estudiosos del derecho en la presente se emplearán las ideologías de Hans Kelsen, en específico la Teoría Pura del Derecho, y por otro lado la clasificación de normas de García Máynez, esto con la finalidad de comprobar o desvirtuar la hipótesis de la presente investigación. Por lo tanto, se pretende abordar el contenido de algunas de las normas de derecho objetivo que guardan relación directa con el tema propuesto, esto con la finalidad de vincular las normas que regulan el régimen de visitas y convivencias con la teoría de Hans Kelsen.

Las reglas contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como los tratados internacionales, se encuentran en la cúspide de la pirámide creada por Kelsen, mediante ésta se pretende representar la jerarquía de las normas de Derecho, para observar gráficamente lo que implica esa teoría y su aportación es lo que se conoce como método jurídico, su propuesta estriba, en que mediante la argumentación se sostenga o no la eficacia de la norma secundaria que debe de respetar la idea propuesta por el legislador constitucional, en el caso concreto que nos ocupa, la tarea consiste en demostrar, si el régimen de visitas y convivencias respeta lo dispuesto por el legislador respecto al principio del interés superior del menor, y si no es así, aplicar una sanción como lo es la suspensión o pérdida de la patria potestad por incumplir el régimen de convivencia que reglamenta el Código Civil para el Estado de México, y si esta medida no transgrede derechos constitucionales del o la progenitora, por lo que resulta necesario conceptualizar tanto al Derecho Constitucional y las garantías mencionadas, para equipararlo con el caso concreto y llegar a una conclusión.

Hans Kelsen, en su teoría, defendió una visión positivista que él llamó «teoría pura del Derecho»: un análisis formalista del derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de «derecho natural». Consideraba que al derecho se le tendría que excluir cualquier rama que no se enfocara al derecho. En donde además explicó todo lo concerniente a las normas, determinando que la estructura de las normas se basa en un sistema jurídico, en donde toda norma emana de una legalidad anterior, remitiendo su origen último a una norma suprema, la cual recibirá el nombre de norma fundante básica. La norma fundante básica puede ser de índole nacional o internacional, por lo que Kelsen defendía la primacía del derecho internacional sobre los ordenamientos nacionales, haciendo hincapié en que la validez de las normas es un elemento esencial que permitirá que tenga efectividad, ya que:

“Una norma tiene como fundamento de validez otra norma, en donde el fundamento de validez no llega hasta el infinito, sino que hay una norma suprema que es la última. La cual será llamada como norma fundante básica, constituyéndose un sistema de normas, un orden normativo, volviéndose fuente común de validez de todas las normas.”⁹⁴

La norma fundante básica será una norma presupuesta, misma que es considerada eficaz y no es cuestionada. Toda vez que “la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ello la unidad de toda la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen”.⁹⁵ Por ello no son un conjunto de normas situadas una a lado de la otra, sino que es una construcción escalonada de normas superiores y otras subordinadas. Por consiguiente, no podrá suscitarse algún conflicto entre las normas, ya que la norma de nivel inferior tiene su

⁹⁴ Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982, p. 202.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 214.

fundamento en la norma de nivel superior, dando lugar a la construcción escalonada del orden jurídico. Hans Kelsen, señalaba que:

“La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, pueden representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentes, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta.”⁹⁶

En atención a la Teoría de Hans Kelsen, la jerarquía de las normas en el Derecho Mexicano se establece a partir del siguiente criterio: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y Tratados Internacionales, Leyes Federales en segundo grado, en el Derecho Local tenemos que cada entidad federativa cuenta con una Constituciones Local, Leyes Ordinarias, Leyes Reglamentarias, las Leyes Municipales (en el caso de la ciudad de México, ley orgánica de las alcaldías) y por último las Normas Individualizadas.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 232.

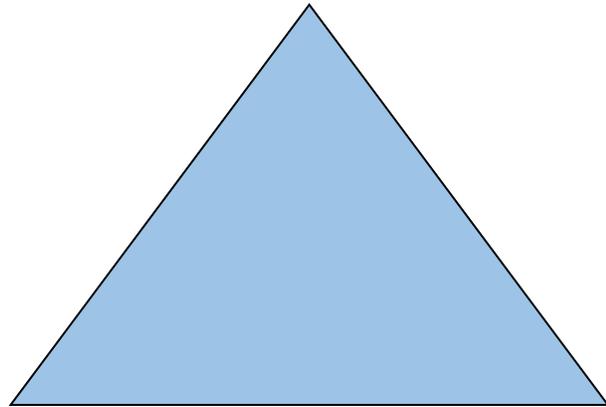
JERARQUÍA DE LA NORMA JURÍDICA

Constitución

Leyes ordinarias

Normas reglamentarias

Normas individualizadas



Se puede apreciar que la norma fundante opera como encabezado, en donde según lo dicho por Kelsen la constitución funcionará como una premisa mayor, mientras que en el nivel siguiente a la constitución estará conformado por las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa o consuetudinaria. Pues como señala:

“Las constituciones de los estados modernos establecen casi sin excepciones, órganos legislativos especiales, competentes para producir normas generales aplicables por los tribunales y los organismos administrativos de suerte que al escalón de los procedimientos constituyentes, sigue el escalón de la legislación y a este le sigue el de procedimientos judiciales y administrativos.”⁹⁷

Y qué es lo que sucede con el Derecho Constitucional. Para que una norma jurídica sea totalmente eficaz en su aplicación requiere el análisis de su creación y la verificación razonada del debido respeto al espíritu de la norma fundamental, no porque no se debe legislar en contrario, porque su aplicación, puede ser combatida con éxito por el particular al que afecta en su esfera jurídica. Algunos doctrinarios definen al derecho constitucional o político como “el conjunto de normas relativas a la estructura fundamental del Estado, a las funciones de sus

⁹⁷ Kelsen, Hans, *óp. cit.* p. 235.

órganos y a las relaciones de éstos entre sí y con los particulares”⁹⁸, también se puede definir como “aquel al que le compete lo relativo a la organización fundamental del Estado, a la determinación de los órganos más importantes de su Gobierno y a la atribución de las facultades de éstos. Sus principios cristalizan en cada Estado en un conjunto de leyes supremas que integran la Constitución”.⁹⁹ De acuerdo con las definiciones transcritas, la tarea encomendada al Derecho Constitucional queda circunscrita a la estructura del Estado, en él se establecen las funciones de los órganos de gobierno, su relación entre ellos y con los particulares.

Ahora, atendiendo al sistema escalonado del orden jurídico y al derecho constitucional se analizará lo que sucede con el régimen de visitas y el principio de interés superior del menor.

Como se vio en capítulos anteriores, en México el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes comenzó a tener mayor relevancia a partir de los años 2000. De manera internacional este principio ya tenía auge, mismo que fue promulgado en la Convención Sobre los Derechos del Niño, la cual con el paso del tiempo fue aprobada por diferentes países, entre ellos México. A partir de entonces, en nuestra entidad federativa se comenzó a acatar y regular el principio del interés del menor, regulando también aquellas normas en las que se previera derechos de menores de edad. En la constitución, poco a poco se fue reformando el artículo 4, hasta quedar como actualmente lo conocemos. Lo mismo sucedió con los códigos civiles y procesales de las demás entidades federativas, y otros ordenamientos como la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, la cual sustituyó a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Actualmente cada uno de estos ordenamientos prevé lo relativo al interés superior del menor y toda vez que en el derecho mexicano se sigue la regla de Hans Kelsen respecto al sistema escalonado o supremacía de normas, los ordenamientos antes descritos tienen que estar

⁹⁸ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 137.

⁹⁹ Orizaba Monroy, Salvador, *Diccionario jurídico*, Editorial Sista, México, 2004, pág. 142.

concatenados y cada uno creado con base a su ordenamiento superior, a efecto de que no tengan disposiciones en contrario y cuenten con una validez plena.

Por ello, atendiendo a este sistema, en el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su párrafo primero se lee "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".¹⁰⁰ Es decir, las medidas que se tomen respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Correspondiendo al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo. Mientras que en el artículo 4º, párrafo noveno, de nuestra Constitución Política, se señala que:

"En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiarle diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez."¹⁰¹

En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el artículo 2º, párrafo II, se expresa que: "el Interés Superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucren niñas, niños y adolescentes".¹⁰² Por su parte, en el Código Procesal Civil del Estado de México, en su artículo 5.16, se lee:

¹⁰⁰ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), art. 3, 2 de septiembre de 1990, Organización de las Naciones Unidas.

¹⁰¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). art. 4, 5 de febrero de 1917, México.

¹⁰² Ley General de los Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 2, 4 de diciembre de 2014, México.

“El interés superior de los menores y su derecho a ser escuchado, son principios rectores que el juez debe tener siempre como consideración primordial en la tramitación y resolución del asunto sometido a su conocimiento. Al resolver una controversia, el juez podrá dictar las medidas que estime pertinentes para salvaguardar el interés superior del menor, entre otras, ordenar terapia médica, psicológica o social a sus progenitores o quienes integren el grupo familiar.”¹⁰³

Y por lo que hace al Código Civil de la misma entidad, en algunos artículos, como ocurre en el apartado del Divorcio, se hace alusión a que en las decisiones que tome el juzgador, aunque la acción primaria sea la disolución del vínculo matrimonial, si existen de por medio derechos de menores de edad, se tomarán aquellas medidas en las que prevalezca el interés del menor.

Siendo evidente, la relación que existe entre las normas supra-subordinadas respecto al interés superior del menor, dando como resultado la aplicación del sistema escalonado jurídico, de Hans Kelsen, apreciándose que dichas normas están emitidas en el mismo sentido ya que cada una hace la mención de que en el caso de que una autoridad tenga que tomar alguna decisión cuando exista un menor de por medio, se tomará aquella que mejor beneficie a éste, y al ser emitida cada norma con base en la superior, cuentan con la validez y el sistema jurídico escalonado, que tanto menciona Kelsen, por lo que ningún ordenamiento está invalidado, sino que por el contrario en cada uno de ellos se prevé el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

Pero, específicamente, qué sucede entre el Código Civil del Estado de México y las normas supremas respecto del Principio del Interés superior del menor. Al contar nuestro país con un sistema escalonado de normas, podemos encontrar una gran diversidad de contenido normativo, entre ellos el derecho sustantivo y el derecho adjetivo, el primero contiene el fondo de los derechos y las obligaciones ya sea reconociendo los derechos o imponiendo las obligaciones,

¹⁰³ Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (CPC), art. 5.16, 1 de julio de 2002, Estado de México.

mientras que el derecho adjetivo señala la forma en que se aplicara ese derecho; pues como menciona Kelsen, “las normas generales aplicables por los órganos judiciales y administrativos tienen dos funciones determinar esos órganos y los procedimientos que debe de observar”¹⁰⁴, por lo que:

“Estas dos funciones corresponden a ambas categorías de normas jurídicas entre las cuales es usual distinguir: las normas de derecho de forma y las normas de derecho de fondo (o sustantivo o material). Como derecho de forma se denomina a las normas generales que regulan la organización y la actuación de los organismos judiciales y administrativos como los llamados códigos de procedimientos civiles y penales, así como el derecho procesal administrativo. Por derecho de fondo, material o sustantivo, se entiende las normas generales que determinan el contenido de los actos judiciales y administrativos llamadas directamente derecho civil, derecho penal y derecho administrativo.”¹⁰⁵

Es decir, el derecho sustantivo contiene los derechos y obligaciones, mientras que el derecho adjetivo contiene la forma en que se aplicaran esos derechos. Es por ello que en cada materia se tiene códigos sustantivos y códigos adjetivos y, en lo que respecta al Estado de México en materia Civil, se aprecia la existencia del Código Civil y el Código de Procedimiento Civiles, teniendo dicha rama como norma suprema, la Constitución Federal, en la cual se puede encontrar derecho de forma y de fondo, no obstante además de esta regulación en la Constitución Política Federal también se puede encontrar otros tipos de preceptos, como los principios generales del derecho y los principios constitucionales

Los principios constitucionales son conceptos nuevos que se han introducido en el derecho; mientras que los principios generales del derecho siempre han formen parte del derecho como una de sus fuentes, y aunque por algún tiempo se pensó que los principios generales del derecho y los principios constitucionales

¹⁰⁴ Kelsen, Hans, *óp. cit.* p. 235.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 242.

eran lo mismo, poco a poco se les fue utilizando, conceptualizando y clasificando hasta lograr esclarecer cuál es su función en la aplicación del derecho. Los principios generales del derecho, como lo dice Burgoa:

“Pueden considerarse como fuente de colmación de lagunas de la ley, o como supletoria de la falta de ésta para resolver los conflictos jurídicos en los términos del cuarto párrafo del artículo 14 constitucional, deben entenderse las normas elaboradas por la mente investigadora mediante el análisis inductivo del sistema jurídico mexicano y de los sistemas culturales afines, con vista a establecer, en juicios lógicos en que deben traducirse esos principios, las notas uniformes que rijan a todas las instituciones integrantes de tales sistemas.”¹⁰⁶

Claramente en el artículo 14 constitucional se señala que “en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”¹⁰⁷, sin embargo, estos no son lo mismo que un principio jurídico o constitucional, por lo que:

“En un pasado no muy lejano los principios jurídicos no eran considerados normas jurídicas. Se decía que los principios no eran eficaces, es decir, inmediatamente productores de efectos jurídicos, principalmente en el periodo de entreguerras en Europa. Se negó que los principios fuesen idóneos para derogar (en virtud del principio cronológico que dice la norma posterior deroga a la anterior) o para invalidar (en virtud del principio jerárquico que señala que la norma de mayor jerarquía prevalece) la legislación, hasta que el legislador ordinario

¹⁰⁶ Burgoa, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional. garantías y amparo*, México, Porrúa, 1984, p. 356.

¹⁰⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). art. 14, 5 de febrero de 1917, México.

procediese a la actualización o concretización de los principios en reglas.”¹⁰⁸

Por ello, a inicios del siglo XX los juristas, apoyaban la ideología de que los principios constitucionales eran aplicados de forma “subsidiaria y subordinada a las normas clásicas en caso de que faltaran reglas para colmar lagunas jurídicas”¹⁰⁹, y se confundía a los principios constitucionales con los principios generales del derecho y no se apreciaba que había sobre los primeros “máximas de la sabiduría jurídica acumuladas durante siglos, principios de carácter constitucional que están por encima de las reglas”.¹¹⁰ Siendo para los juristas, los principios constitucionales, únicamente “valores pre jurídicos, y en consecuencia, meta jurídicos subyacentes al ordenamiento positivo. Ahora a los principios se les considera normas jurídicas, pero una especie particular de normas”.¹¹¹ Las mismas no sólo expresan normas sino doctrinas jurídicas completas; de los que destaca como sus características que:

No tienen la estructura lógica de las reglas.

Son normas categóricas (no están ligadas a una condición) que están privadas de un ámbito específico de aplicación.

Se distingue a los principios en virtud de su carácter de normas fundamentales (fundamento de otras normas) porque dan identidad material al ordenamiento en su conjunto.

No admiten la interpretación literal, tienen un carácter orientador respecto a las reglas, no es posible la aplicación por subsunción.

En cuanto a la posición de los principios constitucionales en el ordenamiento hay que insistir en que:

“A) Los principios son normas que sirven de fundamento o justificación de reglas (fundamento de una multiplicidad de reglas).

¹⁰⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, UNAM, 2016, p. 113.

¹⁰⁹ *Ídem*.

¹¹⁰ *Ídem*.

¹¹¹ *Ídem*.

B) Los principios parecen no requerir a su vez de fundamento o justificación, ya que son percibidos como obvios, autoevidentes o como intrínsecamente justos.”¹¹²

En ese sentido se habla de principios constitucionales o jurídicos a la base con la que se regirá la constitución o cualquier ordenamiento.

En el presente tema, en lo que respecta al principio del interés del infante, el mismo se encuentra plasmado en cada uno de los ordenamientos reguladores del derecho familiar y su principal función estriba en dar certeza y una aplicación plena de los derechos de niñas, niños y adolescentes, sobre el de cualquier ente, principio que se encuentra plasmado desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratados internacionales, hasta los códigos sustantivos y adjetivos. En el caso del Código Civil del Estado de México el principio del interés superior del menor será utilizado cuando en las Controversias del Estado Civil de las Personas y de la Familia, se encuentre de por medio derechos de menores de edad y su fundamento de aplicación podrá sustentarse en cualquiera de los ordenamientos antes citados, pues al tratar temas relacionados con menores de edad y estar contemplado este principio en los ordenamientos supremos, se podrá aplicar de manera supletoria todo aquel que lo contemple, surgiendo una relación unificada entre preceptos constitucionales, normas civiles y la realidad jurídica de la sociedad, sirviendo el derecho constitucional como marco de referencia al derecho civil.

Se sabe ahora, que ambos ordenamientos cuentan con una estrecha relación respecto del principio del interés superior del menor y que de acuerdo con la jerarquía de normas de Hans Kelsen, cuentan con validez. Sin embargo no basta con la simple mención de aplicación sino que además se requiere que éste principio tutele realmente a los menores de edad, y aunque en lo que respecta al Código Civil del Estado de México, este principio sí se encuentra plasmado, lo cierto es, que solamente se aprecia un pequeño apartado en la sección del divorcio en donde se lee que se atenderá a este principio al momento de emitirse la resolución que ponga fin al vínculo matrimonial.

¹¹² *Ibidem*, p. 115.

Ha sido reiterante recalcar que en lo que respecta al principio del interés superior del menor, la validez de normas supra y subordinadas y atendiendo al sistema escalonado de Kelsen, se cumple esta regla, sin embargo, se sabe que en el sistema normativo no basta con que se tenga una mención de aplicación de algún derecho, obligación o principio, ya que para que el precepto sea certero, además de la validez, requiere efectividad, pues como lo menciona Kelsen, “una norma es eficaz si, y sólo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma, o bien es acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico o bien los órganos jurídicos aplican la sanción que es parte de dicha norma”.¹¹³ Por ello no basta con que se tenga validez normativa y una estrecha relación entre la Constitución Política Federal y el Código Civil del Estado de México, sino que además requiere cuenta con efectividad respecto del pleno cumplimiento del principio del interés superior del menor. Por ello, la efectiva aplicación de este principio se verá reflejada al momento de emitirse resoluciones en las que se tomen decisiones respecto de niñas, niños y adolescentes en donde se les respete este interés de forma completa y se sancione la vulnerabilidad de dicho principio.

En el Código Civil del estado de México, se prevén algunos derechos esenciales de los menores de edad, como el ser reconocidos, tener alimentos, contar con un tutor, tener un régimen de visitas con el padre que se encuentre fuera del domicilio familiar, entre otros y la aplicación de cada uno de estos derechos tendrá que ser siempre prevaleciendo el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, en lo que respecta al régimen de visitas y convivencias se tendrá que tener una aplicación efectiva del principio del interés superior del menor. Pero qué sucede específicamente con la regulación del régimen de visitas y convivencias y el principio del interés superior del menor en el Código Civil del Estado de México. Realmente ¿cuenta con efectividad como norma? y como lo dice Kelsen, los sujetos sometidos a ella la acatan o en su defecto se aplica alguna sanción si se incumple.

Cuando por cuestiones ajenas a los menores hijos, sus progenitores tienen que separarse, con la finalidad de que el menor tenga un desarrollo pleno, y los

¹¹³ Kelsen, Hans, *óp. cit.* p. 25.

menores continúen conviviendo con sus padres y para que a su vez estén al pendiente de su desarrollo físico y mental, se permite que el padre que se encuentra ausente de su entorno diario conviva con sus menores hijos. Y aunque anteriormente se pensó que este derecho le asistía al progenitor, con el tiempo se llegó a la conclusión de que es una facultad que les asiste a las niñas, niños y adolescentes, por ello al ser el régimen de visitas y convivencias un derecho de menores de edad en su aplicación tiene que cumplirse el principio del interés del menor, y contar con una efectividad plena.

En lo que respecta al Código Civil del Estado De México, en la parte conducente al régimen de visitas y convivencias, existe un pequeño apartado marcado por el artículo 4.102 Bis, el cual a su vez tiene tres fracciones, en las que se indica la supervisión que se tendrá en el caso de que al padre que le asista el régimen de vistas y convivencias habite con una nueva pareja y su suspensión en caso de que exista algún tipo de violencia ejercida por el padre al que le asista dicho régimen. Sin embargo, no existe apartado en el que se señale qué sucede si se incumple con este régimen, lo cual resulta necesario, pues se sabe que las normas además de validez requieren de efectividad ya que es indispensable que se cumpla con su objetivo, lo cual se logra a través de su observancia o de su cumplimiento real es decir, que sea “acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico o bien los órganos jurídicos aplican la sanción que es parte de dicha norma”.¹¹⁴ Sin embargo, es bien sabido que el régimen de vistas más que ser una norma acatada plenamente, se ha convertido en una decisión moral en la que los sujetos, a los cuales le asiste las visitas, dejan a su libre albedrío su aplicación muchos de los padres se limitan, en el mejor de los casos, a cumplir con su obligación alimentaria y dejan de lado la convivencia con sus hijos ya sea porque no pueden cumplirlo o porque simplemente no quieren.

En lo que hace al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles, ambos del Estado de México, se aprecia que se hace la mención que en las resoluciones que estén de por medio derechos de niñas, niños y adolescentes se atenderá el principio del interés del menor y al ser el régimen de visitas y convivencias un

¹¹⁴ *Ídem.*

derecho de los menores de edad, tiene que garantizarse el cumplimiento efectivo del principio del interés superior del menor y en consecuencia del régimen de visitas y convivencias, tutela que de acuerdo a lo plasmado en los Códigos ya citados debe de contemplarse.

El artículo 4.102 Bis del Código Civil del Estado de México, en su fracción II, se establece que “transcurridos tres meses de que el Juez haya dictado el régimen de convivencia provisional, solicitará de oficio la comparecencia de ambos tutores y del acreedor alimentario con el propósito de verificar el cumplimiento del interés superior de niñas, niños y adolescentes.”¹¹⁵ Por otro lado en la fracción III se señala los supuestos en que se suspenderá el régimen de visitas y convivencias el cual procederá en caso de existencia de algún tipo de violencia ejercida en contra de los menores hijos. Sin embargo, no se hace alusión de la sanción que se tendrá en caso de incumplimiento a este régimen. Hans Kelsen, es certero al señalar que las normas requieren de una aplicación plena o del empleo de una sanción para que las normas tengan efectividad y validez, en atención a lo descrito por Kelsen, el régimen de visitas y convivencias no es una norma efectiva ya que, como se mencionó con antelación, en el caso del régimen de visitas y convivencias su cumplimiento se deja al arbitrio del padre sujeto a ello.

Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho elimina todo aquello que no sea parte del derecho, por ello sólo menciona la existencia de normas (mismas que tienen que estar escritas), y no prevé la existencia de otro tipo de normas. Algunos autores desaprueban la fórmula Kelseniana que señala “Si es A debe ser B”, la cual “no expresa, de manera cabal, la estructura lógica de la regulación jurídica, pues sólo menciona una de las consecuencias, el deber, y pasa por alto el derecho subjetivo —el derecho de exigir— y porque no da cuenta con recisión de las diferencias entre las normas jurídicas y otro tipo de normas como las morales y los llamados convencionalismos sociales”. Por mencionar alguno de estos autores, se encuentra García Máynez, él distingue la existencia de normas jurídicas, normas morales y convencionalismos sociales, en donde su distinción, entre otros, radica en la coercibilidad, Máynez, entiende por coercibilidad a “la posibilidad de

¹¹⁵ Código Civil del Estado de México (CC), art. 4.102 Bis, 7 de junio de 2002, (Estado de México).

que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado esa posibilidad es independiente de la existencia de sanción”.¹¹⁶ Además de que las normas jurídicas según Máñez, son bilaterales, externas, heterónomas y coercibles; en donde la bilateralidad se caracteriza por “imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones”.¹¹⁷ “Externa porque no residen en la vida interior y subjetiva de las personas sino en su dimensión social”¹¹⁸ y heterónomas porque “(las normas jurídicas son elaboradas) por autoridades (representantes) o personas ajenas a la propia conciencia del individuo”.¹¹⁹ Mientras que, la coercibilidad, como se dijo, radica en el cumplimiento de las normas de forma forzosa.

En las normas jurídicas siempre existe otra persona, generalmente una autoridad, que puede exigir su cumplimiento, las normas jurídicas poseen una estructura imperoatributiva (imposición de deberes a otro y correlativamente la concesión de un derecho subjetivo del que puede exigir).¹²⁰ Mientras que las normas morales y los convencionalismos sociales no otorgan derecho y obligaciones, no se obliga su cumplimiento y no aplica una sanción en caso de incumplimiento.

A partir de estas características se puede tener una idea de lo que es una norma jurídica, pero exactamente en qué consiste una norma jurídica. Como concepto se define como “un mandato o regla que tiene como objetivo dirigir el comportamiento de la sociedad. En concreto, la norma jurídica confiere derechos e impone deberes a los individuos de la sociedad. Toda norma jurídica debe respetarse por los individuos, ya que, si se incumple puede suponer una sanción”.¹²¹

¹¹⁶ García Máñez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1978, p. 82.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 15.

¹¹⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁹ *Ídem*.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 100,

¹²¹ Conceptos jurídicos, Derecho civil, México, <https://www.conceptosjuridicos.com/mx/norma-juridica/>.

Partiendo de las características de las normas jurídicas, normas morales, los convencionalismos sociales, lo dicho por Kelsen, Máñez, y a lo ya descrito en relación al interés superior del menor, el régimen de visitas y convivencias no puede ser considerada como una norma moral ya que el régimen de visitas y convivencias es un derecho que le asiste a los menores de edad, el cual se tiene que cumplir, pues su finalidad es que el menor siga conviviendo con sus progenitores aun cuando alguno de sus padres se separe del domicilio familiar y cuente con el desarrollo pleno que tanto persigue el multicitado principio constitucional del interés superior del menor, por ello su cumplimiento no se debe dejar al arbitrio del progenitor sujeto al régimen, y su incumplimiento debe de ser sancionado. Situación que no prevé el Código Civil del Estado de México, pues al día de hoy no existe sanción expresa en el caso de incumplimiento al régimen de visitas y convivencias y como consecuencia se violenta el multicitado principio, pues al ser un concepto triple no se estaría garantizando el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y se le estaría causando una afectación al menor.

Pero, específicamente ¿qué alteración se genera cuando se incumple el régimen de visitas y convivencias?

Al igual que con la fijación de los alimentos, en un principio una vez que se obtenían este derecho mediante resolución, en alguno de los casos los padres deudores alimentistas cumplían por un lapso de tiempo su obligación y después dejaban de cumplir, generando la vulnerabilidad al derecho de recibir alimentos. La autoridad al darse cuenta de este hecho formuló normas sancionadoras del incumplimiento a los alimentos, generando una sanción penal en caso de incumplimiento, además de una unidad administrativa en el registro civil en donde se registran a los deudores morosos, llegándose a la conclusión de que el incumplimiento a la obligación alimentaria generaba una figura denominada violencia económica. Y aunque si bien es cierto, que los alimentos son de extrema necesidad y que por ello no pueden dejar de cumplirse, pues al hacerlo se afectaría un derecho elemental, como lo es el alimento, el cual es indispensable para la supervivencia, también es cierto que si lo que se busca con el principio del

interés superior es tener un desarrollo pleno del menor, debe de cubrirse enteramente todos los ámbitos y cumplir con el concepto tripartita del principio de interés superior del niño.

El derecho, al tener como objetivo la regulación de las conductas de la sociedad, y considerando que ésta siempre está en constante movimiento, permite que las leyes estén cambiando, por ello no todas las normas pueden permanecer iguales, sino que con el transcurso de los años se tiene que actualizar de acuerdo a lo que se esté suscitando en la contemporaneidad y con la finalidad de lograr el bienestar de la familia poco a poco se han ido regulando aquellas afectaciones que se causaban a este sector para lograr el bienestar y la plenitud de cada integrante, regulando aquellas conductas que generan alguna afectación a los integrantes de la familia. La violencia física era una de las más perseguidas, sin embargo, con el pasar de los tiempos se determinó que no era el único exceso que se podía cometer en contra de algún integrante de la familia. Se prestó atención y se conceptualizó la violencia ejercida hacia este sector, misma que se encuentra prevista en el artículo 4.397 del Código Civil del Estado de México, dando lugar a la violencia familiar la cual se define como “toda acción, omisión o abuso, que afecte la integridad física, psicológica, moral, sexual, patrimonial y/o la libertad de una persona en el ámbito del grupo familiar aun cuando se configure un delito”¹²², dando lugar a su vez a otros tipos de violencia que se pueden generar entre los integrantes de la familia, como lo es la violencia física, patrimonial, sexual, psicológica.

Es bien sabido que al disolverse algún núcleo familiar por la incompatibilidades de los progenitores, el entorno social de los menores hijos se ve afectado ya que sufre un cambio drástico en el que alguno de sus padres se separa de estos, por ello con la finalidad de no causarle alguna afectación se le reintegra cada tiempo determinado con el progenitor que sale del domicilio familiar dando lugar al régimen de visitas y convivencias, sin embargo si el padre que se separa de sus hijos comienza a ausentarse y muestra desinterés por el desarrollo físico y emocional de sus descendientes, puede causar en él o ellos alguna

¹²² Código Civil del Estado de México (CC), art. 4.397, 7 de junio de 2002, (Estado de México).

afectación emocional, motivada por el rechazó y el abandono físico y moral, creando consecuencias en su autoestimas y en su valor como persona, misma que se ve reflejada en su actuar de día con día. Este tipo de actuar en el Estado de México fue regulado y reconocido como violencia psicológica misma que en el Código Sustantivo del Estado de México es definida como:

“Cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: discriminación de género, negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, desamor, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales pueden conllevar a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio.”¹²³

Actuar que no puede permitirse se ejerza hacia los menores hijos, pues toda persona y con mayor razón los menores hijos deben de vivir libres de cualquier tipo de violencia, pues su futuro dependerá de la calidad de vida que reciban en su niñez.

En el artículo 4.102 Bis del Código antes referido en su fracción II se establece que “transcurridos tres meses de que el Juez haya dictado el régimen de convivencia provisional, solicitará de oficio la comparecencia de ambos tutores y del acreedor alimentario con el propósito de verificar el cumplimiento del interés superior de niñas, niños y adolescentes”, sin embargo al ser cada caso una situación en concreto es casi nula la probabilidad de que se lleve a cabo esta supervisión, aunado a que al estar contemplado el régimen de visitas y convivencias en el apartado del divorcio se sabe que las audiencias de avenencia para decretar la disolución del vínculo sucede en el primero o segundo mes después de haberse hecho la solicitud y es inmediata la fijación de las obligaciones de cada progenitor hacía con sus descendientes en el fallo de la disolución del vínculo matrimonial, por encontrarse de por medio derechos de los menores hijos, en el cual se fijarán los derechos y obligaciones definitivos. Por otro

¹²³ *Ídem.*

lado es bien conocido que la cantidad de asuntos que se ventilan en los juzgados son tantos que el titular de este recinto no se da abasto para tener atención personalizada en cada asunto, es por ello que para tener conocimiento de lo que pasa en cada caso, requiere del impulso de las partes para dar trámite a su solicitud en todo aquello que aqueje a los menores de edad, en razón de esto resulta insuficiente este precepto para garantizar que se respete el derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes de contar con la presencia de ambos padres, aun cuando se encuentren separados, para tener un desarrollo pleno.

Al concatenarse cada uno de los ordenamientos reguladores de los derechos de los niños y en específico en todos aquellos que prevé el principio aquí estudiado, se puede apreciar que lo que se busca es dar prioridad a los menores en toma de decisiones respecto a ellos, ser considerados como sujetos de derechos y a su vez tomar aquellas determinaciones que mejor les favorezca, dando como resultado una tutela amplia hacia con la niñez. Sin embargo, si se vulnera el derecho a convivir con sus progenitores se estarían violentando diversos derechos como es el de vivir en familia, el derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal, derecho a la salud, pero al violentarse estos derechos a su vez se violentaría el derecho de prioridad y derecho a la igualdad sustantiva, derecho a la seguridad jurídica. Esto porque según lo establecido en el artículo 22 de la Ley General de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes, los menores hijos tienen derecho a vivir en familia, y como lo menciona el artículo 23 de la ley antes citada:

“Niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas

las partes involucradas, en especial de niñas, niños y adolescentes.”¹²⁴

O tal y como lo establece el artículo 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

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.”¹²⁵

Por ello no está al arbitrio de ninguna persona la cancelación de la convivencia entre los menores hijos y el padre que se encuentra fuera del domicilio familiar, el cual debe de cumplir con sus obligaciones resultantes del vínculo filial, entre ellas el derecho a tener convivencias con el progenitor ausente, de lo contrario si se viera afectado se estaría violentando en los menores hijos el derecho a la familia y al de tener un cuidado por parte de ambos padres, por lo que, si el progenitor que se encuentra fuera del domicilio familiar mostrará desinterés por el desarrollo físico y emocional de sus descendientes, causaría en él o ellos alguna afectación emocional, ocasionada por el rechazo y el abandono físico y moral. Ya que como lo menciona el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen

¹²⁴ Ley General de los Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 23, 4 de diciembre de 2014, México.

¹²⁵ Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), art. 9, 2 de septiembre de 1990, Organización de las Naciones Unidas.

obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”¹²⁶

En ese entendido, aun cuando alguno de los padres salgan del domicilio familiar, no puede dejar de cumplir con sus obligaciones, esenciales ni el deber de crianza hacia con sus hijos, pues de lo contrario se estaría violentando en perjuicio de la niñez, los preceptos antes citados aunado a que, en la Ley General de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes, en el numeral 43 se lee “niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano y sustentable, y en condiciones que permitan su desarrollo, bienestar, crecimiento saludable y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, ético, cultural y social”¹²⁷, en tanto que en el precepto 46 de la misma ley se aprecia que “niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir una vida libre de toda forma de violencia y a que se resguarde su integridad personal, a fin de lograr las mejores condiciones de bienestar y el libre desarrollo de su personalidad”.¹²⁸Afectándose en los niños que se les restrinja la convivencia con sus padres, el derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, así como el derecho a una vida libre de violencia. Derechos que por ningún motivo pueden violentarse, sino que por el contrario, atendiendo al interés superior del menor, deben de garantizarse.

Anteriormente se habló de la violencia psicológica así como, del derecho de los menores hijos a tener un crecimiento saludable y armonioso tanto físico como mental, si se afecta el derecho de convivencias, al generar en los menores hijos, rechazo y abandono físico, se estaría generando violencia psicológica y su

¹²⁶ *Ibidem*, art.18.

¹²⁷ Ley General de los Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 43, 4 de diciembre de 2014, México.

¹²⁸ Ley General de los Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 46, 4 de diciembre de 2014, México.

crecimiento ya no sería saludable ni armonioso tanto en el ámbito físico como mental, causando una afectación a su salud.

El derecho a la salud es un precepto constitucional consagrado en el artículo 4º de nuestra carta magna, y al hablar de salud se piensa en la atención que se debe de recibir en el caso de tener alguna afección, pero poco se habla de la salud mental, la cual es igual de importante que el bienestar orgánico y también es una rama de la salud. El sitio electrónico del Instituto Mexicano del Seguro Social, por sus siglas IMSS, señala que la salud mental es:

“El estado de equilibrio que debe existir entre las personas y el entorno sociocultural que los rodea, incluye el bienestar emocional, psíquico y social e influye en cómo piensa, siente, actúa y reacciona una persona ante momentos de estrés. La salud mental es la base para el bienestar y funcionamiento efectivo de una persona y su comunidad.”¹²⁹

La salud mental, según el IMSS, puede estar afectada por diversos factores, destacando “la inseguridad, la desesperanza, el rápido cambio social, los riesgos de violencia, los problemas que afectan la salud física, también puede verse afectada por factores y experiencias personales, la interacción social, los valores culturales, experiencias familiares, escolares y laborales”¹³⁰, etcétera. Por ello por ningún motivo se puede afectar el derecho a la salud física y mental, ni restringirse el derecho a vivir una vida libre de violencia o al de tener integridad personal. Cuando el progenitor, al cual le asiste un régimen de visitas, deja en estado de abandono a sus menores, sin causa justificable, violenta estos derecho ocasionado una afectación a su estado emocional por someterlo a un estado de abandono, de rechazo, descuido reiterado, marginación o indiferencia, configurándose el ejercicio de violencia psicológica del progenitor hacía con sus hijos.

¹²⁹ Gobierno de México, *Salud en línea*, México, IMSS, <http://www.imss.gob.mx/salud-en-linea/salud-mental>

¹³⁰ *Ídem*.

Luego entonces, no debe violentarse ningún derecho plasmado en los ordenamientos reguladores de los derechos de niñas, niños y adolescentes, de lo contrario el objetivo tripartita, del principio del interés superior del menor no se cumpliría, además de que se les violentaría en los menores hijos el derecho de prioridad y derecho a la igualdad sustantiva, derecho a la seguridad jurídica previstos en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, pues como lo menciona dicho ordenamiento, “niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se le asegure prioridad en el ejercicio de todos sus derechos”¹³¹, así como “niñas, niños y adolescentes tienen derecho a acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales”¹³², derechos que son parte del objetivo del interés superior del menor. Resultando evidente la violación al principio del interés superior del menor en el caso del incumplimiento al régimen de visitas y convivencias y como consecuencia de ello la legislación aplicable en el estado de México, respecto del régimen de convivencia, resultaría ineficaz para procurar el Interés Superior del Menor, siendo necesario una regulación amplia respecto al incumplimiento de este derecho, pues de lo contrario no sólo se estaría violentando este derecho, sino que además se violentarían otros más y como consecuencia de ello la violación del principio del interés superior del menor, derechos que son indispensables para que los niños, niñas y adolescentes cuenten con un desarrollo integral.

5.3. Propuesta

Con el paso del tiempo la regulación de los derechos del niño ha mejorado, sin embargo, conforme al avance de la sociedad, se ha requerido regular aspectos que con anterioridad no se habían previsto. Hasta este punto se sabe que el

¹³¹ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 17, 4 de diciembre de 2014, México.

¹³² Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 36, 4 de diciembre de 2014, México.

régimen de visitas es un derecho que les asiste a los menores hijos cuando sus progenitores se separan y alguno de estos deja de estar en el domicilio familiar, y por otra parte, que al dejarse de cumplir este régimen sin justa razón, se causarían diversas afectaciones en los menores hijos, en donde primordialmente al ser sujetos de abandono y rechazó se les causaría una afectación emocional, la cual recibe el nombre de violencia psicológica, y a su vez se violentaría el derecho a vivir en familia, el derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal, derecho a la salud y como consecuencia se violentaría el derecho de prioridad y derecho a la igualdad sustantiva, derecho a la seguridad jurídica, resultando estos dos últimos derechos parte de los objetivos del principio del interés superior del menor, por lo que también se violentaría este principio.

“Al llevarse a cabo la regulación a los derechos de niñas, niños y adolescentes, también se facultó a la autoridad de los tres niveles de gobierno y en general al Estado, en el ámbito de sus competencias impulsen el respeto, promoción y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Así como la promulgación de las leyes que garanticen “el ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes; así como prever, primordialmente, las acciones y mecanismos que les permitan un crecimiento y desarrollo integral plenos.”¹³³

Otorgando facultades para que en el caso de que exista alguna afectación a la niñez, se regule y se garantice el ejercicio de sus derechos.

Por ello, ahora que se sabe la vulneración a la que se somete a niñas, niños y adolescentes al incumplirse un régimen de visitas y convivencias, así como las diversas violaciones a sus derechos, es importante se produzca una solución a este suceso con la finalidad de que se garantice el cumplimiento a este régimen y

¹³³ Ley General de los Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 7, 4 de diciembre de 2014, México.

como consecuencia se obtenga el disfrute de todos los objetivos previstos en el principio del interés superior del menor.

La propuesta para solucionar este conflicto radica en aplicar la suspensión o pérdida de la patria potestad como una medida eficaz para salvaguardar el interés superior del menor en el incumplimiento al régimen de visitas, sin que esto conlleve a la violación de los derechos constitucionales tanto de los menores hijos como de sus progenitores.

A lo largo de su historia al derecho se le ha considerado como:

“a) una práctica social; b) una institución o un conjunto de instituciones; c) un instrumento para alcanzar ciertas metas de carácter político, económico o social; d) un instrumento para procurar decisiones conforme a derecho; e) un conjunto de reglas del juego; f) criterios para facilitar la aplicación e interpretación, etcétera.”¹³⁴

O como lo dijo Hans Kelsen “el derecho es exclusivamente un conjunto de normas coactivas”¹³⁵, no obstante, aun cuando en la mayor parte de las normas jurídicas tienen un “carácter prescriptivo y expresan factores deónticos, tales como obligar, prohibir o permitir, no todas tienen esas características”.¹³⁶ En razón de esto, diversos autores se han dado a la tarea de clasificar las normas de acuerdo a las características que presenten. En la teoría Kelseniana, se explica a la regla jurídica a través del enunciado “Si es A, debe ser B”, lo que significa que en determinada circunstancia un determinado sujeto debe de observar tal o cual conducta, y si esta no es observada, otro sujeto debe de aplicar una sanción al infractor. De este supuesto destacan tres elementos: supuesto jurídico, relación jurídica y consecuencia jurídica. “El supuesto jurídico son los hechos, las conductas, las circunstancias que de actualizarse, de producirse, desencadenan una consecuencia jurídica o sanción. El vínculo entre el supuesto jurídico y la consecuencia jurídica se verifica a través de una relación jurídica, esto es, el

¹³⁴ Carenas Gracia, Jaime, Introducción al estudio del derecho, México, UNAM, 2016, p. 95.

¹³⁵ *Ídem.*

¹³⁶ *Ídem.*

“deber ser” que es la expresión del principio de imputación jurídica, según esa teoría”. García Máynez, en su obra titulada Introducción al estudio del derecho, menciona que las normas en un sentido amplio son reglas de comportamiento, que pueden ser obligatorias o no, y en estricto sentido son reglas de comportamiento, pero en este caso imponen deberes o confieren derechos. Por ello, clasifica a las normas de acuerdo a diferentes criterios como son: por el sistema al que pertenecen, por su fuente, por su ámbito espacial de validez, por su ámbito temporal de validez, por ámbito material de validez, por su ámbito personal de validez, por su jerarquía, por su sanción, por su cualidad, por sus relaciones de complementación y por sus relaciones con la voluntad de particulares. Cada norma reúne ciertos elementos que le permite estar clasificada en cada rubro. No obstante, resulta relevante para el caso en concreto el hecho de que las normas al no cumplirse desencadenan una consecuencia jurídica o sanción. Esto en razón de que al incumplirse algún derecho de los infantes la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, faculta a las autoridades de los diferentes niveles, para aplicar medidas en caso de incumplimiento a la Ley antes citada.

Máynez, establece en una de sus clasificaciones de las normas por su sanción, que:

“Las normas pueden ser perfectas, leyes más que perfectas, leyes menos que perfectas y leyes imperfectas. Las leyes perfectas son aquellas cuya sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos que vulneran o en la imposición de un castigo. Las leyes más que perfectas implicarían en caso de violación además de la inexistencia o nulidad del acto o la sanción, una reparación pecuniaria. Las leyes menos que perfectas son las que su violación no entraña que el acto deje de producir efectos jurídicos pero que, sin embargo, hacen al responsable acreedor a un castigo. Y por lo que ve a las leyes imperfectas son aquéllas que no están provistas de sanción.”¹³⁷

¹³⁷ *Ibidem*, p. 105.

Al no estar a discusión el cumplimiento, en los menores hijos, el derecho de familia y a contar con un régimen de visitas y convivencias cuando sus padres se encuentran separados, ni a ningún otro derecho, al régimen de visitas no se le puede considerar como una norma moral que se deja su cumplimiento, al arbitrio de su progenitor. Por el contrario, de acuerdo a la atención y regulación que se requiere para que se cumplan los derechos de niñas, niños y adolescentes con la finalidad de obtener un desarrollo pleno de estos, la regulación de los derechos de la infancia debe de ser considerado como una ley perfecta en la que la “sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos que vulneran o en la imposición de un castigo”.¹³⁸ Y en el caso del incumplimiento al régimen de visitas y convivencias sin justa causa, para no vulnerar el derecho que tienen niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas “a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular”¹³⁹, lo ideal sería aplicar alguna sanción o evitar la existencia del acto que vulnera a los menores que se encuentran en estado de abandono al incumplirse un régimen de visitas y convivencias.

Cuando se deja a un niño, niña o adolescente en estado de abandono la intención radica en renunciar a los derechos y responsabilidades para con el menor de edad, hecho que no se limitan al ámbito económico ya que la acción de abandono se genera cuando alguno de los padres de forma voluntaria deja solo a su hijo o se aleja de él sin justificación, ocasionando un descuido total de su obligación de ayudar en el crecimiento saludable y armonioso en el ámbito físico y psicoemocional del menor, comprometiendo la salud del infante y como consecuencia, el interés superior del menor. Por esta afectación y la violación a los diversos derechos de los niños al incumplimiento de un régimen visitas y convivencias, es que debe de aplicarse una sanción.

La patria potestad cuenta con un efecto dual, por una parte, respecto a la persona y por otra respecto de los bienes, es decir:

¹³⁸ *Ídem.*

¹³⁹ Ley General de los Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes, art. 23, 4 de diciembre de 2014, México.

“Comprende la representación legal y la protección integral de niñas, niños y adolescentes en sus aspectos físico, psicológico, moral y social, su guarda y custodia, la administración de sus bienes y el derecho de corrección sin que medie o implique maltrato físico, verbal o moral que cause lesión o daño físico o psíquico a la niña, niño o adolescente, incluyendo el castigo corporal y el castigo humillante de conformidad con lo previsto en la Ley de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México.”¹⁴⁰

Figura que puede extinguirse, limitarse, suspenderse, e incluso perderse si se configura alguna causal de procedencia.

“Para la actualización de cada supuesto, se advierte que implican ideas muy distintas: la patria potestad se extingue, cuando carece en lo absoluto de razón de ser ante el acontecimiento de un acto jurídico que da paso a una nueva situación jurídica; se limita, al impedirse el ejercicio íntegro de las facultades inherentes a ésta, ya sea que se restrinjan ciertas facultades o se impongan modalidades para su ejercicio; se pierde, cuando por virtud de una conducta de acción u omisión culpable de los progenitores, deja de pertenecerles la titularidad de su ejercicio; y se suspende cuando de modo temporal, se inhabilita a su titular para ejercerla como consecuencia de situaciones naturales o condiciones de anormalidad pasajeras o provisionales.”¹⁴¹

De acuerdo a la tutela que cada ordenamiento otorga en pro de niñas, niños y adolescentes, se aprecia que se obliga al Estado en los diferentes órdenes de gobierno, y en específico al Juzgador, a velar por el interés superior del menor

¹⁴⁰ Código Civil del Estado de México (CC), art. 4.203, 7 de junio de 2002, (Estado de México).

¹⁴¹ Tesis IV.1o.C.110 C, Semanario judicial de la federación y su gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2388.

para que los menores de edad cuenten con un desarrollo físico y emocional adecuado y, si se le vulnera este principio así como otros derechos, a la autoridad se le faculta para que emplee aquellos mecanismos que permitan salvaguardar el multicitado principio y cualquier derecho vulnerado. Por lo tanto, si se deja de cumplir un régimen de visitas y convivencias sin justa causa y como consecuencia se vulneran derechos de los menores así como el principio del interés superior lo correcto es que se aplique una sanción, sanción que de acuerdo al estudio realizado debe consistir en la suspensión o la pérdida de la patria potestad. Pero, ¿por qué aplicar esta sanción? Si un progenitor al dejar en estado de abandono a su o sus menores hijos lo que busca es deshacerse de las obligaciones creadas por el vínculo filial tales como el cuidado, guía y desarrollo del menor, aun cuando cumpla con su obligación alimentaria, y no se desvirtúa esta omisión, se presume que no tiene algún interés en intervenir en el desarrollo físico y emocional de su descendiente. Y si éste actuar genera violencia psicológica al menor, tampoco se le puede permitir que siga contando con las facultades que el ejercicio de la patria potestad otorga, ya que si algún progenitor se desentiende de su hijo, este tampoco puede:

“Exigir la obediencia y el respeto de los menores, la facultad de llevar su representación legal, la administración de sus bienes y decidir, participar y opinar sobre asuntos inherentes a su educación, conservación, asistencia, formación y demás relativos a los aspectos no patrimoniales de quien ejerce la patria potestad.”¹⁴²

Sin que ello implique la cancelación de los derechos con que el menor hijo, cuenta.

La diversidad de asuntos radicados en los juzgados del Estado de México, tienen hechos distintos, cada situación amerita una resolución específica. Sin embargo, el objetivo sigue siendo el mismo, tutelar al menor. La pérdida de la patria potestad tiene que decretarse cuando sea evidente el abandono de las

¹⁴² Tesis 1a./J. 97/2009, Semanario judicial de la federación y su gaceta, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 176.

obligaciones de crianza, sin embargo esta sanción no puede ser aplicable en todos los supuestos ya que, como se mencionó, la patria potestad:

“Se pierde, cuando por virtud de una conducta de acción u omisión culpable de los progenitores, deja de pertenecerles la titularidad de su ejercicio; y se suspende cuando de modo temporal, se inhabilita a su titular para ejercerla como consecuencia de situaciones naturales o condiciones de anormalidad pasajeras o provisionales.”¹⁴³

Por ello, cuando un padre deja de dar cumplimiento al mandato judicial de convivencias, pero manifiesta su intención de intervenir en el desarrollo integral de sus descendientes, en atención al objetivo de prioridad en el principio del interés superior de la niñez, lo correcto sería suspender la patria potestad y aplicar mecanismos que permitan la integración del lazo filial padre e hijo, con apercibimientos en caso de que el padre siga mostrando desinterés en su crianza, sanción que puede consistir en la pérdida de la patria potestad, ya que no se puede estar sometiendo a las niñas, niños y adolescentes a que sufran una afectación emocional superior, al sufrir de nueva cuenta desprecio por alguno de sus padres. No obstante lo anterior, constitucionalmente hablando, ¿ésta determinación causaría alguna vulneración? La Constitución Federal se encuentra conformada por 136 artículos, misma que se divide en dos partes una dogmática y otra orgánica. La parte dogmática, establece los derechos con que cuenta el pueblo mexicano, mientras que la parte orgánica establece la organización de los poderes y sus competencias.

Por ningún motivo pueden vulnerarse los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal, ni aquellos que se hayan reconocido en los tratados internacionales. Por ello la aplicación de cualquier determinación tiene que respetar los tratados internacionales y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al ser estos los máximos ordenamientos. La aplicación de la

¹⁴³ Tesis IV.1o.C.110 C, Semanario judicial de la federación y su gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2388.

medida de suspensión o pérdida de la patria potestad en el caso de incumplimiento al régimen de vistas, se aplica como sanción sustentada en el principio del interés superior de la niñez, establecido en el artículo 4º constitucional, ya que debe de considerarse al menor como un sujeto de derechos, en el cual se prevalece su interés sobre el de cualquier otra persona y cualquier determinación será aquella que mejor le favorezca, con la finalidad de alcanzar un desarrollo pleno. En ese sentido al encontrarse de por medio derechos de los menores hijos y al ser estos también sujetos de derechos deben de llevarse a cabo el procedimiento respetando a ambas partes las normas procesales y los derechos constitucionales establecidos en cada ordenamiento aplicable.

Al revisar cada uno de los artículos constitucionales de la parte dogmática, se aprecia que no existe precepto que mencione que la pérdida de la patria potestad es transgresora de derechos humanos, por el contrario, como se vio con antelación, en los casos en que se emita una resolución sobre cuestiones de menores de edad, tiene que prevalecer su interés, es decir buscando el cumplimiento del objetivo tripartita de éste principio, sin que la pérdida de la patria potestad implique la pérdida de los derechos que le asisten al menor, pues con ésta medida únicamente se busca sancionar al progenitor que muestra desinterés por el desarrollo físico y emocional de su descendiente. Por ello al llevarse a cabo un juicio en donde se esté tramitando la pérdida de la patria potestad, tendrá que tramitarse cuidadosamente, respetando cada una de las etapas procesales, garantizando en todo momento cada uno de los derechos constitucionales reguladores del procedimiento judicial, otorgándole al gobernado, y en este caso al progenitor, el derecho de defenderse, ser escuchado y acreditar sus excepciones y defensas, para que de ser procedente se declare la pérdida de la patria potestad o en su caso, la suspensión de la misma.

Resultado constitucional la tramitación de la pérdida o suspensión de la patria potestad, si se respeta cada uno de los ordenamientos reguladores de derechos constitucionales y procedimentales de la parte activa y pasiva, y por consiguiente, sería viable la aplicación de la suspensión o pérdida de la patria potestad en caso de que se incumpla un régimen de visitas.

En consecuencia, resulta necesario la modificación del precepto regulador de la patria potestad en el Código Civil del Estado de México, aplicando un supuesto en el que se suspenda la patria potestad en caso de que se genere abandono físico por parte de alguno de los progenitores cuando ya se decretó un régimen de visitas y convivencias, pero acredite su intención de continuar con sus obligaciones de cuidado de crianza aun cuando se encuentre fuera del domicilio familiar, así como la aplicación de la pérdida de la patria potestad cuando el sujeto pasivo no demuestre su intención de continuar con los cuidados físicos de sus descendientes, aplicando en ambos casos medidas que permitan restaurar el daño causado por el progenitor que dejó en estado de abandono a sus hijos, adoptando las medidas, que estime el juzgador, para promover la recuperación del descendiente que fue sujeto de abandono por parte de alguno de sus progenitores al que se le fijo un régimen de visitas y convivencias, medida que no puede radicar únicamente en la atención psicológica, pues cada caso es concreto y la intervención de un especialista en esta materia no podría ser el único en intervenir en la recuperación del menor hijo que fue objeto de abandono por parte de alguno de sus progenitores.

Al realizarse ese tipo de modificación al precepto regulador de los supuesto de la suspensión o pérdida de la patria potestad, en el que se prevea como causal el incumplimiento reiterado a un régimen de visitas y convivencias, por parte del progenitor al que se le determinó, beneficiaría a todos aquellos niños, niñas y adolescentes del Estado de México, que sufren desprecio por parte de alguno de sus progenitores aun cuando ya se les estableció un régimen de visitas y convivencias para que continúen con el lazo filial de su progenitor ausente.

CONCLUSIÓN

Al emplear el método jurídico durante el desarrollo de esta investigación y comparar las normas reguladoras del régimen de visitas y convivencias con aquellas que tutelan el Interés Superior del Menor, se destacaron algunos puntos, como lo es el hecho de que el interés superior del menor tiene que mantener su objetivo tripartita con la finalidad de que los niños, niñas y adolescentes de nuestro país tenga un desarrollo pleno, en donde se busca que prevalezca el cumplimiento de su interés y sus derechos, sobre el de cualquier individuo. Por ello con la finalidad de lograr este objetivo se facultó a las autoridades de los diferentes niveles para promover y proteger los derechos de los menores de edad, buscado se garanticen aun cuando los padres se separen.

Los derechos son variados, pero en lo que respecta al régimen de convivencias, se trata de que prevalezca el derecho a la familia y a contar con un cuidado físico y moral por parte de ambos padres, además de mantener la relación e interacción con el progenitor ausente de su hogar.

No obstante, las diversas modificaciones a las leyes y las facultades que se la ha otorgado a la autoridad, la regulación con que actualmente se cuenta respecto del régimen de visitas y convivencias hace que su cumplimiento sea una norma imperfecta que se deja su ejecución al arbitrio del padre y que su incumplimiento carece de sanción, sin embargo, los derechos de las niñas, niños y adolescentes, atendiendo al interés superior del menor, no se pueden dejar de cumplir, y, aunque es cierto que no se puede obligar al progenitor ausente a visitar a sus descendientes, también lo es, el hecho de que no se le puede causar a los menores hijos, con la ausencia de alguno de sus padres, afectación en su desarrollo, por el contrario, se tiene que buscar que tengan un crecimiento íntegro.

Una de las atribuciones que posee la patria potestad, entre otras, se encuentra la de exigir obediencia y la intervención en las decisiones que se tomen en torno al desarrollo del menor, pero si un padre se encuentra ausente y deja en estado de abandono a su descendiente, no puede exigir se le permita, cuando él

así lo considere, intervenir en las decisiones que se tomen sobre su hijo o exija ejercer alguna facultad que la ley le atribuye, por el hecho de tener la patria potestad sobre éste, por el contrario, si lo que se busca es que se cumpla el principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes, él o la progenitora deben de cumplir con todas sus obligaciones hacia sus descendientes, deberes que no solo son económicos, también éticos y morales, que permiten una formación física, psicoemocional y social, dando como resultado un desarrollo integral, por ello, cuando se ve afectada la seguridad, moralidad o salud (llámese física o mental) por el estado de abandono en que se ha dejado a un menor, al no cumplir el progenitor el régimen de visitas y convivencias establecido, resulta indispensable la toma de alguna medida a efecto de que no se vulnere algún derecho de los menores, y en este caso, se le afecte emocionalmente por el rechazo y el estado de abandono al que se le somete por el incumplimiento a un mandato judicial que permite la interacción y el fortalecimiento del lazo afectivo entre el descendiente y el progenitor.

En ese sentido, resulta indispensable que se realice una modificación a los preceptos reguladores del régimen de visitas y convivencias a efecto de lograr el objetivo del interés superior del menor. Resultando aplicable la suspensión o la pérdida de la patria potestad cuando se incumple un régimen de visitas y convivencias y se acredita el abandono por parte del progenitor al que se le fijó, pues el abandono sin causa justificable, puede comprometer la salud, la seguridad, la moralidad del menor e incluso vulnerar derechos que le asisten y como consecuencia se afectaría el principio rector del interés superior de niñas, niños y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, Derecho familiar, México, ed. Oxford, 2009.

Burgoa, Ignacio, Diccionario de derecho constitucional garantías y amparo, México, Porrúa, 1984.

Carenas Gracia, Jaime, Introducción al estudio del derecho, México, UNAM, 2016.

Castañeda Ribas, María Leoba, (2010), El derecho Civil en la época de la independencia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, La independencia de México a 200 años de su inicio. Pensamiento social y jurídico (1-42), UNAM.

Castillejos Cifuentes, Daniel A., Análisis constitucional sobre el uso del término menor, y los de niños, niñas y adolescentes, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, Publicación Electrónica número 5, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/10.pdf>.

Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi, Diccionario de asilo, Bilbao, 2014, <https://diccionario.cear-euskadi.org/>.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, El interés superior de niñas, niños y adolescentes, una consideración primordial (folleto).

Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ley general de los derechos de niñas, niños y adolescentes, cuarta edición, México.

Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, artículo 3, párrafo 1, Ginebra, Naciones Unidas, 2013.

De Buen, Demófilo, Introducción al estudio del derecho civil, 2a ed., México, Ed. Porrúa, S.A, 1977.

Decreto número 268, Periódico Oficial del Gobierno Libre y Soberano de México, Gaceta del Gobierno, No. 33, t. CLXXXVII, 19 de febrero de 2009, Toluca de Lerdo, México.

Decreto número 462, Periódico Oficial del Gobierno Libre y Soberano de México, Gaceta del Gobierno, No. 33, t. CXCIV, 9 de agosto de 2012, Toluca de Lerdo, México.

Diario Oficial de la Federación, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, No. 8, t. DLIX, primera sección, 12 de abril de 2000, México.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Historia de los derechos del niño, <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>.

García Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del derecho, México, Porrúa, 1978.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario jurídico mexicano, UNAM, 1998.

Kelsen, Hans, La teoría pura del derecho, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1982.

Martínez Esteruelas, Cruz. et. al. Diccionario jurídico espasa. España, Espasa Calpe, 1998.

Montero Duhalt, Sara, Derecho familiar, México, Porrúa, 1985.

Misle, Óscar y Pereira, Fernando, Hacia un nuevo paradigma en la educación infantil y juvenil para la prevención y tratamiento del abuso sexual, 2003, http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura3.NuevoParadigma.pdf.

Orizaba Monroy, Salvador, Diccionario jurídico, Editorial Sista, México, 2004.

Padilla Sahagún Gumesindo, Derecho romano, 3 e., México, ed. McGraw-Hill/Interamericana, S.A. de C.V. México, 2004.

Pérez Contreras, María de Monserrat, Derecho de familia y sucesiones, México, Nostra Ediciones, 2010.

Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23ª ed., 2014, <https://dle.rae.es>.

Real Academia Española, Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020, <https://dpej.rae.es/>.

Sáinz Gómez, José María, Derecho romano I, México, ed Limusa, 2000.

BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA

Código Civil de la Ciudad de México (CC), 26 de mayo de 1928, Ciudad de México.

Código Civil del Estado de México (CC), 7 de junio de 2002, Estado de México.

Código Civil Federal (CCF), 26 de mayo de 1928, México.

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México (CPC), 1 de julio de 2002, Estado de México.

Código Penal del Estado de México (CP), 20 de marzo de 2000, Estado de México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), 5 de febrero de 1917, México.

Convención Americana Sobre derechos Humanos (Pacto de San José), 18 de julio de 1978, Costa Rica.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), 2 de septiembre de 1990, Organización de las Naciones Unidas.

Declaración de los derechos del niño, 20 de noviembre de 1959, Organización de las Naciones Unidas.

Ley General de los Derecho de Niñas, Niños y Adolescentes, 4 de diciembre de 2014, México.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, 16 de junio de 2016, México.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 29 de mayo de 2000, México.

Tesis I.5o.C. J/16, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. IV, marzo de 2011, p. 2188.

Tesis II.3o.C.4 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t 2; Febrero de 2013, p. 1502.

Tesis IV Región 2o.19 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. III, Septiembre de 2018, p. 2505.

Tesis VII.1o.C. J/8, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, Junio de 2017, p. 2526.

Tesis VII.2o.C.202 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, Octubre de 2019, p. 3460.