

EL ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIA EN LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN EL ESTADO DE GUANAJUATO THE ESTABLISHMENT OF VISITATION AND COEXISTENCE REGIMEN IN DIVORCE PROCESSES IN THE STATE OF GUANAJUATO

RENÉ JESÚS MENDOZA RAMÍREZ¹  

¹ UNIVERSIDAD LA SALLE BAJÍO, FACULTAD DE DERECHO, CRIMINOLOGÍA Y GOBERNANZA. LEÓN,
GUANAJUATO, MÉXICO

 CORRESPONDENCIA: RMM100481@UDELASALLE.EDU.MX

FECHA DE RECEPCIÓN: 01 DE MARZO DE 2022 / FECHA DE ACEPTACIÓN: 31 DE MARZO DE 2022

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. De los tipos de divorcio regulado en el estado de Guanajuato.
- III. El régimen de visitas y convivencia en ambos procesos de divorcio.
- IV. La jurisprudencia en materia del régimen visitas y de convivencia.
- V. Conclusiones.

Resumen: En este trabajo se detalla cómo es que se establece el régimen de visitas y convivencia en el proceso de divorcio —en el necesario y en el de mutuo acuerdo— y se señala el derecho del menor o menores involucrados de ser escuchado de forma directa por el juez que conoce del proceso.

Palabras clave: derecho de convivencia; régimen de visitas; interés superior del menor; escucha de menores; juez; proceso legal; régimen

Abstract: This paper details how the visitation and coexistence regime is established in the divorce process —both in necessary and mutual agreement divorce— and highlights the right of the minor or minors involved to be directly heard by the judge presiding over the process.

Keywords: right to coexistence; visitation regime; best interest of the child; listening to minors; judge; legal process; regime

I. Introducción

Como hemos podido observar, la famosa reforma de junio de 2011 en materia de derechos humanos no se quedó simplemente en un catálogo de buenas intenciones, como se dijo en un principio. Esta reforma ha venido a romper paradigmas en muchos aspectos de nuestra vida y en las resoluciones de los juicios. También ha venido a establecer nuevos criterios mediante los principios plasmados en la Constitución, y el reconocimiento de derechos fundamentales, que a través del tiempo se han ido incorporando.

Esto se ha dado especialmente en materia de derecho familiar, que, se afirma, se ha federalizado debido a la cantidad de criterios que han sido establecidos por los tribunales federales de mayor jerarquía en nuestro país. La materia familiar es regulada mediante las normas jurídicas plasmadas en los Códigos Civiles o, en algunos casos, en los Códigos de lo Familiar, de las entidades federativas que integran nuestro país.

Al surgir criterios de interpretación y declaraciones de invalidez de normas jurídicas de la citada rama del derecho por parte de la autoridad jurisdiccional federal, se ha considerado que la materia familiar se ha federalizado. Esta injerencia por parte de la función jurisdiccional de la autoridad federal se debe al reconocimiento, respeto, protección y garantía de los derechos humanos por parte de la autoridad. También se debe a la progresividad de los derechos humanos y a su proyección horizontal.

A los abogados *de la vieja guardia* nos ha tocado ver los cambios, e incluso impulsarlos y reaprender el derecho, lo cual no es tarea fácil. Implica cambiar estructuras sociales, estereotipos y otros aspectos relacionados con el derecho familiar.

Este trabajo se enfoca en el régimen de convivencia que debe ser establecido en los procesos de divorcio. Sin embargo, es importante señalar que este régimen no solo se da en estos procesos, sino que también debe ser observado en los casos de separación de padres que no están casados.

La legislación del estado de Guanajuato, específicamente la legislación procesal en materia de derecho civil, regula los dos procesos que pueden ser abordados para disolver el vínculo matrimonial. Estos procesos se verán a continuación.

II. De los tipos de divorcio regulado en el estado de Guanajuato

El Código Civil para el Estado de Guanajuato establece en su artículo 322¹: «el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro». Desde mi punto de vista, el artículo debería decir *ex cónyuges* y no *cónyuges*.

¿Cómo los cónyuges pueden disolver el vínculo matrimonial en el estado de Guanajuato? La única forma que existe, es mediante una declaración de la autoridad

¹ Código Civil para el Estado de Guanajuato, 2018, México, H. Congreso del Estado de Guanajuato.

jurisdicción, denominada *sentencia*, que resuelve sobre la disolución del vínculo matrimonial.

El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato establece dos vías para obtener una sentencia que declare disuelto el vínculo matrimonial. La primera la encontramos en el artículo 822²: «Se tramitarán por el procedimiento oral ordinario las controversias que se susciten con motivo de [...] fracción [...] III Acciones de divorcio necesario».

Esta vía se aborda en el supuesto de que ambos cónyuges no estén de acuerdo con disolver el vínculo matrimonial, y siempre que hubiera una causal de divorcio señalada en el Código Civil para el Estado de Guanajuato, en su artículo 323. Hay causales de divorcio que han sido declaradas inconstitucionales mediante una contradicción de tesis que a continuación se transcribe³:

Suprema Corte de Justicia de la Nación; Registro digital: 2009591; Instancia: Primera Sala; Décima Época; Materias(s): Constitucional, Civil; Tesis: 1a./J. 28/2015 (10a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 20, Julio de 2015, Tomo I, página 570; Tipo: Jurisprudencia.

30

DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS).

El libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de "autonomía de la persona", de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución. En el ordenamiento mexicano, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros. De acuerdo con lo anterior, el régimen de disolución del matrimonio contemplado en las legislaciones de Morelos y Veracruz (y ordenamientos análogos), que exige la acreditación de

² Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, 2018, México, H. Congreso del Estado de Guanajuato.

³ Tesis 1a./J.28/2015(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, julio de 2015, p. 570.

causales cuando no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, incide en el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, se trata de una medida legislativa que restringe injustificadamente ese derecho fundamental, toda vez que no resulta idónea para perseguir ninguno de los límites que imponen los derechos de terceros y de orden público. En consecuencia, los artículos 175 del Código Familiar para el Estado de Morelos y 141 del Código Civil para el Estado de Veracruz, en los cuales se establecen las causales que hay que acreditar para que pueda decretarse la disolución del matrimonio cuando no existe mutuo consentimiento de los cónyuges, son inconstitucionales. De acuerdo con lo anterior, los jueces de esas entidades federativas no pueden condicionar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal, de tal manera que para decretar la disolución del vínculo matrimonial basta con que uno de los cónyuges lo solicite sin necesidad de expresar motivo alguno. No obstante, el hecho de que en esos casos se decrete el divorcio sin la existencia de cónyuge culpable no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio, como pudieran ser la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencias con el padre no custodio, los alimentos o alguna otra cuestión semejante.

Contradicción de tesis 73/2014. Suscitada entre el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, en apoyo del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. 25 de febrero de 2015. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en cuanto al fondo. Disidentes: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes:

El Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 32/2013, dio origen a la tesis aislada número XVIII.4o.15 C (10a.), de rubro: "DIVORCIO NECESARIO. DEBE DECRETARSE AUN CUANDO NO QUEDEN DEMOSTRADAS LAS CAUSALES INVOCADAS, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD HUMANA.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 17 de enero del 2014 a las 13:02 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 2, Tomo

IV, enero de 2014, página 3051, con número de registro digital 2005339, y el juicio de amparo directo 339/2012, que dio origen a la tesis aislada número XVIII.4o.10 C (10a.), de rubro: "DIVORCIO. EL ARTÍCULO 175 DEL CÓDIGO FAMILIAR PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS, AL EXIGIR LA DEMOSTRACIÓN DE DETERMINADA CAUSA PARA LOGRAR LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL, CUANDO NO EXISTE CONSENTIMIENTO MUTUO, ES INCONSTITUCIONAL AL RESTRINGIR EL DERECHO AL DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD HUMANA.", publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 17 de enero del 2014 a las 13:02 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 2, Tomo IV, enero de 2014, página 3050, con número de registro digital 2005338; y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, con residencia en Xalapa, Veracruz, en apoyo del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, al resolver el juicio de amparo directo 1020/2013 (cuaderno auxiliar 44/2014), en el cual sostuvo que, conforme a lo establecido en la Norma Fundamental, en los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, lo que por sí mismo excluye la posibilidad de resolver asuntos en conciencia; que el artículo 4o. de ese mismo ordenamiento establece el interés superior de la ley en preservar la unidad familiar, lo que conlleva a establecer, conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que si el matrimonio es una de las bases de la familia, por ende, constituye una figura jurídica en comento implica, aunque de naturaleza sui géneris, un contrato civil que no puede disolverse unilateralmente, sino que el vínculo jurídico que se crea con su celebración sólo puede desaparecer cuando se surtan los supuestos establecidos expresamente en la ley.

Tesis de jurisprudencia 28/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha quince de abril de dos mil quince.

Esta tesis se publicó el viernes 10 de julio de 2015 a las 10:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 13 de julio de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Así es como la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve esa contradicción de tesis, creando jurisprudencia de esta forma. Luego, se declaran inconstitucionales los artículos 175 del Código Familiar para el Estado de Morelos y el 141 del Código Civil para el Estado de Veracruz, que establecen las causales de divorcio, así como las legislaciones análogas. Por lo tanto, el artículo 323 del Código Civil para el Estado de Guanajuato también es

inconstitucional, es nulo y no es derecho vigente, aunque el legislador guanajuatense no se haya dado a la tarea de desaparecerlo del texto del Código.

Así, el divorcio necesario, de acuerdo con el artículo 822⁴ del Código de Procedimientos Civiles, se tramitará mediante el procedimiento oral ordinario, adición que se hizo al citado Código mediante la publicación de éste en el Periódico Oficial del Estado de Guanajuato, el 27 de diciembre de 2011, con el objetivo de establecer los procedimientos orales en materia familiar en esta Entidad Federativa, pero con base en las causales de divorcio. Por esta razón, la demanda de divorcio debe tramitarse mediante la acción de divorcio necesario, pero sin expresión de causa, dejando abierta la posibilidad de reconvenir, a diferencia de otras entidades, en las que se establece un procedimiento especial para el divorcio sin expresión de causa, dejando fuera la posibilidad de reconvenir. Por ejemplo: la pensión alimenticia, la guarda y custodia, y otras prestaciones o medidas cautelares.

En septiembre de 2013, se pusieron en marcha los juicios orales en el municipio de León, Guanajuato. León es el municipio con mayor población en el estado de Guanajuato, y en el que actualmente se tramitan un gran número de divorcios.

La segunda vía para tramitar el divorcio en nuestro estado es la que establece el artículo 852⁵ del Citado Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, que indica: «Se tramitarán en el procedimiento oral especial los asuntos relativos a: I. Divorcio por mutuo consentimiento».

Esta vía se aborda cuando ambos cónyuges están de acuerdo en disolver el vínculo matrimonial. En caso de que hayan tenidos hijos en común, el mismo Código, en su artículo 857⁶, establece que deberá acompañarse un convenio: «En la solicitud de divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges deberán presentar el acta de matrimonio, las actas de nacimiento de los promoventes y de sus hijos menores. Asimismo, acompañarán el convenio relativo a la custodia de los hijos menores o incapaces, y a los alimentos en su caso».

La legislación adjetiva a la que hemos venido refiriéndonos, establece la posibilidad del cambio de vía, es decir, pasar de la vía oral ordinaria a la vía oral especial por acuerdo de las partes, según lo dispuesto en el artículo 846⁷: «En los asuntos relacionados con divorcio necesario, desde la fase de conciliación previa a la audiencia preliminar y hasta la etapa de alegatos de la audiencia de juicio, las partes conjunta y verbalmente, podrán solicitar el cambio de vía, siempre que expresen su voluntad de disolver su vínculo matrimonial por mutuo consentimiento».

⁴ Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, *op. cit.*

⁵ *Ibidem*, art. 852.

⁶ *Ibidem*, art. 857.

⁷ *Ibidem*, art. 846.

De ser posible, presentarán o concertarán en la propia audiencia el convenio a que se refiere el artículo 857 de este Código. En caso contrario, se concederá a las partes un plazo de tres días para que lo presenten, suspendiendo la audiencia respectiva. En la audiencia o reanudada ésta, el juez analizará el convenio y señalará a los cónyuges los puntos que no se ajusten a derecho o que considere inequitativos, para que los corrijan. De encontrarlo ajustado a la ley y de estar garantizados los derechos de los niños, niñas, adolescentes e incapaces, el juez, en los términos de la fracción IV del artículo 842 de este Código, dictará resolución disolviendo el vínculo matrimonial, aplicando las disposiciones para el divorcio por mutuo consentimiento.

La sentencia que decreta el divorcio será irrecurrible; la que lo niegue es apelable en ambos efectos. Si por cualquier causa no se llegara a un acuerdo, se continuará con la audiencia respectiva a partir de la etapa en que hubiera sido suspendida. La solicitud de cambio de vía no constituye un perdón tácito en relación a los hechos del divorcio necesario.

En el supuesto del divorcio necesario, el juez resolverá lo referente a los hijos, si los hay, en relación con el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia, la pensión alimenticia, el régimen de convivencia y la compensación. Pueden ser todos esos puntos o solo los puntos controvertidos por las partes.

En el divorcio por mutuo acuerdo, las partes acuerdan sobre los puntos señalados en el párrafo anterior. Obviamente no puede haber renuncia al ejercicio de la patria potestad o al derecho a una pensión alimenticia.

III. El sistema penitenciario

Ahora hablaremos del régimen de convivencia. El legislador del estado de Guanajuato es omiso en definir el concepto *régimen de convivencia*. En el Código Civil para el Estado de Guanajuato, refiere en su artículo 336 fracción VII⁸ la posibilidad de que el juez que conozca de una demanda de divorcio establezca medidas provisionales respecto de visitas y régimen de convivencia, tomando en cuenta el interés superior de los menores y escuchándolos.

Por otro lado, en el artículo 474-A⁹ del citado ordenamiento se establece el reconocimiento del derecho de convivencia del progenitor no custodio, siempre que no sea perjudicial para el menor.

Finalmente, el artículo 500¹⁰ menciona la sanción que genera el hecho de no permitir las convivencias decretadas por la autoridad, consistente en la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

⁸ Código Civil para el Estado de Guanajuato, *op. cit.*

⁹ *Ibidem*, art. 474-A.

¹⁰ *Ibidem*, art. 500.

El derecho de convivencia surge cuando los padres se separan y los hijos quedan bajo la custodia de alguno de ellos. Es un derecho materno, o paterno-filial; es un derecho que tiene el progenitor y también lo tiene el menor, por lo tanto, la exigencia de este derecho es por ambas partes. Se traduce en una obligación por parte del progenitor custodio, aunque me refiero al *progenitor*.

Es sabido que quien comúnmente tiene el derecho de convivencia es el progenitor hombre. Considero que es así por la cuestión cultural y estructural de nuestra sociedad, en la que la madre suele hacerse cargo de los hijos en el supuesto de la separación de los padres, pero, hablando, desde luego, de relaciones heterosexuales, el progenitor custodio puede ser el hombre. En el caso de las relaciones homosexuales, quien ejerce la patria potestad y no tiene la custodia de sus hijos también tiene este derecho.

Ahora bien, en los casos en los que el divorcio se tramita mediante la vía oral ordinaria, por tratarse de un divorcio necesario —y aunque se trata de una demanda de divorcio en la que no es necesario expresar la causa por la que se pide la disolución del vínculo matrimonial— es el juez quien deberá establecer si el progenitor o padre no custodio tiene derecho a la convivencia, y luego entonces, establecer un régimen de visitas y convivencia. En estos casos, el juez debe escuchar a los menores para fijar ese régimen, para no afectar el interés superior del menor. También debe tomar en cuenta las pruebas aportadas por las partes para el establecimiento del régimen, debido a que pueden existir causas para no permitir la convivencia, cuando esta sea perjudicial para los menores, o bien puede suspender la convivencia, sujeta a la condición de que el progenitor o padre adquiera herramientas suficientes para una sana convivencia.

Mencionamos que la legislación procesal del estado de Guanajuato establece la posibilidad de cambio de vía en caso de que un juicio inicie por la vía oral ordinaria para ejercer la acción de divorcio necesario. En este caso, se puede cambiar a la vía oral especial para continuar un divorcio por mutuo acuerdo.

En el caso de que ambos cónyuges inicien el proceso de divorcio, son los padres o progenitores quienes establecen el régimen de visitas y convivencia mediante un convenio que se anexa a la solicitud de divorcio por mutuo acuerdo. Este convenio es revisado y sancionado por el juez que conoce del proceso, y se realizan observaciones en audiencia por parte del ministerio público y el representante de la Procuraduría de Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, siempre velando por el interés superior del menor.

Existe otra forma de fijar el régimen de visitas y convivencia: que las partes interesadas acudan ante el Centro de Justicia Alternativa. En este centro, se puede celebrar un convenio sin necesidad de demanda, el cual se eleva a la categoría de cosa juzgada. En este caso, el régimen de visitas y convivencia es propuesto por los progenitores o padres y sancionado por el titular del centro de mediación y/o conciliación. Finalmente, el convenio es elevado a la categoría de cosa juzgada.

Estas son las formas de fijar el régimen de visitas y convivencia ante una autoridad jurisdiccional al tramitarse un juicio de divorcio. Hay varios criterios de interpretación que han surgido de los tribunales federales de nuestro país, y que enseguida veremos.

IV. La jurisprudencia en materia del régimen de visitas y de convivencia

En la última década, el legislador estatal, quien tiene la facultad de regular el derecho civil y familiar en los códigos, ha sido revisado por los jueces. Incluso, el Constituyente Permanente ha establecido derechos fundamentales que aún no se encuentran reconocidos en nuestra Constitución ni en la legislación civil estatal. Un ejemplo de esto es el interés superior del niño, el cual ya ha sido reconocido, pero existen otros derechos —como el libre desarrollo de la personalidad— que aún no han sido reconocidos.

Bajo el principio de juridicidad, el juez ha incluido en sus resoluciones el aspecto axiológico de los derechos humanos, es decir, los valores de igualdad y justicia establecidos en la Constitución Federal. La autoridad tiene la obligación de reconocer, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos dentro de su competencia, y esto es lo que los jueces han estado observando.

Por su parte, el juzgado, a diferencia del legislador guanajuatense, sí da una definición del *derecho de visitas y convivencia*, que establece¹¹:

Registro digital: 160075; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Décima Época; Materias(s): Civil; Tesis: I.5o.C. J/32(9a.); Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IX, Junio de 2012, Tomo 2, página 698; Tipo: Jurisprudencia.

DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU CONCEPTO.

Es una institución fundamental del derecho familiar en México, que tiene como finalidad regular, promover, evaluar, preservar y, en su caso, mejorar o reencausar la convivencia en el grupo familiar respecto de menores y, por ello, se encuentra por encima de la voluntad de la persona a cuyo cargo se encuentre la custodia del menor, por tratarse de un derecho humano principalmente dirigido a él, aunque también favorezca indirectamente a sus ascendientes y a quienes conforman dicho grupo.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

¹¹ Tesis I.5o.C. J/32(9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, junio de 2012, p. 698.

El derecho a las visitas y convivencia gira en torno al interés superior del menor. Como mencionamos anteriormente, es un derecho tanto del menor como del padre o progenitor no custodio. Sin embargo, dado que el régimen de visitas y convivencia debe establecerse con base en el interés superior del menor, en todos los casos se debe escuchar su opinión. Lamentablemente, esto no sucede en los procesos de divorcio, donde se cambia de la vía oral ordinaria a la especial. Lo mismo sucede en los casos de divorcios por mutuo acuerdo, y aún más en los convenios celebrados en justicia alternativa.

Por otro lado, pero relacionado con el régimen de visitas y convivencia, la Segunda Sala de la Suprema Corte ha emitido un criterio respecto al interés superior del menor, señalando que es un concepto triple. A continuación, se transcribe el criterio¹²:

Suprema Corte de Justicia de la Nación; Registro digital: 2020401; Instancia: Segunda Sala; Décima Época; Materias(s): Constitucional; Tesis: 2a./J. 113/2019 (10a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 69, Agosto de 2019, Tomo III, página 2328; Tipo: Jurisprudencia.

DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE.

El artículo 2, segundo párrafo, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes prevé que el "interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes"; de ahí que cuando se tome una decisión que les afecte en lo individual o colectivo, "se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales". Al respecto, debe destacarse que el interés superior del menor es un concepto triple, al ser: (I) un derecho sustantivo; (II) un principio jurídico interpretativo fundamental; y (III) una norma de procedimiento. El derecho del interés superior del menor prescribe que se observe "en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño", lo que significa que, en "cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá", lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. Así, las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas –en esferas relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad, entre

¹² Tesis 2a./J. 113/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo III, agosto de 2019, p. 2328.

otras– deben evaluarse en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de aplicación, ya que la consideración del interés superior del niño como algo primordial requiere tomar conciencia de la importancia de sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate.

Tesis de jurisprudencia 113/2019 (10a.). Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del diez de julio de dos mil diecinueve.

En consecuencia, debería tomarse en cuenta la opinión de los menores incluso en aquellos procesos de divorcio voluntario en los que los padres o progenitores establecen el régimen de visitas y convivencia. Es importante mencionar que el derecho de convivencia es tanto del padre o progenitor no custodio como del menor. Por lo tanto, el progenitor o padre no custodio puede manifestar sus inconformidades respecto al ejercicio de ese derecho, denunciando el incumplimiento del régimen de visitas y convivencia por parte del padre o progenitor custodio.

El padre o progenitor custodio también puede denunciar el incumplimiento del régimen de visitas y convivencia por parte del progenitor no custodio en representación del menor. ¿Pero por qué el menor puede denunciar el incumplimiento o solicitar una modificación del régimen de visitas y convivencia? ¿No existe discriminación al establecer una restricción en el ejercicio de sus derechos mediante la imposición de una edad límite?

El criterio que ha evolucionado en nuestro sistema jurídico señala que los tribunales tienen el deber de escuchar a los menores en los juicios en los que tengan algún interés que afecte sus derechos. Recientemente, la Primera Sala emitió un criterio al respecto¹³:

Suprema Corte de Justicia de la Nación; Registro digital: 2024783; Instancia: Primera Sala; Undécima Época; Materias(s): Civil, Constitucional; Tesis: 1a./J. 68/2022(11a.); Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tipo: Jurisprudencia.

DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. DEBE EJERCERSE DE MANERA DIRECTA ANTE EL JUZGADOR, POR LO QUE NO PUEDE CONSIDERARSE SATISFECHO CUANDO OCURRA DE FORMA INDIRECTA.

¹³ Tesis 1a./J.68/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, s/t, s/f, s/p.

Hechos: Un señor demandó por su propio derecho y en representación de su hija menor de edad, entre otras prestaciones, su guarda y custodia; por su parte, la madre reconvino la misma prestación. El Juez de primera instancia declaró que el actor principal no probó los elementos constitutivos de su acción, y la demandada principal y actora reconvencional sí probó sus excepciones, así como los elementos constitutivos de su acción reconvencional; por tanto, concedió a ésta la guarda y custodia definitiva de la menor de edad; inconforme el actor principal interpuso recurso de apelación y el Tribunal de Alzada confirmó la sentencia recurrida; determinación que fue señalada como acto reclamado en el amparo directo promovido por el padre de la menor de edad, por derecho propio y en representación de la misma; juicio en el cual le fue negada la protección constitucional. Resolución que fue impugnada en revisión, aduciendo esencialmente que no fue respetado el derecho de la menor de edad a ser escuchada y que indebidamente el Tribunal Colegiado de Circuito estimó que ello había ocurrido de manera indirecta, y quedaba satisfecho a través del reporte que de las convivencias celebradas entre la menor de edad y su madre, presentó la psicóloga encargada de supervisarlas.

Criterio jurídico: La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el derecho de los menores de edad a ser escuchados en los procedimientos judiciales que afecten su esfera jurídica, consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no puede estimarse satisfecho de manera indirecta, específicamente a través de un informe rendido por el profesional en psicología que supervisó las convivencias con alguno de los progenitores, sino que debe ejercerse en forma directa ante el juzgador, pero adoptando los ajustes necesarios y acordes a la edad y madurez del menor de edad.

Justificación: El derecho de los menores de edad a ser escuchados en los procedimientos que afecten su esfera jurídica, consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no es irrestricto, pues el juzgador de manera fundada y motivada puede determinar una excepción a su ejercicio. Sin embargo, para satisfacer esa prerrogativa deben atenderse los parámetros y lineamientos que en aras del respeto de su interés superior ha establecido esta Suprema Corte en el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Infancia y Adolescencia, conforme al cual los menores de edad deben ser informados sobre su participación, externar su voluntad de hacerlo, encontrarse asistidos por un especialista en temas de infancia, así como por un representante que no constituya un conflicto de intereses, e incluso por una persona de su confianza. Además, su opinión debe expresarse en una diligencia desarrollada a manera de entrevista, en la que se utilice material de apoyo que facilite su expresión, tomando en cuenta la existencia de formas verbales y no verbales de comunicación; debiendo registrarse

la entrevista por algún medio, a fin de que puedan acceder a ella los tribunales de apelación y de amparo, con el objeto de evitar la revictimización de los infantes. Lo anterior, en el entendido de que el juzgador además de ordenar el respeto a ese derecho de la forma indicada, se encuentra en aptitud de desahogar, de oficio, los medios de convicción que estime pertinentes a efecto de contar con elementos suficientes que le permitan emitir una determinación que procure el menor riesgo para el menor de edad.

PRIMERA SALA.

Amparo directo en revisión 3994/2021. 6 de abril de 2022. Cinco votos de las Ministras Norma Lucía Piña Hernández y Ana Margarita Ríos Farjat, y los Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Claudia Lissette Montaña Mendoza.

Tesis de jurisprudencia 68/2022 (11a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de primero de junio de dos mil veintidós.

Esta tesis se publicó el viernes 10 de junio de 2022 a las 10:16 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 13 de junio de 2022, para los efectos previstos en el punto noveno del Acuerdo General Plenario 1/2021.

Con esto, notamos la evolución en los procesos de esta índole. Antes de la reforma de junio del 2011, los menores no tenían participación en aquellos juicios que afectaran su esfera jurídica. Después, se empezó a reconocer el interés superior del menor, principio que fue observado por los juzgadores, pero sin que se escuchara a los menores. Ahora, se habla de una participación directa en audiencia y no solo mediante un informe rendido por un especialista. El juez debe escuchar de manera directa al menor, tomando las medidas necesarias señaladas en la jurisprudencia antes trascrita.

Recordemos que los derechos humanos son progresivos. Por lo tanto, no debemos descartar que en el futuro se reconozca el derecho de los menores a presentar sus escritos o promociones ante el juez, ejerciendo su derecho de petición, acceso a la justicia, igualdad y no discriminación. En esto se debe tomar en cuenta la edad y madurez emocional del menor. No deberíamos esperar que alguno de los progenitores promueva en su representación. Sin embargo, hay otros aspectos a considerar, como que el menor tenga conocimiento de sus derechos y alguien lo asesore para realizar la petición ante el juez. En caso contrario, su petición podría no estar acorde a su perspectiva de las cosas, lo que significaría que el juez no actúe con perspectiva de infancia y adolescencia.

Hay casos en los que el padre se desapega de los menores y no cumple con el régimen de visitas y convivencia. El menor padece ansiedad por no ver al padre o

progenitor no custodio, y sufre, a su modo, la separación de los padres. En ocasiones, es el menor quien más busca al padre o progenitor no custodio. Por desgracia, el padre o progenitor custodio no realiza ninguna acción legal para que el padre o progenitor cumpla con el régimen de visitas y convivencia.

¿Bajo qué circunstancia debe llevarse el régimen de visitas y convivencia cuando al padre o progenitor no les interesa convivir con el menor? Al respecto existe el siguiente criterio¹⁴:

Suprema Corte de Justicia de la Nación; Registro digital: 2022988; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Décima Época; Materias(s): Civil; Tesis: I.3o.C.433C(10a.); Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 85, Abril de 2021, Tomo III, página 2220; Tipo: Aislada.

CONVIVENCIA FAMILIAR. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ESTÁN OBLIGADOS A ESTABLECER LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA REPARAR Y/O FORTALECER LOS LAZOS DE AFECTO, CONVIVENCIA Y RESPETO ENTRE CADA UNO DE LOS PROGENITORES CON SUS MENORES HIJOS E HIJAS.

De acuerdo con los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como 41, apartado A, de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes abrogada, es un derecho de los niños, niñas y adolescentes ser escuchados en aquellos procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar sus intereses, pues de esta manera se actualiza su derecho de acceso a la justicia. Ahora bien, cuando no se adviertan indicios de violencia por parte de los progenitores, ni se estime que representen un riesgo para que convivan con sus padres, sino que se evidencie una falta de confianza y ruptura entre éstos, los órganos jurisdiccionales deben establecer las medidas necesarias para reparar y/o fortalecer los lazos de afecto, convivencia y respeto entre cada uno de los progenitores con sus menores de edad hijos e hijas, con el fin de que al convivir se sientan queridos, respetados y protegidos. Especialmente, cuando los niños, niñas o adolescentes manifiestan su deseo de que así sea, o bien, de los reportes de convivencia emitidos por la autoridad correspondiente, se advierta que ésta se ha desarrollado en un ambiente de cordialidad, respeto y empatía. Asimismo, al ser un derecho primordial de las personas menores de edad convivir con ambos progenitores, especialmente, con quien no tenga la guarda y custodia, las autoridades jurisdiccionales deben

¹⁴ Tesis I.3o.C.433C(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo III, abril de 2021, p. 2220.

procurar fortalecer o reconstruir la relación que se encuentra fracturada en perjuicio de la o del infante, que evidentemente ayudaría a su desarrollo y bienestar integral. Además, las personas menores de edad no deben ser inmiscuidas en los conflictos de sus padres, quienes deben asumir responsablemente su obligación de crianza, con la mejor disposición para seguir conviviendo con éstas educándolas consciente e integralmente e inculcándoles valores y principios conductuales, pues la maternidad o paternidad no termina con una separación o el divorcio, por lo que ambos deben permitir que se lleve a cabo una convivencia en beneficio del niño, niña o adolescente con el progenitor que no tiene la guarda y custodia.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.
Esta tesis se publicó el viernes 23 de abril de 2021 a las 10:27 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Observamos que no es tarea fácil para el juzgado, debido al aspecto emocional por el que pasan los involucrados en los procesos. Si a eso agregamos las cuestiones culturales y la estructura de impartición de justicia en nuestro país, la situación se complica aún más.

V. Conclusiones

Establecer un régimen de convivencia no es tarea fácil, especialmente cuando existen conflictos de intereses. En casos de divorcio por mutuo acuerdo, puede entenderse que no es tan complicado; sin embargo, en ocasiones no resulta así. Con el transcurso de los días, suelen surgir conflictos debido a problemas emocionales arrastrados por los padres, lo que complica la llegada a nuevos acuerdos. Además, el desapego del padre no custodio puede llevar al incumplimiento del régimen de visitas y convivencias.

En los procesos de divorcio por mutuo acuerdo, no se les da intervención a los menores, lo cual viola su derecho a ser escuchados en juicio y se les niega acceso a la justicia. Esto se basa en criterios emitidos por la autoridad jurisdiccional, algunos de los cuales se transcriben en el presente trabajo.

VI. Referencias

Códigos

CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, 2018, México, H. Congreso del Estado de Guanajuato

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO, 2018, México, H. Congreso del Estado de Guanajuato

Jurisprudencia

TESIS 1a./J.28/2015(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo I, julio de 2015, p. 570

TESIS I.5o.C. J/32(9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo II, junio de 2012, p. 698

TESIS 2a./J. 113/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo III, agosto de 2019, p. 2328

TESIS 1a./J.68/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época, s/t, s/f, s/p

TESIS I.3o.C.433C(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo III, abril de 2021, p. 2220

* * *