

30
2 Ej.



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ARAGÓN
CAMPUS ARAGÓN**

**LA NECESIDAD DE LEGISLAR EN EL DISTRITO FEDERAL LAS
CONVIVENCIAS DEL MENOR CON EL PROGENITOR QUE HA
PERDIDO LA GUARDIA Y CUSTODIA**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
ALEJANDRO BAUTISTA CAMACHO

ASESOR: LIC. GAUDELIO GARCÍA ESTRADA.



MÉXICO

1999

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
"CAMPUS ARAGÓN" POR HABERME COMPARTIDO SUS
CONOCIMIENTOS, YA QUE SIN ELLOS NUNCA HUBIERA
LOGRADO FORMARME COMO PROFESIONISTA.**

" GRACIAS "

**A MIS PADRES POR HABERME APOYADO
EN TODO MOMENTO, SIN ESCATIMAR
ESFUERZO ALGUNO A LO LARGO DE
MI CARRERA, YA QUE SI NO HUBIESE
EXISTIDO DICHO APOYO, EL CAMINO
POR RECORRER HUBIERA SIDO MAS
DIFÍCIL. " GRACIAS "**

**A MIS HERMANOS, CUÑADA Y SOBRINOS
POR HABERME PERMITIDO A LO LARGO
DE MI VIDA , COMPARTIR TODAS LAS
EXPERIENCIAS TANTO BUENAS COMO
MALAS, YA QUE ESTAS SON LA BASE DE
ESTE GRAN LOGRO. " GRACIAS "**

***A LOURDES RODRÍGUEZ CRUZ POR EL
APOYO QUE ME BRINDO EN LA REALI-
ZACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO, ASÍ
COMO A LO LARGO DE MI CARRERA.
" GRACIAS "***

***A LOS LIC. RUBEN NAVARRETE OLIVARES,
JAVIER GOMEZ NATERAS, RAFAEL SÁNCHEZ
URIBE, JESÚS ERNESTO QUEVEDO PAEZ, POR
COMPARTIRME SUS CONOCIMIENTOS Y EX-
PERIENCIAS DENTRO DE LA PRACTICA JURÍ-
DICA. "GRACIAS "***

***A MI ASESOR LIC. GAUDELIO GARCÍA ESTRADA
POR HABER DEPOSITADO SU CONFIANZA EN-
MI, ASÍ COMO POR EL TIEMPO Y EMPEÑO QUE -
LE DEDICO AL PRESENTE TRABAJO. " GRACIAS "***

INDICE

CAPITULO . I . EL MENOR DE EDAD Y SUS DERECHOS.

	pág.
1.1.- EL MENOR.	1.
1.2.- EL MENOR ANTE EL ESTADO.	4.
1.3.- RESEÑA HISTÓRICA DEL MENOR DE EDAD.	6.
A) EL MENOR EN EL DERECHO ROMANO.	6.
B) EL MENOR EN EL DERECHO FRANCÉS.	9.
C) EL MENOR EN EL DERECHO GERMÁNICO.	10.
D) EL MENOR EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.	13.
1.4.- CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.	16.

CAPITULO . II . ORIGEN DE LAS VISITAS.

2.1.- LA FAMILIA.	26.
2.2.- EL MATRIMONIO Y SU IMPORTANCIA.	28.
2.3.- EL DIVORCIO.	32.
2.3.1.- DIVORCIO ADMINISTRATIVO.	36.
2.3.2.- DIVORCIO VOLUNTARIO.	37.
2.3.3.- DIVORCIO NECESARIO.	40.
A) CAUSALES DE DIVORCIO.	40.
B) EFECTOS DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS HIJOS.	48.
2.4.- GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD.	50.
2.5.- EL DERECHO DE LOS MENORES A LA PATRIA POTESTAD POR PARTE DE SUS DOS PROGENITORES.	59.

	pág.
2.6.- LA CUSTODIA.	63.
2.7.- CONCEPTO DE VISITA.	72.
2.8.- LAS VISITAS EN EL CÓDIGO ESPAÑOL.	76.

CAPITULO . III .

LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS VISITAS.

3.1.- FUNDAMENTO ACTUAL DE LAS VISITAS EN EL D.F.	77.
3.2.- JURISPRUDENCIA.	82.
3.3.- A) ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MORELOS.	86.
B) ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO.	88.

CAPITULO. IV .

LA INOBSERVANCIA DE LAS VISITAS EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

4.1.- EL ALCANCE LEGAL DE LAS ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE LO FAMILIAR Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICO - SOCIALES.	91.
4.2.- LA FACULTAD DEL JUEZ DE LO FAMILIAR PARA OBRAR - OFICIOSAMENTE EN CUESTIÓN DE MENORES Y SUS - CONSECUENCIAS JURÍDICO - SOCIALES.	97.
4.3.- EL PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ PARA DETERMINAR- LA CUSTODIA DE LOS MENORES Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICO - SOCIALES.	98.

pág.

4.4.- LA CUSTODIA Y CONVIVENCIA DE LOS MENORES COMO- MEDIDAS PROVISIONALES.	101.
PROPUESTA.	105.
CONCLUSIONES.	109.
BIBLIOGRAFÍA.	113.

INTRODUCCIÓN

Toda vez que la familia es la base de la sociedad, esta debe de ser una de las preocupaciones principales del Estado, por tal motivo como el matrimonio es el creador de la familia, debe de procurar que no se disuelva (divorcio), y si se disolviera el Estado debe de procurar preservar las relaciones entre padres e hijos, siempre y cuando sean idóneas, para que el niño crezca con un apoyo total, lo cual se podrá lograr através de las convivencias con sus menores hijos.

La inquietud por hacer una investigación sobre las visitas o convivencias de los menores con el progenitor condenado a la perdida de su guarda y custodia surge a raíz de la problemática que se da por no haber artículo expreso que regule las visitas o convivencias de los menores con el progenitor que ha sido privado de dicha facultad, si no que el Juez tiene amplias facultades para determinar todo lo relacionado con menores de edad, basandose principalmente en las circunstancias que llevaron a determinar la guarda y custodia, así como lo relativo a la patria potestad.

Lo que se busca con este estudio, es dar origen a un apartado especial de visitas, y no solo sean decretadas discrecionalmente por el Juez , ya que en ocasiones hay maquinaciones de las partes para lograr que se les otorguen las convivencias, lo cual solo lo utilizan para causarse daño, sin darse cuenta que mientras ellos buscan desquitarse, no se percatan del daño que le causan al menor y, en la mayoría de los casos, es el que menos es escuchado para decidir si desea o no la convivencia con el progenitor que ha perdido la guarda y custodia

Así mismo podemos señalar que la regulación de las visitas o convivencias, serviría para que de una u otra forma no se obtengan las visitas para obrar de mala fe; sino al contrario para que una vez que ha sido decretado que uno de los cónyuges a perdido la guarda y custodia del menor(o los menores), este siga contando con el apoyo de sus dos padres, toda vez que para que el menor tenga un desarrollo normal y exitoso debe de ser motivado por los dos, además de que la sociedad actual es muy cambiante y si no preparamos a los menores estos podrán desarrollar conductas desviadas, que afectaran tanto a el como a la sociedad en general.

Con la regulación del régimen de visitas o convivencias se busca que el menor sienta que su familia sigue unida y tenga un desarrollo normal, asimismo se lograría tanto beneficiar al menor y a la familia.

CAPITULO I.

1.1.- EL MENOR.

La palabra menor proviene " Del latín natus, referido al menor de edad, al joven de pocos años. al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección, pues ésta última voz proviene a su vez de pupus que significa niño que se confunde la amplia aceptación romana del hijo de familia sujeto a patria potestad o tutela." (1)

El diccionario para juristas, define al menor " (latín-minor), el que no ha cumplido aún la edad fijada en la ley para gozar de la plena capacidad jurídica, reconocida con la mayoría de edad." (2)

" Las palabras MENOR y EDAD derivan del latín minor que significa más pequeño y aetas, contracción de aevitas que es el tiempo que una persona ha vivido desde que nació." (3)

Tomando en cuenta las consideraciones anteriores, son menores de edad, en principio, toda aquella persona que no ha llegado a la mayoría de edad y que como consecuencia de ello, se encuentra incapacitada para ejercer por sí mismos sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

Vinculado al amor conyugal, bajo todos los aspectos, los menores procreados son la base de la sociedad y de la familia. Todos los hogares deben de ofrecer ambiente favorable para la formación del menor.

(1) " DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO". Editorial Porrúa, S.A. México, 1989.

(2) PALOMAR de Miguel, Juan. " DICCIONARIO PARA JURISTAS." Mayo Ediciones, S. DE R. L., México, 1981.

(3) " ENCICLOPEDIA ILUSTRADA DE LA LENGUA CASTELLANA". Tomo II. Buenos Aires, 1953

Poner hijos en el mundo y educarlos es, por tanto, el fin primordial de la familia, el fruto esencial del matrimonio, el sello de la relación conyugal. Los hijos son la gran obra del hombre y la mujer unidos, por lo cual se necesita gran sentido de responsabilidad para procrear hijos.

Un ser humano está en el mundo sólo por que sus padres lo han puesto en él, por lo cual el fin primordial de dichos padres debería ser, el de siempre velar por los menores procreados, no escatimando sacrificios, siempre y cuando éstos lleven al menor, a lograr que tenga un desarrollo sano en todos sus aspectos.

Toda la vida de los padres ha de estar dirigida hacia el cuidado de la educación de sus hijos. La educación del niño asegura el progreso de la sociedad en general, de lo cual se desprende que los padres tienen que estar siempre unidos para lograr que sus menores hijos crezcan en un ambiente sano y algún día terminen su vocación.

En cuanto a la elección de la profesión, los hijos no están sometidos a los preceptos de los padres, pero debido a su amor y prudencia están obligados a escuchar su consejo y a tomar en consideración sus deseos justificados, es aquí una de las principales respuestas que dan los hijos al ambiente familiar en el que se desarrollaron; si se desarrolló en un ambiente donde sus padres siempre estuvieron unidos, se sacrificaron por un normal y exitoso desarrollo tanto físico como mental dará como resultado un hombre muy capaz para el fin que éste busque, y por el contrario si el menor se desarrolla en un ambiente familiar, donde los padres pelean, discutan, etc. el menor toma esas actitudes como normales y empieza a desarrollar conductas desviadas, como sería: tendencias a la vagancia, a la delincuencia etc.

De lo anteriormente analizado se desprende que los menores de edad son la base tanto de la familia, como para la sociedad en general, por lo cual-

sus progenitores deben de brindar apoyo a sus hijos, aún cuando estos se separen por diferencias personales; siempre y cuando no se perjudique a los menores, si se lograra que los menores siempre cuenten con este apoyo paternal tanto el menor como toda la sociedad se verán beneficiadas y estarán creando gente preparada, con un gran ímpetu de grandeza.

1.2.- EL MENOR ANTE EL ESTADO.

Es el Estado el custodio del bien común. Su misión esencial consiste en proteger y crear las instituciones que favorecen el desarrollo de los integrantes de la sociedad , pero esencialmente el de los menores de edad, que se ven afectados en su desarrollo integral, por lo cual el Estado debe de crear las Instituciones que pide el bien común. La familia está en la primera línea de las Instituciones que el Estado debe proteger. A menudo olvidamos uno de los derechos primordiales del niño: Tienen derecho a la ternura, a ser amado; por lo cual con las Instituciones se pretende regular las relaciones familiares, buscando como fin primordial el normal desarrollo de los menores de edad.

El Estado no debe de tratar ni de absorber , ni de sustituir a la familia, toda vez que los miembros de esta son los mas indicados para que primeramente busquen la mejor relación entre sus integrantes y en dado caso, si no es posible que sus integrantes mantengan a su familia unida y se vea amenazado el bien común por la negligencia de algunos padres, puede el Estado obligarlos a hacer por sus hijos lo que exige el bien común, asimismo entrará el Estado con sus Instituciones, apoyando a los que se véan afectados por tales circunstancias. Siendo el niño, además miembro de su familia, es un ciudadano en potencia, tiene el Estado el deber de vigilar que desempeñe su posición conforme a las exigencias de sus tiempos. Nadie discute el derecho del Estado de establecer como obligatoria la instrucción básica, toda vez que ésta es la base fundamental para que el Estado cree una juventud con un alto grado de profesionalismo, que traerá como consecuencia un Estado quizás podríamos decir primermundista. Pero cuando se trata de cuestiones disputadas, acerca de las que los ciudadanos tienen opiniones diversas, ni el Estado ni poder alguno del mundo pueden imponer a los padres una manera de pensar: no puede violarse el derecho de los padres de educar a su hijos conforme a su conciencia y posibilidades.

Al hablar del Estado como medio regulador de las diferencias familiares; es conveniente hacer notar la intervención de la iglesia ya que es la que en gran medida desde temprana edad influye en el ser humano, puesto que la iglesia posee una autoridad doctrinal, que es la que influye en parte de la vida del ser humano y es una de las primeras directrices del desarrollo de la sociedad. El papel natural de la familia es proteger al menor, pero sucede que padres indignos abusen de su autoridad o que por el contrario descuiden usar de ella. Debe el Estado resolver y organizar la protección del menor fuera de su familia, aun en ciertos casos en contra de la familia, siempre y cuando sea lo mas viable para el menor.

El problema de la protección a la niñez, se ha tratado de resolver através de diferentes Organismos tanto Nacionales como Internacionales, así como por Instituciones Nacionales algunas dependientes del gobierno y otras particulares, los cuales tiene como fin asistir a la familia, entre las cuales se encuentran: El Fondo de las Naciones Unidas para el Socorro de la Infancia, El Instituto Mexicano de Asistencia a la Niñez, El Instituto Nacional de Protección a la Infancia, El DIF (Desarrollo Integral de la Familia) etc.

Conjuntamente al trabajo que realicen las Instituciones el Estado debe de crear condiciones favorables para el desarrollo de la vida familiar, deben de establecerse las condiciones sociales, políticas, culturales y económicas favorables para el desarrollo de la vida familiar, para ello debe confrontarse un cambio social que propicie: en lo cultural, oportunidad de escolaridad, desde primaria hasta profesional a todos los miembros de la sociedad; en lo económico oportunidad de trabajo, salario remunerador a todos, seguridad social, vivienda adecuada, vestido y diversiones; en lo político, convencimiento de que la política es servir, quienes actúan deben de promover el bien común.

1.3.- RESEÑA HISTÓRICA DEL MENOR DE EDAD.

A) EL MENOR EN EL DERECHO ROMANO.

En Roma donde realmente existió la patria potestad, por que aun cuando hoy existe una Institución que conserva aquél nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, si no un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquellas. Asimismo podemos señalar que en Roma los efectos de la patria potestad eran despiadados. Durante mucho tiempo el pater familias pudo matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas alieni iuris como podia romper, destruir, abandonar las cosas que les pertenecian, podía venderlas, y hasta el tiempo de Cicerón, poder darlas en prenda. Hasta Augusto, el hijo de familia podía ser objeto de un robo. En la economía primitiva se confundían el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, por que el uno y el otro tenían valor pecuniario. Esta potestad, fuere cual fuese la edad de los alieni iuris, no se extinguía más que por la muerte o la capitis deminutio que priva al pater familias de su calidad de sui iuris; pero más adelante la conducta del pater familias fue sometida a la apreciación del Censor y se fueron imponiendo a la autoridad de aquél, restricciones cada vez más importantes para la persona de los sui iuris.

Las Doce Tablas hacían libre al hijo objeto de tres emancipaciones sucesivas; asimismo la Ley Julia de adulteris quitó al marido el derecho de vida y muerte sobre la mujer; se privó al padre del derecho de entregar como prenda a los hijos, se prohibió la venta de los hijos, salvo en los casos de extrema necesidad.

De lo anterior se desprende que en Roma el pater familias ejercía la patria potestad, no como apoyo a sus hijos , si no que éstos eran considerados como objetos que estaban a su disposición, y no es hasta que surgen algunas leyes que empezaron a proteger al menor, dando así un valor humano a los hijos.

Es así que en el Derecho Romano al menor se le dió un trato especial; se dictaron normas cuya finalidad era proteger al menor en su persona y bienes, en virtud de su inexperiencia como consecuencia de su minoría de edad.

En tal sentido Max Keyser, expresa: " El hombre es libre desde su nacimiento, jurídicamente capaz y puede aún siendo niño, adquirir derechos, siempre que para ello no se requiera su cooperación." (4)

Dentro de la Legislación romana, existió una clasificación del menor de edad, en razón de su edad, y podemos clasificar de la siguiente manera:

a) El NACISTURUS.- Dentro del Derecho Romano la protección del ser humano comenzaba desde que se encontraba en el vientre de su madre.

El Derecho Clásico presenta la regla: " Nasciturus pro ias nato habetur " (5), siempre y cuando esta ficción le aproveche, la cual explica el maestro Margadant de la forma siguiente: " Si por ejemplo instituyó heredero al hijo de Livia y no tiene hijos, pero esta embarazada deberá concluirse a falta de dicha ficción, que no había heredero testamentario alguno, de manera que se entregaría a mis herederos legítimos, es decir, a mis próximos parientes. En cambio con fundamento en la ficción anterior, el hijo concebido pero no nacido llega a ser heredero siempre y cuando nazca vivo y viable." (6)

(4) MAX KEYSER. " DERECHO ROMANO PRIVADO. ", Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid, 1968, pág. 72.

(5) FLORIS MARGADANT, Guillermo. " EL DERECHO PRIVADO ROMANO " Editorial Esfinge, S.A. México, 1968, pág. 116.

(6) *IBIDEM.* pág.. 16.

b) El INFANS.- Los niños menores de 7 años que no podían pronunciar las palabras propias de los actos formales, carecían de capacidad de obrar y por lo tanto no podían celebrar negocios jurídicos válidos.

En tal caso, el derecho estableció la figura del turo, quien debe de realizar los actos jurídicos en los que el pupilo tuviera interés, a fin de evitar que éste último, al realizar personalmente actos que traigan consecuencias jurídicas, y como consecuencia de su inexperiencia, sufriera un detrimento en su patrimonio.

Contrariamente a lo que sucede en el derecho actual, el tutor romano sólo podría ocuparse de cuestiones patrimoniales, sin poder intervenir en asuntos que se relacionaran con la salud o educación del pupilo.

c) El IMPUBER.- Podría celebrar por sí mismo todos los negocios que mejoraran su posición, tales como aceptar donaciones onerosas o legados; pero en aquellos actos jurídicos en que pudiera resultar perjudicado, la ley establecía que debía contar con un tutor, al igual que en el caso de los infantes, dicho tutor podría ser designado por testamento, por vía legítima o por nombramiento oficial.

Se otorga al menor un cierto grado de participación, y que se requería su presencia en los actos que el tutor considerara prudentes, a fin de prepararlo paulatinamente para su futura gestión independiente.

d) El MINOR VIGINTIN QUINQUE ANNIS.- Finalmente se encuentra el menor de 25 años, cuando un joven romano llegaba a la pubertad, en virtud de estar en la posibilidad de tener hijos, la tutela se extinguía; pero el derecho a fin de no dar un paso brusco de la minoría a la mayoría de edad, establecía la figura de la curatela, por lo cual un adulto con conocimientos asistía al menor en los negocios jurídicos que realizará.

B) EL MENOR EN EL DERECHO FRANCÉS.

a) EDAD MEDIA.- En el Derecho Francés, durante la Edad Media por algún tiempo la mayoría de edad se fijó entre los 12 y 14 años en la época de la pubertad. " Sin embargo los jóvenes estaban protegidos en cierta forma de su inexperiencia, por virtud de la cohesión existente en la vida familiar, posteriormente se admitió el ejemplo del Derecho Romano, en el que la regla es que el hijo no adquiere la plena capacidad civil si no hasta los 25 años." (7)

b) LEGISLACIÓN POST - REVOLUCIONARIA.- Colin y Capitain, señalan en su obra, que en la Legislación Francesa después de la revolución, quedó establecida la mayoría de edad para toda persona a los 21 años; criterio que fue mantenido por los redactores del Código Civil Francés.

Sin embargo los citados autores al comparar estas disposiciones con las correlaciones en el Derecho Romano, hacen una fuerte crítica en su obra "Curso Elemental de Derecho Civil " y propone una solución. La crítica es en el sentido de que se pasa al individuo bruscamente de un estado de incapacidad completa o casi incompleta a un estado de capacidad plena, lo cual implica la libre disposición de su persona y de sus bienes, contrario a lo que sucede en el Derecho Romano como se ha señalado en párrafos anteriores, la capacidad se va adquiriendo poco a poco de acuerdo con la edad, dándole oportunidad al individuo de contar con una mayor experiencia cuando llegue a la mayoría de edad.

(7) COLIN Y CAPITAIN. "CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL."
Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid 1942. pág. 7.

C) EL MENOR EN EL DERECHO GERMÁNICO.

En el Derecho Germánico la familia propiamente dicha es un grupo más reducido en el que priva una organización militar, el marido ejerce sobre la esposa desde el momento del matrimonio una potestad llamada " munt" en que más tarde quedan involucrados los hijos. Como en Roma, la patria potestad solamente la ejerce el padre y sus facultades de corrección pueden llegar hasta la pena de muerte, así si sorprende a su hija en adulterio en el hogar paterno, la puede castigar en la forma que él quiera. Se consideraba que la aptitud para las armas es la que hace al hijo entrar en la mayoría de edad.

El contacto entre Germania y Roma influyó en la descomposición familiar , pues llegó a acostumbrarse el divorcio, por otra parte esta influencia fue mutua, según veremos más adelante. La familia sufre una marcada influencia militarista, que proviene del espíritu del pueblo germánico de todas las épocas; sin embargo, la patria potestad se fué suavizando con el transcurso del tiempo e influyo para que a su vez se creara la " auctoritas patri" en la familia romana.

En germania están bajo tutela los desprovistos de protección y los que no se encuentran ligados por el " mundium " del padre, así también los ciegos, sordos, mudos, débiles de espíritu, locos y viejos, cuando no pueden realizar determinadas maniobras, están bajo el " mundium " del pariente varón más próximo; Entendiéndose por mundium la potestad que los mayores de edad ejercen sobre la mujer, sobre los hijos menores y sobre los incapacitados, donde los sujetos a tutela lo están por sexo, por la minoría de edad, y por incapacidad. Los menores estaban sujetos a la potestad de los padres hasta que no hubieren cumplido los años del " mundium " propio, y los términos para alcanzar la mayoría de edad variaban según los troncos, los más antiguos son de diez y doce años y al final hasta que tuvieran quince y dieciocho años.

La tutela la ejercía el pariente más próximo, así podía ser tutor el hermano mayor, la finalidad de nombrar tutor, era garantizar sus derechos hereditarios . La transmisión del " mundium " no opera más que conforme a la costumbre, por lo cual no se conocía la tutela dativa ni testamentaria.

La tutela en sus orígenes fue un conjunto de derechos de los parientes hasta el séptimo grado, y agrupados todos en forma de asamblea designaban un tutor para que administrará los bienes del menor, de acuerdo con las propias determinaciones de la asamblea; otro tutor se encargaba de la persona del pupilo, siendo designado por sus parientes, que pertenecían a los cuatro troncos procedentes de sus cuatro abuelos, estando las funciones de éste tutor también dirigido por la misma " sippe ". La " sippe además de vigilar las funciones de ambos tutores, le correspondía dar consentimiento para el matrimonio del menor y para que pudiera enajenar sus bienes; también destituir al tutor por la mala administración.

Según las concepciones del derecho Alemán el padre tenía la Munt sobre el hijo que significaba un derecho y un deber de protección, por inclusión de la administración y disfrute del patrimonio del hijo.

La potestad que ejercía el padre no era vitalicia, si no que bajo el nombre de emancipatio juris germanici, terminaba cuando el hijo ya crecido comenzaba una vida económicamente independiente. El Derecho Germánico conoce también una potestad materna sobre el hijo, la cual mientras vivía el padre esta no tenía ningún efecto, si que se hacía valer hasta después de la muerte del padre.

En el derecho común inspirándose en el antiguo derecho Alemán se reconocía la Institución de la llamada tutela paterna, en virtud de la cual el padre había de administrar a modo de tutor todo patrimonio del hijo, sin estar sujeto a las limitaciones especiales y obligaciones del tutor.

En este derecho no se hablaba en modo alguno de patria potestad en favor de la madre. Una vez muerto el padre se había de sustituir la tutela sobre el hijo; aquí ya la madre adquiere el derecho a ser designada tutora, la cuál tenía que prometer judicialmente en no volver a contraer nupcias, renunciar a lo beneficios de la mujer y manifestar expresamente que todo su patrimonio será dirigido en favor de los hijos.

La facultad que el Código Alemán concede a los tribunales de tutelas para adoptar medidas discrecionales en interés de los hijos, entre ellas la de privar al padre del cuidado de la persona del hijo o limitarlo en este cuidado, así como suspender el derecho a la guarda y educación de los menores de 16 años y la acción tutelar sobre las personas de los menores protegidos con dicha suspensión. En ejercicio de esta facultad protectora, el tribunal podrá adoptar las medidas de requerimiento de imposición de vigilancia y suspensión del derecho de los padres o tutores a la guarda y educación del menor, ordenando, en su caso, que está sea confiada a la correspondiente junta de protección de menores o a una persona, familia, sociedad tutelar o establecimiento. Cuando acuerde imponer la vigilancia protectora o confiar el menor a una persona, familia, entidad o establecimiento, se nombrará un delegado o encomendará la vigilancia del guardador a las mencionadas juntas de protección. La previsión contenida en el Artículo 1636 del Código Germánico, concediendo al cónyuge a quien no compete el cuidado de la persona de los hijos la facultad de tratar personalmente con este, entendiéndose que no puede ser negado al cónyuge privado de la patria potestad el cual, por expresa alusión del citado artículo 73, no queda exento de las obligaciones derivadas del vinculo paternal, y tiene el derecho de visitar a sus hijos y mantener con ellos correspondencia.

D) EL MENOR EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.

En el Derecho Español antiguo la patria potestad propiamente dicha, aparte de la potestad del padre y de la madre; la potestad sobre todo la tiene el padre, como se explica fácilmente por el poder dominical que el matrimonio confiere al padre; sin embargo muchas veces, mientras viva el padre, se impone inmediatamente el mismo derecho a la madre en algunas actividades del menor.

La patria potestad se manifiesta como propia de ambos cónyuges, ya que puede pasar íntegramente a la madre, la cual la conserva mientras no contraiga segundas nupcias, y posteriormente se dice expresamente de ella, que le compete frente a los hijos del padre o en todo caso si hay alguna diferencia, se deduce que la potestad de la madre no es una simple tutela de edad; así, aunque se diga que la potestad del padre no cesa hasta la muerte y que la de la madre es solo hasta que el menor cumpla 25 años, en cambio la tutela de edad se acaba a los catorce años.

El hermano mayor de edad era llamado a la tutela solo si ya no vivía ninguno de los abuelos, a falta de los abuelos y de hermanos, entra a ejercer la tutela la Institución llamada Tutela en Comunidad de la Gens.

La Ley del Matrimonio Civil de 1870 representa un progreso sobre el sistema romano que había penetrado por conducto de las partidas en el derecho castellano, haciendo necesaria la figura de la tutela aun cuando vivieran sus dos padres. Asimismo notamos que la patria potestad de la madre estaba regulada con trazos menos progresivos que los del Código Alemán y es inferior a la del padre, aun llegado el caso de su ejercicio, al imponer a la madre Binuba, la medida de la pérdida de su potestad, la cual no existía para el padre.

El Apéndice Foral de Aragón desenvuelve un régimen jurídico que, de manera más decidida, se aparta de los principios romanos para seguir la tradición jurídica nacional.

Con dicho apéndice se trata de sustituir el nombre y el contenido de la patria potestad por un juego de relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes, en las cuales la autoridad sobre los hijos sólo admite, en cuanto les sea favorable y apenas que da un pequeño rastro de los peculios y del usufructo paterno.

En el Derecho Español Antigo, el mayor de catorce años podía hacer testamento, y ser testigo del que a su vez hacia su testamento; asimismo el menor de edad no podía prestar juramento en juicio, ni comparecer en el sin tutor, ni ser compelido a ir a la guerra, ni adoptar, y para ser adoptado la edad máxima era de 16 años.

En la antigua España los menores de 25 años que deseaban casarse, tenía que ser con el consentimiento de sus padres, es su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, y faltando éstos, los tutores, debiendo en estos dos últimos casos obtener la aprobación judicial.

En este derecho, no están previstas las generalidades de limitaciones que impone el Código Alemán, respecto al derecho del padre de cuidar la persona del hijo y representarle, salvo la que se refiere al caso de colisión de intereses entre el padre y el hijo, que motiva en el Código Patrio una representación especial, confiada a una persona llamada defensor.

Siempre que en algún asunto el padre y la madre tuvieran un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombraba a éstos un defensor que los representara en juicio y fuera de él; aunque cabe señalar que la figura de esta representación especial, es nueva en el Derecho Español, tiene su antecedente remoto en el llamado " curador ad litem ", que se nombraba a quién estaba sometido a la patria potestad, a la tutela o a la curatela, cuando el padre, tutor o curador no podía representarlo en juicio.

En cuanto a la forma de corregir a los hijos, si estaba regulada por la Legislación Española, la cuál otorgaba al padre, o en su defecto a la madre, la facultad de corregir y castigar a los hijos moderadamente, sin señalar específicamente cuales eran los medios que se podían utilizar para este fin, ya que la dureza excesiva en el trato de los hijos podía ser una causal para privarlo o suspenderlo de la patria potestad, o que con tal abuso se constituya un delito.

En el Derecho Español, el cuidado de la persona del hijo no era sólo un derecho sino además un deber del padre, y no se podía renunciar a él.

El Fuero de los españoles, aprobado por la Ley del 17 de julio de 1945, como norma fundamental, ha establecido que los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos, dicha Ley preceptúa que corresponde a la familia el derecho primordial y el deber ineludible de educar a sus hijos y, declara obligatorio un mínimo de educación primaria para todos los españoles.

La patria potestad se podía suspender por: Cuando el padre era incapaz para celebrar negocios jurídicos, cuando el tribunal determinaba que el padre estaba impedido para dicho cargo. Se perdía la patria potestad cuando. El hijo era declarado mayor de edad, cuando fallecía el hijo, cuando fallecía el padre etc.

No cabe duda que dentro del Derecho Español, al igual que en el Alemán, el cuidado de la persona del hijo era irrenunciable y por ende no tenían eficacia los contratos que, para el caso del divorcio, regulaban el ejercicio de la patria potestad de una manera distinta a la ordenada por la Ley.

1.4.- CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Teniendo en cuenta que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de proveer el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que toda persona tiene todos los derechos y las libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por ejemplo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica o cualquier otra condición.

Recordando que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.

Convencidos de que la familia, como elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe de recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe de crecer en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Considerando que el niño debe de estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado tomando como base los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad e igualdad.

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de 1959, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento.

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda a nivel Nacional como Internacional (resolución 41/85 de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1986), las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Regla de Beijing) (resolución 40/33 de la Asamblea General, de 29 de noviembre de 1985.), y la declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado (resolución 3318 XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974.

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración, dando un alto grado de importancia a las tradiciones y valores culturales de cada pueblo en la protección y el desarrollo armonioso del niño.

Una vez hechas las manifestaciones anteriores, se hará un resumen de LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de noviembre de 1989, la cual fue aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el 19 de junio de 1990, según Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio de 1990; ratificada por el Ejecutivo Federal el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el diario oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

Artículo 1.- Se entiende por niño todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría d edad.

Artículo 2.- (NO DISCRIMINACIÓN) Todos los derechos deben de ser aplicados a todos los niños, sin excepción alguna, y es obligación del Estado tomar las medidas necesarias para proteger al niño de toda forma de discriminación.

Artículo 3.- (INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO) Todas las medidas respecto al niño deben de estar basados en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres u otras personas responsables no tienen capacidad para hacerlo.

Artículo 4.- (APLICACIÓN DE LOS DERECHOS) Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 5.- (DIRECCIÓN Y ORIENTACIÓN PATERNAS) Es obligación del Estado respetar las responsabilidades y derechos de los padres y de los familiares de impartir al niño orientación apropiada a la evolución de sus capacidades.

Artículo 6.- (SUPERVIVENCIA Y DESARROLLO) Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7.- (NOMBRE Y NACIONALIDAD) Todo niño tiene derecho a un nombre desde su nacimiento y a obtener una nacionalidad.

Artículo 8.- (PRESERVACIÓN DE LA IDENTIDAD) Es obligación del Estado proteger y, si es necesario, restablecer la identidad del niño, si éste hubiera sido privado de parte o todos los elementos de la misma,(nombre, nacionalidad y vínculos familiares.)

Artículo 9.- (SEPARACIÓN DE PADRES) Es un derecho del niño vivir con sus padres, excepto en los casos en que la separación sea necesaria para el interés superior del propio niño. Es derecho del niño mantener contacto directo con ambos padres, si está separado de uno de ellos o de los dos. Corresponde al Estado responsabilizarse de este aspecto, en el caso de que la separación haya sido producida por acción del mismo.

Artículo 10.- (REUNIFICACIÓN FAMILIAR) Es derecho de los niños y de sus padres salir de cualquier país y entrar en el propio, en vista a la reunificación familiar o el mantenimiento de la relación padres - hijos.

Artículo 11.- (RETENCIÓN Y TRASLADOS ILÍCITOS) Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados ilícitos y la retención ilícita de los niños en el extranjero, ya sea por uno de los padres, ya sea por un tercero.

Artículo 12.- (OPINIÓN DEL NIÑO) El niño tiene derecho a expresar su opinión y a que ésta se tenga en cuenta en todos los asuntos que lo afecten.

Artículo 13.- (LIBERTAD DE EXPRESIÓN) Todo niño tiene derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, siempre que ello no vaya en menoscabo del derecho de otros.

Artículo 14.- (LIBERTAD DE PENSAMIENTO, CONCIENCIA Y RELIGIÓN) El niño tiene derecho a la libertad de pensamiento , conciencia, y de religión bajo la dirección de sus padres y de conformidad con las limitaciones prescritas por la Ley.

Artículo 15.- (LIBERTAD DE ASOCIACIÓN) Todo niño tiene derecho a la libertad de asociación y de celebrar reuniones, siempre que ello no vaya en contra de los derechos de otros.

Artículo 16.- (PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA) Todo niño tiene derechos a no ser objeto de inferencias en su vida privada, su familia, su domicilio y su correspondencia, y a no ser atacado en su honor.

Artículo 17.- (ACCESO A UNA INFORMACIÓN ADECUADA) Los medios de comunicación social desempeñan un papel importante en la difusión de la información destinada a los niños, que tenga como fin promover su bienestar moral, el conocimiento y comprensión entre los pueblos, y que respete la cultura del niño. Es obligación del Estado tomar medidas de promoción a este respecto y proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar.

Artículo 18.- (RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES) Es responsabilidad primordial de ambos padres la crianza de los niños y es deber del Estado brindar la asistencia necesaria en el desempeño de sus funciones.

Artículo 19.- (PROTECCIÓN CONTRA LOS MALOS TRATOS) Es obligación del Estado proteger a los niños de todas formas de malos tratos perpetrados por los padres o cualquier otra persona responsable de su cuidado y establecer medidas preventivas y de tratamiento al respecto.

Artículo 20.- (PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS PRIVADOS DE SU MEDIO FAMILIAR) Es obligación del Estado proporcionar protección especial a los niños privados de su medio familiar y asegurar que puedan beneficiarse de cuidados que sustituyan la atención familiar o de la colocación en un establecimiento apropiado, teniendo en cuenta el origen cultural del niño.

Artículo 21.- (ADOPCIÓN) En los Estados que reconocen y/o permiten la adopción, se cuidará de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y de que estén reunidas todas las garantías necesarias para asegurar que la adopción es admisible así como las autorizaciones de las autoridades competentes.

Artículo 22.- (NIÑOS REFUGIADOS) Protección especial será proporcionada a los niños considerados refugiados o que soliciten el estatuto de refugiado y es obligación del Estado cooperar con los organismos competentes para garantizar dicha protección y asistencia.

Artículo 23.- (NIÑOS IMPEDIDOS) Los niños mental o físicamente impedidos tienen derecho a recibir cuidados, educación y adiestramiento especiales, destinados a lograr su autosuficiencia e integración activa en la sociedad.

Artículo.24.- (SALUD Y SERVICIOS MÉDICOS) Los niños tienen derecho a disfrutar el más alto nivel posible de salud y a tener acceso a servicios

médicos y de rehabilitación, con especial énfasis en aquellos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil. Es obligatorio del Estado tomar las medidas necesarias, orientadas a la abolición de las practicas tradicionales perjudiciales para la salud del niño.

Artículo 25.- (EVALUACIÓN PERIÓDICA DE LA INTERNACIÓN) El niño que ha sido internado por las autoridades competentes para su atención, protección o tratamiento de salud física o mental, tiene derecho a una evaluación periódica de todas las circunstancias que motivaron su internación.

Artículo 26.- (SEGURIDAD SOCIAL) Todo niño tiene derecho a beneficiarse de la seguridad social.

Artículo 27.- (NIVEL DE VIDA) Todo niño tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida edecuado para su desarrollo y que es responsabilidad primordial de los padres proporcionárselo. Es obligación del Estado adoptar medidas apropiadas para ser asumida y que lo sea de hecho, si es necesario mediante el pago de una pensión alimenticia.

Artículo 28.- (EDUCACIÓN) Todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria. La aplicación de la disciplina escolar deberá respetar la dignidad del niño en cuanto a persona humana.

Artículo 29.- (OBJETIVOS DE LA EDUCACIÓN) El Estado debe de reconocer que la educación debe de ser orientada a desarrollar la personalidad y las capacidades del niño, a fin de prepararlo a una vida adulta activa, inculcando el respeto de los derechos humanos elementales y desarrollando el respeto de los valores culturales y nacionales propios y de civilizaciones distintas a las suyas.

Artículo 30.- (NIÑOS PERTENECIENTES A MINORÍAS O A POBLACIONES INDÍGENAS) Es derecho de los niños que pertenecen a minorías o a poblaciones indígenas tener su propia cultura, practicar su propia religión y emplear su propio idioma.

Artículo 31.- (ESPARCIMIENTO, JUEGO Y ACTIVIDADES CULTURALES) El niño tiene derecho al esparcimiento, al juego y a participar en las actividades artísticas y culturales.

Artículo 32.- (TRABAJO DE MENORES) Es obligación del Estado proteger al niño contra el desempeño de cualquier trabajo nocivo para su salud, educación o desarrollo; fijar edades mínimas de admisión al empleo y reglamentar las condiciones del mismo.

Artículo 33.- (USO Y TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES) Es derecho del niño ser protegido del uso de estupefacientes y sustancias psicotrópicas e impedir que estén involucrados en la producción o distribución de tales sustancias.

Artículo 34.- (EXPLOTACIÓN SEXUAL) Es derecho del niño ser protegido de la explotación y abusos sexuales, incluyendo la prostitución y su utilización en prácticas pornográficas.

Artículo 35.- (VENTA ,TRÁFICO Y TRATA DE NIÑOS) Es obligación del Estado tomar todas las medidas necesarias para prevenir la venta, el tráfico y la trata de niños.

Artículo 36.- (OTRAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN) Es derecho del niño recibir protección contra todas las otras formas de explotación no consideradas por el ser humano.

Artículo 37.- (TORTURA Y PRIVACIÓN DE LIBERTAD) Ningún niño será sometido a la tortura, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, a la pena capital, a la prisión perpetua y a la detención o encarcelación ilegales o arbitrarias. Todo niño privado de libertad deberá ser tratado con humanidad, estará separado de los adultos, tendrá derecho a mantener contacto con su familia y a tener pronto acceso a la asistencia jurídica u otra asistencia adecuada.

Artículo 38.- (CONFLICTOS ARMADOS) Ningún niño que no haya cumplido 25 años de edad deberá participar directamente en hostilidades o ser reclutado por las fuerzas armadas. Todos los niños afectados por conflictos armados tienen derecho a recibir protección y cuidados especiales.

Artículo 39.- (RECUPERACIÓN Y REINTEGRACIÓN SOCIAL) Es obligación del Estado tomar las medidas apropiadas para que los niños víctimas de la tortura, de conflictos armados, de abandono, de malos tratos o de explotación, reciban un tratamiento apropiado , que asegure su recuperación y reintegración social.

Artículo 40 .- (ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE MENORES) Todo niño que sea considerado acusado o declarado culpable de haber infringido las Leyes tienen derechos a que se respeten sus derechos fundamentales y en particular el derecho a beneficiarse de todas las garantías de un procedimiento equitativo incluso de disponer de asistencia jurídica o de otra asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa. Siempre que sea posible, se evitará recurrir a procedimientos judiciales y a la internación en Instituciones.

Artículo 41.- (RESPETO A LAS NORMAS VIGENTES) Es el caso de que una norma establecida por una Ley nacional u otro instrumento internacional vigente en dicho Estado sea más favorable que la disposición análoga de esta Convención, se aplicará dicha norma más favorable.

Artículo 42.- Los Estados partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 43.- Los Estados partes se comprometerán a presentar al Comité. por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informar sobre las medidas que hayan adoptado para dar cumplimiento a los derechos reconocidos en la convención y sobre el progreso que haya realizado en cuanto al goce de esos derechos.

CAPITULO . II. **ORIGEN DE LAS VISITAS.**

2.1.- LA FAMILIA

La familia es la célula social, es decir, el grupo humano más elemental, sobre el que descansa la organización de las sociedades. El hombre nace perteneciendo a una familia, y su desarrollo, en los primeros años, lo realiza al amparo de la misma. La organización familiar es una necesidad natural, tan elemental para el desarrollo del ser humano, que el hombre no podría subsistir sin ese apoyo. El estado de debilidad humana, la incapacidad del individuo para bastarse a sí mismo en sus primeros años, y su adaptación a la vida, exigen que los padres atiendan las primeras etapas de la vida del individuo, creándole una situación de ayuda y protección.

El ser humano, aun en su calidad de niño, es acreedor al respeto de los demás, tiene derechos por el solo hecho de nacer, sin embargo, en sus primeros años no puede por sí mismo hacerlos valer, por eso existe la familia, para representarlo y protegerlo.

La familia, siendo el grupo social más elemental, es, asimismo, el más importante dentro de la organización social, puesto que de ella dependen las otras formas de solidaridad humanas.

La buena o mala organización de la familia, su unión o disolución, la pureza o degeneración de sus vínculos, son aspectos de la misma que necesariamente se reflejan en la estructura de todo el organismo social.

El derecho protege las relaciones de familia, crea las Instituciones supletorias de dichas relaciones y establece las normas que deben de regir la vida familiar.

Una vez conceptualizado lo que es la familia, es necesario decir que va a estar regulada por el Derecho De Familia. Se llama Derecho de Familia " al conjunto de normas que rigen las relaciones que se establecen entre los miembros del grupo familiar." (9)

Dichas normas no sólo rigen las relaciones entre parientes, si no que protegen a la familia como tal, otorgándole las prerrogativas a que es acreedora.

El Derecho de Familia establece las obligaciones y derechos de los parientes entre sí. Rige también las Instituciones que suplen, en determinados casos, la protección familiar, como la tutela, etc.

(9) MÓTO, Efrain. "ELEMENTOS DE DE DERCHO PENAL", Editorial Porrúa, México. 1963, pág. 167.

2.2. - EL MATRIMONIO Y SU IMPORTANCIA.

Del matrimonio se han dado muchas definiciones, entre otras, las siguientes:

" El contrato solemne regulado exclusivamente por las Leyes civiles, por el cual se unen perpetuamente el varón y la mujer para el mútuo auxilio, procreación y educación de los hijos ". (10)

" El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas." (11)

Para José Luis la Cruz Cornejo :

" Es la unión irrevocable de un hombre y una mujer dirigido al establecimiento de una plena comunidad de vida. " (12)

Una vez analizado diversos autores, podemos conceptualizar al matrimonio de la siguiente forma : El matrimonio en aquella figura jurídica por medio de la cual el ser humano se une (hombre y mujer) , creando derechos y obligaciones entre ambos contrayentes y, consecuentemente con los hijos que se procreen, el cual siempre deberá celebrarse ante la autoridad competente, por que de lo contrario no tendrá validez legal.

(10) DE DIEGO, citado por José Castán Tobeñas. "DERECHO DE FAMILIA". Vol. 1, Reus Editores, Madrid, 1970. pág. 200.

(11) ROJINA VILLEGAS, Rafael. "DERECHO DE FAMILIA". Vol. 1, México. 1959, pág. 260.

(12) IBIDEM, pág. 23.

El matrimonio debe de reunir los siguientes elementos:

ELEMENTOS DE EXISTENCIA:

- a) Voluntad expresa.
- b) El objeto.
- c) La solemnidad.

ELEMENTOS DE VALIDEZ:

- a) Capacidad.
- b) La voluntad debe de estar exenta de vicios.
- c) La voluntad debe de exteriorizarse en la forma exigida por la Ley.
- d) El objeto del acto y el motivo fin de su celebración deben de ser lícitos. (que no vaya en contra de las Leyes del orden público y las buenas costumbres.

REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO:

- a) Tener cumplidos 18 años. (menores de edad con autorización)
- b) Testigos.
- c) Acta de Nacimiento.
- d) Exámenes médicos.
- e) Si son divorciados (haber transcurrido el tiempo establecido en la Ley), si son viudos acta de defunción.
- f) Pago de derechos.
- g) Constancia de domicilio.
- h) Convenio de régimen.

IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO:

- I.- Minoría de edad. (puede ser dispensado)
- II.- Falta de consentimiento. (ya sea de sus padres, tutores, etc.)
- III.- El parentesco de consanguinidad. (ascendente o descendente, en línea colateral hasta los hermanos y medios hermanos, en la colateral desigual hasta los tíos y sobrinos.)
- IV.- El parentesco por afinidad.
- V.- El adulterio. (judicialmente comprobado)
- VI.- El atentado contra la vida de uno, para contraer matrimonio con el que queda libre.
- VII.- La fuerza o miedo graves. (forzar la voluntad)
- VIII.- La impotencia incurable para la cópula, padecer sífilis, locura, enfermedades crónicas.
- IX.- Por disminución o perturbación en su inteligencia.
- X.- El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

EFFECTOS DEL MATRIMONIO ENTRE CÓNYUGES:

- a) Proporcionarse alimentos.
- b) Ayuda mútua.
- c) Establecer un domicilio conyugal.
- d) Fidelidad.
- e) Débito carnal.
- f) Potestad marital.

EFFECTOS EN CUANTO A LOS HIJOS:

- a) Proporcionarles alimentos.
- b) Educarlos.
- c) Custodia.
- d) Patria potestad
- f) Derecho a heredar.
- g) Filiación.

EFFECTOS EN CUANTO A LOS BIENES:

- a) Que se contraiga bajo el régimen de sociedad conyugal.
- b) Que se contraiga bajo el régimen de separación de bienes.
- c) Mixto.

FORMAS DE TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO:

- a) Divorcio.
- b) Nulidad.
- c) Muerte.

Una vez desarrallado a grandes rasgos todo lo relativo al matrimonio, considero que no solamente con reunir todos y cada uno de sus requisitos, sea suficiente para casarse, sino que antes de todo, debería de crearse conciencia en los contrayentes, de las consecuencias que se generan con dicho matrimonio.

2.3.- EL DIVORCIO.

La palabra divorcio proviene del latín " Divortium " que a su vez deriva de " Divertere " o sea, " irse cada uno por su lado.

Partiendo de este concepto daremos las siguientes definiciones conforme al criterio de diversos juristas, como son:

1.- Ignacio Galindo Garfias, define al divorcio como " la ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la Ley. " (13)

2.- Colín y Capitan, nos dan la siguiente definición, " el divorcio es la disolución del matrimonio viviendo los esposos a consecuencia de una resolución judicial dictada o demanda de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas en la Ley.

3.- Edgar Baqueiro Rojas, en su obra titulada " Derecho de Familia y Sucesiones " define al divorcio como " el único medio racional capaz de subsanar, hasta cierto punto las situaciones anómalas que se generan en ciertas uniones matrimoniales, y que deben desaparecer ante la imposibilidad absoluta de los consortes de conseguir su superación." (14)

(13) GALINDO Garfias, Ignacio. "DERECHO CIVIL." Editorial Porrúa. México. 1980. pág. 577.

(14) BAQUEIRO Rojas, Edgar. "DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES." Ediciones Harla. Colección de Textos Jurídicos Universitarios. México. 1992. pág. 147.

4.- El Diccionario Jurídico Mexicano, define al divorcio como " la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido " (15)

Partiendo de los criterios antes citados podemos decir que divorcio en sentido amplio, es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por autoridad competente bien sea a solicitud o demanda hecha valer por ambos o uno de ellos respectivamente, en un procedimiento señalado al efecto y por causa posterior al matrimonio, que se funde en una de las causas legales, y que deja a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

En sentido estricto, como la disolución del vínculo matrimonial existente en vida de los cónyuges a través de la vía legal, y que deja a los mismos en aptitud de contraer nuevo matrimonio, una vez cumplido los requisitos de Ley.

Una vez planteado el problema del divorcio, nos damos cuenta que es sin duda uno de los temas más controvertidos y de mayor trascendencia en el derecho de familia, para plantear dicho problema, nos debemos trasladar al pasado y ubicar la forma en cómo apareció primitivamente este concepto o figura jurídica, que fue dado como un derecho concedido al varón de repudiar a su mujer en caso de adulterio y esterilidad de ella.

(15) Instituto De Investigaciones Jurídicas, " DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO ", Editorial Porrúa, México. 1992.

Así encontramos que en la Biblia se hace mención del divorcio, antes de Jesucristo, en el libro del Deuteronomio, capítulo 24, versículo 1, que establece lo siguiente: " cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribirá carta de divorcio y se le entregará en su mano, y la despedirá de su casa." (16)

De lo anterior se desprende que el divorcio es un concepto que se ha tratado desde los tiempos antiguos, como lo hemos visto y que através de los años, se sigue dando en todo el mundo.

La implantación del divorcio en México se dio afines del año de 1914, por Don Venustiano Carranza, en el Estado de Veracruz, regulándose a través de la Ley sobre el Divorcio y la Ley sobre Relaciones Familiares.

El divorcio en nuestros días, es considerado como un problema muy grande entre la sociedad que deriva de la gran cantidad de procedimientos que actualmente se llevan en trámite ante los juzgados de lo familiar y que año con año aumentan considerablemente, lo que viene a convertirse en un problema social que requiere que el Estado actúe en ello.

Este fenómeno social no es ninguna manera primitiva de alguna sociedad en particular, ni de una clase determinada todo esto nos lleva a pensar en una profunda crisis por la que atraviesa el matrimonio, base fundamental de familia.

(16) SANTA BIBLLA, *Versión Reyna-Valera, Revisión 1960. Sociedades Biblicas Unidas, pág. 200.*

Debemos de considerar que cualquier incremento de divorcio traerá como consecuencia una mayor desintegración familiar y grandes problemas sociales, Por lo que debería buscarse una mejor solución respecto a este tema, no queremos decir que deba prohibirse, si no que deben existir programas que motiven la convivencia conyugal, bien sea através de una preparación próxima y una preparación remota a la vida matrimonial armoniosa.

Es pues, labor necesaria para el Legislador, estudiar a fondo y después proveer las bases jurídicas para que el divorcio produzca el menor mal para los implicados en sus consecuencias: los cónyuges y sus hijos.

Mientras se lleva acabo o no una profunda revisión sobre el tema, como ya dijimos el incremento del divorcio aumenta alarmanamente dentro de nuestros tribunales . Se habla de Custodia de los hijos con mucha facilidad, pero casi nunca nos hemos puesto a pensar cual puede ser el alcance, las responsabilidades que implica el tenerla o perderla, y toda vez que es una figura de mucha importancia y que no ha sido tratada con delicadeza.

2.3.1- DIVORCIO ADMINISTRATIVO.

La introducción de este tipo de divorcio en nuestra legislación vigente, facilita la disolución del vínculo matrimonial por mutuo consentimiento.

El artículo 272 del Código Civil. enumera las disposiciones relativas del Divorcio Administrativo, el cuál se tramita ante el Juez del Registro Civil, y a fin de proceder a este tipo de divorcio se requiere:

- a) Que exista la voluntad de los consortes en divorciarse.
- b) Que sean mayores de edad.
- c) Que no tengan hijos.
- d) Que hubiesen liquidado la sociedad conyugal de común acuerdo si bajo ese régimen contrajeron matrimonio.

El trámite o procedimiento se da, cuando una vez agotado y satisfechos los presupuestos señalados, los cónyuges divorciantes se presentan personalmente ante el juez del registro civil del lugar de su domicilio, y una vez reunidos los requisitos antes señalados, el Juez del Registro Civil levantará una acta, en la que hará dicha solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días, si los consortes ratifican dicha solicitud, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantándose el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente

2.3.2.-DIVORCIO VOLUNTARIO.

Por lo que hace al Divorcio Voluntario, lo encontramos regulado por el artículo 272 en su último párrafo del Código Civil, señala que los consortes que no se encuentren en el caso previsto en los anteriores párrafos de este artículo, pueden divorciar por mutuo consentimiento, ocurriendo al juez competente en los terminos que ordena el Código de Procedimientos Civiles.

Lo anterior significa que deben recurrir a este tipo de divorcio, aquellos que:

- a) Sean menores de edad (y tengan hijos)
- b) Sean mayores de edad (y tengan hijos)
- c) Que no hubiesen liquidado la sociedad conyugal. (si bajo ese régimen se casaron.)
- d) Que no hayan concertado el convenio que exige el artículo 273 del Código Civil.
- f) Que no tengan menos de un año de casados, establecido en el artículo 274 del Código Civil.

Interviene en el proceso como partes del mismo, los cónyuges y el Ministerio Público que participa para velar por los intereses morales y patrimoniales de los hijos menores o interdictos.

A diferencia del divorcio administrativo, en que no existen hijos, en el divorcio judicial se exige que exista un convenio (art. 273 C.C.) mismo que fija los siguientes puntos:

I.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

II.- El modo de subvenir las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento.

IV.- En los términos del artículo 288, la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe de otorgarse para asegurarlo.

V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A este efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Al respecto Pallares señala " En la práctica de nuestros tribunales, se incluye el convenio en el escrito de demanda y con demasiada frecuencia no se presenta el inventario ni el avalúo, pero esa omisión es notoriamente violatoria de la ley, excepto en el caso de que no haya bienes de la sociedad conyugal. " (17)

" El Ministerio Público puede oponerse al convenio, por considerar que se violan los derechos de los hijos, o por que no quedan éstos bien garantizados, o puede promover modificaciones, que si son aceptadas por los cónyuges se continuará el procedimiento, y en caso contrario el tribunal resolverá en la sentencia lo que proceda con arreglo a la Ley, cuidando que en todo caso queden debidamente garantizados los derechos de los hijos. " (18)

(17) PALLARES, Eduardo. " EL DIVORCIO EN MÉXICO ", Editorial Porrúa, México. 1984, pág. 47.

(18) CHAVES Asencio, Manuel. " LA FAMILIA EN EL DERECHO ", Editorial Porrúa, México. 1985, pág. 457.

En el procedimiento del Divorcio Voluntario a diferencia del divorcio administrativo, es que el Juez de lo Familiar tiene un papel activo, ya que una vez hecha la solicitud, citará el tribunal a los cónyuges y al Representante del Ministerio público a una junta en la que identificarán plenamente que se efectuará después de ocho días , y antes de los quince días siguientes y si asistieren los interesados los exhortará para procurar su reconciliación. (art. 675 C.C.)

Si no logra avenirlos, se aprobará provisionalmente, oyendo a la Representación del Ministerio Público, los puntos del convenio respectivo relativos a la situación de los menores hijos, a la separación de los cónyuges, a los alimentos y a las medidas del aseguramiento que considere a su criterio necesarias.

En caso de insistir los cónyuges con el propósito de divorciarse los citara a una segunda junta y en ella volverá a exhortar a aquellos con el fin de procurar la reconciliación. Si tampoco lograré la reconciliación y en el convenio quedaren bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados el tribunal si no existe impedimento alguno del Representante del Ministerio Público sobre este punto, dictará sentencia en la que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Ejecutoriada la sentencia que decrete el divorcio, se enviará copia de la misma al Juez del Registro Civil que levantó el acta de matrimonio, para los efectos del levantamiento del acta correspondiente al margen del acta de matrimonio que ha quedado disuelto. (art. 267 y 268 del C.C.)

2.3.3.- EL DIVORCIO NECESARIO.

Dentro de este divorcio, es necesario que la causal invocada este regulada en el artículo 267 y 268 del Código Civil.

El artículo 268 del Código Civil, señala que el Juez al admitir la demanda de divorcio, o en caso de urgencia, debe de ordenar se adopten ciertas medidas cautelares de naturaleza provisional, mientras se trámita el divorcio, cuando corresponda a la persona de los cónyuges, y de los hijos y en cuanto a los bienes de los consortes respecto de las obligaciones de naturaleza patrimonial entre los esposos y en relación a los hijos

El artículo 267 del Código Civil nos menciona limitativamente, cuáles son las causales establecidas por la Ley. Este principio se deriva de que la disolución del vínculo conyugal es de tal gravedad, y el interés por conservar el matrimonio es tan importante para la sociedad y el Estado, que sólo en forma limitativa se establecen las causas de divorcio.

Dentro del divorcio necesario, es preciso que la causal invocada sea plenamente probada.

A) CAUSALES DE DIVORCIO.

En nuestro Derecho Civil Vigente, las causales de divorcio son las siguientes y de las cuales se hará un breve análisis para poder comprenderlas un poco más.

ARTICULO 267. CÓDIGO CIVIL.

FRACCIÓN . I.- " El adulterio ", puede darse en dos formas la vía Civil y la Vía penal, la primera señalada, como causal, y la segunda como delito.

En el adulterio por vía civil (causal), una vez que se demuestra y prueba el adulterio, el cónyuge inocente obtendrá sentencia favorable; mientras, que en la vía penal (delito), probado el delito, el cónyuge culpable será , condenado a la sanción penal respectiva y así el cónyuge inocente, podrá obtener a su favor sentencia como prueba plena, y así obtener el divorcio, si opta por ambas consecuencias, es decir, la civil y la penal.

Conforme al artículo 269 del Código Civil, el cónyuge agraviado tendrá como término para hacer valer el divorcio por adulterio, el de seis meses, contados a partir de que tuvo conocimiento de tales hechos, lo anterior opera tanto por la vía civil como para la vía penal.

También forma parte como causal de adulterio, el que un hombre casado registre a un hijo habido con mujer extraña a su matrimonio, o bien cuando se demuestre y pruebe que vive con otra mujer diferente a su cónyuge

FRACCIÓN .II. Esta causal implica que la mujer no fue leal con su cónyuge antes de contraer matrimonio, ya que no confesó a éste el estado de gravidez (embarazo) que tenía, y cuya intención era el atribuirle a una ajena y falsa paternidad

FRACCIÓN . III . Esta causal podría tratarse, no tan sólo como una conducta inmoral que tiende a destruir la unidad de los cónyuges, y además puede configurar o tipificar el delito de lenocinio, si se prueba que este recibió dinero o cualquier otro tipo de retribución por prostituir o permitir la prostitución de su esposa; ya que en la actualidad, además debería de incluirse y tomar en cuenta la prostitución del hombre, ya que en los tiempos presentes, existen matrimonios, donde el hombre es bisexual y las mujeres sufren el lesbianismo y por tener uno de los cónyuges ese defecto, en el otro cónyuge, es decir, el inocente, se podría constituir una situación de depravación que sería contrario a la fidelidad que se deben tener los esposos. Causal que en cierta forma el legislador no tomó en cuenta la inmoralidad misma de la propuesta del marido o de la mujer para que tengan relaciones carnales con otra persona del mismo sexo.

En el último de los casos debería legislarse una nueva causal del divorcio, en la cual se señalará que para el caso de que demostrará que en el cónyuge culpable existe el bisexualismo, homosexualismo o lesbianismo, el cónyuge ofendido, podría invocar el divorcio, tomando como causal lo antes señalado; toda vez que podría ser considerado como un acto inmoral que podría traer como consecuencia desviación de conductas en sus menores hijos.

FRACCIÓN . IV. Al igual que la primera causal, la conducta señalada en esta causal. puede constituirse dentro del artículo 209 del Código Penal que a la letra dice: " Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga apología de este o de algún vicio, se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponde por su participación en el delito cometido. "(19)

(19) "Código Penal Para el Distrito Federal. "

Dentro de esta causal, volvemos a encontrar la independencia de la vía civil y la vía penal, por lo que el término para que opere la caducidad será de 6 meses a partir del momento en que un cónyuge haya incitado o violentado al otro para cometer algún delito que se lleve a cabo o no, sea infame o no, sea sancionado con más o menos de dos años de pena privativa.

FRACCIÓN . V .- Para que opere esta causal, es necesario que los cónyuges realicen actos que tiendan a corromper a los hijos, bien que los cónyuges permitan a una tercera persona corromper a los hijos. No se exige que la tolerancia de los padres sea interesada o produzca la explotación de los hijos. Basta que la corrupción sea tolerada o provocada por los padres para que se configure la causal de divorcio.

Si la corrupción se refiere a menores de 18 años, ya sea de ambos cónyuges o de uno, se configura el delito de corrupción a que hace referencia el artículo 201 del Código Penal para el D.F.

FRACCIÓN . VI .- Esta causal opera cuando se compruebe que uno de los cónyuges padece una enfermedad crónica o incurable, contagiosa o hereditaria, así como por impotencia.

FRACCIÓN . VII .- Al igual que la fracción anterior y la presente causal, están configuradas en las clasificaciones vistas con anterioridad, como causas de enfermedad, y ésta se dará cuando uno de los cónyuges tenga enajenación mental incurable o se encuentra en estado de interdicción comprobado.

FRACCIÓN . VIII . Esta causal nos enseña que uno de los deberes que impone la institución del matrimonio, es que los consortes vivan juntos en el domicilio conyugal, y a falta de cumplimiento sin justa causa de ésta, es decir, la separación de la casa conyugal por parte de uno de los consortes, sin que sea justificable, será suficiente para que opere esta causal, aun cuando siguiera sosteniendo económicamente el hogar, ya que esta causal se basa en la separación de la casa cónyugal por más de seis meses.

FRACCIÓN . IX . Podemos entender que, si el cónyuge que abandona el hogar conyugal por una causas justificada y no demanda el divorcio antes de que transcurra un año de abandono, corre el peligro de ser él mismo quien sea demandado por abandono de hogar. El consorte que debería ser demandado en juicio se convierte en actor, mismo que puede obtener una resolución favorable que lo declare cónyuge inocente. La separación constituye una situación contraria al estado matrimonial que no puede prolongarse indefinidamente. La Ley no puede tolerar tal situación y opta por convertir al inocente en culpable si antes de un año no presenta demanda de divorcio.

FRACCIÓN . X .- Al igual que las fracciones VIII y IX, se basa en una situación de hecho que no permite la realización de los fines naturales del matrimonio al suspenderse la vida en común. El declarar la causal de ausencia y/o presunción de muerte va a requerir del transcurso de varios años, por lo que resulta más conveniente para el cónyuge presente, que funde su divorcio en otras causales, como son las de abandono de domicilio conyugal o el de separación conyugal, etc.

FRACCIÓN . XI .- Esta casual comprende los malos tratos tanto verbales como físicos, que hace uno de los cónyuges hacia su pareja, y toda palabra o actitud ultrajante que realice uno de los esposos hacia el otro, con el fin de romper el mútuo respeto y la recíproca consideración a que están obligados -

cada uno de ellos en sus relaciones mútuas las cuales han de descansar sobre una solida base de armonía de comprensión y de consideración recíproca.

FRACCIÓN . XII .- La negativa de los cónyuges para dar alimentos en los casos en que están obligados a suministrarlos, es causa de divorcio. De acuerdo con esta fracción, es necesario probar la negativa del cónyuge a proporcionar dichos alimentos en favor de los hijos como para su cónyuge.

FRACCIÓN . XIII . - La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión, es causa absoluta de divorcio. Ya que esta acusación calumniosa que hace un cónyuge del otro, implica una aversión profunda, la cual releva que entre los cónyuges han desaparecido todo nexo de afecto y estima, es decir la confianza y sentimiento entre los consortes, para probar que la acusación fue calumniosa tenemos la sentencia absolutoria, pero para el caso de que no se llegare a sentencia, bien fuera que el expediente fuera archivado por el Ministerio Público o por que no se consigne a la autoridad judicial. En tal caso, la calumnia se podrá probar si la acusación fue presentada a sabiendas de su operancia con el propósito de hacerle un daño al otro cónyuge tanto en su reputación como en la consideración que merece.

FRACCIÓN . XIV .- Para entender esta causal debemos de conceptualizar que es infamia y por tal entendemos " como el descrédito en el honor, la reputación o el buen nombre de una persona. Desde el punto de vista amplio, es toda condena que produce descrédito Sin embargo, debe de tenerse presente para calificar la infamia del delito, si por su naturaleza o por las circunstancias en que se cometió ponen de manifiesto la notoria acción dolosa del cónyuge a quien se le imputan estos hechos, como sucedería en el caso de un homicidio perpetrado con brutal ferocidad. No lo sería en el caso de un homicidio en riña, en que el homicidio hubiere sido provocado. " (20)

FRACCIÓN . XV . - Para que pueda proceder esta causal, el Juez debe valorar si esos hábitos del juego, embriaguez, etc., han sido la causa con los cuales se ha perturbado la armonía y la unidad del vínculo matrimonial, y que como resultado hacen imposible el que los consortes puedan convivir. Aquí se debe considerar que los vicios no son enfermedades, si no hechos imputables. En el vicio hay un principio de culpabilidad; sin embargo no basta la sola existencia del vicio, éste debe de consistir en una amenaza que tienda a destruir a la familia, o bien, sea una de causa constante de desavenencias conyugales.

FRACCIÓN . XVI .- En esta causal el Juez deberá de examinar y valorar si tales hechos de cierto cónyuge han llegado a tipificar un delito, cuyo análisis, no se llevara acabo para aplicar sanción penal, si no para decretar el divorcio, esto es, que cometido un hecho de esta naturaleza (robo, abusos de confianza), no procede acción penal contra el cónyuge culpable, pero si que el cónyuge afectado puede demandar el divorcio con fundamento en ellos.

FRACCIÓN . XVII .- Esta causal se refiere al divorcio de mútuo consentimiento, y como ha quedado señalado con anterioridad, éste puede seguirse por la vía administrativa o por la vía judicial, siempre y cuando reúnan los requisitos señalados en los artículos relativos del Código Civil.

FRACCIÓN . XVIII . - En esta causal no hay necesidad de probar si existió o no causa justificada para la separación. lo único que importa es la física. Con la separación de los consortes se rompe uno de los fines del matrimonio que es la convivencia: si dicha separación se prolonga por más de dos años. la Ley presume que el vinculo afectivo que mantenía unidos a los esposos. ha desaparecido. por lo que no se puede justificar el que se mantenga la relación jurídica conyugal que no tiene un cometido real entre los consortes

(20) GARFIAS, Galindo, op cit. " DERECHO CIVIL " pág. 570

FRACCIÓN . XIX . - Esta causal va a operar cuando alguno de los cónyuges no respete la integridad física y psíquica, perturbando el normal desarrollo de su otro cónyuge o de sus hijos, ya sea a través de la violencia física, moral etc. Esta causal fue implantada por las reformas al Código Civil del 30 de diciembre de 1997, con lo cual se busca proteger a la familia de las constantes agresiones que sufría dentro de su mismo núcleo familiar, con lo cual se lograría separar al cónyuge inocente y a los hijos de su agresor, que en este caso es uno de sus mismos progenitores.

FRACCIÓN . XX . - Esta causal al igual que la anterior fue implantada en la misma fecha, y podríamos decir que esta causal se va a dar cuando el cónyuge a quien se le atribuye la generación de la violencia intrafamiliar, incumplió las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales, tendientes a corregir los actos de violencia intrafamiliar, en contra del otro cónyuge o de sus hijos.

B) EFECTOS DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS HIJOS.

Los tres efectos principales del divorcio respecto de los hijos, los dividiremos en tres :

El primero se refiere a los efectos relativos a la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada, al efecto deben distinguirse tres fases: I.- Si el hijo naciere dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, II.- Si naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes de que transcurran trescientos días de la sentencia definitiva, y III.- Si el hijo naciere después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio. Con lo anterior se determinará la legitimidad o ilegitimidad de los hijos, respecto del padre.

El segundo efecto se refiere a la patria potestad.- En nuestra legislación cuando el divorcio se da por determinadas causales, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad, aun cuando muera después el inocente. En tal caso, como no puede recobrar esa patria potestad, pasará a los abuelos, primero paternos y luego maternos, a falta de ellos, entonces el hijo quedará bajo tutela. Se ve por esta sanción extrema, que deben de ser gravísimas las causales de divorcio (corromper a los hijos, violencia familiar, etc.) que le hacen perder para siempre al cónyuge culpable la patria potestad, aún en el supuesto muy justificado de que muriese el inocente y que conforme a la naturaleza misma, el más indicado fuera el padre que sobreviviera, quien ejerciera la patria potestad. Tratándose de divorcio por enfermedades citadas en el artículo 267 del Código Civil, se restringe la patria potestad en cuanto al cónyuge enfermo. sólo para evitar, tratándose de enfermedades contagiosas, que pueda existir ese contagio, y por eso la custodia y la vida en común se establecerá en favor del cónyuge sano. Tratándose de causales como abandono, se podrá perder o no la patria potestad según las pretensiones y fundamentos de los cónyuges.

El tercer efecto se refiere a que el cónyuge condenado a la pérdida de la patria potestad, sigue teniendo la obligación de proporcionar a los hijos los alimentos, lo anterior con fundamento en el artículo 285 del Código Civil: " El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos." (21)

(21) *Código Civil para el Distrito Federal.*

2.4 .- GENERALIDADES DE LA PATRIA POTESTAD.

" La patria potestad es una Institución del Derecho Familiar vigente, toma su origen de la filiación y fue establecida con el propósito de asistir y proteger a los menores de edad no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente. " (22)

Desde un punto de vista etimológico, corresponde a la expresión Latina de " patria potestad " , la que en sus principios se refiere más exactamente al derecho de propiedad, exclusivo en ese entonces del padre de familia o pater familias sobre todos los bienes de la familia, los de los esclavos, incluyendo los hijos,.

Potestad, es la continuación del latín potestas, potestatis, que significa : " poder facultad, formado por analogía con maiestas=majestad , a partir del adjetivo potis, pote que es igual a poseedor, dueño y poderoso. " (23) En sus principios la patria potestad surgía del vínculo matrimonial entre los progenitores del menor sujeto a ella, lo que se denota con la expresión en las instituciones de justiniano que dicen " In potestate nostras sun liberi nostris, quos ex nuptiis procreavimus, que significa, que están bajo nuestra potestad los hijos que procreamos de justas nupcias. (24)

En las Legislaciones Modernas, la patria potestad nace de la procreación o la adopción, lo que sin duda alguna permite un mayor campo de ejercicio sobre la gran mayoría de los menores que por su estado de minoría de edad requieren de ella para su cabal desarrollo y educación, así como de su protección.

(22) GALINDO Garfias. *op cit.* " DERECHO CIVIL. " pág 669.

(23) COUTURE. Eduardo J. " VOCABULARIO JURÍDICO. " Buenos Aires 1988.

(24) MAGALLON Ibarra, Jorge. " DERECHO CIVIL. " México 1988. pág. 513

La patria potestad, en esos términos, se puede considerar como una función de la paternidad e incluso de la maternidad, así como una autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad.

La gran mayoría de los autores han intentado definir la patria potestad, así podemos señalar algunas de ellas: Colín y Capitán " La patria potestad es un conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados. " (25)

Si bien es cierto que la palabra patria potestad es un conjunto de derechos también constituye un conjunto de obligaciones correlativas que son mas bien las que predominan en su ejercicio, toda vez que se considera al menor como incapaz de ejercicio para procurarse los medios suficientes para su sostenimiento, ya sea por sus restringidas aptitudes o por falta de experiencia.

Estos autores, coinciden en omitir a la persona del adoptado como sujeto a la patria potestad. Quien si lo menciona es Julián Bonnecase ya que al referirse a ella manifiesta La patria potestad como un conjunto de sujetos activos o titulares de ella, e inclusive también a los ascendientes y terceros, como sería el caso de los abuelos y el adoptante respectivamente. Con los elementos aportados por los clásicos, varios han estado en la posibilidad de emitir sus propias definiciones.

(25) COLIN Y CAPITAIN. *op cit.* " CURSO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL "

pág 20.

Los maestros Baqueiro y Rosalía Buenrostro, quienes en su obra titulada Derecho de Familia y Sucesiones, la definen " como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la Ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo." (26)

Se puede concluir que la patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que la Ley les confiere a los padres y, en ausencia de ellos, los ascendientes o adoptantes con la finalidad de que tutelen a la persona y los bienes de quien se encuentran sometidos a ella.

La patria potestad en la actualidad constituye propiamente una función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen.

EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD:

Varios tratadistas coinciden al aseverar que los efectos de la patria potestad son en relación a las personas, tanto las que la ejercen como las sometidas a ella, y sobre los bienes de éstas últimas.

De acuerdo a ello los efectos se analizaran desde tres puntos de vista:

I.- En cuanto a las personas que la ejercen, los efectos de la patria potestad son los siguientes:

(26) BAQUEIRO Rojas, *op cit.* "DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES" pág.

a) Tiene la obligación de educar convenientemente a los sometidos a ella. (Art. 422. C.C. para el D.F.)

b) Les corresponde, incluso, auxiliados por las autoridades, corregir moderadamente a los sometidos a ella, con el fin de educarlos adecuadamente.

(Art. 423. C.C. para el D.F.)

c) Deberán de observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo. (Art. 423. C.C. para el D.F.)

d) Tienen la obligación de dar alimentos al menor sometido a la patria potestad. (Art. 302 C.C. para el D.F.)

e) Representar a los sometidos a ella en juicio, en tanto no exista un interés propio, contrarios a los del menor. (Art. 424 y 427 C.C. para el D.F.)

f) Tiene el derecho a disfrutar el 50 % del usufructo de los bienes que por herencia, legados o don de la fortuna haya adquirido un menor bajo su protección. (Art. 430 C.C. para el D.F.)

g) Tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos durante su gestión. (Art. 439 C.C. para el D.F.)

h) También tienen la obligación de devolver todos los bienes y frutos que le pertenecen al hijo una vez que se emancipe o llegue a la mayoría de edad.

(Art. 442 C.C. para el D.F.)

II.- En relación a las personas sometidas a ella, podemos enlistar los siguientes efectos:

a) Los menores deberán honrar y respetar a sus padres y ascendientes sin restricción alguna en cuanto a edad, estado y condición de los hijos. (Art. 411. C.C. para el D.F.)

b) Los hijos menores aún no emancipados, estarán bajo la patria potestad en tanto exista alguno de los ascendientes que la deban ejercer y por su avanzada de edad, no se hayan excusado de hacerlo. (Art. 412. C.C. para el D.F.)

c) El menor de edad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin el permiso de los mismos o en virtud de decreto de autoridad judicial en materia familiar o del consejo tutelar para menores. (Art. 421. C.C. para el D.F.)

d) No podrá comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin el expreso consentimiento del (o los) que la ejerzan. (Art. 424. C.C. para el D.F.)

III.- En relación a los bienes del menor sometido a la patria potestad :

a) Los bienes del menor están bajo su propia administración, cuando este se hizo de ellos por su trabajo, y los adquiridos por dones de la fortuna, herencia o legados por el que la ejerce. (Art. 428 y 429. C.C. para el D.F.)

b) Los bienes inmuebles y preciosos del hijo, no pueden ser vendidos ni gravados, si no por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa autorización del Juez competente. (Art. 436. C.C. para el D.F.)

c) Tampoco podrá celebrarse contrato de arrendamiento de inmuebles por más de cinco años, ni recibir por ello la renta anticipada por más de dos años, hacer donaciones con ellos ni dar fianzas en representación de los menores. (Art. 423. C.C. para el D.F.)

d) En los adquiridos por fortuna, por herencia o legado, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a la persona que ejerce la patria potestad. (Art. 430.C.C. para el D.F.)

CAUSALES DE SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD:

Al referirse a las causales de suspensión de la patria potestad, aludiremos que no es el acto o el hecho jurídico que da la base al ejercicio de la acción, y en este caso son los enumerados en el artículo 447 del C.C. y que son las siguientes:

I.- La interdicción de la persona a quien corresponde su ejercicio. (por incapacidad declarada judicialmente.)

II.- Por la ausencia declarada judicialmente del titular de la patria potestad. (por ausencia declarada en forma.)

III.- La sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

En las tres fracciones del artículo antes citado es evidente que, para que operen cualquiera de ellas debe de mediar una declaración judicial, que en estas circunstancias constituye en sí misma una causal, ya sea para que se decrete la incapacidad del titular del derecho en manera general, ya sea por determinarse la ausencia del mismo o por una sentencia condenatoria que así lo decrete.

MODOS DE EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD:

En lo que se refiere a las formas de extinción de la patria potestad, el Código Civil en su artículo 443 limita a tres causas por las que se extingue y son:

I.- Con la muerte del que la ejerce, si no sobrevive otra persona en quien pueda recaer.

II.- Por la emancipación del menor, derivada del matrimonio.

III.- Por cumplir la mayoría de edad.

En la primera fracción, cuando el progenitor muere, la Ley señala los ascendientes que pueden entrar en sustitución del primero, los que de acuerdo al artículo 414, corresponde a falta del padre o la madre, a los abuelos, ya sean paternos o maternos, por pareja o en forma individual.

Salvo estas cuatro personas a falta de los padres, nadie más podrá ejercerla, aún cuando el hijo siga siendo menor de edad que siga necesitando de ella por su incapacidad; en su sustitución entrara la tutela.

En el caso de la adopción, la patria potestad será ejercida por el adoptante, ya que por el mero hecho de ella le es transmitida con todos los efectos legales que le atañen. (artículo 403. C.C.)

En cuanto a la fracción segunda antes citada, el matrimonio será la causal de la emancipación, la cual consiste en que el menor de edad al contraer nupcias, cumpliendo con los requisitos que marca la Ley, como es obtener el permiso de quien ejerce sobre el la patria potestad, logra la extinción de la misma aún cuando persista su minoría de edad, considerandosele como emancipado de la protección paternal a la que no regresara aún cuando se disuelva el vínculo matrimonial. (Art. 641 C.C.)

La tercera fracción operara por la mayoría de edad del hijo, con la cual se extinguen los efectos de la patria potestad sobre él, pues la misma es exclusiva para la protección y custodia de los menores de edad.

CAUSALES DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD:

El artículo 444 de nuestro Código sustantivo, dispone que, la pérdida de la patria potestad opera en los cuatro casos siguientes:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a ello, o cuando lo es dos o más veces por delitos graves.

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 283 del mismo Código.

III.- Cuando se comprometa la salud, seguridad y moralidad de los menores con la práctica de costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de sus deberes por parte de los titulares de la patria potestad, y

IV.- Por el abandono del menor, por más de seis mese aún dejandolo a cargo de alguna persona que pueda ver por él.

La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quien corresponde ejercerla pueden excusarse de su ejercicio cuando así lo decidan y se den cualquiera de los dos supuestos enunciados en el artículo 448 del Código Civil y que son :

I.- Cuando el que ejerza la patria potestad, cumpla 60 años de edad, y

II.- Cuando por un Estado habitual de salud se vea imposibilitado a atender debidamente su desempeño.

2.5.- EL DERECHO DE LOS MENORES A LA PATRIA POR PARTE DE SU DOS PROGENITORES

Los tribunales en ocasiones ejercen de manera exagerada la facultad de privar de la patria potestad a alguno de los cónyuges en litigio, dejando a un lado los intereses del menor sujeto a ella.

Es lamentable advertir que los padres en conflicto manejan frecuentemente la posesión de sus hijos menores como instrumento de chantaje, agresión o venganza. Los litigios de custodia de infantes están matizados a menudo por móviles ajenos al bienestar de éstos. O el padre no proporciona suficiente dinero para sufragar los alimentos y se le impide ver a sus hijos, o la ex-esposa ha tomado nueva pareja y el padre le demanda la pérdida de la patria potestad o la custodia de los niños para castigarla, o la simple aversión desatada entre los consortes y el insaciable deseo de hacerse daño, es el propósito real que nutre el pleito sobre la guarda o la pérdida de la patria potestad. Los menores son víctimas inocentes de los padres.

Debe de advertirse que la patria potestad, que tiene como fuente el hecho jurídico del nacimiento y ocasionalmente el parentesco civil (la adopción) es una situación jurídica constituida por un conjunto de deberes y derechos imputados al titular, que crea igualmente derechos en favor de los incapaces sujetos al poder paterno. Basta considerar que el debido ejercicio de la misma, concede al menor la salvaguarda y seguridad necesaria para su formación y desarrollo, y que éste tiene pleno derecho a gozar de tales beneficios. La convivencia de los incapaces con su progenitores, el cuidado que éstos les conceden, la guía, orientación, consejos oportunos, la educación, la corrección, las muestras de amor, en fin, la imagen social que les proporciona la figura paterna y maternal, son indiscutibles ventajas proporcionadas a los menores.

Lo anterior expuesto nos hace pensar en la necesidad de conservar la patria potestad por parte de sus dos progenitores y, reducir las condenas de pérdida de la patria potestad, por que ellas se revierten contra los menores que entran a dicha patria potestad. Y asimismo, la conveniencia de revocar esas condenas, cuando las circunstancias del caso lo justifiquen.

¿ Deberá el juez, restituir el ejercicio de la patria potestad a un padre privado de ella a consecuencia de un juicio de divorcio necesario ?

¿ Es factible jurídicamente esa reversión del derecho ?

¿ Es conveniente ?

En ocasiones, la pérdida de la patria potestad, pretendida como complemento de una demanda de divorcio, corre la suerte de esta.

Si la demanda de divorcio presentada por la esposa, y motivada por el abandono del hogar o por no proporcionar alimentos y, además contiene la pretensión de la pérdida de la patria potestad de éste sobre los hijos comunes, y esta demanda fue confesada por el demandado, deseoso de divorciarse, quien acude personalmente a darse por notificado y emplazado, para el efecto de que , sin ulterior trámite se dicte resolución disolviendo el matrimonio.

Y si a consecuencia de dicha confesión, es condenado el marido a la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos ¿ podrán revocarse esa condena para restituir a los infantes el derecho a gozar de la patria potestad de ambos padres ? ¿ Debería acogerse la petición común de ambos padres al juez, en solicitud de la restauración del poder paterno, alegando cambio de circunstancias ?

En relación a lo planteado tenemos la siguiente tesis:

" En la materia familiar, donde se ha concedido al juez amplios poderes discrecionales para proveer a la defensa de los menores y de la familia en general, no puede afirmarse que una pérdida de la patria potestad decretada judicialmente sea irreversible.

La patria potestad es una situación jurídica que une al menor incapacitado con sus padres o parientes próximos, y en general deberes y derechos que se ejercen en beneficio de aquel. Cuando se determina la pérdida de la patria potestad, no sólo se ésta sancionando al ascendiente condenado, sino que se está privando al menor de posibles beneficios derivados de esa situación jurídica. Tales ventajas son psicológicas, morales y sociales. La necesidad de la figura paterna y materna para el sano desarrollo psíquico del menor y el apoyo que de ambos le prestan ante la sociedad, son indispensables. Por consiguiente, el Juez Familiar debe de ponderar cuidadosamente las resoluciones atinentes a la patria potestad, para no mutilar los derechos de los incapacitados por el propósito de sancionar al titular culpable. Pero de igual manera, debe de mantenerse abierta la posibilidad de revocarse la sanción cuando el cambio de las circunstancias que la motivaron aconseje tal medida en beneficio del menor, pues la Ley atribuyó al Juez de lo Familiar en el artículo 941, amplia potestad discrecional para proveer las medidas que convengan a la familia, y obviamente entre ellas se encuentra la facultad de conceder de nuevo al menor, el goce de los derechos y la protección que le dispensa el ejercicio de la patria potestad.

Mantener en vigor la medida es nocivo para los menores y el Juez debe de reconocerlo así, ejerciendo su potestad discrecional, ante la prueba plena del cambio de las circunstancias que la motivaron.

La modificación encuentra apoyo legal en el segundo párrafo del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, interpretado sistemáticamente con el artículo 941 del mismo ordenamiento legal, que creó los poderes discrecionales del Juez para proteger a los menores, poder que fue reconocido y encominado en la exposición de motivos de la Ley y en el Dictamen de Comisiones del Senado de la República. "

Una vez analizado desde diversos puntos de vista lo referente a la patria potestad, podemos llegar a la siguiente conclusión: Lo más viable para el menor es que siempre cuente con el apoyo de sus dos padres (patria potestad) y que no se hagan condenas de perdida de la patria potestad indiscriminadamente y, que en caso de privar a alguno de los cónyuges , este pueda volver e ejercerla siempre y cuando cambien las circunstancias; con lo cual se lograra un mejor desarrollo del menor.

2.6. LA CUSTODIA.

En primer lugar, es conveniente aclarar el alcance del término custodia y su relación con otros términos como son guarda y cuidado, conforme a las siguientes definiciones: " Custodia: proviene del latín custos que significa guarda o guardian, y esta a su vez deriva de curtos, forma del verbo curare que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar, o sea guardar con cuidado alguna cosa. " (27)

" Guarda de los hijos: las palabras guardar y custodiar proceden respectivamente del germanesco " wardon " que significa cuidar y del latín custos derivado de curtos, forma agente del verbo curare, que también significa cuidar. Por guarda de los hijos se entiende en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia. " (28)

" Cuidado, se entiende como solicitud y atención para hacer bien alguna cosa, dependencia o negocio que está a cargo de uno; estar obligado a responder de ella. Custodia es la acción de custodiar que significa guardar y vigilar. Al usarse conjuntamente los dos términos, se pretende señalar lo profundo de esta relación jurídica, que no se limita sólo a la guarda y vigilancia del menor, si no que se acentúa con el cuidado, es decir la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha. " (29)

(27) " DICCIONARIO JURIDICO " Editorial Porrúa. S.A. México.

(28) IBIDEM. Pág. 1555.

(29) CHAVEZ Asencio, Manuel. " LA FAMILIA EN EL DERECHO " , Editorial Porrúa. México 1985, pág. 257.

Como se puede apreciar la guarda y custodia del menor implica principalmente el cuidado que sobre él debe de tener quien la ejerza, ya sea uno o ambos progenitores o abuelos.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hijo, debe ejercitar todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, ahí mismo, especifica que la custodia comprende la obligación de educar convenientemente, de corregirle y castigarle mesuradamente con una libertad que no tiene más limite que el notorio perjuicio físico o moral de dicho menor.

Ahora bien, tomando en cuenta estas consideraciones, debemos entender que : La guarda entraña la posesión física del menor, en la cual se da la convivencia necesaria para la satisfacción de las obligaciones de cuidado, atención, vigilancia y demás inherentes al ejercicio de la patria potestad, esta custodia corresponde a ambos padres, y sólo por excepción la tendrá únicamente uno de ellos.

Dentro de la obra ya mencionada ¿ Que es el Derecho Familiar ?, del maestro Güitron FuenteVilla, se señalan diversas interrogantes que se analizarán más adelante.

Uno de los objetivos que tiene el Derecho Familiar, es el de regular lo más íntimo de las relaciones existentes entre los esposos y los hijos, ya que cuando desgraciadamente se disuelve un matrimonio, surgen graves conflictos entre los cónyuges por la guarda y custodia de sus menores hijos, así como también sobre el ejercicio de la patria potestad.

Entre los diversos problemas que pueden surgir, tomando en cuenta el párrafo anterior, el maestro Guitrón Fuentesvilla, plantea lo siguiente:

" ¿ Puede una señora o un señor divorciados, sacar del país en viaje de placer o de cualquier índole, sin permiso del otro cónyuge a sus hijos ?, ¿ Es posible, si la causa determinante del divorcio le otorga a un sólo cónyuge la guarda y custodia de los hijos, llevarlos de viaje al extranjero, sin permitirlo el otro esposo?, ¿ Qué ocurre cuando estando los hijos bajo la guarda y custodia de la señora, el señor los lleva de paseo y después intenta obtener un pasaporte para ellos y llevarlos, fuera del país, ¿ Es plagio de infante, secuestro, privación ilegal de libertad, o que ?, ¿ Qué pasa ahora si cuando alguno de los esposos ha perdido la patria potestad y el otro pretende llevarlos al extranjero ?, ¿ Requiere permiso de su cónyuge, del juez familiar, de sus abuelos paternos o maternos o de quien ?, ¿ Qué puede ocurrir ante la desesperación de un padre o de una madre que alejados de sus hijos, por una sentencia, y peor aún, por que el otro cónyuge lo traslade al extranjero.?

La respuesta a la primera interrogante, es negativa, no es posible llevar fuera del país a menores de edad sin autorización del padre o la madre, según sea el caso. En la segunda interrogante si cualquiera de los ex-esposos pretenden llevar al extranjero a sus menores hijos, requerirá necesariamente del permiso del otro cónyuge por escrito, ahora bien, si lo que se ha perdido es la patria potestad, entonces quien tenga ésta, podrá llevar a los menores a donde quiera, sin permiso del otro ex-cónyuge, por que en este caso dispone libremente de ellos, en virtud de la sanción impuesta como consecuencia de la causa invocada para obtener el divorcio. En cuanto a la tercera pregunta, no se dan el plagio, secuestro, ni robo de infante, por que los vínculos consanguíneos en línea recta, ascendente o descendente impiden la tipificación de esos delitos; tampoco pueden los menores salir del país sin el permiso correspondiente.

Finalmente en la cuarta interrogante, la respuesta es afirmativa y favorecen al titular de la patria potestad, no requiriéndose, en este caso, permiso alguno ya que una persona es quien tiene la responsabilidad, es por ello que para que un menor menor pueda salir del país, será suficiente contar con la autorización del titular de la patria potestad." (30)

Dentro del Código Civil par el D.F. podemos encontrar diversas referencias en cuanto a la custodia y ejercicio de la patria potestad, a modo de ejemplo nos permitimos señalar algunos de los párrafos de distintos artículos, con el fin de ver que entrañan una gran relación los conceptos antes citados:

Artículo 259..... El padre y la madre propondrán la forma y términos del " cuidado y custodia de los hijos ".....

Artículo 273 Fracción I... Designación de persona a quien " sean confiados los hijos" de matrimonio...

Artículo 282 Fracción VI... " Poner a los hijos al cuidado " de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos.... Los menores de siete años deberán " quedar al cuidado de la madre " .

Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos.... y en especial a " la custodia y cuidado de los hijos " .

(30) *GUITRON Fuentesvilla, Julian. " DERECHO FAMILIAR " México.1972. pág.218 y 219.*

Artículo 380. Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos " ejercerá la custodia " .

Artículo 413. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. " Su ejercicio " queda sujeto en cuanto a la " la guarda y educación de los menores ", a las modalidades que le impriman la resolución que se dicte.

Artículo 416 . En caso de separación de quienes ejerzan la patria potestad... y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a " la guarda y custodia de los menores " .

Artículo 423. " los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia ", tienen la facultad...

Como podemos observar, a través de estos ejemplos, al referirnos a la custodia o al ejercicio de la patria potestad, debemos de entenderlos como conceptos íntimamente relacionados entre sí, ya que el que tenga la guarda y custodia sobre los hijos, tendrá también la patria potestad.

Ahora bien, el surgimiento de la custodia por un solo progenitor. se dá cuando la dirección, el cuidado y la protección de los menores hijos la obtiene uno de los cónyuges, y se excluye al otro, con motivo de la separación de éstos y que puede presentarse en los casos siguientes:

a) EN LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DE MATRIMONIO.

Dentro de estos, el problema de la custodia se presenta cuando se dá la separación de los cónyuges, jurídicamente el problema para definir la custodia surgirá en las tres siguientes formas:

- 1.- Al presentarse la demanda de divorcio.
- 2.- Al dictar sentencia de divorcio, y
- 3.- Al dictarse sentencia de nulidad de matrimonio.

En cuanto a los nacidos fuera de matrimonio, la custodia de los hijos nacidos fuera de matrimonio, surge de una manera diferente ya que por lo general los padres no viven juntos; en estos casos no siempre podemos hablar de coparticipación de los padres en el ejercicio de la patria potestad, ésta ha de ser atribuida sólo al padre o sólo a la madre, determinandose la atribución en relación al reconocimiento hecho por ellos, por lo que se nos presentan aquí tres distintas situaciones:

- a) Cuando sólo ha sido reconocido por uno de los progenitores. (art. 366 y 372 del C.C.)
- b) Cuando es reconocido por ambos conjuntamente (art. 380 y 415 C.C)
- c) Cuando es reconocido por ambos sucesivamente. (art. 381 del C. C.)

La intervención judicial, se va a dar por la necesidad de velar por los menores, cuando se considere que pueden ser dañados sus intereses; todas las medidas que se tomen sobre la custodia pueden ser revocadas, tienen, un carácter provisional, donde se puede llegar a perder la patria potestad; toda modificación debe justificarse plenamente en los intereses de los hijos. (art. 380 C.C.)

Los menores sujetos a la custodia, en caso de separación de sus padres, tendrán los mismos derechos a ser atendidos, cuidados, educados, respetados, alimentados, etc., como si sus progenitores aún permanecieran juntos, es decir, que aunque los padres del menor estuvieran separados, tendrán la obligación de atender al menor en las mismas condiciones como si aún estuvieran unidos en matrimonio.

Nuestro Código Civil, regula los derechos y las obligaciones que tienen los cónyuges, inclusive cuando éstos se encuentran separados, pues aún cuando uno de ellos sólo conserva la custodia, también es cierto que ambos progenitores, tienen el derecho y obligación para con los hijos.

Al igual que la patria potestad, la custodia tiende también a acabarse, suspenderse o perderse.

El que tiene la custodia del menor no sólo tiene el derecho material de tenerlo en su compañía, sino también el derecho de dirigirlo y educarlo en el sentido más amplio.

A los padres no sólo debe confiarseles la guarda de los hijos, sino también su dirección, ya que significa algo más, como el guiar sus acciones, vigilar su desarrollo moral. Como la guarda, esta vigilancia es a la vez un derecho y un deber de los padres.

Castan Vázquez, considera que dentro de la doctrina moderna, deben de existir tres medios o formas esenciales para gobernar al hijo, como son el educarlo, vigilarlo y corregirlo.

La guarda del hijo, es el derecho de retener a aquel en casa del que la ejerce, el menor no podrá abandonar el domicilio paterno, ya que es un derecho y a la vez un deber del progenitor que ejerza la custodia del hijo, siempre y cuando no se este perturbando el normal desarrollo del menor.

Mientras que el progenitor que no ejerce la custodia de los menores hijos, tiene la obligación de vigilar el bienestar de sus hijos mediante la convivencia con ellos, através del derecho de visita, convivencia restringida para permitir el buen desempeño de dicha vigilancia.

Por último podemos decir, que el fin principal de la custodia es el de preservar el bien de los menores, proteger sus intereses, y por ello en principio debe de ser ejercida por ambos progenitores, pero también con miras al bienestar del menor, hay casos que es conveniente que sólo uno de ellos la conserve,.

De lo anterior podemos hacernos una pregunta ¿. La facultad del juez para determinar bajo cuál de los dos divorciantes resultara positiva la guarda y custodia de los menores hijos ?.

Antes de analizar dicha interrogante, transcribiremos textualmente el precepto legal que regula la custodia de los hijos. A modo de introducción, nos referiremos a la fracción VI del artículo 282 del Código Civil par el D.F.

artículo 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

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

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

La segunda parte de la fracción antes citada, fue adicionada el 27 de diciembre de 1983, dicha adición considero que se hizo en favor del menor, que por su corta edad, es evidente que necesita más atenciones y cuidados de la mujer, es estos casos de su madre.

Creemos que esta adición, vino a cambiar totalmente el sentido de esta fracción, ya que actualmente los hijos menores de siete años quedarán al cuidado de la madre y únicamente si son mayores de siete años, le serán aplicables los demás preceptos, es decir, se partirá de la voluntad de los cónyuges, y en caso de no haber acuerdo, decidirá el demandante, proponiendo a la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos, y el juez previo procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

" En la práctica de nuestros tribunales con frecuencia sucede que el juez, sin substanciar ningún incidente ni oír al cónyuge demandado, designa a la persona que tendrá durante el juicio la guarda y cuidado de los hijos.

Dicha manera de proceder atenta y viola el artículo 14 Constitucional, por que además de pasar por alto lo que ordena el artículo 282, despoja al cónyuge demandado de la posesión jurídica de sus hijos sin haberlo oído previamente." (31)

El juez de lo familiar mediante una audiencia previa, debería citar a ambos padres para que a través de esta, los exhorte a que decidan con quien deben quedar los hijos, y para el caso de que no haya común acuerdo, después de haberlos oído, el mismo juzgador estará en posibilidad de resolver conforme a la Ley.

Respecto al tema en comento, muchos tratadistas coinciden en que los intereses de los hijos deben de ser superiores indiscutiblemente a la de los cónyuges; y que todo juzgador debe siempre velar por la protección de los hijos menores, sacrificando inclusive la de los cónyuges o la de uno de ellos en su caso, para lograr la protección de los mismos.

No debemos perder de vista que la situación de los hijos puede presentarse ante el juez de lo familiar como un acto prejudicial, según lo dispuesto por el artículo 213 del C.P.C., el cual fue reformado el 27 de diciembre de 1983, y que a la letra dice:

" Artículo 213. El juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo a las circunstancias del caso, tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el artículo 165 del Código Civil, las propuestas de los cónyuges, si las hubiere y lo dispuesto por la fracción VI del artículo 282 del mismo Código Civil." (32)

(31) PALLARES Eduardo. " EL DIVORCIO EN MÉXICO ". Editorial Porrúa. México 1981, pág. 101.

(32) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL D.F.

En relación a lo anterior el artículo 214 señala que : " La inconformidad de alguno de los cónyuges sobre la resolución o disposiciones decretadas, se verá hacer por medio de un incidente cuya resolución no admite recurso alguno." (33)

Toda vez que se trata de una medida provisional, es factible que sea modificada en cualquier momento, si cambia la situación, por ejemplo, si el cónyuge muestra un comportamiento inmoral. El otro cónyuge debe de comunicarlo al juez y este puede intervenir de oficio.

En cuanto a la guarda y custodia definitiva, el juez la fijará a favor de uno de los cónyuges tomando en cuenta los elementos aportados por las partes, encontrando su fundamento legal en artículo 283 que señala que la sentencia de divorcio fijará 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 la custodia y cuidado de los hijos.

Debemos resaltar que la custodia a la que nos hemos referido, es la que ejerce uno de los cónyuges con exclusión del otro, y por lo mismo no termina al mismo tiempo para todos los sujetos de la relación jurídica paterno-filial. En principio ambos padres tienen sobre sus hijos la custodia compartida, pero en virtud de la separación de éstos, voluntaria o no, es menester que sólo uno de ellos conserve la custodia, mientras para el otro ésta se vera suspendida o pérdida.

a) Pérdida : Se da por resolución en los casos de divorcio necesario cuando el cónyuge es condenado a la pérdida de la patria potestad y por ende la de la custodia, o bien, es condenado a la pérdida solo del ejercicio de la custodia.

(33) *IDEM.*

b) Suspensión : También se da por resolución judicial, pero aquí puede ser por acuerdo voluntario de los padres, que al separarse dedican quien continuará teniendo la custodia, suspendiéndose para el otro. En este caso de suspensión si por cualquier motivo el que la conserva dejará de ejercerla, entrará el otro a ejercerla (art. 416 C.C. que lo prevé para hijos nacidos fuera de matrimonio) pero recordemos que la suspensión no es una sanción, si no una medida preventiva en favor de los hijos.

El padre que no conserva la custodia al ejercer su derecho de vigilancia, será el principal encargado de solicitar al juez la suspensión o pérdida de la custodia del progenitor que la ejerce, por incumplir con sus obligaciones de custodia.

Ahora bien, considero en forma personal, que no es conveniente que el cónyuge culpable pierda en forma definitiva la guarda y custodia, respecto a los menores hijos, ya que en dado momento los menores necesitan de sus dos padres, y aunque sólo uno la ejerce, el otro por su parte vela, que el que la ejerce cumpla con dicho cargo.

Visto lo anterior consideramos que no es conveniente que el cónyuge culpable pueda perder en forma definitiva la guarda y custodia, pues como considera Guitron Fuentesvilla, que como humanos podemos aprender de los mismos, pues através del tiempo y con la madurez y el reconocimiento de los errores, los hijos y los padres deben tener una nueva oportunidad de convivir y continuar ejerciendo esos derechos tan importantes.

2.7.- CONCEPTO DE VISITA.

Etimológicamente la palabra visita proviene: " del latín " video,-ere ", cuyo frecuentativo " viso,-ere " , pronto perdió el frecuentativo, y fue interpretado como desiderativo intensivo: " tratar de ver, ir a ver, visitar ". Sobre este verbo, se forma un segundo frecuentativo, " visito, -are " (visitar). (34)

" Visita: Etnol. y social. Esta fórmula social ha estado en uso en casi todos los pueblos, aunque el modo de ponerlas en práctica difiere de unos a otros, según el grado de civilización, y las visitas en sí mismas difieren según el objetivo de las mismas: se va a ver a un hombre culpable para darle reproches, o a un inferior que necesita de auxilio, o a una persona famosa por su singularidad, con el fin de satisfacer un deseo de curiosidad. Una visita no siempre es una muestra de homenaje; no obstante, las de cierta clase se convierten por sí mismas en señales de pleitesía " (35)

Una vez vertido diferentes concepciones sobre la palabra " visita " en general podemos concluir que las visitas son un encuentro entre dos o más personas, en un lugar y tiempo determinado, con fines distintos.(Platicar. Tratar Negocios. Enfocando dichos criterios a nuestro estudio, podemos concluir que las visitas, son las convivencias que va a tener el cónyuge que ha perdido la guarda y custodia, dichas visitas se van a dar en un lugar, día y hora previamente establecidos por el juez o por convenio de las partes. a fin de no perder el contacto con sus menores hijos para brindarles apoyo moral y, lograr su normal desarrollo.

(34) COUTURE J, Eduardo. op cit. " VOCABULARIO JURÍDICO " pág. 582.

(35) IBIDEM, pág. 583.

2.8. - LAS VISITAS EN EL CÓDIGO ESPAÑOL.

En el Legislación Española, al igual que la nuestra, podemos observar que el juez cuenta con amplias facultades para determinar cuando, como y donde se van a dar las visitas, así como suspenderlas cuando estas pongan en peligro la integridad del menor. La única diferencia que existe, es que en nuestra legislación cuando se presenta la demanda no se toma en consideración las visitas, ya que solo se entrará a su estudio si se promueve un incidente de visitas, a diferencia de esto, la legislación española si lo prevé y fija como presupuesto para detrmrinarlas una audiencia de las partes para que hagan sus manifestaciones y así proveer lo mejor para los menores.

Lo anterior lo encontramos plasmado en los siguientes artículos del Código Civil Español :

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

Artículo 103.- Admitida la demanda, el juez a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente. adoptará con audiencia de estos. las siguientes medidas 1.-Determinar, en interés de los hijos.....y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos así como el tiempo. modo y lugar en que podra comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía." (36)

CAPITULO . III .

LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS VISITAS

3.1.- FUNDAMENTO ACTUAL DE LAS VISITAS EN EL D.F.

Artículo 4 Constitucional: (ultimo párrafo) Es 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.

" Artículo 283 del Código Civil : 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.

La protección para los menores incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar, los cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

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

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

Artículo 417 del Código Civil : Los que ejerzan 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 alguno 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." (37)

" Artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles : Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad.

Artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles: El juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.

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

Artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles : (último párrafo)
Tratándose de violencia familiar prevista en el artículo 323 ter del Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia Federal, el juez exhortará a los involucrados en audiencia privada, a fin de que convengan los actos para hacerla cesar y, en caso de que no lo hicieran, en la misma audiencia el juez del conocimiento determinará las medidas procedentes para la protección de los menores y de la parte agredida. Al efecto, verificará el contenido de los informes que al respecto hayan sido elaborados por las instituciones públicas o privadas que hubieren intervenido y escuchará al Ministerio Público " (38)

Una vez citados los artículos que regulan la familia y en especial a los menores, pudimos constatar que nuestra legislación da una gran protección al menor y que busca su normal desarrollo, en especial en los casos de divorcio, donde el menor es el más perjudicado.

Por lo cual nuestra Legislación obliga a los cónyuges después del divorcio, a cumplir con sus obligaciones respecto a sus hijos, lo cual traerá consigo derechos, dentro de los cuales podemos mencionar las convivencias del cónyuge que ha perdido la guarda y custodia con sus menores hijos, las cuales solo se darán siempre y cuando las circunstancias lo ameriten, con lo cual se busca que el menor tenga el apoyo de sus dos progenitores y pueda desarrollarse normalmente y, que por el contrario no sufra ningún trauma o crezca con algún complejo, etc.

Asimismo podemos notar que el Juez cuenta con amplias facultades, pudiendo hacerse llegar toda la información tendiente a la protección del menor, así como poder actuar de oficio y suplir las deficiencias de las pretensiones en favor de los hijos, etc.

De lo anterior considero que se deberían restringir las amplias facultades que tiene el Juez de lo familiar, ya que no siempre todos los jueces utilizan ese poder de una manera justa, si no que se inclinan por alguna de las partes o determinan al simple dicho de las partes, lo cual solo va en perjuicio del menor, como por ejemplo: que no mande a los padres e hijos a hacerse estudios socioeconómicos, o no obtenga informes de trabajadores sociales, o estudios psicológicos, etc.

Por que como lo marca la Ley, se puede auxiliar de ellos para así poder determinar lo más conveniente para los menores; lo cual en la practica no se hacen llegar esa información, si no que son las partes las que las ofrecen y, en la mayoría

de los casos, los jueces determinan en base al dicho de las partes y a las pruebas que ofrezcan, por lo cual es necesario que se cree una procedimiento a seguir y no estar esperando que el Juez se haga llegar toda la información necesaria.

Una vez hechas las observaciones anteriores, solo quiero aclarar que más adelante en el capítulo IV abundaremos más, sobre las amplias facultades del Juez de lo familiar.

3.2.- JURISPRUDENCIA.

En cuanto a Jurisprudencia se refiere, podemos notar que en cuestión de convivencias del cónyuge con sus menores hijos, de los cuales ha perdido la guarda y custodia, no existe jurisprudencia alguna que se aboque a dicha situación, si no que se sigue rigiendo por las reglas generales de la patria potestad y de la guarda y custodia, toda vez que son la base para determinar la situación de los hijos, durante el tramite y después de decretado el divorcio.

Para reafirmar dicho criterio nos hemos permitido transcribir algunas Jurisprudencias sobre Patria Potestad y Guarda y Custodia.

"GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR. ES OBLIGACIÓN DEL JUZGADOR LLAMAR A JUICIO, CUANDO POR SU EDAD PUEDE DISCERNIR CON QUIEN DE SUS PADRES DESEA CONVIVIR.- Para determinar sobre la guarda y custodia de un menor, no basta que el juzgador atienda exclusivamente los resultados que arrojen los medios probatorios ofrecidos por las partes, ya que atendiendo a las circunstancias del caso, es indispensable que sea escuchado la opinión del menor, que es la que puede verse afectada y perjudicada con la decisión que se adopte, toda vez que al tener quince años de edad puede discernir con quién de sus padres desea convivir y con quien de ellos podrá desarrollarse mejor , ya que de lo contrario, si se le obligara por virtud de una sentencia a convivir con cualquiera de sus padres, sin que ella deseara permanecer con la persona que se determinará, pudiere acarrearle serios trastornos en su desarrollo, lo cual se hace más grave si se toma en consideración que está en plena etapa de la adolescencia; siendo factible oír la opinión del menor en estos supuestos, si se considera que el artículo 946 del Código Civil autoriza al menor de edad que tuviere cumplidos dieciséis años para designar a su tutor dativo, el que deberá ser confirmado por el Juez de lo familiar.

Por tanto, por mayoría de razón debe de estimarse que al resolverse sobre la guarda y custodia de una menor, de quince años de edad, éste tiene la capacidad de determinar con cuál de sus progenitores desea convivir, lo que aunado a los medios de convicción aportados en el juicio, permitirá al juzgador señalar la persona que deba ejercerla, tomando en cuenta además si no hay obstáculo que lo impida y que lo lleve a la convicción de que la persona escogida por aquella es la adecuada."

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca 9A. Tomo I, Abril de 1995. Página 155. Clave TC013004.9 CIV.

"MENORES DE EDAD, GUARDA Y CUSTODIA DE LOS. Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando se trate de menores de edad lo más benéfico para su desarrollo y estabilidad es que se encuentren bajo el cuidado de su madre, también lo es que esto no significa que tal criterio deba aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, pues es obligación del juzgador tomar en cuenta, el interés del menor sobre cualquier otro."

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca 9A. Tomo II, Agosto de 1995. Pág 559. Clave TCo24007. 9 CIV.

FALTA PAGINA

No. 84

“INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN DE UN MENOR. LA RESOLUCIÓN QUE SE PRONUNCIE DEBE DE LIMITARSE A LOS HECHOS PROBADOS RELATIVOS A LA POSESIÓN. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).- Cuando en un interdicto de recuperar la posesión de un menor, se acredita que el interesado estaba en ejercicio de los derechos derivados de la patria potestad, como son la guarda y custodia del menor y es privado de dicha posesión sin mediar resolución alguna, ello basta para tener por comprobados los elementos constitutivos de la acción interdictal que establece el artículo 408 del Código Civil del Estado de Jalisco, por lo que el juzgador al emitir su fallo sobre el interdicto, debe de sujetarse a los hechos probados relativos a la de la pérdida de la patria potestad o de alguna de sus prerrogativas, que en vía de excepción o a través de una reconvencción plantea la contraparte.”

Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Epoca 8A. Tomo I
Primera Parte-1. Página 314.

De lo anterior podemos notar que para determinar las convivencias de los menores con el el cónyuge que ha perdido la guarda y custodia, primeramente se estudia cuales fueron las causas por las cuales se le privó de dicha guarda y custodia, así mismo observando si igualmente ha perdido o no la patria potestad

Una vez hecho el estudio de dichas circunstancias podrá determinarse si es o no benéfico para los menores, tener convivencias con el cónyuge privado de su guarda y custodia y, determinar en todo caso ,bajo que circunstancias se van dar dichas visitas, tomando en cuenta la edad del menor y los circunstancias de disponibilidad por causas de trabajo para poder realizar las visitas.

3.3.- ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO Y ESTADO DE MORELOS.

A) LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MORELOS: Al igual que nuestra legislación el juez tiene amplias facultades para resolver las cuestiones relacionadas con la familia y en especial tratándose de menores.

De lo cual se desprende que en esta legislación tampoco existe artículo expreso que regule las convivencias del menor con el cónyuge que ha perdido la guarda y custodia, si no que se van a determinar de acuerdo al poder discrecional del juez.

Encontrando su fundamento en los siguientes artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Morelos.

" Artículo 519.- Todas las cuestiones inherentes a la familia se consideran de orden público e interés social, por constituir aquella la base de integración de la sociedad.

En todos los asuntos del orden público tendrá intervención el Ministerio Público.

Artículo 520.- El juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservar y proteger a sus miembros. El juez dispondrá de las más amplias facultades para la determinación de la verdad material; sin que quede vinculado a las reglas de la prueba legal para lograr este resultado.

A este fin, regirán los siguientes principios:

I.- Las reglas sobre repartición de la carga de la prueba no tendrán aplicación.

II.- Para la verdad de la investigación el juez puede ordenar cualquier prueba, aunque no la ofrezcan las partes.

III.- El principio preclusivo, en cuanto signifique un obstáculo para el logro de la verdad material no tendrá aplicación.

IV.- La admisión de hechos y allanamiento no vincula al juez.

V.- No tendrán aplicación las reglas formales de apreciación de las pruebas, ni las ficciones legales.

VI.- El juez podrá auxiliarse de trabajadores sociales o profesionistas en otras disciplinas que presten sus servicios dentro de la administración pública." (40)

B) LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO:

En cuanto a la regulación sobre menores, podemos notar que igualmente el juez cuenta con un poder discrecional, buscando siempre asegurar los derechos del menor, de lo cual se desprende que no existe artículo expreso que regule las convivencias del menor con el cónyuge que ha perdido la guarda y custodia, teniendo su fundamento en los siguientes artículos del Código Civil.

" Artículo 266 .- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes, si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

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

Artículo 267.- En la sentencia que decrete el divorcio, el tribunal determinará los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad que conservarán cada uno de los cónyuges, respecto a la persona y bienes de sus hijos, teniendo en cuenta el interés particular de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio. Para tal efecto deberá el tribunal oír al Ministerio Público, a los cónyuges y en caso de estimarlo necesario, a los abuelos, tíos y hermanos mayores, pudiendo, además, discrecionalmente acordar de oficio cualquiera providencia que considere benéfica para los hijos.

Los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge no culpable debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 246 (El juez en todo tiempo, podrá modificar la determinación...). Si los dos fueron culpables del divorcio, los hijos quedarán al cuidado del ascendiente a quien corresponda la patria potestad; y si no lo hubiese, se les nombrará un tutor.

En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 253, los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge sano, pero el enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos. " (41)

Código de Procedimientos Civiles, Capitulo II. Divorcio por Mútuo Consentimiento. " Artículo 813 Párrafo Segundo.- Si tampoco se lograre la reconciliación y el convenio quedarán bien garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, el Tribunal oyendo el parecer del Ministerio Público, sobre este punto, dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado.

Artículo 817.- En caso de que el Ministerio Público se oponga a la aprobación del convenio por considerar que viola los derechos de los hijos o que no queden bien garantizados, propondrá las modificaciones que estime procedentes y el Tribunal lo hará saber a los cónyuges para que dentro de tres días manifieste si acepta las modificaciones." (42)

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

(41) CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO

(42) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

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

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

CAPITULO . IV .

LA INOBSERVANCIA DE LAS VISITAS EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

4.1. - EL ALCANCE LEGAL DE LAS ATRIBUCIONES DEL JUEZ DE FAMILIAR Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICO - SOCIALES.

Toda vez que el derecho de familia es de orden público, debe de conseguir la justicia en protección de los menores y de la familia, por lo cual nos surgen las siguientes preguntas: respecto a las facultades del juez :

¿ Debe de obrar aun independientemente de las partes ?

¿ Debe probar con independencia de las partes ?

¿ Debe aceptar cualesquiera pruebas sin someterse a las reglas o principios civiles que gradúan y restringen su valor probatorio ?

¿ Debe de admitir pruebas dentro de cualquier estado del procedimiento si ellas conducen a proteger el bien jurídico destinatario de su afán ?

¿ Debe de hacer justicia a los menores y a su familia en general ?

Una legislación como la nuestra. que deja en manos y al criterio discrecional del juez tantos aspectos esenciales del procedimiento. lo cual hace que la jurisprudencia entre a interpretarlo, a fin de proporcionar de la manera más precisa posible a su alcance. en vías de conseguir la seguridad jurídica de la familia.

Como hemos visto, la justicia enteramente discrecional no deberían de existir; ya que las resoluciones pronunciadas por un juez de equidad, por muy justas que fueren son fuente de inseguridad porque provienen del juicio particular del juez.

En cualquier tipo de procedimiento, es necesario lograr un justo balance, un apropiado equilibrio entre la justicia y la seguridad. En todos los aspectos apuntados, la Controversia del Orden Familiar aporta peculiares disposiciones legales que le imponen un distintivo.

En cuanto a si es posible que el juez ejerza su atribución de obrar de oficio para suscitar, de propia iniciativa la incoación del juicio, debemos de tomar en cuenta que aún tratándose de acciones tendientes directamente a la protección de la familia y de los menores, nuestro sistema jurídico exige como presupuesto para iniciar el juicio, la demanda; y a falta de una demanda no puede existir el mismo. No podrá entonces el juez suscitar de oficio la reclamación. Y no obstante ello, si advirtiera que es imperativo e indispensable plantear una demanda a fin de ejercitar una acción dirigida a preservar derechos familiares, podría actuar oficiosamente dando vista al Agente del Ministerio Público a fin de que sea este representante social quien inicie el procedimiento.

Salvo la señalada limitación, estimo que la actuación judicial de oficio se extiende a otros actos procesales: pues si puede investigar por sí o por medio de trabajadores sociales los hechos para buscar la verdad, con mayor razón esta facultado a valerse de pruebas promovidas por las partes y recibirlas en cualquier momento del procedimiento para mejor proveer. Igualmente tiene aptitud de suplir la deficiencia de la queja. ¿ Puede corregir la deficiente argumentación de los hechos de la parte que proteja los intereses del grupo familiar ?

La suplencia de la queja en litigios de familia debe de alcanzar la interpretación de los hechos por que sólo así será efectiva la tutela del bien jurídico protegido por la Ley del orden público. En la contienda, el juez deberá descubrir cual de las partes está luchando por los menores y por los intereses de la familia, y cual es el que obra en la satisfacción de su egoísmo; y debe de proteger a los menores y la familia, nunca cayendo en el error.

Las amplias facultades concedidas por la Ley al Juez de lo Familiar para obrar de oficio, apoya sólidamente la afirmación de concederle atribuciones para suplir la deficiencia de la queja, tanto en lo que concierne a la argumentación del derecho.

El artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, y una jurisprudencia firme de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, parecen limitar la actuación oficiosa del Tribunal a la suplencia de la argumentación del derecho, pero esa suplencia en la argumentación del derecho o en la invocación de principios jurídicos, ha sido concedida igualmente al Juez Civil y siendo así, tal disposición legal no habría aportado novedad alguna al recoger el principio, rector de todo procedimiento, de " jus novit curia " traducido en que el juez es quien aporta el fundamento de las resoluciones, y es a cargo de las partes la relación de los hechos.

El segundo párrafo del artículo 941 del Código Adjetivo dispone: " En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales estan obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. " Si la suplencia de la queja se remitiera exclusivamente a los planteamientos de derecho como se pretende, el precepto examinado que no prohíbe sustituir otras deficiencias, solo reiteraria el principio de que corresponde al juez aportar y aplicar el derecho, y sentaria una conclusión incongruente con las amplias facultades que la misma Ley le concede para intervenir de oficio.

De igual manera Hay Tesis que reiteraran la misma idea, y fue iniciada, mucho antes de la promulgación de las leyes especiales de la justicia familiar, la cual a letra dice :

" ALIMENTOS, INVOCACIÓN DE LA LEY DE OFICIO.- Tratandose de cuestiones familiares y alimentos, el juzgador puede invocar de oficio algunos principios, sin cambiar los hechos, acciones, excepciones o defensas, aunque no hayan sido invocados por las partes, por tratarse de una materia de orden público. En suma, la suplencia de la queja debe de actualizarse en beneficio de la parte destinataria de la protección de la Ley, y según lo antes expuesto es cuestionable que esa suplencia se justifique sólo respecto de los planteamientos de derecho, como sugiere la literal interpretación del artículo 941 de la Ley Procesal, y la jurisprudencia antes citado." Amparo directo 2845-57, 2914-67, 1028-67, 3040-75, 3040-75, 618-75.

De lo anterior se desprende que el juez esta autorizado para actuar de oficio y puede, obviamente, sustituir la impropiedad de una defensa insuficiente, trátase en la aplicación de la norma jurídica invocada o trátase de la vaga relación de los hechos, sin que alcance su poder discrecional a variar los hechos, aunque sí a interpretar y profundizar los narrados, por que de hecerlo habria de producir un fallo incongruente, violatorio del artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles.

En lo que hace a la investigación oficial de los hechos y acopio de de pruebas, estas actividades se presentan ampliamente autorizadas por la Ley, con la restricción de que tiendan a tutelar el bien jurídico protegido (los menores y la familia). Así, puede el juez valerse de cualquier prueba para conocer la capacidad económica del obligado a prestar alimentos y la necesidad de los acreedores, conforme el artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles.

Igualmente puede buscar la verdad de los hechos materia del juicio ; y será legítimo, en tal sentido, que investigue oficiosamente los perfiles moral, social, económico y psicológico de los parientes que reclaman la custodia de menores para seleccionar el más idóneo, valiéndose de los medios necesarios (peritos, trabajadores sociales ,etc.); y será indispensable igualmente, que entre en contacto directo con los menores, para averiguar los hechos que las partes oculten, para tomar en su beneficio la solución apropiada. Podrá y deberá de igual manera dotar a los menores de un tutor, en ocasiones para que de igual manera defienda los derechos del menor, aun en contra de sus progenitores o parientes en ejercicio de la patria potestad. Y de igual manera será conveniente su intervención para investigar la situación actual de los padres que solicitan la restauración de la patria potestad."

¿ Y qué decir del formalismo en la Controversia del Orden Familiar ?

¿ Cuáles formalismos puede omitir el juez ?

Ya mencionábamos que la demanda debe de ser presentada por los interesados o por el Ministerio Público, los cuales ofrecen los elementos necesarios para probar su acción en el momento procesal oportuno. Pero al margen de dichas limitaciones, parece evidente que el juzgador debe de admitir la prueba , o acopiarla, en cualquier fase del juicio, si ella favorece al conocimiento de la verdad por la protección de los intereses de los menores y de la familia.

También resulta obvio en mi concepto, que las limitaciones formales de la prueba que rigen la materia civil no debe operar en la rama familiar, en este orden de ideas, no deben de ser desechadas con tanta rigidez ya que en ocasiones por exhibir copias simples y no presentar las originales en tiempo para ser -

cotejadas, pues deberían de ser valoradas en conjunto con el diverso material probatorio y desidir, al emitirse el fallo, o procurar el cotejo cuando sea posible presentar las originales, siempre y cuando sea con un tiempo prudente antes de dictar el fallo final; y en cuanto a los testigos en general, el juez deberá ampliar su examen para cerciorarse de su idoneidad y emitir al respecto una acertada valoración.

Tampoco puede mantenerse el legalismo relativo a la necesaria relación formal o referencia de la prueba a los hechos, pues al margen de que las partes precisen el punto sujeto a la prueba u omitan indicarlo, el juzgador debe de extraer de las pruebas rendidas la comprobación de cualquiera de los hechos materia de la litis.

De lo anterior podemos concluir que la Ley consagra disposiciones que confieren un cúmulo de atribuciones que deberían ser ejercidas con rectitud, sensibilidad y conocimiento del derecho, y que los jueces y magistrados respondan a la sociedad, lo que hace urgente se limiten esas facultades y se apeguen a una norma establecida, ya que como sabemos no todos los jueces obran aplicando sus amplias facultades en favor de la familia o de los menores , así como la selección y preparación de los jueces familiares para alcanzar los superiores fines que la animan.

4.2.- LA FACULTAD DEL JUEZ DE LO FAMILIAR PARA OBRAR OFICIOSAMENTE EN CUESTIÓN DE MENORES Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICO - SOCIALES.

Este tema lo vamos a ubicar dentro de las atribuciones del juez de lo familiar, es decir, en el tema desarrollado anteriormente, sólo que en este punto sólo nos referiremos a los menores. La facultad del juez para obrar oficiosamente en cuestión de menores lo vamos a encontrar en el primer párrafo del artículo 941 que a la letra dice: " El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores y "

Al igual que en el punto anterior señalaremos que el juez puede obrar de oficio, tiene el poder de sustituir el mal planteamiento del derecho, en salva guarda del bien jurídico tutelado, constituido por el bienestar y la seguridad de los menores y la satisfacción de sus necesidades alimentarias.

Si el juez esta facultado par obrar de oficio, con mayor razón debería de prevalecer el derecho de los menores, supliendo los malos planteamientos legales, pues el alcance de su acción oficiosa es más profundo que una sustitución en el derecho; si esta autorizado a actuar de oficio, por iniciativa propia, con mayor razón lo está para corregir dentro de los limites fijados por la Ley, a fin de proteger a los menores.

Para cumplir el propósito de la norma, sería indispensable que los tribunales familiares hicieran uso efectivo del arbitrio que la Ley les concede, actuando espontáneamente, mediante el ejercicio de sus facultades discrecionales, a modo de cubrir las imperfecciones de una defensa inapropiada que ponga en peligro al menor, en términos tales que, si dicha facultad discrecional hubiese sido bien dirigida, debidamente motivada y ejercida concientemente, estara utilizando sus facultades apegadas a la norma legal.

4.3. - EL PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ PARA DETERMINAR LA CUSTODIA DE LOS MENORES Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICO - SOCIALES.

La Justicia Federal reconoce el arbitrio del Juez de lo Familiar para decidir sobre la custodia de los menores.

Como muestra de lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la siguiente Tesis Jurisprudencial:

" MENORES. LOS JUECES OFICIOSAMENTE, DEBEN VELAR POR LO QUE CONVenga A LOS,- El juzgador no está obligado, en materia de relaciones familiares, a resolver conforme a las pretensiones de una de las partes, simplemente por que la otra no oponga defensas conducentes. En consecuencia, no basta que la madre no se haya opuesto a la incorporación de su menor hijo al seno de la familia del padre, para que proceda a decretar esa incorporación, pues el juzgador debe estudiar la conveniencia o inconveniencia de la medida, velando por el interés de la menor, ya que es procedimiento socorrido de los padres obligados a pagar alimentos que pidan la incorporación de sus menores hijos al seno de la familia sólo para quitárselos a su madre. "

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

Tal criterio fue sostenido igualmente en resolución más precisa y reciente, en la cual se ratifica la potestad discrecional del juez para determinar la custodia de los menores con atención prioritaria a su interés, así sea disociando ésta de la patria potestad.

" PATRIA POTESTAD. PUEDE DESVINCULARSE DE LA GUARDIA Y CUSTODIA SI EL INTERÉS DEL MENOR LO HACE NECESARIO.- La patria potestad, implica no sólo derechos, si no también obligaciones, sobre todo, el interés y protección del menor, sin dejar de considerarse los derechos que el padre posee. En ese complejo de derechos y obligaciones, o función de paternidad, en que conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así, en primer término si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho y en algunos casos en que las circunstancias hagan necesaria para el bien del menor tiene que desvincularse pero sin diludir el derecho de la patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva. Así ocurre por ejemplo, cuando se encuentre aprobado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna, por cinco años ininterrumpidos desde su nacimiento, no resulta lógico que por una vinculación de la patria potestad con la custodia se ligara de manera indisoluble, sin tomar en cuenta al menor, a la familia y a la sociedad. En legislaciones de diversas Entidades Federativas, se ha avanzado en estos aspectos dejando que el juez resuelva de tal suerte que si el interés del menor lo exigiere, por razones graves que expondrá en su fallo, podrá apartarse de las disposiciones del Código Civil y establecer las modalidades que juzgue conveniente y dictar las medidas para encomendar la guarda a un tercero o a una institución en particular. (Código para el menor del Estado de Guereero Titulo III, Capitulo II, Art. 46.) El Código Civil del Estado de México en su artículo 935 dispone :

" La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que impriman las resoluciones que dicten, de acuerdo con las leyes especiales sobre prevención social en el Estado." El menor es el sujeto en quien debe recaer la aplicación preferente del derecho, entendida por preferencia la circunstancia en que se exalte el interés del menor sobre cualquier otro. Los especialistas en el estudio de los menores ha coincidido de manera unánime en establecer que la formación de la personalidad del menor, se lleva a cabo en los primeros cinco años de su vida y al desvincularlo de una relación afectiva le ocasionaría una lesión, que no es de las que dejan huella visible para la percepción del ojo, pero sí para la percepción del entendimiento y la emoción. Los menores han llegado a constituir un gran tema de la comunidad universal, mejor que equilibradores de las fuerzas, zona delicada de la preservación de los derechos humanos. Al ocuparse el mundo entero de la niñez y de la adolescencia, estará creando una sociedad capaz, donde: " todos los niños sean como hijos de todos los hombres ". En consecuencia en esos casos aunque se considere que el padre no pierda la patria potestad debe dejarsele la custodia a la abuela materna, sujeta a las modalidades que impriman las resoluciones que dicten de acuerdo con las leyes, atentas las circunstancias de la personalidad del menor debiendo ejercer el padre la vigilancia sobre esa custodia como consecuencia de la patria potestad que ejerce. " Amparo Directo 5275-86, 14 de mayo de 1987, informe de la Tercera Sala, pág.244.

Una vez analizados los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podemos concluir que el juez tiene amplias facultades para determinar la custodia de los menores, el cual siempre deberá de obrar en beneficio del menor sin escatimar nada, ni mucho menos inclinarse por una de las partes si esto afectara al menor. Pero para lograr que los jueces determinen de una forma apropiada la custodia, deberá antes prepararseles y hacerles entender que siempre debe de prevalecer el desarrollo integral del menor y no los caprichos de sus padres.

4.4.- LA CUSTODIA Y CONVIVENCIA DE LOS MENORES COMO MEDIDAS PROVISIONALES.

La Ley confiere a los jueces familiares muy amplias facultades discrecionales, cuyo indebido ejercicio será en ocasiones más inconveniente para los menores y para la sociedad, que para los cónyuges.

Durante el trámite de un juicio familiar, el juez deberá tomar determinadas medidas provisionales que son de gran importancia y tendrán vigencia mientras se resuelva el juicio en su totalidad.

Entre ellas figuran, particularmente, la fijación de la custodia provisional de los menores, el señalamiento de la pensión alimenticia, la decisión sobre las reglas de convivencia de alguna de las partes con sus hijos, etc.

Si al resolver provisionalmente cuestiones tan trascendentales como la custodia y convivencia de los hijos, o los medios de subsistencia de la familia, si el juez de primera instancia emite un fallo provisional que afecte a los menores por ser infundado, no se puede acudir a la Segunda Instancia, con lo cual se afirma las amplias facultades del juez familiar, ya que sólo el mismo si considera que estuvo mal en su determinación provisional podrá modificarla hasta la sentencia definitiva o hasta que se resuelva un incidente impugnatorio de la medida interlocutoria respectiva, el daño se habrá producido en el tiempo, sin que la modificación repare el daño causado al menor.

Un irreflexivo cambio de custodia de menores, una pensión alimenticia desproporcionada, un régimen de visitas absurdo, producirán efectos en el tiempo, y en algunas ocasiones daños que sean irreparables.

El citado criterio se sustenta en una antijurídica interpretación del artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, que a la letra dice:

" Las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales pueden modificarse en sentencia interlocutoria o en la definitiva. Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan de las Leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afecten el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."

A partir de esa norma, se concluye, que tales resoluciones provisionales dictadas por el juez de primera instancia no son apelables, y con frecuencia se rechaza la impugnación de las mismas ante la alzada. Ello implica que sólo el juez puede considerar un auto provisional inapropiado; y supone que esa resolución inadecuada debe regir todo el lapso que dure el trámite del incidente respectivo correspondiente o el juicio mismo, para ser modificado por el mismo juzgador en sentencia interlocutoria o definitiva.

¿ Y la jurisdicción que está en manos del las Salas ?

¿ Y los intereses de las partes involucradas en la indeseable medida provisional ?

En cuanto a que la interpretación de la norma invocada es antijurídica, lo señalo, por que de su texto no se desprende ni podria serlo por la jurisdicción inexcusable de la alzada, y que la resolución provisional solamente deba ser modificada através de la sentencia del juez de primera instancia, pues a la letra dice: " Las resoluciones judiciales... **PUEDEN**" , Pero no prescribe . " Las resoluciones **DEBEN** "

Pero además, la interpretación sistemática, el examen y sentido conjunto de diversas normas, nos informan que la interpretación del artículo 94 citado en la párrafo anterior del Código Procesal Civil, nos hace notar , que es una excepción al artículo 84 del mismo ordenamiento el cual señala: los jueces y tribunales no podrán variar ni modificar sus sentencias o autos después de firmados, pero si aclararlos.

Varias tesis discrepantes se han producido respecto de dicha interpretación: Se ha pretendido rechazar la posibilidad de combatir mediante el recurso de apelación, las resoluciones dictadas con el carácter de provisionales.

En consecuencia, se postula como únicos posibles correctivos de una medida provisional, la sentencia interlocutoria dictada en el incidente respectivo substanciado ante el mismo juez, o la definitiva que este mismo dicte.

En primer término, se advierte que nada justifica la negativa de admitir un recurso de apelación interpuesto en contra de una medida provisional, por que ninguno de los preceptos rectores limita o veda su procedencia en tales casos; ni el artículo 94 antes citado restringe a la hipótesis que señala la posibilidad de los recursos, pues el precepto no impide, ni aun implícitamente la apelación contra dicha resolución, por que no impone que las mismas deban modificarse forzosamente através de la sentencia interlocutoria o la definitiva

En segundo término, es obvio que la solución censurada es inconveniente desde la perspectiva de la política de la defensa familiar, pues es contradictoria al logro de los fines postulados por la misma: parece absurdo pretender coartar el derecho de las partes de acudir a la alzada para revisar en que se fundamentó el juez de primera instancia para decretar la medidas provisionales , que van a surtir efectos durante el trámite inicial del juicio hasta que sea concluido por sentencia que sea cosa juzgada.

El derecho de familia, que concede amplias atribuciones discrecionales al juez, para determinar lo que juzgue pertinente en cuestiones tan delicadas como la custodia de los menores y las convivencias, no podría dejarse al criterio exclusivo del juzgador de primera instancia, la determinación final de dichas medidas provisionales, sin permitir su cuestionamiento por los Magistrados de las Salas, o exigir la tramitación previa de un incidente para poder acudir a la apelación de la interlocutoria que se dicte.

En diversa tesis se dijo:

" Se considera que el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles, no imprime que se promueva el recurso de apelación contra las resoluciones provisionales. El Tribunal Superior de Justicia, en quien reside la jurisdicción, no ésta impedido de revisar desde luego, por medio de dicho recurso, la legalidad o injustificación de la resolución emitida por el juez de primera instancia, menos aun en una materia que es de orden público, donde el juez dispone de un criterio discrecional, cuyo ejercicio indebido puede causar graves perjuicios a los menores y a la familia en general. "

Otra criterio se desprende de la siguiente Tesis Jurisprudencial.

" MEDIDAS PROVISIONALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 94 DEL C.P.C.- Aun cuando el artículo 94, en su primer párrafo, establece que las resoluciones judiciales que se dictaminen con el carácter de provisionales pueden ser modificadas a través de una sentencia interlocutoria, o en la definitiva, ello no quiere decir que las partes en el juicio, tengan prohibido hacer valer en contra de dichas medidas provisionales, los recursos ordinarios correspondientes "

PROPUESTA

Una vez analizado diversos aspectos, como son: Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, podemos constatar que no existe regulación alguna en cuanto convivencias se refiere.

Por tal motivo y toda vez que los menores necesitan del apoyo de sus dos padres, para enfrentarse a una sociedad tan cambiante y difícil como la nuestra, se deben de regular las convivencias del menor con el cónyuge privado de su guarda y custodia, ya que el padre aunque fue privado de dicha facultad, a través de las convivencias podrá seguir apoyando al menor en sus diversos aspectos como son: moral, psicológico, material, cultural, etc. y prepararlo para que tenga un futuro exitoso; asimismo con este derecho podrá hacer del conocimiento del Juzgador si las circunstancias en que se basó para dictar tal medida, han cambiado, y así podrán invocar que se le conceda la guarda y custodia por así convenir a los intereses superiores del menor.

Por lo antes expuesto se debe de crear un procedimiento a seguir, para así poder determinar cuándo las convivencias son benéficas o no para el menor, y no estar basándose en las amplias facultades del juez, si no que éste siga una serie de pasos los cuales nos llevarán a resultados más adecuados, y no por el contrario que sigamos esperando a que el juzgador haga el uso adecuado de todos los medios que tiene a su alcance para la salvaguarda del menor.

CAPITULO DE VISITAS.
PROCEDIMIENTO A SEGUIR
(PROPUESTA)

1.- (Art. ___) Que el procedimiento a seguir para determinar las visitas se lleve en un cuadernillo paralelo a la demanda principal, ya que como está en juego el normal desarrollo del menor es necesario agilizar los pasos a seguir, para así poder determinar lo conducente.

Lo anterior para evitar que se confunda la información o sea tanta que provoque desinterés o descuido por partes del juzgador y, así facilitar el manejo de dichas situaciones.

2.- (art. ___) Que se adhiera como medida provisional, las convivencias del menor con el cónyuge que ha perdido la guarda y custodia.

Siempre y cuando se trate de las siguientes fracciones del artículo 267 del Código Civil: Fracción VIII, IX, Y XIII.

La fracción XVII se regira por el convenio de las partes siempre y cuando sea aprobado judicialmente.

Dicha medida la considero así, por que si bien cierto son problemas familiares, también es cierto que estas fracciones nos reflejan choques entre los cónyuges, y que de alguna manera no trasciende en los hijos de una manera directa.

Asimismo en relación a las fracciones restantes, las convivencias se resolverán hasta la sentencia definitiva que se dicte el cuadernillo respectivo, por considerar presuntivamente que afectarían al menor.

En caso de que con los resultados de los pasos a seguir, para determinar las convivencias, se compruebe que dicha medida provisional fue en perjuicio del menor, podrá modificarse con la sentencia que se dicte en dicho cuadernillo.

3.- (art. __) El Juzgador para determinar las convivencias deberá hacerse llegar a la brevedad posible la siguiente información:

I.- Dentro de los quince días siguientes a la aceptación de la demanda, el juez deberá tener una charla con el menor para que este le manifieste si desea o no seguir convivencias.

II.- Información testimonial de las partes, para acreditar su dicho.

III.- Estudios psicológicos tanto de los padres como de los menores.

IV.- Estudios socio económicos.(hechos por un trabajador social.)

Dichos estudios deberán ser realizados por Instituciones Públicas, entre las cuales, considero que serian las más adecuadas : El DIF y el CAVI., ya que son Instituciones Públicas especialistas en menores y, que cuentan con personal especialista en psicología y trabajo social, así mismo por que dicha Institución tiene como prioridad preservar el normal desarrollo del menor, lo cual traería como consecuencia una respuesta a la brevedad posible.

4.- (art. ___) Las convivencias se deberán llevar a cabo de la siguiente forma:

Horario: I.- De uno a cuatro años: Las convivencias podrán ser de una a 7 horas, de acuerdo a los años del menor.

Por ejemplo si el menor tiene un año: por su minoría de edad no es factible cuatro horas, por tal motivo podrá ser de una o dos horas.

II.- De 7 años en adelante Podrá ser de una hora a 24 horas.

En este supuesto como el menor ya puede manifestar su voluntad, el horario podrá ser mayor siempre y cuando no interfiera con sus actividades prioritarias, como sería la educación.

5.- (art. ___) Los días de las convivencias serán Dos días por Quincena, y tendrá un día del fin de semana, ya sea sábado o domingo.

En periodos vacacionales, tendrá derecho a 50 %, siempre y cuando la edad del menor lo permita.

Los días quedaran abiertos, de acuerdo a las posibilidades por cuestiones de trabajo, por parte del cónyuge que tiene dicho derecho de convivencia con su menor hijo. (o hijos)

En conclusión podemos decir, que si bien cierto algunas cuestiones citadas son tomadas en cuenta por el juzgador, también es cierto que en el mayor de los casos son omitidas, por tal motivo mi propuesta es que se adhiere un capítulo especial de visitas , con lo cual se forzaría al juez a obrar conforme a lo establecido en la Ley y no como hasta ahora sucede, que juzgue en base a su poder discrecional y amplias facultades.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Con la reforma del artículo 4 Constitucional , la importancia de la familia, en atención a las necesidades de fortalecer a la misma, como grupo social primario y permitirle cumplir eficazmente el fin primordial de formación y educación de los hijos, fue elevada a nivel de Garantía Constitucional.

SEGUNDA: La familia, es la agrupación formada por un hombre y una mujer, a los que naturalmente se unen los hijos, enlazados por una unidad total de carácter igualitario y asociativo.

TERCERA: Estructuralmente, la familia ha perdido estabilidad principalmente por la facilidad con que los cónyuges deciden romper con el vínculo matrimonial que los une, es decir, los cónyuges sin pensar las consecuencias del divorcio lo llevan acabo sin pensar que los únicos perjudicados serán sus menores hijos.

CUARTA. En la actualidad nuestra legislación sólo reconoce el matrimonio monogámico, el cual para que surta efectos legales debe reunir los requisitos establecidos en la Ley.

QUINTA: El matrimonio es un acto jurídico solemne que trae como consecuencia un estado permanente de vida entre los cónyuges.

SEXTA: Como estado permanente de vida entre los cónyuges, el matrimonio está constituido por un conjunto de derechos y obligaciones, que se han creado en virtud de los intereses superiores de la familia, entre otros: La mútua cooperación y ayuda de los cónyuges, el débito carnal, la fidelidad, la buena educación de los hijos, etc.

SEPTIMA: Las obligaciones familiares, entendidas como las consecuencias legales que surgen del matrimonio y del parentesco, del concubinato, de la tutela, etc., han variado através de los años y de acuerdo a cada civilización, ya que en el matrimonio antiguo de algunos países, el marido adquiría cierta autoridad sobre la mujer, sobre los hijos y bienes, como si éstos fueran alguna cosa de su propiedad, lo cual en la actualidad ya no existe, toda vez que las legislación aplicable dispone la igualdad entre ambos cónyuges, por que tienen los mismos derechos y obligaciones para consigo mismos, como para con sus hijos.

OCTAVA: Asimismo podemos destacar que existen factores o causas que traen como consecuencia la desintegración familiar, entre las cuales una de las más comunes es el divorcio, el cual podrá causar graves daños si no se dejan bien salvaguardados los derechos de los menores procreados.

NOVENA: La desintegración familiar produce efectos que repercuten tanto en el seno familiar, como en la sociedad, refiriéndonos a los primeros, van a generar problemas de carácter afectivo, psicológicos, morales etc., los cuales afectan en especial a los menores hijos; en cuanto a los segundos podemos mencionar que ocasiona varios problemas sociales como delincuencia, vagancia, drogadicción etc.

DECIMA: Una vez que los cónyuges deciden divorciarse, lo primero que se disputan, es la patria potestad y consecuentemente la custodia de los menores hijos, lo cual en ocasiones es usado como medio de presión para adquirir algo ó para desquitarse de su otro cónyuge.

DECIMA PRIMERA: La patria potestad comprende un conjunto de derechos y obligaciones de los que la ejercen, " los padres ", y que van destinados al beneficio y protección de la persona y los bienes de los menores sujetos a ella, siendo por lo tanto no sólo el poder y la autoridad de los que la ejercen sobre éstos.

DECIMA SEGUNDA: Debe de considerarse como una de las necesidades básicas del menor de edad, el ser cuidado y protegido por sus padres, ya que ésta influencia, tanto paterno como materna, va a ser la base para que el menor logre su normal y recto desarrollo.

DECIMA TERCERA: Debe de existir una actitud ejemplar de los padres para con los hijos, que refiriere armonía, respeto, amor, ya que tal actitud se reflejará de igual forma en los hijos.

DECIMA CUARTA: Tanto el cuidado como la guarda del menor en el divorcio voluntario debe de quedar encomendado a uno de los progenitores, mientras que el otro, se le debe de conceder " el derecho de visita ", aunque no se encuentra regulado de forma directa en nuestra legislación.

DECIMA QUINTA: Al igual que en el voluntario, en el divorcio necesario, se concederán las visitas al cónyuge que ha perdido la guarda y custodia, siempre y cuando el juez con sus amplias facultades así lo considere prudente, ya que para determinar las visitas no existe un procedimiento a seguir para poder determinar si son benéficas o no para los menores, por tal motivo es conveniente que se adhiera a nuestra legislación, artículo expreso que regule las VISITAS.

DECIMA SEXTA: El padre que no tenga la guarda y custodia, pero que conserve la patria potestad del ó los menores, deberá cumplir con la obligación de seguir proporcionando alimentos a este (o estos), así mismo tendrá el derecho de vigilar el desarrollo de éstos, bien sea, física, intelectual, moral, etc.

DECIMA SEPTIMA: Cuando se comprometa la salud o moralidad de los hijos por actitudes del cónyuge que conserva la guarda y custodia y que sean consideradas como causas graves , el otro progenitor tendrá el derecho de hacer del conocimiento a los tribunales competentes tal situación.

DECIMA OCTAVA: De lo anterior se desprende la importancia de regular las visitas, ya que através de estas el cónyuge privado de la guarda y custodia, sigue velando por la integridad de su menor hijo, por que de lo contrario se estaría atentando contra el normal desarrollo del menor .

DECIMA NOVENA: Por ultimo concluiremos diciendo, que deberían de limitarse las amplias facultades del Juez de lo familiar, ya que no siempre vamos a estar en espera de que el Juez haga uso de esas facultades y se haga llegar la información necesaria para salvaguardar los derechos de la familia y en especial los de los menores, por tal motivo considero que se debería de crear un procedimiento a seguir para llegar a la verdad , y que no solo si el Juez lo considera importante se haga llegar dicha información.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- BAQUEIRO Rojas, Edgar. "DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES" Editorial Harla, Colección de Textos Jurídicos Mexicanos, 1992.
- 2.- BEJARANO Sánchez, Manuel. "CONTROVERSIAS DEL ORDEN FAMILIAR." T.S.J.D.F., México, 1994..
- 3.- BELLUSCIO, Augusto. "DERECHO DE FAMILIA." Ediciones Palma, Buenos Aires, 1976.
- 4.- CASTÁN Vazquez, José Ma. "LA PATRIA POTESTAD." Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960.
- 5.- CASTÁN Tobefías, José. "CRISIS DEL MATRIMONIO." Hijo de Reus Editores. Madrid, 1914.
- 6.- COLÍN Y CAPITAIN. "CURSO ELEMENTAL DEL DERECHO CIVIL" Instituto Editorial Reus, Madrid 1942.
- 7.- CHAVEZ Asencio, Manuel F. "LA FAMILIA EN EL DERECHO." Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1962.
- 8.- CHAVEZ Asencio, Manuel F. "DERECHO DE FAMILIA Y RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES." Tercera Edición. México, 1994.
- 9.- CHAVEZ Asencio, Manuel F. "FAMILIA EN EL DERECHO 2. (RELACIONES JURÍDICAS CONYUGALES)" Segunda Edición. México, 1990
- 10.- CHAVEZ Asencio, Manuel F. "FAMILIA EN EL DERECHO" (RELACIONES JURÍDICAS PATERNALES FAMILIARES.) Segunda Edición. México, 1992.
- 11.- CHAVEZ Asencio, Manuel F. "LA FAMILIA EN EL DERECHO" (CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES.)
- 12.- FLORIS MARGADANT, Guillermo. "EL DERECHO PRIVADO ROMANO" Editorial Esfinge S, A México, 1968.
- 13.- GÜTRÓN Fuentesvilla, Julián. "DERECHO FAMILIAR." México, 1972.

- 14.- GALINDO Garfias, Ignacio. "DERECHO CIVIL." Décimo Cuarta Edición. Editorial Porrúa. México, 1995
- 15.- IBARROLA, Antonio de. "DERECHO DE FAMILIA." Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
- 16.- MAGALLON Ibarra, Mario. "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL." Primera Edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
- 17.- MONTERO Duhalt, Sara. "DERECHO DE FAMILIA." Quinta Edición. Editorial Porrúa. México, 1992.
- 18.- MOTO, Efraim. "ELEMENTOS DE DERECHO PENAL." Editorial Porrúa, México, 1963.
- 19.- PALLARES, Eduardo. "EL DIVORCIO EN MÉXICO." Editorial Porrúa, México, 1984.
- 20.- PINA , Rafael "ELEMENTOS DE DERECHO MEXICANO." Décima Novena Edición, Editorial Porrúa. México, 1995.
- 21.- ROJINA Villegas, Rafael. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL." Tomo 1, Editorial Porrúa. México, 1995.
- 22.- ROJINA Villegas, Rafael. "DERECHO CIVIL." Tomo II (DERECHO DE FAMILIA) Editorial Porrúa. México, 1993.
- 23.- SÁNCHEZ Medel, Ramón. "LOS GRANDES CAMBIOS EN EL DERECHO DE FAMILIAS DE MÉXICO." Vigésima Edición, Editorial Porrúa. México, 1991
- 24.- SANTA BIBLIA, Versión Reyna-Valera, Revisión 1960, Sociedades Bíblicas.
- 25.- TOBEÑAS, José. "DERECHO DE FAMILIA." Volumen I, Reus Editores, Madrid, 1970.

LEGISLACIÓN

- 1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- 2.- CÓDIGO CIVIL PARA EL D.F.
- 3.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL D.F.
- 4.- CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.
- 5.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.
- 6.- CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE MORELOS.
- 7.- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MORELOS.
- 8.- CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.
- 9.- CÓDIGO ESPAÑOL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.
- 10.- JURISPRUDENCIA.

DICCIONARIOS

- 1.- COUTURE, Eduardo J. "VOCABULARIO JURÍDICO" Buenos Aires, 1988.
- 2.- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. (UNAM) "DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO" Editorial Porrúa, México, 1989.
- 3.- PALOMAR , Juan. "DICCIONARIO PARA JURISTAS" Mayo Ediciones, México, 1981.