

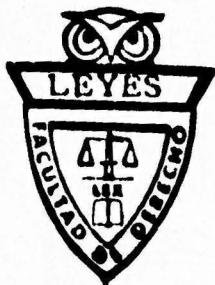


70
2e
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

NECESIDAD DE LA REGULACION JURIDICA DEL
DERECHO DE VISITA A LOS MENORES
EN CASO DE DIVORCIO.

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JUSTINO ARRIETA VELAZQUEZ



ASESOR:

DR. JAVIER TAPIA RAMIREZ

CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO, D. F.,

1995

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 AUTONOMA DE MEXICO.

AGRADEZCO LOS CONOCIMIENTOS OTORGADOS A LO LARGO DE ESTA
ETAPA DE FORMACION PROFESIONAL COMPROMETIENDOME A CUMPLIR CON
HONESTIDAD MI ACTIVIDAD PROFESIONAL, ENALTECIENDO EL NOMBRE
DE ESTA INSTITUCION.

A LA FACULTAD DE DERECHO POR QUE EN SU SENO ME FORME COMO
ABOGADO.

UN ESPECIAL AGRADECIMIENTO AL DR. JAVIER TAPIA RAMIREZ POR EL
APOYO Y ASESORIA BRINDADOS PARA QUE ESTE TRABAJO FUERA POSI-
BLE.

A TODOS MIS PROFESORES DE LA FACULTAD DE DERECHO AGRADEZCO
SINCERAMENTE EL HABER COMPARTIDO SUS VALIOSOS CONOCIMIENTOS
EN EL TRANCURSO DE MI FORMACION COMO ESTUDIANTE DE DERECHO.

A MIS PADRES UN SINCERO AGRADECIMIENTO POR EL APOYO BRINDADO
DURANTE MI FORMACION MORAL Y ACADEMICA, MANIFESTANDOLES QUE
SON UN ORGULLO PARA MI.

A IVAN, BRANDON Y A MI ESPOSA, POR QUE CADA DIA ME DAN MIL
MOTIVOS PARA SEGUIR ADELANTE.

A MIS HERMANOS JAVIER Y LETY LES DOY LAS GRACIAS POR EL APOYO
MORAL Y COMPRESION QUE ME SUSTENTARON DURANTE TODO ESTE
TIEMPO.

Y, A TODAS AQUELLAS PERSONAS QUE COLABORAN DE UNA U OTRA
MANERA PARA LA CULMINACION DE ESTE LIBRO.

INTRODUCCION

El Derecho de Visita es una figura jurídica trascendente en el ámbito del derecho familiar, la cual en nuestra legislación se encuentra ausente, no obstante que es importante establecer las relaciones de convivencia entre progenitores e hijos, cuando éstos se encuentran por alguna circunstancia separados. Toma su origen en las relaciones paterno filiales, y se ejercita cuando alguno o ambos progenitores han sido privados de la custodia y cuidado de sus hijos, siendo el objeto primordial del derecho de visita, preservar los lazos afectivos entre los sujetos del mismo. Es necesario establecer en nuestra legislación su forma de aplicación, pues procede para preservar los lazos afectivos entre el progenitor y el menor, y regular las formas de convivencia en ellos cuando se encuentran separados. Por otra parte el fin del Derecho de Visita es el límite al ejercicio de la patria potestad respecto del progenitor al tener la guarda de los hijos, que se puede resumir en el deber de los padres de vigilar, cuidar y educar a sus hijos. Entonces cuando se presenta la crisis familiar y la ruptura de las relaciones

entre los padres, y se origina la desintegración de la familia, el progenitor que no ha sido privado de este derecho pero si de la custodia, tiene el derecho-deber aún estando separado del menor, de convivir, comunicarse y vigilar al menor, sin otra finalidad, que el velar por su desarrollo integral.

No obstante, la trascendencia jurídica y social que representa el hecho de convivencia del progenitor y del menor, nuestra legislación Civil no ha puesto interés en esta situación, y a pesar que el Derecho de Familia tiene entre otras finalidades, la salvaguarda de los derechos y desarrollo integral del menor, en nuestra legislación existe una irresponsabilidad del legislador al no fijar total interés alguno respecto de la regulación jurídica del menor que vive separado de uno o de ambos progenitores.

En la práctica el ejercicio de este derecho se desarrolló por lo general en el convenio que los divorciantes presentan adjunto a la solicitud de divorcio voluntario, y en el que podemos apreciar indirectamente algunas reglas que se pueden establecer para su regulación.

Existen en la práctica multitud de procedimientos de divorcio, en que los divorciantes no acuerdan el régimen de visita, lo que genera un conflicto más dentro del desarrollo del mismo procedimiento.

Por ello es necesario como una respuesta al reclamo de la sociedad el regular de la manera más adecuada el régimen y ejercicio del derecho de visita.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

"LA PATRIA POTESTAD"

1.1	Fuentes	1
1.1.1	Patria Potestad	1
1.1.2	Relaciones Paterno-Filiales	2
1.1.3	Hijos Legitimos Y Prueba de su Filiación	4
1.1.4	Hijos Legitimados y Prueba de su Filiación	5
1.1.5	Hijos Naturales y Prueba de su Filiación	5
1.1.6	Filiación Civil o por Adopción	6
1.2	Concepto	10
1.2.1	Naturaleza Jurídica	16
1.3	Características	18
1.4	Derechos y Obligaciones Derivadas	24
1.5	Durante el Divorcio y Después de Ejecutoriado	30
1.6	Extinción, Perdida y Suspensión de la Patria Potestad	33

CAPITULO II

"LA CUSTODIA"

2.1	Fuentes	35
2.1.1	Divorcio	35
2.1.2	Efectos en el juicio de Divorcio	41
2.1.3	Divorcio Voluntario o por Mutuo Consentimiento	47
2.1.4	Naturaleza Jurídica del convenio que sirve de Base al Divorcio	51
2.1.5	Separación de Cuerpos	52
2.2	Concepto	53
2.3	Consecuencias Jurídicas	58
2.3.1	Convivencia	58
2.3.2	Protección a la Persona	60
2.3.3.	Vigilancia de la Persona	60
2.4	Durante el Divorcio y Después de Ejecutoriado	62
2.5	Pérdida de la Custodia	71
2.6	Reintegración de la Custodia	72

CAPITULO III

"DERECHO DE VISITA"

3.1	Concepto	74
3.1.1	Antecedentes del Derecho de Visita	80
3.2	Naturaleza Jurídica	90
3.3	Contenido del Derecho de Visita	94
3.4	Sujetos del Derecho de Visita	97
3.5	Cumplimiento del Derecho de Visita	100
3.6	Modificación del Derecho de Visita	103

3.7	Suspensión y Pérdida	104
3.8	Defensa del Derecho de Visita	106

CAPITULO IV

"REGIMEN LEGAL DEL DERECHO DE VISITA"

4.1	Necesidad de la Regulación Jurídica del Derecho de Visita	109
4.2	Justificación Social	116
4.3	Justificación Jurídica	117
	Conclusiones	121
	Bibliografía	127
	Apendice de Jurisprudencia	129

CAPITULO I

"LA PATRIA POTESTAD"

1.1 FUENTES

La palabra fuente significa, lugar donde brota el agua; en sentido jurídico la acepción de la palabra fuente significa el origen del derecho, donde nace, por lo que en este sentido estudiaremos el origen de los derechos y deberes de la patria potestad.

1.1.1 LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad, toma su origen en la Filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, o habidos fuera de él, su desempeño corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación

ya sea consanguínea o civil!

La patria potestad tiene su origen en la paternidad y en la maternidad y es por ello que a los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes que de ella derivan.

En resumen ésta se origina en el hecho natural de la paternidad y de la maternidad; la autoridad paterna se confiere para el cumplimiento de educar y proteger a los hijos; está constituida por un conjunto de facultades para colocar a sus titulares en la posibilidad de cumplir sus deberes relativos respecto de los hijos. La patria potestad no es un conjunto de obligaciones y deberes, sino que consiste en un conjunto de derechos conferidos a su titular o titulares para el cumplimiento del deber de cuidar y educar a los hijos.

1.1.2 RELACIONES PATERNO-FILIALES

Hemos dicho con anterioridad que la patria potestad es una institución derivada de la filiación, es decir de la paternidad y de la maternidad, por ello es necesario adentrarnos en su estudio para la comprensión de la Patria Potestad, pues, para el estudio de las relaciones paterno filiales es necesario estudiar el concepto de paternidad. Paternidad en su sentido estrictamente gramatical su sentido es calidad

¹ GALINDO GARFÍAS IGNACIO, Derecho Civil, primer curso, editorial FORROA, México 1985, página 667.

de padre, y la palabra maternidad es calidad de madre; en un sentido jurídico la palabra paternidad significa la relación existente entre los padres y los hijos.

La filiación es una figura del derecho civil y equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres, significa pues, una relación de origen que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física.² La filiación tiene un carácter presuncional, es decir resulta de hechos que la presumen o permiten presumirla, se define como "La presunción que tiene un individuo a su favor de ser hijo de otro". La relación de Filiación tomada desde el punto de vista del padre se llama paternidad y es "La presunción que tiene un individuo a su favor de ser padre de otro."³

Marcel Planiol señala "La filiación, esta palabra en su sentido natural significa La descendencia en línea recta, comprende toda una clase de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual antecesor, por alejado que sea; pero en lenguaje jurídico ha tomado un sentido mucho más estricto y por ello se extiende exclusivamente al vínculo inmediato del padre o de la madre con el hijo. Esta limitación se justifica porque esa relación se produce idéntica,

² RAFAEL DE PINA VARA, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, 17ª Edición, Editorial Porrúa S.A., 1992, Pag. 347.

³ EFRATIN MOTO SALAZAR, Elementos de Derecho, 38ª Edición, Editorial Porrúa S.A., 1992, México, Pag. 175.

así misma en todas las generaciones. El nexo de filiación también se llama paternidad y maternidad, cuando se considera respectivamente por el lado del padre o de la madre". Por tanto, la filiación puede definirse como "La relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra"⁴.

La filiación de una persona se compone de diversos elementos como son: el parto, la identidad del hijo; el primer punto por determinar es el parto, de la pretendida madre, debiéndose conocer el hecho mismo del parto, así como la fecha de este; en segundo término es preciso determinar y establecer la identidad del hijo. Esta identidad supone necesariamente que hay concordancia entre la fecha del parto y la edad del reclamante, y además que no hubo sustitución de un infante por otro.

1.1.3. HIJOS LEGÍTIMOS Y PRUEBA DE SU FILIACION.

Se presumen hijos legítimos o de los cónyuges los nacidos ciento ochenta días después de celebrada la unión o dentro de los trescientos días después de su disolución (art. 324 C.C.). La filiación de los hijos nacidos del matrimonio se prueba con el acta de nacimiento de éstos y el acta de matrimonio de sus padres (art. 340 C.C.), o a falta de

⁴ MARCEL PLANIOL, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial Cajica, S.A., 1983, México, Pag. 161.

éstas con la posesión del estado de hijo. (art. 341 C.C.). Por posesión de estado de hijo de matrimonio, se entiende el hecho de que un individuo, sea reconocido constantemente como tal de matrimonio y que haya usado siempre el apellido del que pretende que es su padre; que el padre le haya dado ese trato proveyendo a su subsistencia y educación. (art. 343 C.C.)

1.1.4 HIJOS LEGITIMADOS Y PRUEBA DE SU FILIACION

La Legitimación es el medio que la ley proporciona a los padres naturales para reparar la falta de matrimonio y para atribuir al hijo, contrayéndolo posteriormente a una posición regular en la familia.

Son hijos legitimados, los nacidos de personas no unidas de matrimonio y que posteriormente lo celebran reconociendo al hijo; para que este sea considerado legitimado sus padres deben reconocerlo antes de celebrarse el matrimonio, en el acto mismo o durante el mismo. El reconocimiento podrá ser por uno o ambos padres, juntos o separadamente. (art. 355 C.C.).

1.1.5 HIJOS NATURALES PRUEBA DE SU FILIACION.

Hijos naturales son los nacidos fuera del matrimonio, es decir los procreados de una unión que no ha sido legitimada ante la ley y su filiación con relación a sus padres se

prueba mediante el acta de reconocimiento, ya sea voluntario o por declaración judicial; el reconocimiento puede ser: en partida de nacimiento ante el juez del registro civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública; por testamento y por confesión judicial directa y expresa, estos modos de reconocimiento son solemnes, por lo que únicamente deberá hacerse por alguno de los cinco modos antes señalados; en virtud a que la enumeración a que se hace referencia (art.366 C.C) es taxativa y no enunciativa, siendo todos éstos, además, medios de prueba de la filiación de los hijos naturales.

Hay ocasiones en los que ambos progenitores no pueden conjuntamente ocurrir ante el c. oficial de registro civil, - para el reconocimiento por lo que pueden los padres hacerlo conjunta o separadamente. (art.365 C.C.)

1.1.6. FILIACION CIVIL O POR ADOPCION

Las personas mayores de veinticinco años, en ejercicio de sus derechos, están facultados por la ley para adoptar a un menor o a un incapacitado, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado, y cuando la adopción sea benéfica para el adoptado (art. 390 C.C.). De acuerdo a lo anterior se entiende que la adopción es un acto que crea relaciones análogas a la filiación, en virtud de que entre el adoptante y adoptado por el solo hecho de la adopción se

crea el llamado parentesco civil, es decir, se crea el parentesco padre e hijo. Incluso el marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque uno solo de los cónyuges cumpla el requisito de la edad, siempre y cuando la diferencia de edad entre adoptantes y adoptado sea de diecisiete años. (art.391 C.C.).

De lo anterior entendemos que la filiación se deriva de una compleja serie de relaciones jurídicas entre padres e hijos y no únicamente se origina de la propia filiación legítima, que es el vínculo más perfecto y pleno, también deriva de la concepción natural de los hijos cuando éstos están debidamente reconocidos, ya sea voluntariamente o por declaración judicial, incluso también es originada por la figura jurídica de la adopción, ésta es entonces la filiación civil.

En la filiación, como en la relación entre cónyuges existen los principios éticos los cuales son los dominantes, existen en ella deberes, como los de mutuo afecto, reverencia de asistencia, estos más que de una naturaleza jurídica encierran en ellos mismos principios éticos, que obedecen a directrices de conciencia y de sentimiento que son adoptados por la conciencia misma del hombre y no creados por la ley; solamente se traducen y plasman en preceptos legales de estricta observancia, existen tan esencialmente morales que al traducirse en preceptos jurídicos no consiguen hacerlos coercibles tal por ejemplo: el deber de los hijos de honrar y respetar a sus padres, que la ley traduce de la moral (art.

411 C.C.), y que impuesto al descendiente cualquiera que sea su edad, independientemente de que éste sea casado, incluso también sea padre y condición personal del mismo hijo, (ya sea que tenga un mayor nivel intelectual o económico), la observancia de este deber se confiere a la propia conciencia de hijo y al influjo que sobre su voluntad y ánimo pueda ejercer la opinión de la sociedad en que se desarrolla y convive, y en ésto se releva el carácter de correlatividad, de fusión de derecho y del deber derivado de una auténtica convivencia y relación familiar, y de las propias potestades familiares, tales como son : la marital, la tutelar y la propia potestad, y siendo esta última el centro o núcleo de estas relaciones y no confiere al que la ostenta solo derechos sobre los que la ejerce, también impone deberes para con él, teniendo en estos últimos mayor relieve e importancia que aquéllos, presentándose entonces como una institución protectora.

De dos clases son las relaciones derivadas de la filiación: las personales y las patrimoniales. Las personales son el parentesco sea este legítimo, natural o civil, también entre las relaciones filiales personales encontramos la patria potestad, la tutela legal, la representación del hijo ya sea menor, del concebido y no nacido, la obligación de proporcionar alimentos, derechos sucesorios, usufructo entre otros, siendo los mencionados los más relevantes efectos de la filiación. Las patrimoniales son las relacionadas a la

administración y usufructo de los bienes del menor⁵.

Entonces se denomina filiación tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos, como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo. De origen la filiación es un hecho biológico y consiste en que una persona ha sido engendrada o procreada de otra, y esta realidad biológica es recogida y regulada a posteriori por el derecho mismo, creando éste derechos y obligaciones entre las partes que en ella intervienen es decir, entre padres e hijos, por tanto, puede decirse que la relación jurídica que establece la filiación es entre las personas a quienes el derecho coloca por un lado en condición de padre y madre, y por otro en condición del hijo, incluso en condición de adoptante y adoptado, cuando la filiación deriva del parentesco civil o por adopción.

Los problemas básicos que la relación de filiación plantea son los relativos al modo de su establecimiento o fijación determinada en cada caso, la calidad de cada persona, es decir, quien es el padre, la madre y el hijo, y la asignación y determinación de un marco jurídico relativo de derechos y obligaciones para cada uno de ellos en relación a la propia filiación⁶.

⁵ ROBERTO DE RUGGIERO, Instituciones de Derecho Civil, Institución Editorial REUS, 1977, Pág. 220.

⁶ LUIS DIEZ-PICAZO Y ANTONIO GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. IV, 5ª Edición, Editorial TECNOS, 1989, Madrid, Pág. 247.

Por otro lado y para finalizar nuestro estudio de la filiación es preciso señalar que la mayor parte del contenido de la relación paterno-filial, en cuanto relación jurídica, se encuentra contenido en el régimen jurídico de la patria potestad. Pero sería erróneo identificar el contenido de la relación paterno filial con el régimen jurídico de la patria potestad, la primera existe desde que la filiación queda legalmente determinada, para la segunda es una consecuencia que se le superpone en la fase de la minoría de edad de los hijos, por esto puede existir una relación paterno-filial, cuyo contenido no corresponda a la patria potestad, ya sea para cualquiera de los progenitores que ha sido privado de ella, o excluidos o por el hecho de que los hijos se hayan emancipado.⁷

1.2 CONCEPTO

Viene la expresión patria potestad del latín PATRIUS, A, UM, lo relativo al padre, y POTESTAS, potestad.

Podríamos decir que en Roma, donde realmente existe la patria potestad, porque aún cuando ahí existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no es en la actualidad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquéllas. Se puede

⁷ JOSE LUIS DIEZ-PICAZO Y ANTONIO GUILLON, Op. cit., Pag. 284.

definir lo que llamamos hoy patria potestad como "una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad"⁸.

Al tratar de la filiación se ha mencionado, como uno de los efectos más importantes de ésta, a la Patria Potestad. En efecto, la Patria Potestad es una Institución derivada de la filiación, creada como un sistema de protección, cuidado, asistencia física y moral, de educación y un medio para suplir la incapacidad del hijo.

Los menores de edad no emancipados carecen de capacidad de obrar, es decir su personalidad jurídica se encuentra restringida y pueden ejercitar sus derechos por medio de sus representantes, que en este caso son los padres que ejercen la Patria Potestad, en tanto alcanzan la mayoría de edad y en virtud de esta, pueden, disponer libremente de su persona y bienes (artículo 23, 24, 646, 647 del C.C).

Asimismo, ante la debilidad física y moral del menor incapacitado, los titulares de la Patria Potestad velan por él, lo tienen en compañía, le dan alimentos en el amplio sentido, le dan educación y formación integral y tienen un cierto derecho de corrección, lo que integra el contenido personal de la Patria Potestad, al lado de éste se encuentra el contenido patrimonial relativo a los bienes y derechos que ostenta el menor incapacitado"⁹.

⁸ ANTONIO DE IBARROLA, Derecho de familia, 1ª Edición, Editorial Porrúa S.A., 1978, México, Pag. 359.

⁹ XAVIER O'CALLAGHAN, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, 3ª Edición, Editoriales de Derecho Privado, 1991, Madrid, Pag. 259.

Sara Montero Duhalt, conceptúa a la Patria Potestad "como la Institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad".¹⁰

Coincide con Julien Bonnecase, al manifestar que el nombre de Patria Potestad que persiste en la mayoría de las Legislaciones vigentes es obsoleta y únicamente se utiliza por tradicionalismo y no al poder real de esta noble institución, esto es en consecuencia a que ya no es "patria", ni es "potestad", en la antigüedad patria potestad significó, el poder del padre y los datos históricos confirman la correspondencia de esa terminología, con lo sucedido en épocas pretéritas, en las cuales, la organización familiar efectiva, realmente se basaba en el poder del padre, poder, que no era solamente ejercido sobre sus descendientes, sino, sobre todo el grupo normalmente extenso, y que en ese entonces integraba un núcleo familiar.¹¹

Terribles eran en roma los efectos de la patria potestad, durante mucho tiempo el pater familias pudo matar, mutilar, arrojar de su casa a las personas alieni iuris. Como podía romper, destruir, abandonar las casas que le pertenecían, podía venderlos hasta el tiempo de Cicerón,

¹⁰ SARA MONTERO DUHALT, Derecho de Familia, 2ª Edición, Editorial Porrúa S.A., 1985, México, Pag. 339.

¹¹ JULIAN BONNECASE, Elementos de Derecho civil, Traducción Lic. JOSE M. CAJICA Jr., Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1985, Pag. 426.

darlas en prenda. Hasta Augusto, el hijo de familia podía ser objeto de un robo. En la economía primitiva se confundía el poder de disponer de las personas y el derecho real sobre las cosas, por que el uno y el otro tenían un valor pecuniario.

Esta potestad fuere cual fuere la edad del *alini iuris* (hijo sometido a la patria potestad), no se extinguía más que por la muerte o *Capitis Deminutio* (extinción de la personalidad civil) que priva al pater-familias de su calidad de *sui iuris* (personas libres de toda potestad y que solo dependen de si mismas), pero más adelante la conducta del pater-familias fué sometida a la apreciación del sensor y se fueron imponiendo a la autoridad, restricciones cada vez más importantes.

Las doce tablas hacían libre al hijo objeto de tres mancipaciones. La Ley Julia de adulterio quitó al marido el derecho de vida y de muerte sobre la mujer. Se privó al padre el derecho de entregar como prenda a los hijos. La jurisdicción doméstica quedó reducida a un derecho de corrección. Se prohibió la venta de hijos, salvo en caso de extrema necesidad.¹²

Actualmente, la Patria Potestad dejó de ser "Patria", pues hoy en día no es exclusivamente del padre, es compartida también con la madre de una manera equilibrada, incluso en ocasiones únicamente ésta la ostenta o en su caso es ejercida

¹² ANTONIO DE IBARROLA, Op. cit., Pag. 360.

por otros ascendientes, por parejas o por uno solo de los abuelos. Tampoco es "Potestad" que significa poder. Esta Institución no otorga poder a los padres, sino que se manifiesta por un conjunto de facultades de quien la ejerce en razón directa de los deberes irrenunciables que deben cumplirse para con los descendientes.

En diversas ocasiones, varios tratadistas en la materia como Marcel Planiol y Julien Bonnet, han propuesto y tratado modificar la denominación de esta Institución, de Patria Potestad, incluso en las discusiones que precedieron a la vigencia del Código Napoleónico, se habló, de sustituir las palabras de "Patria Potestad" por las "de la Autoridad de los Padres y de las Madres", sin embargo, aún persiste esa denominación de Patria Potestad. En el Código de Familia Ruso de 1918, se cambió el nombre de Patria Potestad por el de "Derechos y Deberes Respectivos de los Hijos y de los Padres".¹³

La Patria Potestad, tiene su origen hemos dicho en la condición natural de la paternidad y la maternidad, y por este hecho biológico incumbe de una manera legal el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la Patria Potestad a los progenitores.

En suma, la fuente real de la Patria Potestad se ha dicho, es la condición de ser padre y madre, y se confiere la autoridad paterna para el cumplimiento de educar y proteger a

¹³ SARA MONTERO DUNALT, Op. cit., Pag. 340.

los hijos, en lo cual el grupo social se interesa, y esa Patria Potestad se encuentra constituida por un conjunto de poderes; instituidos para que los titulares de ésta se encuentren en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de sus hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la Patria Potestad no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas, en una situación de oposición, y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber y que es, hemos dicho, el de educar y proteger a los hijos.

Desde el punto de vista interno, la Patria Potestad organizada para el cumplimiento de estos deberes está constituida por un conjunto de deberes alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades, y desde el punto de vista externo la Patria Potestad se presenta como un derecho subjetivo y quiere decirse con esto que frente a todo poder exterior a la familia, el que ejerce la Patria Potestad tiene este derecho personalísimo. Como un derecho subjetivo la Patria Potestad es de ejercicio obligatorio por lo que encontramos nuevamente una coincidencia con derechos subjetivos públicos.

El logro de las finalidades antes citadas se basan en el interés de los padres, el cual debe de coincidir con el interés del grupo social, por lo que en la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo

de derecho privado, se ejerce un interés público.

En la patria potestad no existe en el titular libertad para ejercerla o dejarla de ejercer. Sobre los progenitores recae esa función y no están en posibilidad de renunciar a ese ejercicio.

Los padres tienen ciertas libertades respecto a la oportunidad de determinar los medios idóneos para el desempeño de su función, los cuales deben de encontrarse dentro de los límites legales, para el cumplimiento de los deberes propios de esta institución.

Los poderes que atribuye la patria potestad deben de ir siempre encaminados al interés de los hijos y no al interés de las personas que lo ejercen.¹⁴

1.2.1 NATURALEZA JURIDICA

En relación a la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos diversas opiniones, siendo entre otras:

a).-Institución. Ignacio Galindo Garfias, dice "la patria potestad es una institución establecida por el derecho con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él, o de hijos adoptivos".¹⁵

¹⁴ IGNACIO GALINDO GARFIAS, Op. cit., Pag.673.

¹⁵ IBIDEM

b).-Derechos y deberes. De Pina dice "la patria potestad se define como el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con objeto se salvaguardarlas en la medida necesaria. ¹⁶

c).-Poder. Desde este punto de vista se hace referencia a la autoridad y de ella se dice que contiene las relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre los hijos menores. No hay una relación jurídica entre iguales, pues el padre y la madre ejercen una potestad.

Carbonier dice que "La autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre con el objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de su juventud e inexperiencia". ¹⁷

d).-Función. La concepción moderna de la patria potestad la identifican como una función que ejerce el "padre para protección de los hijos. Esta concepción a la que "como hemos dicho se fue llegando gradualmente estaba suficientemente propagada, en general al acaecer la revolución francesa y se impuso con ella trascendiendo al derecho intermedio. Así se descubre, aunque no lo proclamen expresamente, en los códigos civiles que regulan la patria potestad como una

¹⁶ RAFAEL DE PINA VARA, Op. cit., Pag. 373.

¹⁷ JEAN CARBONIER, Derecho Civil, Tomo II, Vol. II, Bosch Casa Editorial. 1960, Barcelona, Pag. 473.

función temporal productora de deberes para el padre y limitan las facultades atribuidas a este." Castan Vázquez hace notar que la concepción generalizada en el moderno derecho de la patria potestad como función coincide con las orientaciones cristianas acerca de ese instituto; que la evolución a trocado el antiguo poder en un deber.¹⁸

Manuel F. Chávez Asencio, manifiesta que como puede observarse existe variedad de opiniones respecto de la naturaleza jurídica de la patria potestad en ella se nota la suavización del concepto de la Patria Potestad, pues el interés primordial es la asistencia y el cuidado de los hijos. Esto a hecho pensar a algunos tratadistas la sustitución del nombre, pues ya no corresponde a la concepción de los viejos tiempos, si no se trata del ejercicio de deberes en favor de los hijos y coincide en que la patria potestad debe entenderse como un conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen en atención al orden a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes.¹⁹

1.3 CARACTERISTICAS

De la función propia de la patria potestad, a la fuente u origen de la institución y a la naturaleza de ella. Igna-

¹⁸ JESE M^e CASTAN VAZQUEZ, La Patria Potestad, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, Madrid, Pag. 32

¹⁹ Op. cit. Pag. 282.

cio Galindo Garfias aprecia tres características de la patria potestad que son: La irrenunciabilidad, intransferibilidad e imprescriptibilidad.²⁰ Por su parte, Sara Montero Dualht además de las ya apuntadas, considera como características de la patria potestad, la que se refiere a que es un cargo de interés público, temporal y excusable²¹, sin embargo Manuel Chávez Asencio²² en su obra LA FAMILIA EN EL DERECHO (relaciones jurídicas paterno-filiales) enlista once características atribuibles a la patria potestad las cuales estudiaremos íntegramente porque a nuestra consideración son acertadas e incluyen a las ya mencionadas por los autores antes citados.

a) Personal. En virtud de ser un conjunto de deberes obligaciones y derechos de carácter personal, toda vez que no pueden ser cumplidos por terceras personas. En nuestro derecho la patria potestad la ejerce el padre y la madre; los abuelos paternos o maternos en caso de que no la ejercieran los padres.

b) Participación de ambos. Hemos dicho con anterioridad que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre conjuntamente o en su caso por los abuelos maternos o paternos y para el caso de que alguno de ellos falleciere lo hará el que queda.

²⁰ Op. cit., Pag. 674.

²¹ Op. cit., Pag. 342.

²² Op. cit., Pag. 284-290.

Esta es una evolución evidente, pues recordemos que al principio la patria potestad la ejercía en forma soberana sólo el padre; a la madre no se le tomaba en cuenta ni era capaz de administrar sus propios bienes.

Esto resulta interesante dada la poca intervención del padre en la educación de los hijos en la actualidad; el legislador pretende la participación de ambos padres para dar a sus hijos una íntegra educación.

Al respecto Chávez Asencio considera que esta forma de ejercer la patria potestad puede generar algunas situaciones especiales y las cuales es necesario estudiar, y que son las siguientes:

b.1) Delegación. Al respecto, el estudio es con la finalidad de determinar si puede o no delegarse total o parcialmente el ejercicio de la patria potestad, y para el caso de que así fuera sólo podría efectuarse en favor de alguno de los que la ejercen conjuntamente ya sean padres o abuelos. Chávez Asencio manifiesta que no puede haber una delegación total, por tratarse de una función de orden público, en beneficio del menor, pues para el caso de ser así se estaría posiblemente en una renuncia a la patria potestad.

Sin embargo, sí es admisible jurídicamente una delegación parcial del ejercicio de la patria potestad, cuando esto es en beneficio del menor, ya sea por el hecho de que a la persona a quien se delega conviva más con el menor, tenga experiencia en alguna área.

Es conveniente que esta delegación se haga por escrito especialmente en lo relativo a los bienes del hijo y su administración en protección de terceros.

b.2) Situaciones de urgencia. Nuestra Legislación Civil no menciona medidas para el caso de problemas de urgencia. Puede suceder que se presentará algún acontecimiento de extrema urgencia y no exista la posibilidad de consultar al otro progenitor. Para este caso el progenitor que afronta el problema deberá de resolver atendiendo a lo que más beneficie al menor.

b.3) Desacuerdo de los padres. Pueden existir desacuerdos entre los padres en relación a la manera de conducirse para el cumplimiento de sus deberes hacia los hijos, esto no plantea una difícil solución, pues para el caso de desavenencia o conflicto los artículos 168 del Código Civil y 842 del Código de Procedimientos Civiles, facultan a los progenitores para que en caso de desacuerdo sobre la formación, educación y administración de los bienes de los hijos, ocurran ante el Juez de lo familiar para resolver las diferencias al respecto.

c) obligatorio. Ejercer la patria potestad, y esta obligatoriedad se deriva de su propia naturaleza; como un deber y una facultad de la cual los padres no pueden desligarse pues el artículo 448 del Código Civil señala: La patria potestad es irrenunciable, sólo pueden excusarse los que tienen sesenta años cumplidos, y cuando por su mal estado de salud no pueda desempeñar debidamente su función.

d) **Representación total.** La patria potestad comprende un conjunto de deberes y obligaciones orientados a la persona del menor y significa una representación total y diversa a la que puede encontrarse en el derecho patrimonial. Es una representación sobre la persona del menor y sus bienes. En relación a la persona se da para el desempeño de los deberes jurídicos familiares que buscan la formación integral del menor, y en cuanto a la representación de los bienes corresponde a la administración del patrimonio del menor con las limitaciones legales.

e) **Temporal.** La patria potestad se ejerce solamente sobre los menores de edad no emancipados, por lo que ésta dura hasta en tanto los hijos alcancen la mayoría de edad o contraigan matrimonio, antes de llegar a ésta; al respecto el Código Civil señala: "La patria potestad se acaba: I.- Con la muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II.- Con la emancipación, derivada del matrimonio; III.- Por la mayor edad del hijo." (art.443 C.C.)

f) **Irrenunciable.** Es irrenunciable la patria potestad (art. 448 C.C.). Las razones por la que se establece la irrenunciabilidad de esta figura jurídica derivan de su propia naturaleza y en atención a lo previsto el art. 6º del Código Civil "Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten al interés público. La patria potestad tiene un significado de interés público de ahí que se le considere irrenunciable, pues implica el cumplimiento de la responsabilidad más serias que puede asumir el sujeto que es la de la

procreación.

g) **Intransmisibile.** La mayoría de las relaciones de carácter familiar son personalísimas, por ello no pueden ser objeto de comercio, tampoco pueden transmitirse ni a título gratuito ni a título oneroso. Tal es la patria potestad y ésta únicamente permite una sola forma de transmisión, y que es por adopción. Cuando un menor de edad está sujeto a la propia potestad de sus padres o abuelos y éstos otorgan su consentimiento para que el menor sea adoptado y a través de este acto transfieren el ejercicio de la patria potestad al adoptante.

h) **Imprescriptible.** Los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad no se extinguen ni se adquieren por el solo trascurso del tiempo. El hecho de que una persona que esté obligada a desempeñarla y no lo haga no pierde por este solo hecho su obligación en su derecho para ejercerla, lo mismo sucede con una persona que represente a un menor sin ejercer la patria potestad por este hecho no adquiere su titularidad.

i) **Tracto sucesivo.** El ejercicio de la patria potestad es continuado y hasta que esta institución termina, es decir, no se agota con el cumplimiento, sino que es, una serie sucesiva de actos encaminados a la educación, guarda, alimentación y atención de los menores.

j) **Orden Público.** Hemos dicho con anterioridad que la patria potestad es una institución de orden público, en virtud de que su principal función es la actitud de proteger

y educar a los menores e incluso en nuestra Legislación encontramos la participación del ministerio público que puede intervenir cuando los padres no cumplan con sus obligaciones, también encontramos la intervención de los consejos locales de tutelas para exigir el debido cumplimiento de las obligaciones de los padres (art. 422 del C:C:), señalando también la necesidad de la existencia de un tutor para el caso de que quien ejerza la patria potestad tenga intereses contrarios a los de los hijos.

k) **La Responsabilidad.** En el ejercicio de la patria potestad, existe en cuanto hay bienes propiedad de los menores. Quien ejerce la patria potestad puede realizar una mala administración de los bienes del menor generándole con ello daños y perjuicios, por lo que tiene la obligación de entregarle cuentas de su administración al hijo, y desde luego al llegar a la mayoría de edad el menor, o tan luego como se emancipe, entregarle todo los bienes y frutos que le pertenezcan.

1.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADAS

La patria potestad no es un poder que se impone a los sujetos a ella. Los deberes integran la relación jurídica dentro de la cual se tienen derechos recíprocos; a un deber de quienes ejercen la patria potestad corresponde otro deber de los hijos y ambos tienen derecho para exigir mutuamente el cumplimiento de estos deberes. Son varios los autores que tratan de explicar esta relación jurídica por medio de los llamados derechos-deberes, o del poder para que el progenitor

o los progenitores puedan cumplir con ellos. Al hablar de estos deberes-derechos personales de la patria potestad se expresa que a su vez ellos crean responsabilidades para los padres, así como derechos para hacerlas efectivas, y, correlativamente, también se generan obligaciones o deberes para los hijos.

Cicu²³, indica que el centro de gravedad es el deber y no el derecho, y que "en la patria potestad la relación entre padre e hijo se apoya sobre el momento del deber: lo reconoce la doctrina cuando dice que el derecho de patria potestad se apoya sobre el deber; que es el medio para cumplir un deber; que el deber es aquí la causa principal y el derecho no existe más que en gracia del deber; que el derecho está atribuido como consecuencia a un deber jurídico preexistente; que es la idoneidad para observar las obligaciones la que constituye el verdadero fundamento de la atribución del derecho". Además, manifiesta que es interesante observar "que la doctrina se refiere aquí siempre a un derecho; pero no al derecho correspondiente al deber; esto es, derecho a un derecho del hijo; sino, por el contrario, al derecho del mismo progenitor.

La responsabilidad de los padres en el cumplimiento de los deberes deben ser acordes con el desarrollo de sus hijos; comprendiendo la formación integral, así como las necesidades del hijo. No es solo deber de los padres atender

²³ ANTONIO CICU, El Derecho de Familia, Traducción de Santiago Sentis Melendes, 1947, Buenos Aires, Pag. 128.

esta consideración, los hijos deben responder a sus deberes "los hijos deben de honrar y respetar a sus padres y a sus demás ascendientes", (art. 411 C.C.). Este deber se encuentra fundamentado en la moral y que debe regir en el seno de las relaciones familiares, y para que esto pueda suceder es necesario que entre las relaciones de sus miembros exista un principio de respeto y dignidad mutua independientemente de la edad y condición de los hijos, pues este deber no se acaba al alcanzar estos la mayoría de edad. Para el caso mientras el hijo no llegue a la mayoría de edad el deber que impone este precepto se complementa con el deber de obediencia hacia quienes ejercen la patria potestad, sin embargo, el cumplimiento a este deber queda al arbitrio del que lo tiene, es decir, la ley no a podido atribuirle un carácter de coercibilidad.

Los hijos que aún no tienen mayor edad y que no se han emancipado, se encuentran bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes facultados por la ley para su ejercicio (art. 412 C.C.), al respecto hemos mencionado que la patria potestad encuentra su origen en la filiación comprendiendo ésta, un conjunto de potestades y deberes de los padres en relación a la persona y bienes de los hijos menores de edad para su mejor cuidado.

La patria potestad para su ejercicio queda sujeta a la guarda y educación de los menores. Entonces la custodia y cuidado es el primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados (art. 259, 282 fc. 283. C.C.),

esto significa tenerlos en compañía de los propios progenitores para una debida vigilancia y cuidado.

"Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de autoridad competente (art. 421 C:C:). Este precepto legal encierra en su contenido una función protectora y formativa del hijo, pues le impone a éste el deber de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido, ya que implica para los padres el deber de educación y custodia que tienen estos con respecto a sus hijos. El decreto judicial que disponga la separación del hijo del hogar paternal solo será procedente cuando se funda en que existe peligro de perderse o estén en juego los valores fundamentales del menor, como la salud y la moralidad.

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Siendo la patria potestad una misión de interés público, la ley impone a los padres el deber de educar los hijos sujetos a ésta. La educación comprende desde el desarrollo del intelecto hasta la formación moral y de conciencia social que tiendan a hacer del hijo una persona útil, así mismo a la colectividad. Igualmente, y de acuerdo con lo previsto por el artículo 308 del c.c. "La obligación alimentaria comprende los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y "para proporcionarle algún arte u oficio, adecuados a su sexo y circunstancias personales". y el artículo 309 del mismo ordenamiento impone a los demás ascendientes el deber alimen-

tario, aún cuando se ha perdido la patria potestad subsiste la obligación; por otra parte, el deber de la educación va más allá de los mínimos exigibles en cuanto al deber alimentarlo, pues quien la ejerce debe de brindar el máximo nivel de educación al menor, atendiendo recíprocamente a las necesidades y posibilidades del menor y del padre.

Quienes tienen hijos bajo la patria potestad o custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta ejemplar que sirva a los hijos como ejemplo. Esta facultad de corrección se encuentra relacionada con el deber de educar a los hijos, con la autoridad paterna y la subordinación de los menores respecto de quienes la ejercen, y esta facultad de corrección a los hijos es con la finalidad de que sean educados de una manera que no se ocasionen daños propios a terceros (art. 423 C.C comentado). Encontramos también en la Legislación Civil la regulación respecto de forma de administrar los bienes de los menores por parte del progenitor, ésta no la estudiaremos por no ser trascendentes en lo relativo al tema que de fondo pretendemos estudiar.

De lo anterior se desprende y ha quedado establecido que la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que han sido puestos a cargo de los padres en interés del hijo. Sin perder de vista esta premisa fundamental estudiaremos cada uno de estos derechos- deberes paternos:

a) **Tenencia del menor.** Tratándose de hijos matrimoniales ambos cónyuges detentan la patria potestad sobre aquellos, es por tanto a los padres a quienes compete el derecho

de determinar la forma de educar al menor, aplicar las medidas correctivas que considere necesarias, representarlo y administrar sus bienes.

b) Educación. El padre ejerce sobre los hijos bajo patria potestad poderes de gobierno en cuanto a la educación y corrección de los mismos. Estos poderes dentro de ciertos límites legales, morales y de respeto por la dignidad humana son discrecionales en cuanto su forma y aplicación.

La declaración de las Naciones Unidas del diecinueve de diciembre del año de mil novecientos cuarenta y ocho, consagra este derecho paterno al expresar: los padres tendrán derecho preferente por prioridad jurídica, a escoger el tipo de educación que habrán de impartir a sus hijos.

Como una consecuencia del derecho amplió de criar y educar a los hijos y como apoyo a la realización de este, se otorga a los padres la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a los hijos.

Este derecho se traduce en el poder de control y vigilancia que podrá ejercer el progenitor sobre determinadas circunstancias que impidan el sano desarrollo del que está sujeto a la patria potestad.

c) Representación. El menor, para realizar o celebrar cualquier acto jurídico, es necesario sea asistido de un representante, siendo generalmente en este caso quien ejerce la patria potestad.

d) Administración. Mencionamos con anterioridad que el estudio relativo a la administración de los bienes del menor

y del incapacitado no eran objeto de estudio de este tema sin embargo, haremos la breve mención respecto a que la ley otorga dos clases de facultades, al progenitor que se encuentra en ejercicio de la patria potestad y que son el de la administración y usufructo de los bienes de los menores (art. 425 del C.C.)²⁴

1.5 DURANTE EL DIVORCIO Y DESPUES DEL EJECUTORIADO.

La palabra divorcio, en el lenguaje corriente contiene la idea de separación, en el sentido jurídico significa la extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto, y por una causa determinada de modo expreso.²⁵

Se conocen dos especies de divorcio que son: el necesario y el voluntario, que puede ser administrativo o judicial, y en este último al solicitarse ante el Juez de conocimiento podrán los divorciantes solicitar medidas cautelares que podrán ser de dos clases; las que conciernen a las personas de los cónyuges y las que conciernen a las personas de los hijos, y en cuanto a esta clase, de acuerdo con el artículo 282 del Código Civil, pueden presentarse las siguientes situaciones: Que los cónyuges de común acuerdo hayan determinado a quien han de quedar confiados durante la tramitación

²⁴ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XIX, Pag. 805-810.

²⁵ RAFAEL DE PINA VARA, Op. cit., Pag. 338.

del juicio de divorcio necesario, los hijos. En este caso se estará a lo convenido por los cónyuges, y el Juez no se encuentra facultado para obrar en sentido contrario.

También, se puede presentar la situación de que los cónyuges no se pongan de acuerdo, sobre a quien le serán confiados los hijos durante la tramitación del juicio del divorcio, entonces el cónyuge que pide el divorcio y en términos de la fracción cuarta del ordenamiento citado propondrá la persona en cuyo poder deberán estar provisionalmente los hijos. El Juez, previo el procedimiento que fija el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 941 resolverá lo conveniente.

Uno de los puntos más importantes que debe ser resuelto en el juicio de divorcio es el relativo en la situación en que han de quedar los hijos después de que el matrimonio se haya disuelto; al respecto el artículo 283 del Código Civil vigente establece "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o designar tutor. De lo que se desprende que al momento de dictarse la resolución que decre-

te la procedencia del divorcio, el Juez debe dictar la situación de los hijos y resolver todo lo relativo a los derechos y a las obligaciones inherentes a la patria potestad, tomando en cuenta las actuaciones efectuadas, los elementos de prueba aportados y la conducta procesal asumida por las partes en el juicio.

La situación de los hijos en los casos de divorcio voluntario deberá de ser acordada por los cónyuges en términos de lo previsto por el artículo 273 del Código Civil vigente; los cónyuges en caso de que convengan en divorciarse siendo mayores de edad están obligados a presentar al juzgado un convenio en el cual fijan 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 a 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. La cantidad que a título de alimentos debe de dar un cónyuge al otro; V. La manera de administrar la sociedad conyugal de esto se entiende que en relación a los hijos su situación quedará definida en el convenio que para tal efecto presenten sus progenitores.²⁶

²⁶ EDUARDO PALLARES. El Divorcio en México, 6ª Edición, Editorial Porrúa S.A., 1991, México. Pag. 58 y 104.

1.6 EXTINCION, PERDIDA Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

La Legislación Civil distingue los términos: Acabar, perder y suspender en relaciona la patria potestad.

La patria potestad se extingue al llegar el hijo a la mayoría de edad o por emancipación de éste, derivada del matrimonio aunque este mismo, se disuelva (art. 641 C.C.). También se acaba por la muerte del que la ejerce siempre que no haya en quien recaiga.

El artículo 443 del Código Civil vigente señala:

"La patria potestad se acaba: I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien caiga; II. Con la emancipación, derivada del matrimonio; y III. Por la mayor edad del hijo.

Los casos de pérdida de la patria potestad implican una sanción legal "Cuando la conducta ilícita de los padres es contraria a los contenidos sustanciales de los deberes y derechos emergentes de esta, y se priva de estos deberes a los progenitores y únicamente se pierde para el condenado, continuándola ejerciéndola cualquiera otra de las personas señaladas en el art. 414 C.C."

Todas las causa señaladas en el artículo 444 del Código Civil son de tal naturaleza graves, que la patria potestad se pierde definitivamente. Como sanción se impide su ejercicio, aún cuando no fuere el hijo el perjudicado. Algunas de las causas tienen efecto preventivo, y otras son consecuencia directa de la acción ejecutada en contra del cónyuge o del menor.

"La patria potestad se pierde: I. Cuando el que ejerza condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal; IV. Por la exposición que el padre o la madre hiciere de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

La suspensión de la patria potestad es una medida preventiva que no implica necesariamente la pérdida sino únicamente se sanciona al padre o a la madre; se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia y representación jurídica. A diferencia de la pérdida de la patria potestad la suspensión solamente es en cuanto a su ejercicio, el artículo 447 del Código Civil enumera tres causas e suspensión de la patria potestad y que son: I. Por incapacidad declarada judicialmente; II. Por ausencia declarada en forma; y III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

CAPITULO II

" CUSTODIA "

2.1. FUENTES

La figura jurídica de la guarda y custodia de los menores toma su origen principalmente en los casos de divorcio, sea contencioso o voluntario, separación de los cónyuges, nulidad de matrimonio y en los casos de pérdida de patria potestad; por ello consideramos necesario realizar un breve estudio del divorcio en sus distintas modalidades. Respecto a la pérdida de la patria potestad se ha estudiado en el capítulo anterior.

2.1.1 DIVORCIO

En primer término estudiaremos los aspectos generales del divorcio.

La palabra divorcio, del latín *divortium*, tenía sentido amplio, en virtud de que comprendía la disolución el vínculo matrimonial y la separación corporal de los cónyuges.

Ese concepto permitió en nuestro derecho y al derecho español llamar divorcio a la simple terminación de la cohabi-

tación de los cónyuges. Al respecto los tratadistas franceses y italianos se ocuparon de llamar divorcio a la disolución del vínculo matrimonial y a la separación de los cónyuges "Separación personale, separation de corps, etc.."¹

Rafael de Pina dice al respecto: "Realmente la separación de cuerpos no es un verdadero divorcio pues es una situación de relajamiento del vínculo conyugal, no lo destruye, por lo que las obligaciones inherentes al matrimonio subsisten."²

Añade de Pina³ "Divorcio, en el lenguaje corriente contiene la idea de separación y en sentido jurídico significa, la extinción de la vida conyugal, declarada por autoridad competente en un procedimiento señalado al efecto y por causas determinadas de modo expreso."

Colin y Capitant, ha establecido una distinción clara y precisa entre lo que es realmente el divorcio y la denominada separación de cuerpos; por una parte divorcio significa la disolución del matrimonio a causa de una decisión judicial, dictada a petición de uno de ellos, o de ambos, y por alguna de las causas señaladas por la ley. Por otra parte separación de cuerpos es el estado de los esposos que han sido dispensados de vivir juntos por una determinación judicial.⁴

¹ SARA MONTERO DUHAL, Derecho de Familia, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México 1985, Pag. 196.

² RAFAEL DE PINA VARA, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I Décimo séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1992, Pag. 338.

³ ibdem. Pag. 338.

⁴ ibdem. Pag. 339

La voz latina "Divortium" Comprende la idea de separación de algo que se encuentra unido, en sentido jurídico divorcio significa la disolución del vínculo matrimonial⁵, por ello al emplear la palabra divorcio debemos entender el fin al vínculo conyugal o matrimonial, y sus características esenciales podríamos decir que son:

a) Es una situación jurídica que se ostenta como consecuencia de un procedimiento.

b) Es una declaración judicial, en virtud de que debe declararse la disolución del vínculo por autoridad competente.

c) Se adquiere nuevamente aptitud para contraer nuevas nupcias por parte de los divorciados una vez ejecutoriado el divorcio y transcurrido el plazo que la ley señala para tal efecto".⁶

El divorcio es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye, tanto en la relación de los cónyuges como respecto de terceros.

Julien Bonnecase⁷ define al divorcio como "La ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos por causa determinadas y mediante resolución judicial.

Nuestro código en su artículo 266 dice: "El divorcio

⁵ GALINDO GARFIAS IGNACIO, Derecho Civil, 79 Edición, Editorial Porrúa, México 1985, Pag. 576.

⁶ PALLARES EDUARDO, El Divorcio en México, Editorial porrúa S.A., México 1979, Pag. 36.

⁷ JULIEN BONNECASE, Elementos de Derecho Civil, Traducción Lic. JOSE M. CAJICA, Jr., Cardenas Editor y Distribuidor, México 1985, Pag. 426.

disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Nuestra Legislación Civil regula diversas formas de divorcio, estas son: a) divorcio contencioso o necesario, b) divorcio voluntario judicial, c) divorcio voluntario administrativo, y e) la denominada separación de cuerpos.

El divorcio necesario tiene su origen en las causales señaladas en el artículo 267 del Código Civil vigente.

En este sistema de divorcio se pueden considerar dos tipos según Rafael Rojina Villegas (6) : El divorcio sanción y el divorcio remedio; el primero se encuentra previsto en aquellas causales que señalan un acto ilícito o bien un acto en contra de la naturaleza misma del matrimonio. El segundo, el divorcio remedio, se integra como una protección en beneficio del cónyuge sano o de los hijos, contra enfermedades que sean transmisibles, incurables, crónicas o incluso hereditarias.

Sara Montero Duhalt⁸, señala que el divorcio necesario "Es la disolución del vínculo matrimonial a petición de un cónyuge, decretada por autoridad competente en base a causa expresamente señalada por la ley."

Nuestro código es actualmente uno de los más casuísticos del orbe, en el se expresan dieciocho fracciones para la procedencia del divorcio, y éstas son de carácter limitativo por lo que cada una de ellas son autónomas y por tanto no

⁸ SARA MONTERO DUHALT, Ob. Cit., Pag. 221.

pueden vincularse entre sí.

En el artículo 267 de nuestro Código Civil se enumeran dieciocho fracciones en las cuales se contienen diversas causas de divorcio que son:

I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II.- El hecho de que la mujer dé a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

IV.- La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis, o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII.- Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto al cónyuge demente;

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX.- La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que preceda la declaración de ausencia;

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el Artículo 164, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento, así como el incumplimiento, sin justa causa, por alguno de los cónyuges, de la sentencia ejecutoriada en el caso del Artículo 168;

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo

motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión.

XVII.-El mutuo consentimiento.

XVIII.- La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

2.1.2 EFECTOS EN EL JUICIO DE DIVORCIO.- Al respecto distinguiremos, entre los efectos provisionales, que se producen en tanto dura el procedimiento, y los efectos definitivos que son aquellos que se producen una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio.

En lo correspondiente a los efectos provisionales nuestra Legislación, señala que al admitirse la demanda o antes si existiera urgencia, el Juez podrá tomar medidas para separar a los cónyuges, asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge y a los hijos; las necesarias para que los cónyuges no puedan causarse perjuicios; las necesarias para el caso de que la mujer quedara en cinta, confiar la custodia de los hijos o algunos de los cónyuges. 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 el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre (artículo 282 C.C.)

Como vemos este artículo establece las medidas provisionales que el Juez debe dictar en los juicios de divorcio contencioso e incluso en los de nulidad de matrimonio por así establecerlo al artículo 258 de este ordenamiento. La separación decretada tiene efectos únicamente provisionales en tanto se resuelva la sentencia del divorcio. Resulta conveniente señalar un domicilio por cada uno de los divorciantes en la cuestión litigiosa. La separación provisional produce ciertos efectos jurídicos, entre ellos interrumpe los plazos señalados en las fracciones ocho y nueve del artículo 267 del C.C. que tipificarían, en su caso, el abandono del hogar. En el caso de nacimiento de un hijo después del divorcio se deberá estar conforme a lo previsto por los artículos 332 334 y 337.

Se deberán señalar los alimentos para el otro cónyuge y los hijos que lo necesiten tomando en cuenta lo previsto por los artículos 164, 302 y 323 del código C.C. La fracción VI del artículo 282 del C.C. señala que será confiada a la madre, la custodia de los menores de siete años. El Juez en esta situación deberá tomar en cuenta que el cónyuge que quede al cuidado de los menores durante el procedimiento, pueda cumplir con su obligación.

Como resultado del divorcio, debe liquidarse la sociedad conyugal para el caso de que el matrimonio se hubiere

realizado bajo este régimen, ésta deberá liquidarse y, por lo tanto, los bienes comunes dividirse; en tanto ocurre esto el Juez deberá dictar medidas tendientes a evitar que los cónyuges se causen perjuicio tanto en los bienes propios como en los comunes (por ejemplo, prevenir a los cónyuges para que se abstengan de realizar cualquier tipo de actos que procuren la enajenación o traslado de dominio de los bienes que constituyen la sociedad conyugal.

Los efectos definitivos en el juicio de divorcio son desde luego los más importantes; los relativos a las personas de los divorciados, sus hijos y sus bienes.

Los relativos a la persona de los divorciados pueden traducirse entre otros en la capacidad que adquieren los divorciados para contraer nuevas nupcias.

Los efectos respecto a los hijos podemos decir que son:

- a). Respecto de la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada.
- b). Los efectos respecto de la patria potestad.
- c). Los efectos relativos a los alimentos⁹.

Al respecto el artículo 287 del C.C. establece, "Ejecutoriado el divorcio, se procederá a la división de los bienes comunes, y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingre-

⁹ RAFAEL ROJINA VILLEGAS, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Vigésima Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1984, Pág. 422.

sos, a las necesidades de los hijos, a la subsistencia y a la educación de éstos, hasta la mayoría de edad".

Si no se han dividido los bienes que constituyen la sociedad conyugal durante el procedimiento una vez ejecutoriada la resolución que decreto la disolución del vínculo matrimonial, proceden a la división. En el caso de la sociedad conyugal se toman en cuenta las capitulaciones matrimoniales; si se trata de copropiedad las normas relativas a ésta. Estos bienes comunes pueden constituir garantía para el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, del cónyuge o en relación con los hijos.

Este artículo limita la obligación alimentaria de los cónyuges para con los hijos, hasta que éstos alcancen la mayoría de edad, lo que va en contra del principio general que postula el artículo 311 del Código Civil, el cual refiere que los alimentos surgen en razón de la necesidad del que los recibe y la capacidad del obligado a proporcionarlos. Si no existe el límite de la mayoría de edad entre los hijos de los cónyuges, no hay razón para limitarla en los casos de los hijos de padres divorciados. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado en tesis que han formado jurisprudencia que "La obligación de proporcionar alimentos a los hijos mayores de edad no desaparece por el solo hecho de que éstos lleguen a esa edad, en virtud de que su necesidad no se satisface automáticamente por la sola realización de esa circunstancia." (apéndice 1917-1975, cuarta parte, tercera sala, p.107).

Por otra parte el artículo 289 del C.C. señala, que en virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su capacidad para contraer nuevo matrimonio.

El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse sino hasta después de transcurridos dos años, contados a partir de la fecha en que se decretó el divorcio.

Para que los cónyuges que se divorcian voluntariamente pueden volver a contraer matrimonio es indispensable que haya transcurrido un año desde que obtuvieron el divorcio.

De lo antes expuesto entendemos, que la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio permite a los divorciados contraer nuevas nupcias; si los cónyuges se divorciaron voluntariamente éstos podrán contraer nuevas nupcias después de transcurrido un año entre la disolución del vínculo y el nuevo matrimonio. Si el divorcio fue necesario el cónyuge culpable podrá contraer nuevas nupcias hasta en tanto transcurran dos años de entre la fecha de decretado el divorcio y la de nuevo matrimonio y para el cónyuge inocente no existe plazo. Sin embargo para la mujer divorciada existe un plazo especial para contraer nuevo matrimonio, y este es, "hasta pasados trescientos días después de la disolución de la anterior, a menos que dentro de ese plazo diese a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio puede contarse ese tiempo desde que se interrumpió la cohabitación". (art. 158 C.C.).

El plazo en este caso permite establecer con certeza la

filiación del hijo nacido de una mujer antes de que concluya el plazo de trescientos días de la disolución del primer matrimonio por divorcio. Si la mujer celebra nuevas nupcias sin respetar los periodos establecidos, y da a luz un hijo se aplicarán las reglas previstas por el artículo del Código Civil.

Para el caso de que se celebre matrimonio nuevo antes de los términos establecidos el matrimonio será ilícito pero no nulo según lo establecido por el artículo 264 de nuestra ley en cita.

Respecto de la patria potestad, en casos de divorcio, el artículo 285 del C.C. señala, "El padre y la madre aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos". Del contenido de este precepto entendemos que éste no se limita a los casos de divorcio sino que se refiere en general a los casos en que se decreta por la autoridad judicial la pérdida de la patria potestad, entonces se entiende que el sentido de este artículo entraña en los derechos de los hijos de recibir alimentos de sus padres, independientemente de que ejerzan o no la patria potestad.

Una vez ejecutoriado el divorcio, el Juez que conoció del asunto deberá remitir copia de la sentencia al Juez del Registro Civil ante el cual se llevó acabo la celebración del matrimonio, para que levante el acta correspondiente, y publique un extracto de la resolución durante quince días, en los estrados de esta oficina.

2.1.3 DIVORCIO VOLUNTARIO O POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

La fracción XVII del artículo 267 de nuestro Código Civil señala como causa de divorcio el mutuo consentimiento, al respecto la doctrina y en el propio Código señala dos clases de divorcio voluntario (artículo 272 C. C.)

Distinguimos del divorcio por mutuo consentimiento dos clases que son: a. Divorcio voluntario administrativo. b. Divorcio voluntario judicial.

a.- EL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO

"La introducción de este tipo de divorcio voluntario en el Código Civil vigente, facilita la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento llenándose los requisitos que señalan en el artículo 272, los cónyuges pueden ocurrir ante el Oficial del Registro civil para que se levante un acta, en la cual se dé por terminado el matrimonio. La exposición de motivos del proyecto de código en cuestión, en su parte relativa, indica que si bien es cierto que es de interés general y social el que los matrimonios sean instituciones estables y de difícil disolución; lo es también, el que los hogares no sean focos de continuos disgustos y desavenencias, y si no están en juego los intereses de los hijos, o en forma alguna se perjudican los derechos de terceros debe resolverse el vínculo matrimonial con rapidez y con esto la sociedad no sufrirá perjuicio alguno. Por el contrario, será en interés general el disolver la situación establecida sobre desavenencias, incongruente con el espíritu y la naturaleza de la

Institución matrimonial".¹⁰

Para el efecto de poder llevar a cabo el divorcio --- administrativo deben reunirse los requisitos de mayoría de edad en ambos cónyuges, no tener hijos, haber liquidado la sociedad conyugal de común acuerdo, si bajo ese régimen se casaron, y haber convenido ambos en divorciarse. Reunidos estos requisitos, ambos cónyuges se presentarán ante el Oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio; comprobarán que son casados y mayores de edad y manifestarán su voluntad de divorciarse.

Hecho lo anterior, el Oficial del Registro Civil, previa identificación de los solicitantes levantará un acta en la cual hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que en un término de quince días se presenten a ratificarla, hecha la ratificación el Oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantando la acta correspondiente. (ART 272 C.C).

El divorcio administrativo puede definirse como La disolución del vínculo matrimonial solicitada de común acuerdo ante el Oficial del Registro Civil por los cónyuges mayores de edad que no tienen hijos, previa liquidación de la sociedad.

b.- DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.

Cuando no se reúnen los requisitos establecidos para la procedencia del divorcio ante el oficial del registro civil,

¹⁰ Ibidem., Pág. 359

y existe por ambos cónyuges la voluntad de disolver el vínculo matrimonial, nuestra ley regula el divorcio voluntario judicial, que es decretado por sentencia, dictada por Juez familiar el cual disolverá el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal en su caso.

Si los consortes son menores de edad, si existen hijos en el matrimonio, si el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de sociedad conyugal, sin haberse liquidado, se deberá de tramitar el divorcio voluntario ante el Juez de lo familiar.

Este tipo de divorcio se encuentra regulado por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual regula el procedimiento para su procedencia señalando en primer lugar que, cuando ambos cónyuges convengan en divorciarse voluntariamente, deberán ocurrir ante el tribunal competente exhibiendo la solicitud de divorcio y el convenio que requiere el artículo 273 del C.C., así como una copia certificada del acta de matrimonio y del nacimiento de los hijos (art.674 del Código de Procedimientos Civiles). Hecho lo anterior el tribunal citará a los divorciantes y al representante del Ministerio Público dentro de los quince días siguientes a partir de presentada la solicitud a la primera junta de avenimiento, y si asistieren los divorciantes el Juez los exhortara a su reconciliación, si no logra el Juez avenir los, aprobará provisionalmente, oyendo a la representación social, los puntos del convenio relativos a la situación de los hijos menores o incapacitados, la separación de

los cónyuges y lo relativo a los alimentos, y dictará las medidas necesarias de su aseguramiento (art.675 C.P.C.).

Si los cónyuges insistieran en divorciarse el tribunal citará a los interesados por segunda ocasión dentro de un término de quince días, y en esta segunda junta de avenencia nuevamente volverá a exhortar a la reconciliación. En caso de no lograr la reconciliación, Y en el convenio quedaran debidamente garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, y previa aceptación de la representación social dictará sentencia en la que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado. Ejecutoriada la sentencia de divorcio el Juez mandará copia de ésta al Oficial del Registro Civil, ante el cual celebraron matrimonio los divorciados, a efecto de que haga las conciliaciones correspondientes.(art.676, 682, C.P.C.)

Hemos dicho que anexo a la solicitud de divorcio voluntario judicial, los cónyuges deberán presentar un convenio en el cual se deberán precisar los puntos relativos a:

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

II.- El modo de subvenir a 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.- 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 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 ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad".

2.1.4 NATURALEZA JURIDICA DEL CONVENIO QUE SIRVE DE BASE AL DIVORCIO

El convenio es considerado de interés público porque tanto el Estado como la sociedad, se encuentran interesados en que se realice conforme a las reglas establecidas por la regulación del matrimonio y del divorcio.¹¹

ESTIPULACIONES QUE DEBE CONTENER EL CONVENIO

Las estipulaciones que debe contener el convenio, Eduardo Pallares¹² las clasifica en tres: las relativas a la persona de los cónyuges.

Primera. La cual debe contener lo relacionado a la habitación de los cónyuges durante el divorcio y después de ejecutoriado, los alimentos que debe proporcionar un cónyuge al otro durante y después de ejecutoriado el divorcio, así

¹¹ EDUARDO FALLARES, Ob. Cit., Pag. 48

¹² *ibidem*, Pag. 50

como la manera de liquidar la sociedad conyugal.

Segunda. En ésta se estipulan las medidas relativas a la persona de los hijos; debiendo acordarse: a. El depósito de los hijos y el modo de subvenir sus necesidades durante y después de ejecutoriado el divorcio b.- El monto de la pensión alimenticia y la forma de garantizarla. También debe de estipularse si ambos cónyuges ejercerán la patria potestad. En la práctica se estipulan los derechos que tienen ambos cónyuges para visitar a los hijos, convivir con ellos y dirigir su educación .

Al respecto considero que la Legislación Civil Vigente carece de eficacia en cuanto al aseguramiento del bienestar de los hijos, pues es omisa, en relación a la manera de regular la vigilancia, convivencia, y disfrute de los hijos ; por parte del cónyuge que no tiene la guarda y custodia de éstos; por lo que en este caso el cónyuge que no ostenta la custodia del menor puede irresponsablemente dejar de cumplir su deber de vigilar y educar a sus hijos.

Tercera. Contiene los acuerdos relativos al procedimiento y modo en que ha de liquidarse la Sociedad Conyugal.

2.1.5 SEPARACION DE CUERPOS

Consiste la separación de cuerpos en el derecho de los cónyuges para dar por terminada la cohabitación entre sí, con autorización judicial, y sin disolver el vínculo matrimonial, persistiendo entonces las demás obligaciones derivadas del matrimonio.

Como consecuencia de la extinción de este deber de cohabitación, se extingue la figura del domicilio conyugal. El Código Civil (art. 277) señala como únicas causas para solicitar la extinción de la cohabitación las señaladas en las fracciones seis y siete del artículo 267 que se refiere la primera " Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, y que además sea contagiosa o hereditaria, así como la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio y la segunda que se refiere a los casos de que el otro cónyuge padezca enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción.

Una vez decretada la extinción de la cohabitación por la autoridad competente se producen consecuencias, entre otras podemos señalar las siguientes: a. Se extingue el deber de cohabitar, y el débito conyugal.

b. Persisten los derechos-deberes del matrimonio.

c. En cuanto a los hijos la custodia se determina para el cónyuge sano.¹³

2.2 CONCEPTO

Antes de introducirnos al estudio de la custodia de los menores consideramos necesario examinar aquellas cuestiones más comunes que la originan, y que según hemos dicho son el divorcio en sus diversos aspectos cuando hay hijos, la nuli-

¹³ SARA MONTERO DUNAL, Ob. Cit., Pag. 219.

dad del matrimonio, así como la pérdida de la patria potestad.

Cuando la familia física y espiritualmente se encuentra unida no suscitan las cuestiones que son objeto de nuestro estudio. Sin embargo, éstas surgirán tan pronto como aparezcan los síntomas de desavenencia conyugal o de discordia en el seno matrimonial siempre y cuando haya hijos.

El creciente incremento de las rupturas matrimoniales y de la paternidad extramatrimonial genera cada vez con mayor frecuencia, se susciten conflictos relativos a la custodia o tenencia y visitas de los padres que no conviven con éstos sean casados o no.

Nuestra Legislación al respecto es escasa, en consecuencia es necesario recurrir a la jurisprudencia, con la finalidad de poder establecer soluciones brindadas a estos puntos conflictivos originados por las discordias familiares.

Estos conflictos pueden surgir también, ante la ausencia física de uno o ambos cónyuges sea por abandono o por muerte. Ciertamente es que los problemas de la custodia o tenencia de menores no solo se plantea entre progenitores, sino que en muchas ocasiones los miembros de la familia, ya sean abuelos o tíos e incluso, también, otro familiar, discuten a los progenitores, el derecho a tenerlos consigo.

Las cuestiones sobre la tenencia también pueden presentarse en forma negativa, es decir que ninguno de los progenitores o familiares de los menores debe hacerse cargo de ellos. En múltiples ocasiones encontramos que tras de un

fracaso matrimonial ambos cónyuges desean rehacer su vida y encuentran que el hijo o los hijos no tienen cabida en ello o incluso son un obstáculo para su realización y por ello pretenden evadir el deber de cuidar y vigilar a sus menores hijos.

Por tal motivo, los jueces familiares se encuentran facultados para determinar cual de los padres detendrá la custodia de los hijos o en su caso, si deben quedar a cargo de un tercero que pueden ser los Hermanos mayores, abuelos o tíos quienes brindan una salida válida, aunque no deseable, ante la falta de interés de los padres de cuidar a sus hijos menores de edad¹⁴.

La custodia y el cuidado es el primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados. Significa, tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado. Nuestros tribunales hablan de guarda y custodia que se debe de entender como el mismo deber

Es de notarse que nuestra Legislación emplea los términos de cuidado y custodia, esto significa, que la custodia se otorga para cuidar y vigilar a los menores. La custodia se da con intención de procurar: atención, amor y respeto a la personalidad del hijo menor. Hemos dicho que una de las facultades de la patria potestad es: la custodia, cuidado y vigilancia de los menores, y esta guarda no se puede desvincular de la posesión material de los hijos, porque esta

¹⁴ MARTHA N. STILERMAN, Menores. Tenencia, Regimen de Visitas, 2ª Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina 1992, Pag. 61.

posesión es un medio insustituible para protegerlos y educarlos incluso para satisfacer sus necesidades prioritarias.

"La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre, guardián de su hijo, puede por tanto obligarlo a que habite con él."¹⁵

Tratándose de cónyuges ambos deben decidir el domicilio conyugal correlativamente, el hijo tiene el derecho de habitar con sus padres. (art. 163 y 421 del C.C.).

Adicionalmente, el domicilio hace posible la custodia y el cuidado de los menores. Hemos dicho con anterioridad que el ejercicio de la patria potestad con todas las facultades inherentes que corresponden al padre, entre las que se encuentra principalmente la guarda y custodia de los menores. También se ha mencionado que a fin de cumplir con los deberes que se desprenden del ejercicio de la patria potestad es necesaria la convivencia entre el que la ejerce y el menor, de ello entonces se deriva el deber de los progenitores de cuidar y custodiar a los menores, por lo que, corresponde entonces a los hijos el deber de vivir en el domicilio con sus padres.

Chávez Asencio¹⁶." Considera que no obstante que en nuestra Legislación se emplean los conceptos de cuidado y custodia, estima que basta emplear el término custodia pues significa guardar con cuidado y vigilancia". Este término en

¹⁵ MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO, La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales, Editorial Porrúa S.A., México 1961, Pag. 301.

¹⁶ Idem, Pag. 301.

nuestro derecho se emplea en la filiación, en la facultad de corrección, (art. 423 del C.C.). En materia de divorcio la fracción VI del artículo 282 de Código Civil señala "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, así mismo el artículo 283 menciona en su contenido: "El Juez fijará la situación de los hijos, y en especial a la custodia y al cuidado de éstos" y la fracción primera del artículo 273 señala que en el convenio deberá estipularse la designación de persona a quién sean confiados los hijos, también, el artículo 413 de Código Civil emplea el término, pues habla de guarda y educación de los menores. El deber de los padres del cuidado y custodia de los hijos encierra la posibilidad de los que no detentan la custodia, de exigirla ante las autoridades correspondientes para el caso de que quien la detenta no la desempeñe con el esmero y cuidado que requiere.

Las cuestiones sobre custodia de los hijos como se aprecia en nuestra Legislación se encuentran reguladas en forma limitativa y casi exclusiva de los supuestos de la disolución del matrimonio.

Las escasas normas legales existentes resultan insuficientes por lo que es necesario buscar una normatividad más apropiada en relación a la guarda y custodia de los menores puesto que en consecuencia a esta falta de regulación jurídica de la custodia, es la jurisprudencia quien suple las ausencias legales pues en situaciones del orden civil no es admisible que los juzgadores dejen de emitir resolución

alguna por silencio, obscuridad o insuficiencia en las leyes (16) (art. 18 del C.C.), incluso a falta de ley los jueces podrán aplicar leyes análogas (art.19 del C.C.) de lo anterior se desprende que podemos definir a la custodia como la facultad y el deber que tienen los progenitores de la tenencia de sus hijos para cuidarlos y vigilarlos en ámbito de convivencia.¹⁷

2.3 CONSECUENCIAS JURIDICAS

El objeto primordial de la custodia es el cuidado y vigilancia de los menores en un ambiente de convivencia entre los hijos y los padres, por lo que en su contenido está figura jurídica entraña diversas consecuencias legales para el o los que la detentan, como son: a. El deber de convivencia b. Protección a la persona, del hijo, c. Vigilancia de los actos o de la persona, por ello realizaremos un estudio relativo a cada uno de estos puntos que son el contenido de lo que es la custodia.

2.3.1 CONVIVENCIA.

Este deber, el de convivencia de los padres con los hijos, es obviamente la principal consecuencia derivada de la filiación y de la patria potestad. Es la convivencia, además, una consecuencia derivada del deber del cuidado de los hijos y de su custodia. El objetivo principal de la convivencia es logro de la estabilidad personal del hijo, que impli-

¹⁷ MARTHA N. STILERMAN, Ob. Cit., Pag. 95.

ca el deber de darle a los hijos afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual. Correspondiendo como deber recíproco al hijo atendiendo a su edad y madurez el de también procurar la convivencia familiar, es decir éste también debe de proporcionar a los padres afecto y calor humano, a respetar a sus padres para así lograr una real convivencia familiar.

La convivencia entre padres e hijos generalmente la encontramos en una relación familiar normal, sin embargo se ha mencionado con anterioridad que ésta sufre un cambio al momento de generarse la crisis conyugal, es decir el distanciamiento entre los cónyuges que puede llevar hasta el divorcio y como consecuencia a separación lo que genera el decidir, ya sea por uno o ambos cónyuges, la designación de la persona que ha de guardar y custodiar a los hijos y, en este caso, se crea también lo que es el llamado derecho de visita del cual en nuestra Legislación existe una total ausencia de regulación proporcionando una total inseguridad para el progenitor que no tiene la custodia, incluso para los abuelos, toda vez que queda a la voluntad del progenitor que tiene bajo su guarda y custodia a los menores, el decidir la forma de convivencia de éstos con aquéllos, y ello genera la imposibilidad en muchas ocasiones del cumplimiento del deber de convivencia, de vigilancia que tiene el progenitor que no posee la custodia de sus hijos.¹⁸

¹⁸ MANUEL F. CHÁVEZ ASENCIO, Ob. Cit., Pág. 303

2.3.2 PROTECCION A LA PERSONA.

Dentro del cuidado y custodia de los menores encontramos el deber de protección de la persona del hijo, esto es el progenitor que tiene bajo su guarda a los menores tiene el deber de hacer frente a todo peligro que amenace la integridad del hijo ya sea física o moral. Por lo que el padre que lo tiene bajo su guarda debe utilizar todos los medios, cuando el menor se encuentre en peligro, para poder obtener de una manera satisfactoria un resultado que ponga a salvo la integridad del menor.¹⁹

En virtud de la custodia el padre tiene el deber de cuidar de la persona del hijo y esto comprende el derecho de educarlo. Al respecto diremos que la educación es la influencia psíquica con el fin de formar el carácter y el espíritu de una persona²⁰.

El cuidado de la persona del hijo comprende también la representación en los asuntos.

Así mismo, comprende el deber de alimentarlos y tenerlos en su compañía.

2.3.3 VIGILANCIA DE LA PERSONA.

Dentro del deber de guardar al hijo encontramos el deber de vigilarlo en su persona, es decir quienes detentan la

¹⁹ Idem. Pag. 304.

²⁰ ENNECCERUS, RIP, WOLF, Tratado de Derecho Civil, Traducción Blia Pérez González Jose Alguen, Tomo II, Bosch Casa editorial S. A. Barcelona, España. Pag. 50.

custodia de los menores tienen el deber de vigilar su conducta y su comportamiento, por lo que deberán de inducirlos a realizar conductas positivas para la sociedad y evitar que incurran en conductas delictuosas, o nocivas para su integridad física o personal, por lo tanto los padres responderán de los actos que tengan consecuencias dañosas en que hayan incurrido a sus hijos, cuando éstas se deban a la falta de vigilancia. En nuestra Legislación los que ejercen la patria potestad están obligados a responder de los daños y perjuicios derivados de los actos de los menores que se encuentren bajo su poder y habiten con ellos (art.1919 C.C.). Sin embargo, los padres ni los tutores se encuentran obligados para responder de los daños y perjuicios que ocasionan los menores sujetos a su cuidado y vigilancia siempre y cuando demuestren que fue imposible evitar esos daños ocasionados y además, deberán probar que han ejercido sobre el menor la suficiente vigilancia. (art.1922 C.C.).

Este deber de vigilancia es con la finalidad de crear en los menores una formación positiva integral debiéndose vigilar su conducta tanto en el seno de la familia como fuera de ella, no solo con la finalidad de evitar afecten intereses o dañen a terceros sino también con la finalidad de proteger la integridad personal, es necesario para el logro de este fin que los hijos también cooperen de su parte, con obediencia y respeto a las directrices de conducta que sus padres imponen a fin de evitar conductas nocivas a su persona. En el contenido de estos deberes de vigilancia, compete a los padres la

facultad de corregir a los hijos, y en contraposición a éstos les corresponde el derecho de ser protegidos²¹.

2.4. DURANTE EL DIVORCIO Y DESPUES DE EJECUTORIADO.

La desvinculación de hecho o de derecho de los progenitores casados, plantea el problema de a cual de ellos ha de concederse la custodia de los hijos menores.

Tratándose de hijos matrimoniales ambos cónyuges detentan el ejercicio de la patria potestad sobre aquéllos, es importante para los casos de divorcio, determinar las obligaciones de cada uno de los cónyuges divorciantes respecto de los hijos, tanto para el que detenta la custodia del menor como del que se encuentra desprovisto de ésta.

Respecto de la tenencia del menor encontramos algunas reglas en el artículo 282 fracción VI del Código Civil.

En cuanto a la tenencia del menor en caso de divorcio habrá de distinguirse dos situaciones, la primera que es la que se determina durante el procedimiento; la segunda que es la que se determina después de dictada la resolución de divorcio.

Estas medidas deberán de tomarse en dos casos diferentes que son: cuando se interpone demanda de divorcio voluntario y cuando se interpone demanda de divorcio necesario, las cuales surten efectos diferentes en cada una.

El artículo 282 de nuestro Código Civil señala las

²¹ MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO, Ob. Cit., Pag. 304.

medidas provisionales que habrán de adoptarse provisionalmente al admitirse la demanda y solo mientras dure el juicio. Las cuales consisten entre otras la de poner a los hijos al cuidado de la persona que designen de común acuerdo los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de este acuerdo el cónyuge que pida el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deban quedar provisionalmente los hijos. El Juez previo procedimiento que exige el código respectivo resolverá lo conducente.

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

Esta última fracción otorga a la madre la custodia de los hijos menores de siete años, al respecto el Juez deberá de considerar si el cónyuge al cual se le otorga la custodia, "la madre" de los hijos durante el procedimiento de divorcio, podrá cumplir con la obligación, si tiene los ingresos suficientes o si el otro cónyuge aporta los bienes necesarios tanto para el sostenimiento del cónyuge que queda con la custodia de los hijos, así como para éstos. Al respecto Eduardo Pallares²² estima que sobre esta cuestión es necesario hacer las siguientes observaciones: a). En la práctica en los tribunales el Juez, sin substanciar incidente ni escuchar al cónyuge demandado designa a la persona que durante el procedimiento de divorcio no ostentara la guarda y custodia

²² Ob. Cit., Pág. 101

de los hijos. Esta manera de proceder es violatoria de lo previsto por el art. 14 de nuestra carta magna porque, además de atentar contra lo que ordena el art. 282 del C.C. despoja arbitrariamente al cónyuge demandado de la posición jurídica de sus hijos sin haber sido previamente escuchado.

b). Por otra parte el Código de Procedimientos Civiles no establece procedimiento alguno para resolver la falta de conformidad de los cónyuges respecto de a quien ha de designarse la custodia de los menores, ya que, por su propia naturaleza esta situación debe de resolverse mediante incidente seguido precisamente en el juicio de divorcio. Su tramitación puede llevarse a cabo en términos de lo que establece el Código de Procedimientos Civiles, respecto de los incidentes en general, o bien en términos de la fracción VIII del art. 430 de esta ley procesal, según la cual deben tramitarse en la vía sumarísima todas las cuestiones de carácter familiar. Y es ésta, para Eduardo Pallares, la manera más adecuada para resolver la cuestión que nos ocupa por ser la más rápida. Y, en su concepto, la ley debe reformarse en el sentido de fijar un procedimiento especial en el cual, ambas partes sean oídas a fin de determinar a cual de ambos cónyuges se le confiere la custodia.

Otra de las medidas que el Juez debe ordenar es la relativa a los alimentos que el deudor alimentario debe de dar al otro cónyuge y a los hijos, y para que ésta sea legal debe de existir la prueba de que el cónyuge que demanda el divorcio y los hijos requieren de los alimentos.

Por el contrario, si existe convenio entre ambos cónyuges respecto de la custodia de los hijos deberá ser respetado por el Juez, sin embargo, deberá de ser revisado para el efecto de determinar si es o no contrario a los intereses del menor.

Cuando los hijos menores son varios resulta conveniente mantenerlos en unidad y ponerlos al cuidado de una misma persona.

Las resoluciones adoptadas en este sentido no deberán de causar ejecutoria y por ello podrán ser modificadas las veces que las circunstancias lo hagan necesario.

El hecho de haber designado a uno de los cónyuges la tenencia de los hijos no excluye al otro del deber de vigilar la educación que se le da al menor, incluso podrá, en su caso, solicitar las medidas que sean necesarias con este fin.²³

Hemos dicho que le Juez, al dictar las medias provisionales relativas a los hijos, deberá de tomar en cuenta el interés de éstos, por tanto consideramos que dichas medidas deberán estar fundadas en los siguientes términos: 1). Si los hijos comunes estaban sujetos a la patria potestad de ambos cónyuges, el Juez determinará quien de éstos tendrá la custodia de los menores. 2). Si los padres viven separados y no decidieren sobre la custodia de los menores, los hijos, menores de siete años deberán de quedar al cuidado de la madre

²³ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XXVI, Tasa-Zena, Editorial Driskill S.A., Argentina 1989, Pag. 804.

salvo que por motivos de gravedad el Juez determine lo contrario. 3).- Si los hijos ya se encontraban sometidos a la custodia de uno de ellos, en principio se continuará con esta situación, debiéndose tomar en cuenta, sin embargo, que las determinaciones respecto de los hijos siempre son variables por lo que si el Juez lo considera necesario podrá acordar lo contrario. 4).- Si durante el procedimiento se apreciara que existe peligro grave para el normal desarrollo de los hijos podrá cambiar la custodia a favor del cónyuge que se encuentra privado de ella, en caso de ser conveniente para los menores, o, en su caso, podrá designar la custodia a terceros, es decir a favor de los abuelos, hermanos o tíos, tomando al respecto en cuenta los lazos afectivos y la convivencia que exista entre ellos, además, debiendo para tal caso el Juez dictar las medidas necesarias para que el cónyuge o cónyuges privados de la custodia cumplan con sus obligaciones hacia sus hijos.²⁴

Las medidas provisionales en relación a los hijos que deberán de adoptarse en los casos de divorcio voluntario deberán ser de acuerdo al convenio que de conformidad con el art. 273 del C.C. presenten los cónyuges divorciantes, es decir la custodia de ellos deberá determinarse de común acuerdo por los cónyuges y para el caso el Juez y la representación social deberán de realizar una revisión del mismo con la finalidad de determinar si este convenio no es contra-

²⁴ ETELVINA VALLADARES, Nulidad, Separación y Divorcio, 2ª edición. Editorial Civitas, Madrid 1982, pag. 404.

rio a los intereses de los menores, en caso de ser idóneo se aprobará.

En este sentido, el convenio regulador se constituye en el elemento determinante de la producción de los efectos y consecuencias del procedimiento incluso de la sentencia, tanto en lo relativo a las medidas provisionales, como en las definitivas.

En la sentencia del divorcio se debe de fijar una serie de aspectos relativos a la persona de los hijos, a la persona de los cónyuges y respecto de los bienes y que son las denominadas medidas definitivas, llamadas así por que suceden, sustituyen, ratifican y en su caso suplen o complementan a las ya mencionadas medidas provisionales, en realidad estas llamadas medidas relativas son con la finalidad de sustituir a las denominadas provisionales, y las primeras se enfocan a la determinación de los efectos del divorcio, sin embargo, pueden ser modificadas cuando cambien las circunstancias que motivaron a su determinación.

En particular las medidas en relación a los hijos, nuestro Código Civil establece un criterio orientado en cuanto al pronunciamiento de estas medidas provisionales pues en su art. 283 señala que en la sentencia de divorcio se fijará la situación de los hijos, pues faculta en especial al Juez para resolver respecto del cuidado y custodia de los hijos, de lo que se entiende que el Juez goza de amplias facultades para determinar a que cónyuge le confiere la custodia y cuidado de los hijos fundándose en los elementos

de juicio necesarios para ello, debiendo además estar atento a lo previsto por la fracción VI del art. 282 del citado C.C.

Ha efecto de determinar a cual de los progenitores corresponde la custodia de los hijos es necesario recurrir a la jurisprudencia que en este sentido ha emitido la suprema corte de la nación.

Cuando en un juicio de divorcio la guarda definitiva de un menor debe definirse en la sentencia, esto no obsta para que en el procedimiento se dicten resoluciones que decidan quien provisionalmente deberá hacerse cargo de la custodia del menor, el Juez está facultado para tomar además las medidas necesarias para proteger a los hijos que sean menores, incluso el Juez podrá entregar la custodia del menor a uno de los padres o a otra persona.²⁵

Los padres tienen derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esta fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho, y en algunos casos en que las circunstancias para bien del menor tiene que desvincularse pero sin diluir el derecho de patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva. Así ocurre, por ejemplo, cuando se encuentra probado que el menor ha vivido al lado de su abuela materna, por cinco años ininterrumpidamente desde su nacimiento, no resultando lógico que por una vinculación de la patria potes-

²⁵ JOSE LUIS LA CRUZ BERCEJO y OTROS, Elementos de Derecho Civil, (Derecho de familia, Tomo IV, 2ª Edición, Jose Maria Bosch, Editor S.A., Barcelona 1950, Pág. 227.

tad 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 convenientes y dictar las medidas para encomendar la guarda a un tercero o a una institución particular.

EL menor es el sujeto en que debe de recaer la aplicación preferente del derecho. Para dictar el Juez su resolución respecto de a quien corresponde la custodia del menor deberá tomar en cuenta lo siguiente: Los especialistas en el estudio de los menores han coincidido de manera unánime en establecer que la formación de la personalidad del menor se lleva a cabo con los primeros cinco años de su vida y al desvincularse de una relación afectiva le ocasionará una lesión que no es visible para el ojo, pero si para la percepción del entendimiento y emoción, por lo que, en este caso debe dejarse la custodia a la abuela materna debiendo ejercer el padre la vigilancia sobre esa custodia, como consecuencia de la patria potestad que ejerce.²⁶

Cuando los padres han reconocido en el mismo acto a un menor discuten respecto a cual de ellos corresponde su custodia, no basta que demuestren el derecho que tienen a ejercer

²⁶ AMPARO DIRECTO, 5725/86, RUFINA RIVAS ROMERO. 14 de Mayo de 1987, Mayoría de tres votos contra dos, ponente: JOSE MANUEL VILLAGORRIA LOZANO.

la patria potestad sobre el niño; que tienen interés en alcanzar su custodia, sino que también es indispensable que acrediten que el convivir el niño con uno de ellos es lo que resulta a éste mas provechoso.²⁷

La ley inspirada en un motivo de interés publico, ha tenido en cuenta que quien mejor puede cuidar a sus hijos menores de siete años es la madre y no procede la suspensión cuando se trata de aplicar las disposiciones relativas que son de orden público, que regulan la situación de niños menores con motivo de un divorcio, porque afectan al interés general, que está estrechamente vinculado con la protección que debe darse a los menores de edad por parte de la sociedad y del Estado.²⁸

Según lo previsto por los art. 6 y 7 de la ley del divorcio en el estado de Morelos, la sentencia de divorcio voluntario debe descansar en la demanda y en el convenio que presenten para su aprobación los cónyuges, sobre los bienes y los hijos. El objeto de la junta de avenencia es no solo procurar un avenimiento sino también discutir las cláusulas del convenio, respecto de los hijos; precisamente en dicha audiencia han de ser oídas las observaciones que haga el ministerio público, en beneficio de los hijos. En el procedimiento del divorcio voluntario, pueden presentarse tres casos en cuanto a la situación de los hijos: 1. Cuando los

²⁷ Amparo directo, 5560/57, 14 de Enero de 1958. Ponente: JOSE MARQUEL VILLAGORDA LOZANO.

²⁸ Amparo directo, 4443/73, EZEQUIEL PANTOJA CASTILLO, 25 de Agosto de 1973. 5 votos, Ponente: JOSE RAMON PALACIOS VARGAS.

cónyuges formulen un convenio perfectamente legal, en el que estén de acuerdo respecto de los hijos en cuanto a alimentos, educación y persona bajo cuyo cuidado inmediato habrán de quedar, no queda otro camino al Juez que decretar el divorcio, aprobando el convenio; 2. Cuando los cónyuges formulan un nuevo convenio ilegal por ser perjudicial a los menores, en este caso al Juez debe negar la aprobación del convenio y declarar infundada la solicitud del divorcio, y 3. Cuando no se presenta convenio relativo a la situación de los hijos el Juez debe decretar la disolución del vínculo matrimonial disponiendo sobre la guarda de los menores en la forma prevista en el art. 9 de la citada Ley de Divorcio en el estado de Morelos.²⁹

2.5 PERDIDA DE LA CUSTODIA

La situación normal es que ambos consortes que son padres tengan la custodia de los hijos, de igual forma que los concubinos pueden tener ambos la custodia de sus hijos; puede haber situaciones especiales por las cuales o bien uno de los consortes sea privado de ella por sentencia, o que alguno de ellos la tenga por ausencia o muerte del otro, en este sentido es preciso señalar que la pérdida de la custodia se presenta cuando el que la detenta incurre en causas graves que afectan de manera directa a los intereses de los menores, como puede ser el abuso en el derecho que tienen los padres

²⁹ Tercera Sala Civil. 5ª Época. Tomo LVIII, Pág. 2347. Carral Francisco S. 13 de febrero de 1947.

para corregir a los hijos, también puede ser causa perdida de la custodia el mal comportamiento del que detenta la custodia y que puede constituir un mal ejemplo para el menor e influir en su desarrollo normal; otra causa de la pérdida de la custodia es el incumplimiento a los deberes de cuidado y vigilancia sobre los hijos del que ostenta la custodia, así mismo puede ser causa de la pérdida la falta de convivencia del que es titular de la custodia, con el menor es decir las constantes ausencias del progenitor lo cual impide el deber de vigilar y cuidar al menor que se traduce en falta de interés hacia al menor.³⁰

2.6 REINTEGRACION DE LA CUSTODIA

Hemos visto que puede suceder que quien este ejerciendo la patria potestad puede ser privado de la custodia del menor. En este caso para poder cumplir con los deberes que se desprenden del ejercicio de la patria potestad es necesario recuperar al menor. Independientemente de quien prive al padre del hijo, puede cometer un delito, quien ejerce la patria potestad tiene acción para obtener del Juez la restitución de la custodia del menor. En nuestra Legislación no existe regulación al respecto a diferencia de otras; en Argentina por ejemplo el art. 276 del C.C. dispone que cuando los hijos dejan la casa paterna, bien sea "que se hayan substraído a su obediencia o que otros los detengan", otorga

³⁰ CHAVEZ ABELENCO, OB. Cit. Pag. 397.

a los padres la posibilidad de exigir que las autoridades publicas les presten la asistencia pública para que se restituya la custodia.

Por otra parte, el menor tiene el derecho de convivir con sus padres y el de no ser separado de ellos contra su voluntad; esto implica también un derecho para los padres que es el de conservar la custodia de sus hijos. Solo podrá privársele de la custodia mediante resolución, siempre y cuando sea ésta necesaria para proteger los intereses del menor, como puede ser, evitar el maltrato de que es objeto o descuido por parte de sus padres.

Cuando no existe acción expresa, nuestros tribunales reconocen el derecho de los padres para ejercitar acción de recuperación de guarda y custodia del menor; que es ésta una de las facultades que tiene el padre que ejerce la patria potestad, esta acción requiere de ciertos elementos para su procedencia y son: a). La personalidad con que se demanda, que es la de ser padre o madre y estar en el ejercicio de la patria potestad; b). De la violación de ese derecho, es decir, del de guarda y custodia del menor. c). El hecho de que se le haya conferido la custodia del menor a personas con menor derecho.

Es posible el ejercicio de la acción de interdicto para recuperar la custodia de un hijo cuando el padre es despojado de ésta, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: Primero: Que se esté en posición de los derechos de padre o hijo legítimo; Segundo: que fuere despojado o perturbado en

su ejercicio; y Tercero: que esta perturbación haya sido sin existir resolución alguna al respecto.

Aún cuando no este contenida como acción, quien ejerce la patria potestad puede lograr que el Juez de lo familiar lo puede auxiliar a efecto de recuperar la custodia del hijo para que éste se reintegre al hogar, haciendo uso de las medidas de apremio que la ley establece en caso de ser necesario, incluso obligando a quien tenga sin derecho al menor a devolverlo a los padres.³¹

³¹ Idem., Pag. 304.

CAPITULO III

DERECHO DE VISITA

3.1. CONCEPTO

En el proceso de separación de los cónyuges, divorcio o nulidad de matrimonio, se concede a uno de ellos la guarda y custodia de los hijos menores; la designación puede ser por mutuo acuerdo o por sentencia que dicte el Juez de lo familiar en caso de que no exista por los cónyuges el acuerdo respectivo.

Hemos apuntado en notas anteriores, que los cónyuges al momento de solicitar la disolución del vínculo matrimonial que los une, por mutuo consentimiento, deberán acompañar a esta solicitud un convenio el cual entre otros requisitos deberá contener la designación de la persona a quien serán confiados los hijos menores, en este caso, el padre que no ostenta la custodia de los hijos deberá para cumplir con sus deberes de padre respecto del menor, convivir con éste, por lo que resulta necesario estipularse dentro del contenido del

convenio antes citado, un régimen en el cual se consagren las bases de las visitas que el progenitor tendrá derecho a realizar con el menor; régimen de visitas que deberá de ser estipulado de tal manera que su contenido no afecte a los intereses del menor, por ausencia de regulación de un régimen de visitas en nuestra Legislación, en la práctica para suplir esta ausencia de Legislación se acostumbra a manejar este régimen e visitas en el convenio de divorcio voluntario.

También nuestra Legislación dice que al momento de presentarse por alguno de los cónyuges la demanda de divorcio, o antes si fuere necesario, el Juez deberá de adoptar entre otras las medidas necesarias para determinar a que personas serán confiados los hijos. La circunstancia de haberse otorgado judicialmente la guarda de los menores a uno de los cónyuges no impide que el que fue privado de la custodia tenga derecho a convivir adecuadamente con el menor.¹ Para esto es necesario, con el objeto de posibilitar el cumplimiento del progenitor, del deber de velar por los hijos, se relacionen y convivan.²

El derecho de visita consiste en términos generales, en la posibilidad de que los padres, que no ostenten la custodia de los menores, puedan tener entrevistas periódicas con sus hijos, comprende también el derecho de ambos es decir de

¹ CARLOS A.R. LAGUMARCINO, JOSE A. URIARTE, Separación Personal y Divorcio, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina 1991, Pag. 334.

² JOSE LUIS LA CRUZ B. y otros, Elementos de Derecho civil, Tomo IV, Derecho de familia Vol. I, 3ª Edición, José Mª Bosch Editor S.A., Barcelona 1990, Pag. 227.

padres e hijos de mantener correspondencia o comunicación telefónica; esta comunicación no puede ser controlada sino únicamente por circunstancias que sean realmente serias y por motivos graves en salvaguarda de los intereses del menor.

Fuera de estas circunstancias, el cónyuge que no tiene bajo su guarda a los menores; en tanto conserva la patria potestad, conserva también el derecho de vigilar, convivir y educar al menor, incluso puede solicitar el cambio de la guarda del menor a su favor, en virtud de ello para conferir esta, el objeto primordial es la salvaguarda de los intereses de los propios hijos por lo que el régimen de visitas se entiende que es con este fin.³

La regulación de las visitas de los padres a sus hijos menores, implica un derecho que encuentra su raíz en la naturaleza, y entre otras características encierra la de su irrenunciabilidad es decir el derecho de visitas se genera por el hecho biológico de ser padre y de ser hijo al cual no se puede renunciar.

El contacto paterno filial no debe de estar sujeto únicamente a la subsistencia de la relación que vincula a los progenitores al menor.

Debe de estar sujeta a los intereses y salvaguarda del menor. Hemos dicho que el derecho de visita toma su origen por motivo de la crisis familiar, cuando se presenta a consecuencia de ello la separación de los cónyuges y en este caso

³ AUGUSTO CESAR BELLUSCO, Derecho de familia, Tomo II, Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina 1981, Pág. 404.

los principales afectados por la desavenencia de los padres son los menores de edad, por el amor que éstos tienen a sus padres incluso por el temor de que éstos dejen de quererlos incluso por el descuido hacia ellos que puede dar origen la separación de los cónyuges.

Con la finalidad de disminuir de algún modo la afectación que produce la separación de los progenitores sobre los menores, es necesario mantener el mayor contacto posible entre el menor y el progenitor del cual se encuentra separado, por lo que, el llamado derecho de visita, es el único medio para evitar el alejamiento de la relación paterno filial que produce precisamente la sensación de la convivencia padres e hijos.

En el derecho de visita que corresponde al progenitor que no tiene a sus hijos bajo su guarda y custodia, se funden principios del orden natural; por lo que su regulación debe procurar un medio de acercamiento y convivencia entre el menor y el progenitor, y para esto se requiere principalmente que no se deteriore la relación menor progenitor, debiéndose para este efecto, evitar cualquier situación que pueda provocar el alejamiento entre estos; pues este derecho apunta a mantener y lograr el pleno desarrollo emocional del menor que le permita conducirse hacia relaciones afectivas sanas y duraderas.⁴

"La posibilidad de que en el ámbito jurídico se plantee

⁴ JOSE ANTONIO ALVAREZ CAFERUCHIPI, Curso de Derecho de familia, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1967, Pág. 161.

el derecho de visitas; interesa en diversos puestos, quizás el más trascendente se refiere al caso el cónyuge que, producida la separación de cuerpos o el divorcio no se le ha otorgado la guarda y custodia del hijo. Si bien, como recuerda borda, la adjudicación de la guarda y custodia de los hijos no supone sanción para otro cónyuge, es evidente que éste en virtud de una inevitable situación de hecho tiene derecho a continuar vigilando la situación y conducta de sus hijos como titular de la patria potestad, esto se obtiene mediante un adecuado régimen de visitas.⁵

"Del mismo modo se debe de conferir el derecho de visita a los padres de hijos extra matrimoniales cuando, no viviendo juntos, se concede la guarda a uno de ellos."⁶

Podemos decir que el derecho de visitas se define como el derecho natural de convivencia entre padres e hijos cuando éstos se encuentran separados debidamente reconocido por la ley.⁷

El derecho de visita puede definirse como el derecho a relacionarse los padres y los hijos de manera plena. La doctrina destaca que no debe limitarse este derecho de visitas únicamente a la visita material de los padres sino que también debe contener la comunicación moral y personal en una forma total entre padres e hijos, esto es conocimiento y

⁵ EDUARDO A. ZANONI. Derecho Familiar. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina 1989, Pag. 110.

⁶ Idem. Pag. 111

⁷ Entrenista Lic. CLEMENTE LOPEZ CARRADA. Juez 3º Familiar. Distrito Federal

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

participación en la educación y desarrollo de la personalidad, consulta en las cuestiones principales, información económica y personal, cercanía en el infortunio familiar y en la enfermedad entre otras.⁸

"Rivero destaca la relación afectiva y el interés del menor, Roca Trias lo fundamenta en el propio parentesco. A juicio del autor el derecho de visitas hace efectiva la relación personal y afectiva la patria potestad, y destaca el componente social (Convivencia, cariño, comunidad de vivencias e intereses) de los vínculos familiares, La relación paterno filial no se agota en los vínculos biológicos o económicos, sino que tiene un claro componente social de perpetuación y continuidad personal, moral y social, por ello debe se debe reconocer al cónyuge este derecho de visita a sus menores hijos con la mayor amplitud posible, Abarcando un derecho de convivencia plena; es decir durante los periodos mas largos posibles de comunicación continua, incluso mediante via telefónica y participando en los problemas cotidianos.⁹

3.1.1 ANTECEDENTES DEL DERECHO DE VISITA.

"En el derecho francés, existe mucha relación entre el derecho de visita y la patria potestad. Parece lógico que no existan muchos antecedentes del derecho de visita, ya que

⁸ LOGAMARCINO. Ob. Cit., Pag. 159.

⁹ Idem. Pag. 160.

antiguamente la patria potestad era un poder casi absoluto y se podía limitar en determinados casos. Como ejemplo de esto encontramos el artículo 374 del Código de Napoleón que prohíbe al hijo abandonar la casa paterna sin permiso del padre salvo para enrolarse en el ejército."¹⁰

"La primicia de los antecedentes del derecho de visita es en Francia, la encontramos en la jurisprudencia. Fue reconocido este derecho cuando los padres se divorcian o se separan, cuestionando que si uno tiene el ejercicio de la patria potestad, que derechos tienen el otro cónyuge, el problema surgió también en relación a los abuelos. Los tribunales, hasta a mediados del siglo XIX, le negaron a los abuelos el derecho de visitar a los nietos contra la voluntad del padre, argumentando que esto suponía un atentado contra la patria potestad.

La doctrina se dividió ante esta opinión. Lauren estaba de acuerdo con la jurisprudencia en que los abuelos no podían visitar a los nietos; Demolombe reclamaba el reconocimiento del derecho de visita argumentando en favor de los abuelos motivos sentimentales, más que jurídicos.

Sin embargo, la Corte de Casación cambió de orientación y el 8 de julio 1957 se reconoce que el padre puede prohibir a sus hijos la visita de personas cuya influencia pueda ser negativa; pero después afirma, la misma sentencia, que ese derecho no es discrecional y la prohibición procede cuando

¹⁰ LUISA GABRIELA CHAVEZ AVINA, Tesis Para Obtener Título de Lic. en Derecho, El Derecho de visita, 1997, Pág. 33.

hay motivos graves y legítimos, ya que el padre no pueda oponerse a las relaciones de sus hijos de sus abuelos.

Es así como el derecho de visita se consolida con alcances cada vez mayores ya no solo en favor de los abuelos, sino también con los progenitores.

El primer antecedente legislativo en este país lo encontramos elaborado por la Société D'Etudes Legislatives (Sociedad de Estudios Legislativos) en 1935, que proponía añadir al artículo 373 del code (código) los siguientes párrafos: "En caso de muerte del padre o de la madre, el esposo sobreviviente, investido de la patria potestad sobre los hijos menores del matrimonio, no puede, sin motivo legítimo negar a los ascendientes del cónyuge premuerto el derecho de conservar con sus nietos consistentes en visitas y estancias; si hay desacuerdo el tribunal decidirá sobre las modalidades de esas relaciones previendo las medidas propias para salvaguardar el interés de los hijos y las prerrogativas de la patria potestad. Durante su matrimonio, los esposos no pueden, en contra del interés de sus hijos, prohibir sin motivos legítimos, todas las visitas, e incluso prevé estancias de estos últimos en casa de sus abuelos. Si hay desacuerdo corresponderá al tribunal decidir sobre las modalidades de esas visitas o estancias."¹¹

El artículo 371.4 del Code (Código Civil Francés) después de la reforma del 4 de julio de 1970, dice: "El padre y

¹¹ Ídem, Pág. 34.

la madre no pueden, salvo motivos graves obstaculizar las relaciones personales del hijo con sus abuelos. En defecto de acuerdo entre las partes las modalidades de esas relaciones serán reguladas por el tribunal. En consideración a situaciones excepcionales, el tribunal puede conceder un derecho de correspondencia o de visita a otras personas, parientes o no¹².

La reforma del divorcio introducida por la ley del 11 de julio de 1975, con su decreto de aplicación del 5 de diciembre, dispone que el cónyuge que no tiene la guarda de los hijos, tiene un derecho de visita que será fijado por el Juez o por convenio, y que este derecho sólo podrá ser negado por motivos graves artículo 288 segundo párrafo¹³.

En España las primeras sentencias conocidas sobre el derecho de visita son de fecha 9 de junio de 1909 y de fecha de 24 de junio de 1929 ambas coinciden pues en estas las madres reclaman el derecho de ver a sus hijos lo cual el padre no les permite y los hijos viven en lugar distinto al de la madre. El tribunal resolvió que la determinación no es ha favor del padre ni de la madre sino que se tiene que tomar en cuenta la convivencia de los niños, pues es derecho natural, nacido del amor materno el que la madre vea a su hijo y por eso el juzgador le concede este derecho dos días a la

¹² Idem. Pág. 34.

¹³ Idem. Pág. 34.

semana y durante varias horas "14.

La ley de divorcio del 2 de marzo de 1932 en su artículo 20 establecía: "El (Cónyuge) que no los tenga en su poder conserva el derecho de comunicarse con ellos y vigilar su educación en la forma que determine su educación quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos"15.

Los tribunales Españoles conceden este derecho de visita al padre o a la madre que no tienen la guarda y custodia del hijo en caso de crisis matrimonial independientemente de a quien le corresponda la patria potestad, en una sentencia del tribunal supremo, el 14 de octubre de 1935 en ponencia de Castan Tobeñas, aún que no se trata directamente el derecho de visita, sino lo que discute es la privación de la patria potestad, parece que es la primera vez que el tribunal supremo hace referencia al derecho de comunicación de los abuelos con los nietos y se señalan límites de la autoridad de los padres.

Una fracción de la sentencia dice que ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que afectaba, por lo menos a esa hija menor, el hecho probado de la prohibición de comunicarse con su abuela, que indudablemente, dada las circunstancias que en el caso concurrían, constituye un abuso de autoridad

14 Idem. Pag. 35.

15 Idem. Pag. 35.

dañosa para los sentimientos de la niña ¹⁶.

Como puede apreciarse en lo anterior, el derecho de visita es un derecho natural de convivencia entre ellos y este, únicamente puede ser limitado por las razones de abuso de autoridad de los padres y el daño a los sentimientos del menor.

Una resolución también importante sobre el tema que tratamos es la emitida por el Tribunal Tutelar de menores de Valencia del 15 de diciembre de 1939; se inicia la controversia, con denuncia del abuelo materno de una menor huérfana de madre. El padre se hallaba preso y la niña estaba en poder de los abuelos paternos y éstos negaban toda comunicación con los abuelos maternos. El tribunal acordó que los abuelos maternos tuvieran comunicación con la niña estimando que ni el padre ni los abuelos paternos del menor pueden oponerse a no mediar justo motivo que en el presente caso no existe, a que la menor sostenga trato y relaciones con los abuelos maternos, sin incurrir en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, máxime tendiendo en cuenta que la madre ha muerto y que es lógico y natural el cariño de los abuelos maternos sienten por su nieta en quien ven la representación de la madre, y por otra parte es también natural que si la ley también impone a los abuelos, no obstante la muerte de la hija, obligaciones de diferente carácter para con los nietos, tengan en justa correspondencia el derecho de tratarlos y de

¹⁶ Idem Pag. 36.

poder vigilar la salud moral y física de la nieta."¹⁷

Como vemos esta sentencia se funda en el derecho natural de convivencia entre ascendientes y descendientes y de las obligaciones respectivas entre éstos y además toma como base el abuso en el ejercicio de la patria potestad.

El artículo 94 del Código Civil dice. "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará el derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía.

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

El artículo 161 dice "El padre y la madre aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores excepto con los adoptados de otro por manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial. No podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre hijo y otros parientes y allegados. En caso de oposición el Juez a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias."¹⁸

La Legislación Argentina prevé este derecho de visita en

¹⁷ Idem. Pág. 36.

¹⁸ Idem. Pág. 37.

las normas relativas a los casos de divorcio, separación o nulidad de matrimonio en los artículos 492 y 493 del Proyecto del Código Civil de 1936.

Es hasta 1975 al incorporarse al Código Civil el artículo 376 bis que a la letra dice: "Los padres, tutores o curadores de los menores o incapaces o quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad, enfermas o imposibilitadas deberán permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente, alimentos. Si se dedujese oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el Juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso".

También la jurisprudencia ha reconocido este derecho de visita a los abuelos, y se dice que este derecho no es contrario a la patria potestad sino un complemento en beneficio de los hijos.

Para Alberto G. Spota¹⁹, el derecho de visita es uno de los medios para que el padre, que no tiene la guarda y custodia del menor, pueda cumplir con sus deberes paternos, y así también pueda manifestarle al menor su afecto. Dicho autor señala que aunque se pierda la patria potestad no es obstáculo para que se niegue el derecho de visita, siempre y cuando no se afecte el interés del menor. Para ello, es importante

¹⁹ *Idem.* Pág. 38.

que el juzgador analice a conciencia la autorización o no de la procedencia del derecho de visita, pues como hemos dicho debe de precisar que en caso de concederse éste no afecte negativamente el desarrollo del menor, es decir el derecho de visita debe de ser siempre en beneficio del menor; además menciona el autor que este derecho es posible suspenderlo en caso de incumplimiento de asistencia al menor.

La Legislación Argentina ha otorgado el derecho de visita a los progenitores de hijos extramatrimoniales cuando no viviendo juntos, a uno de ellos le es concedida la guarda y custodia lo mismo que los abuelos.

La cámara civil ha dicho " Que el derecho del abuelo ha visitar a sus nietos no es contrario al ejercicio de la patria potestad, sino que lo complementa en beneficio de aquellos cuyo interés priva, y que el padre no puede lesionar contrariamente".²⁰.

También dice la cámara civil: "Que si bien es cierto que la ley no prevé el derecho de visita de los abuelos, no lo es menos que, tampoco lo confiere expresamente a favor de los padres sin que por ello se desconozca, pues se funda en principios elementales del derecho natural, en la necesidad de mantener la solidaridad familiar y protege los muy legítimos efectos que derivan de ese orden de relaciones"²¹.

²⁰ Iden, Pag. 39.

²¹ Iden, Pag. 39.

En la Legislación mexicana encontramos ausencia de regulación del derecho de visita; por lo general este se encuentra acordado por las partes sobre todo en los casos de divorcio voluntario, y lo encontramos precisamente en el contenido del convenio que los cónyuges deben de acompañar anexo a la solicitud de divorcio voluntario, y por lo general en estos convenios en la práctica encontramos que en ellos se acuerda el derecho y el régimen de visitas respecto del progenitor que no tiene la custodia del hijo; por lo general en estos convenios las partes determinan horarios y días de visita para que el cónyuge que se encuentra privado de la custodia pueda convivir con el o los menores hijos.

En relación a este derecho de visita encontramos algunas tesis emitidas por la Suprema Corte de la Nación como es la que dice : "Si a la madre se le confiere el cuidado y guarda de su menor hijo, debe ejercitar los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad que de acuerdo con los prevé 422 y 423 del Código Civil del Estado de Guerrero, comprende la obligación de educarlo convenientemente, de corregirlo y castigarlo mesuradamente con una libertad que no tiene más limite que el notorio perjuicio físico o moral de dicho menor. El padre, por su parte tiene derecho de visitar al hijo, de comunicarse y tratar con él, vigilando prudentemente el cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia a cargo de la madre sin pretender una intromisión constante y absoluta que no es lógico, ni siquiera en los casos en que el

matrimonio subsiste, de lo anterior entendemos que aunque no se encuentre reglamentado, existe el derecho de visita.

3.2. NATURALEZA JURIDICA

Es necesario determinar la naturaleza jurídica del derecho de visita. es por ello importante precisar si este derecho es autónomo o es un limite a otros derechos si es un derecho subjetivo o una facultad y las características de este derecho.

Estudiaremos en primer término si el derecho de visita es un derecho autónomo o un limite a otros derechos; al respecto, Chavez Aviña señala que originariamente la doctrina y la jurisprudencia justificaron el derecho de visita en el abuso del ejercicio de la patria potestad que ejercía el progenitor que tenía bajo su guarda al menor y negaba toda relación humana al menor con el otro progenitor, incluso con los abuelos, por lo tanto, este derecho de visita se otorgaba a estos parientes como consecuencia de una limitación a la que estaba sometida la patria potestad; la pretensión de las visitas no se presentaban como un derecho propio sino como un derecho que el titular de la patria potestad no podía negar. De lo anterior se desprende que el derecho de visita no es un derecho autónomo sino que es una limitación a otros derechos.

También es necesario determinar si el derecho de visita es un derecho subjetivo o una facultad. El derecho subjeti-

vo, o más claramente, los derechos subjetivos son facultades que el individuo tiene con relación del grupo social al que pertenece y con relación también al Estado en que forma parte; se define como el conjunto de facultades reconocidas a los individuos por la ley, para realizar determinados actos en satisfacción de sus propios intereses.²²

Facultad es la actitud o potestad de una persona para modificar la situación jurídica existente de uno mismo o de otro. Se entiende por algo que puede hacerse u omitirse.

Facultad se entiende como capacidad, autoridad, aptitud o derecho que tiene una persona para realizar determinada acción por ejemplo cuando decimos que una persona tiene un derecho de propiedad sobre un bien, estamos afirmando que el propietario tiene la facultad o poder, (El derecho) de usar y disponer del bien para su propio provecho con exclusión de los demás, y que esta facultad le está protegida y reconocida por la ley lo mismo ocurre cuando hablamos de la patria potestad; en este último caso la persona que está en posesión del mismo tiene la facultad de ejercer poder sobre el menor.²³

En el Derecho Alemán, casi toda la doctrina, considera al derecho de visita como una facultad. La doctrina Francesa e Italiana consideran al derecho de visita como un derecho Autónomo y el derecho Español lo considera como un derecho

²² EFRAIN MOTO SALAZAR, Elementos de Derecho, Editorial porrua S.A., 33ª Edición, México 1992., Pag. 14.

²³ Iden, Pag. 7

subjetivo.²⁴

El derecho de visita prevalece en el interés del menor, que es el punto de referencia entre este derecho y el régimen de visitas.

El derecho de familia es un derecho especial con particularidades y excepciones. Existe en este derecho actualmente un nuevo concepto denominado derecho deber, derecho función o simplemente derecho función; esta teoría se basa en que el responsable del cumplimiento de un deber requiere para ello contar con un derecho que pueda ejercer. Así uniendo deber y derecho se dice se puede cumplir con los deberes que trae consigo la patria potestad.²⁵

Del análisis de las teorías antes citadas podemos decir que el derecho de visitas es un derecho que tiene por objeto limitar el derecho de la patria potestad y, además, es un derecho subjetivo toda vez que puede ser restringido, y además consideramos que es aplicable a éste la teoría del derecho- deber, pues para el efecto de cumplir con los deberes que se derivan del ejercicio de la patria potestad es necesario que el que la ejerce ostente determinados derechos, como por ejemplo para poder cumplir con el deber de educar a los hijos es necesario hacer uso de correcciones, en cuanto a su conducta, es necesario el derecho de corrección que deben

²⁴ CHAVEZ AVILA, Ob. Cit. pag. 44

²⁵ Idem Pag. 45

de tener los progenitores respecto de los hijos.

Por lo anterior estimamos que el derecho de visita se fundamenta en la existencia de las relaciones paterno filiales que es de donde surgen los deberes y facultades de la patria potestad y por ende el derecho de visita se encuentra en el ejercicio de ésta, pues al producirse la crisis conyugal este derecho de visita se presenta como un factor de apoyo para continuar con las relaciones de convivencia entre el progenitor y los hijos, cuando éstos sean separados; entonces el fundamento del derecho de visita es la posibilidad de continuar la vigilancia, cuidado y convivencia entre los progenitores y los hijos que no viven juntos, con la finalidad de continuar los lazos afectivos familiares.

De lo anterior, podemos entender que el derecho de visita es un derecho personalísimo, inalienable, irrenunciable, temporal, subordinado; es personalísimo por que únicamente atribuible a la persona del progenitor que no ostenta la custodia del menor, siempre y cuando no se encuentre privado de la patria potestad, y además es conferido para continuar el afecto y la convivencia de éste con el menor; es inalienable porque no puede transmitirse en virtud de ser un derecho personalísimo, pues es concedido para continuar con las relaciones afectivas entre el progenitor y el menor; irrenunciable, por ser de interés público el desarrollo integral de los menores y si no existe una causa justa no podrá eximirse al titular de este derecho de cumplir con su deber de vigilar, convivir e incrementar las relaciones

afectivas entre el menor y el progenitor; es temporal el derecho de visitas pues solamente subsiste hasta en tanto el hijo alcance la mayoría de edad o se emancipe, es decir este derecho únicamente es procedente durante la minoría de edad de los hijos; es subordinado porque hemos dicho que el derecho de visita surge como consecuencia de la separación de los cónyuges, para continuar los lazos afectivos, la convivencia, entre el hijo y el progenitor que se encuentra separado, con la finalidad de salvaguardar los intereses del menor pues es quien se encuentra protegido por este derecho por lo que debe estar supeditado a los intereses del menor y no del progenitor.

3.3 CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA.

El contenido del derecho de visita según se desprende de todo lo anterior; es la comunicación, convivencia, vigilancia, y un límite al ejercicio de la patria potestad; la comunicación implica la relación entre el progenitor y el menor mediante un proceso continuo de transmisión de ideas recíprocas mediante la posibilidad de que el progenitor tenga acceso al menor, en el domicilio de éste; sin embargo, en este caso el titular de la custodia está obligado a soportar la presencia del visitador, lo que impide al hijo y al progenitor relacionarse satisfactoriamente con su hijo. Debido a esto se ha visto a través del tiempo la necesidad de incluir dentro del contenido del derecho de visita la comunicación indirecta por correspondencia que puede ser escrita,

por telegrama y por vía telefónica, incluso por medio de otras personas, para llegar a ampliarse hasta lograr la convivencia con la estancia del menor en el domicilio del padre titular del derecho de visita.²⁶

Existe un límite al derecho de visita. El primero y fundamental es el interés del menor de tal forma que si se resiente o le afectan las visitas, podrá limitarse o modificarse la forma de realizar éstas de la manera que más convenga al menor.

Tampoco es aceptable que el visitador abuse de este derecho, es decir que se extralimite a lo estipulado en relación al régimen de las visitas y disponga excesivamente del tiempo que le ha sido concedido para este derecho, incluso que disponga del tiempo no para convivir con el menor sino para llevarlo a casa de otros parientes pues este derecho se da para fomentar la convivencia y los lazos afectivos entre el progenitor y el menor.

Tampoco puede ser aceptable que el visitador mande al menor a vacacionar a algún país extranjero o a un lugar dentro del país pero lejos de su domicilio, pues en este caso no se estaría cumpliendo con la finalidad del derecho de visita puesto que no habría convivencia entre el progenitor y el menor y tan poco se estarían fomentando los lazos afectivos y lo que es más peor el menor no estaría bajo su vigilancia.

²⁶ MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO, *Convenios Conyugales y Familiares*, Editorial Porrúa S.A., México 1991, Pag. 116.

Por otra parte el visitador debe de respetar las costumbres, forma y manera de vivir del menor, además no debe de interrumpirse su calendario escolar y decidir en lo posible con el menor lo relativo a las vacaciones y formas de convivencia.

Para CHAVEZ AVIÑA²⁷, el contenido de un derecho es el ámbito de actuación concedido a un sujeto, es decir el poder o el conjunto de poderes reconocidos a su titular para la satisfacción de los bienes e intereses jurídicos que protege el derecho.

Se ha estimado que el derecho de visita es privativo del progenitor que no ostenta la custodia del menor, sin embargo la jurisprudencia lo ha hecho extensivo a los abuelos y a los tíos en atención a los intereses del menor.

Considera además que el contenido de este derecho se basa en el derecho natural que se genera de la relación paterno-filial; que por medio de este derecho trata de proteger y promover las relaciones afectivas entre los titulares de tal derecho, siempre prevaleciendo el interés del menor,

Independientemente de los motivos que dieron lugar a la separación entre el progenitor y el menor, con la única limitación que es la privación del ejercicio de la patria potestad²⁸.

²⁷ Ob. Cit. Pág. 49.

²⁸ Amparo Directo 2026/84, Constantino Diaz Villa, 04 de Junio de 1984, Unanimidad de votos, Ponente: GLORIA LEÓN ORANTES

3.4 SUJETOS DEL DERECHO DE VISITA

Los sujetos del derecho de visita son en este caso los titulares del mismo, son el progenitor y el menor y, en algunos casos, los abuelos paternos y maternos e incluso los parientes como son los tíos. Como es de verse encontramos cuatro sujetos diferentes que pueden titulares del derecho de visita: el progenitor que por crisis matrimonial, divorcio, separación o nulidad no tiene la custodia del menor. También es aplicable a los progenitores que han tenido hijos extramatrimoniales; pues quien no tiene la custodia tiene derecho a ver y convivir con sus hijos. El hijo mismo también es titular de este derecho.

El derecho del progenitor, es indiscutible, y para ello se pacta en el convenio la forma y manera de como el que no tiene la custodia podrá convivir con el hijo, y se puede aplicar también por los hijos nacidos fuera del matrimonio.

En la doctrina se ha planteado si los abuelos son titulares de este derecho. A través de la evolución en Europa, se ha reconocido este derecho a los abuelos y consecuentemente el derecho de solicitar de tener bajo su custodia a sus nietos o convivir con ellos. Nuestro derecho considera que la patria potestad también corresponde a los abuelos, como se encuentra previsto en los artículos 414 y 418 del Código Civil. En conclusión les corresponda el derecho de visitas.

En apoyo a esto existe ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fecha 4 de junio de 1983 la cual

dice "es indiscutible que conforme a los artículos 414, 420, 445, 446 del Código Civil del Distrito Federal, a la muerte del padre de los menores, la patria potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de éstos y solamente ha ella corresponde la guarda y custodia de los mismos. Sin embargo el abuelo, en el caso el paterno no solo tiene derecho, sino también tiene la obligación de relacionarse con sus menores nietos, proporcionándoles afecto, consejo y cooperar con la madre de los mismos a su debida formación. Derecho y obligación que se funda no solo en la naturaleza paterno -filiales que existieron entre el abuelo y su hijo, y entre él y sus menores, sino también en la necesidad en que dichos menores tengan el apoyo de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la patria potestad, así como el de su abuelo paterno, a falta de padre; relaciones que el Código Civil del distrito federal reconoce al señalar en el art. 414 a los abuelos como una de las personas que deben ejercer la patria potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en el art. 303 al establecer su obligación de proporcionar alimentos a falta o imposibilidad de aquellos, y en el art. 1609 al consagrar su derecho de heredar por estirpe en la sucesión legítima de los abuelos. Luego, el que el abuelo tenga relaciones con sus nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no sólo debe ser reconocido por el Juez, sino también para ser efectivo dicho juzgador debe de reglamentar la forma en que han de efectuarse las relaciones entre abuelo y nieto, tomando en consideración todas las circunstancias

que se relacionen en el caso, haciendo uso, inclusive de los medios de prueba que le faculta el art. 495 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal para determinar con ello la forma que más beneficie a los menores".²⁹

En Francia a partir de la concesion del derecho de visita a los abuelos, se fue empleando a otras personas, como a los padrinos y parientes colaterales. Pero para estos casos es necesario alguna otra circunstancia, como la de haber criado al menor incluso tenerle un afecto especial. Actualmente el Código Civil Español, es su art. 161 señala que "no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el hijo y otros parientes allegados".

Entonces el menor en estos términos es el principal interesado en que se realicen las visitas. Es el sujeto principal de la relación jurídica paterno filial, la cual establece en su beneficio. Es importante agregar que la persona que tiene la custodia del menor debe permitir que los titulares del derecho de visita lo puedan ejercer. Más que el deber de no hacer que significa no interferir en la esfera jurídica de los titulares de este derecho, tiene el deber de respetar, para facilitar las relaciones entre el visitador y el menor³⁰.

²⁹ F. CHAVEZ AGENCIO, Ob. Cit., Pag. 117.

³⁰ Idem. Pag. 118.

3.5 CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE VISITA

Para que la relación interpersonal visitador-menor pueda realizarse, es necesario la participación tanto de los titulares de este derecho como la del progenitor que tiene bajo su custodia a los menores.

Hemos dicho que el sujeto principal de este derecho es el menor, pues se busca su bien personal en todos sus aspectos, su desarrollo armónico en lo humano, espiritual y religioso, para así lograr una formación integral del menor. El interés del menor está claramente destacado en nuestra legislación y principalmente en los art. 283, 284, y 422 del Código Civil.

El primero de éstos señala que a la sentencia de divorcio se fijará la situación de los hijos para lo cual el "Juez goza de las mas amplias facultades para lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y el cuidado de los hijos, debiendo tener los elementos de juicio para ello."

El segundo de los numerales mencionados previene que "antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el Juez podrá acordar, a petición de los abuelos tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores..."

De estas disposiciones legales citadas destaca el interés que el legislador tiene sobre el menor, y al respecto es necesario preguntarse: ¿quien debe decidir sobre lo que

conviene al menor ?. En primer término pensamos que al respecto deben de ser los padres quienes decidan pues son ellos quienes conocen al menor y saben cuales son sus necesidades. Para el caso de no existir acuerdo entre ellos sobre que conviene más al menor el Juez se encuentra facultado para resolver al respecto.

Aún cuando no hay consenso en la doctrina sobre la opinión del menor, al respecto consideramos que es necesario escuchar la opinión de éste, pues como sujeto de esta relación jurídica es importante tomar su opinión, así como que de ser posible se debe de tomar en cuenta su edad.

Es lógico que se pueden presentar conflictos de intereses entre quienes se encuentran sujetos a esta relación. Por esta razón es necesario que al tomarse los acuerdos respectivos, éstos sean lo más claros posibles en atención al régimen de visitas.

Como abuso del derecho de visita se puede señalar: que el visitador las aproveche para obstaculizar las facultades que ejerce el custodio; o utilizar la influencia con el menor para desviar el cariño que este tiene al custodio; o cuando interfiere en su formación personal-intelectual no respetando las costumbres e ideas del menor, así como las prácticas religiosas lo que pueden generar conflictos.

También pueden considerarse abusos, el hecho de que el visitador no tenga consigo al menor y lo deje en manos de terceros, hable mal del custodio, el retraso en la entrega del menor y la falta de respeto a los horarios establecidos.

La propuesta a la solución de estos posibles conflictos podrá ser el condicionamiento de las visitas, como por ejemplo apercibir al visitador para que en caso de abusar de este derecho, le sea suspendido.

Para el caso de que fuere el visitador el lesionado al no respetarse su derecho de visita, éste tiene la protección jurídica de solicitar a los tribunales el auxilio. En la realidad estos conflictos son muy frecuentes puesto que quien tiene la custodia del menor niega derecho la posibilidad al otro progenitor de convivir con sus hijos, o a los abuelos, interponiendo múltiples excusas como son enfermedad del menor, escasa edad, que afecta la tranquilidad del mismo, que el titular no paso a la hora fijada o no lo devuelve a la hora convenida, al respecto el titular de este derecho cuando no es cumplido por la otra parte, puede acudir ante el Juez familiar y éste con las medidas de apremio establecidas por la ley apercibirá al custodio para que permita la relación progenitor menor sin obstaculizarla.

Como una posibilidad de defensa a ese derecho que tiene el progenitor encontramos la protección civil, pues en el convenio puede establecerse cláusula penal para el caso de incumplimiento del mismo lo cual puede pactarse en el derecho alemán.³¹

³¹ Idem, Pág. 113.

3.6 MODIFICACION DEL DERECHO DE VISITA

Hemos hablado sobre los límites del derecho de visita y la forma posible de evitar los abusos de este, ahora bien, consideramos necesario hablar de su modificación, estimamos que en los art. 283, 284, 422 y 444 del C.C. y 941 C.P.C. que reglamentan la patria potestad también facultan al juzgador para modificar el derecho de visita y el art. 94 del C.P.C. contiene el principio general de la posibilidad de modificar la relación paterno filial dentro de la cual está incluido el derecho de visita. El problema consiste en determinar cuándo existe causa o motivo para la alteración del derecho de visita, además esta debe de ser probada por quien lo alegue.

Debemos tomar en cuenta antes que nada que este derecho tiene como sujeto principal al menor, por lo tanto cuando haya afectación directa a sus intereses es posible la realización de la modificación de las visitas. Para que ésta pueda solicitarse es necesario la existencia de hechos que afecten el desarrollo o la integridad del menor, y esto puede ser materia de convenio o decisión judicial.

Hay que distinguir la modificación cuantitativa de la cualitativa. La modificación cuantitativa se refiere a la posibilidad de ampliar o disminuir las visitas, y la cualitativa puede significar cambio de visitas breves y numerosas, por visitas en contrario largas o menos frecuentes, o bien, la prohibición de la presencia de ciertas personas durante la

visita, que puedan afectar al desarrollo de la convivencia.³²

3.7 SUSPENSION Y PERDIDA DEL DERECHO DE VISITA

La suspensión del derecho de visita supone la privación temporal de las visitas o relaciones personales entre el menor y el visitador, consideramos que esta es únicamente procedente por decisión del juzgador el cual deberá tomar en cuenta los intereses del menor.

En algunas ocasiones la suspensión puede presentarse como una medida de modificación al régimen de visitas, cuando haya aparecido durante el desarrollo de esta alguna circunstancia que afecte a los intereses del menor; también puede presentarse por causa grave.

Estudiaremos entonces algunos motivos que pueden ser causa de suspensión del derecho de visita, unas pueden ser en atención al beneficiario y otras al menor; las relacionadas con el beneficiario pueden ser ajenas o derivadas a la voluntad del visitador, como pueden ser el no disponer durante cierto tiempo de una habitación digna para recibir al menor, si se usan las visitas para indisponer al menor con su custodia, el no dar el cuidado y cariño necesarios al menor, la presencia de una conducta negativa del visitador que pueda influir en el desarrollo del menor, como puede ser el alcoholismo o drogadicción del padre, también puede ser causa de suspensión la falta de recursos económicos del visitador para

³² Idem. Pág. 120.

cumplir con sus deberes de las visitas, por no querer este último trabajar.

Los motivos de suspensión relacionados con el menor pueden ser por circunstancias ajenas a la voluntad de éste, y que pueden ser por motivos de salud, o estudio, por ejemplo una enfermedad que requiera de una hospitalización prolongada o que el menor tenga que estudiar lejos del domicilio del custodio, porque tenga la necesidad de un alojamiento prolongado en distinto lugar, también podemos encontrar motivos internos, esto es cuando las tensiones entre el visitador y el custodio perjudiquen al menor y para evitarlo es necesario suspender las visitas, también igualmente pueden suspenderse las visitas cuando el hijo atraviesa por una etapa difícil en su desarrollo emocional y las visitas resultaran negativas para éste.

En atención a lo anterior, podemos mencionar el art. 272.2 del Código Civil Suizo que dice "si las relaciones personales comprometen el desarrollo del niño, si los padres que las mantienen violan sus obligaciones, sino se ha cuidado seriamente al hijo, o si existen otros justos motivos, el derecho de mantener esas relaciones pueden serles denegado o retirado".³³

PERDIDA

La pérdida del derecho de visita es una de las más graves decisiones que pueden tomarse pues ésta se puede

³³ CHAVEZ AVILA, Ob. Cit. Pag. 95.

perder definitivamente por causa grave, estima el autor (Chavez Asencio) que está relacionado con la pérdida de la patria potestad, pues quien no la tiene, difícilmente puede conservar el derecho de visitar a su hijo. Ya que este derecho está relacionado con la naturaleza de la persona y basado en las relaciones paterno filiales, y en los lazos afectivos, de tal manera cuando éstos no existen no hay razón para que continúe el derecho de visita.³⁴

Al respecto existe ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice: "Como el derecho de visitar a los hijos deriva de la patria potestad y no se trata de un derecho absoluto, que derive exclusivamente de la filiación sino que requiere la existencia de la patria potestad para ser exigible, al perderse la patria potestad debe perderse también el derecho de visitar al menor, pues sería contradictorio de un progenitor que no ha cumplido con sus obligaciones respecto del hijo conserve el derecho de visitarlo libremente."³⁵

3.8 DEFENSA DEL DERECHO DE VISITA

Cuando el derecho de visita se vulnera es necesario para hacer cumplir este derecho a la persona aplicar medidas que tiendan a la restitución de éste o, en su caso, resarcir los

³⁴ MANUEL F. CHAVEZ ASENCIO, Ob. Cit. Pag. 121.

³⁵ AmparoDirecto 5878/87, ARIELA KATZ KENNER. 29 de Diciembre de 1987. Unanimidad de votos.
Ponente: JOSE MANUEL VILLAGORDOA LOZANO

daños y perjuicios ocasionados.

Puede existir conflicto cuando el que tiene la custodia del menor no facilita o impide el derecho al visitador, y por otro lado el beneficiario hace mal uso de ese derecho. En la realidad estos problemas son muy frecuentes por lo que generan conflictos y es necesario que el ofendido ocurra ante el Juez a solicitar se le restituya el derecho.

Al respecto encontramos la protección civil. Para el goce y ejercicio del derecho de visita es necesaria una actitud determinada del custodio, que no solo debe de permitir la relaciones que integran el derecho de visita, también debe de facilitar estas relaciones, es decir, debe de facilitar la convivencia entre el progenitor y el menor, pues si niega su entrega estará incumpliendo su obligación y de la cual puede exigirsele el cumplimiento.

DEFENSA PREVENTIVA. Para prevenir conflictos y para caso de incumplimiento a la obligación de no obstaculizar el derecho de visita con anterioridad hemos mencionado la posibilidad de la existencia en el convenio de una cláusula penal para el incumplimiento del régimen de visitas.

Podemos encontrar también los medios indirectos de defensa que son el pago de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento; la suspensión de la pensión alimenticia y la posibilidad de conceder la custodia al progenitor que se le a vulnerado el derecho de visita. Respecto del pago de daños y perjuicios, esta posibilidad se presenta cuando no es posible establecer medidas de apremio al custodio del

menor para el cumplimiento de la obligación de facilitar la convivencia entre el progenitor y el menor. Respecto de la suspensión de la pensión alimenticia; en este caso el medio de defensa es suspender la pensión alimenticia que tuviera que administrar el visitador a la persona encargada del menor. Esto no se trata de una decisión unilateral de suspender la pensión alimenticia, sino que el beneficiario puede acudir ante el Juez familiar y exponer el problema solicitando esta sanción la cual podrá ser aprobada con fundamento en la fracción III del art. 320 del C.C.. Respecto de la posibilidad de atribuir la guardia y custodia del menor al titular del derecho de visita vulnerado. Podría ser esta sanción para el caso de que ninguno de los medios de defensa antes señalados procediera, debiéndose hacer una revisión y reorganización de las relaciones entre los interesados y se puede llegar incluso a la determinación de entregar la custodia del menor al progenitor que le ha sido vulnerado el derecho de visita.

También podríamos incluir dentro de la defensa del derecho de visita situaciones de índole penal, debido a que las medidas de apremio en materia civil en muchas ocasiones son ineficaces.

CAPITULO IV**"REGIMEN LEGAL DEL DERECHO DE VISITA"****4.1 NECESIDAD DE LA REGULACION JURIDICA DEL DERECHO DE VISITA.**

El presente estudio examina el Estado actual del derecho mexicano en materia de reglamentación de derecho de visitas el cual para nuestra opinión constituye una total deficiencia de esta regulación, por lo que, sugerimos posibles modificaciones y adiciones a nuestro Código Civil en materia de divorcio que podrian contribuir a su reglamentación.

El estudio de toda relación jurídica comprende tanto el análisis de las fuentes que la determinan, como el contenido mismo de la relación, tratándose del derecho de visita fue necesario el estudio de uno y otro aspecto, por lo que hace al primero; la fuente de donde surge el derecho de visita. Hemos que dicho surge del hecho del nacimiento de una persona, por este hecho cuando se le concede al nacido nombre y apellido por parte de los progenitores se generan consecuen-

cias jurídicas hacia éstos, es decir, el hecho de la filiación trae como consecuencia para los padres, el ejercicio de la patria potestad. Esta figura jurídica, la patria potestad, llegada a nuestro derecho con una denominación de origen romano, se aparecía en nuestro Código Civil como propia únicamente de la filiación legítima y como atributo exclusivo del padre. Sucesivas modificaciones han hecho que pierda estas características, y repetidos ataques se han lanzado contra el nombre de esta institución pues hemos visto en el capítulo correspondiente que su denominación ya no corresponde a la situación actual de esta figura jurídica.

Consideramos que la modificación más trascendental en relación a la materia de patria potestad es la que se refiere a "La patria potestad, sobre los hijos de matrimonio se ejerce por: I.- El padre y la madre;" (art. 414 C.C.) Como consecuencia de lo anterior, el código consagra el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, en forma conjunta por los padres. Si se toma en cuenta que la patria potestad involucra fundamentalmente el manejo de las relaciones entre los padres y los hijos, y también encontramos relaciones patrimoniales del hijo de familia, es conocido que en la práctica es una dificultad el manejo dual del matrimonio, y esas dificultades adquieren el carácter de verdaderamente insuperables cuando los cónyuges han deteriorado sus relaciones o, peor aún, cuando se extinguen éstas totalmente. En esta hipótesis cuando el perjuicio que para los intereses del menor entraña la patria potestad compartida se aprecia

con mayor nitidés. ¿Como pensar, por ejemplo que los cónyuges que no se hablan entre sí puedan ponerse de acuerdo respecto del mejor destino que ha de darse al menor?

Las atribuciones inherentes a la patria potestad van encaminadas a la pretección del menor. Por razón de su edad, el hijo menor de edad, requiere de alguien plenamente capaz para que lo represente en el mundo del derecho. Por lo tanto, no puede entenderse la patria potestad como un simple derecho subjetivo del padre, por el contrario esta figura gira en torno del menor de edad, a quien su corta edad le impide actuar por sí mismo en relaciones jurídicas, es entonces el objeto de la patria potestad, el de perseguir únicamente la mejor defensa de los intereses del hijo.

Lo que se traduce en el cuidado personal del hijo. En relación con este estudio del nexo paterno-filial no existe en nuestro código modificación sustancial. La ausencia de legislación respecto del derecho de visita hace más difícil aún el cumplimiento del objeto de la patria potestad, es decir, por este hecho en muchas ocasiones los padres que han sufrido la separación de éstos con sus hijos les resulta en múltiples ocasiones dificultoso el hecho de convivir y relacionarse con sus hijos, por la negativa a que esto se lleve a cabo por el progenitor que tiene bajo su guarda y custodia a los menores, es decir, este último obstaculiza la posibilidad de que el primero cumpla con su deber de padre de vigilar, educar y comunicarse plenamente con sus hijos lo cual se hace más difícil aún por la ausencia en nuestra

Legislación para poder dirimir esa controversia, la cual a nuestro parecer puede resolverse a través de una reglamentación del derecho de visita a los menores, ya sea en caso de divorcio o separación de los cónyuges.

La ausencia de esta regulación del derecho de visita ha originado que en la práctica se hayan hecho algunas aplicaciones al respecto, como lo es principalmente en los casos de divorcio voluntario judicial, al presentarse adjunto a la solicitud de disolución del vínculo matrimonial, el convenio que requiere el artículo 273 de nuestro Código Civil, en el cual por regla general ambos conyuges de común acuerdo estipulan el régimen de visitas que ha de desarrollarse durante el procedimiento y después de ejecutoriado el divorcio.

Como resultado de la no regulación jurídica de este derecho de visitas, se generan absurdas regulaciones de Naturaleza Administrativa que impiden al padre legítimo salir del país con su hijo mientras no cuente con la autorización expresa del otro progenitor, o mientras no logra acreditar que su cónyuge ha sido privado de la patria potestad. Las decisiones adoptadas por juzgados familiares que privan de la patria potestad al padre, niegan que éste tenga derecho a que visite al menor hijo. Consideramos que al padre o a la madre que han sido privados del cuidado personal del hijo, conserva en todo caso el derecho de visitarlo. Existe actualmente toda una perniciosa y antijurídica práctica en los juzgados familiares, pues se ha ideado por los titulares de éstos, el proceso de "Reglamentación de visitas", que según

ellos se tramita por vía incidental, y como resultado de ello el juzgador determina no solo las horas, y lugares en que el demandante ha de visitar al hijo que se encuentra en poder del demandado, sino también lo referente a las vacaciones del menor, de lo que resulta imposible imaginar una mayor cantidad de errores juntos. En primer término no existe precepto legal alguno en nuestra Legislación Civil ni procesal civil que confiera facultades al juzgador para determinar lo relativo a las controversias relativas a visitas de menores. En segundo término ninguna disposición legal señala procedimiento a seguirse para resolución de estas controversias y, finalmente, es absurdo pretender que una reglamentación de visitas suponga distribución de vacaciones entre el hijo y los padres. En algunos casos es de verse la prepotencia de los juzgadores familiares, amparada por la creencia de que estas facultades se encuentran previstas en el artículo 283 de nuestro Código Civil y 941 del Código Procedimental, sobre esto es necesario hacer notar que el juzgador está facultado en estos preceptos legales para determinar, en su caso, a cual de los cónyuges le será confiada la custodia y cuidado de los hijos, incluso de intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, decretando las medidas que tiendan a preservarla y proteger a sus miembros. Respecto de la ausencia de legislación que regule lo referente al derecho de visita a los menores en casos de divorcio, consideramos que éste no es un simple derecho, sino que es un derecho de fundamental trascendencia, pues se ha dicho que su finalidad,

es posibilidad de convivencia progenitor-menor para continuar los lazos afectivos y el progenitor desvinculado de la custodia del menor, pueda convivir con éste y así poder vigilarlo y educarlo para lograr el desarrollo integral del menor.

Es necesario entonces la reglamentación en nuestra Legislación Civil del derecho de visitas, reglamentación que proponemos se base en los siguientes puntos:

1. Todo padre privado de la custodia y cuidado de sus hijos tiene derecho a convivir y comunicarse con ellos, sin afectar sus intereses.

2. Las normas que rigen al derecho de visita son de orden público y por lo tanto, las normas en éste derecho consagradas son de carácter irrenunciable.

3. Solo podrá negarse éste derecho en los casos de pérdida de la patria potestad, pues sería ilógico que a quien se le ha condenado a la pérdida de ésta, se la permita convivir con el menor.

4. Se deberá tomar en cuenta, al apreciar lo hechos; los usos y costumbres propios del medio social y cultural en que el menor se ha desarrollado, siempre y cuando dichos, usos y costumbres no sean contrarios a la ley.

5. Se deberá tomar en cuenta que la finalidad del derecho de visita es: continuar y fortalecer los lazos afectivos progenitor-menor; tutelar en su caso los derechos del menor y brindarles protección.

6. Todo menor tiene derecho a ser protegido, cuidado y a

la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social.

7. Es deber de los padres, velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para el logro de un desarrollo integral.

8. El menor debe ser protegido de cualquier forma de abandono, descuido, violencia o trato negligente, por lo que, es necesario garantizar su protección.

9. De ser posible se oirá la opinión del menor.

10. El menor tiene derecho al descanso y al esparcimiento.

También consideramos necesario prever en la regulación jurídica del derecho de visita, causas de suspensión que nuestro juicio podrian ser:

1. El abuso del derecho de visita, es decir, que el visitador tenga al menor más tiempo del estipulado sin consentimiento previo del progenitor que tiene bajo su cuidado al menor.

2.El incumplimiento del visitador con el régimen de visitas.

3. El hecho de que el visitador durante el tiempo concedido para las visitas deje al menor al cuidado de persona diversa.

4. Los malos hábitos del visitador, cuando éstos afecten los intereses del menor. Entendiendo por malos hábitos toda conducta que menoscabe la personalidad del menor.

5. Por enfermedad del visitador o del menor, cuando esta

sea contagiosa o grave y se ponga en riesgo la salud sobre todo del menor.

6. Cuando el visitador reiteradamente se haga acompañar a las visitas de su nueva pareja o personas extrañas.

7. En caso de incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del visitador.

4.2 JUSTIFICACION SOCIAL

La situación de la familia frente al régimen normativo se proyecta en tres vertientes: material, cultural y afectiva. Por lo tanto, las funciones de la familia con respecto al menor deben asegurar su evolución normal en lo físico, en lo intelectual y en lo afectivo; sin embargo, la función primordial de la familia es dar al menor los elementos básicos que le permitan el desarrollo de su personalidad, y la capacidad de enfrentar los diferentes problemas de la vida sin comprometer su felicidad. En el orden sociocultural la familia debe enseñar al niño a convivir en sociedad, esto sería imposible de realizar, en caso de la ruptura familiar, y más aún si ésta se ha presentado y el progenitor que tiene bajo su custodia a los menores obstaculiza la convivencia y la comunicación entre el progenitor que ha sido privado de la custodia del menor. En este orden de ideas sería imposible que quien no detenta la custodia de un menor, pudiera cumplir con sus deberes de cuidar, vigilar y convivir con el menor y por ello provocaría consecuencias nocivas en el desarrollo

normal del menor, es decir, se provocarían consecuencias en el comportamiento del menor las cuales serían difíciles de corregir. Estas consecuencias podrían ser precoces o tardías originando problemas de comportamiento social y familiar del menor, que podrían evolucionar hasta provocar una delincuencia, es por ello necesaria la presencia ante el menor de la figura paternal, pues impone ante el menor un cierto temor que puede ser que obligue al menor a comportarse de una manera positiva ante la sociedad, por ello, es necesario procurar un medio de acercamiento y convivencia entre el menor y el progenitor, y para esto se requiere que no se deterioren los lazos afectivos entre ellos, pues el derecho de visita tiene como finalidad, además, disminuir de algún modo la afeción que produce la separación de los padres sobre los menores, esta separación genera en los menores un desequilibrio emocional que puede desembocar en conductas negativas que afecten a la persona del menor, incluso a la sociedad, pues estas conductas negativas pueden traducirse en delictuosas. Por lo tanto, con el fin de evitar desequilibrios emocionales en los menores cuando sus progenitores por diversas causas se separan, es necesario establecer en nuestra Legislación Civil un régimen de visitas, sobre todo para tratar que el menor desarrolle integral y armónicamente sus facultades como individuo.

4.3 JUSTIFICACION JURIDICA

El ser humano es quien crea sus propias normas que se

resuelven en juicios lógicos, para poner en juego los medios tendientes a la realización de los fines que se proponga, por lo que, se dice que la libertad humana, en términos genéricos en que la hemos concebido, esto es, como facultad o posibilidad de forjación de fines y la aplicación de los medios idóneos respectivos, subjetivos y objetivos, es eminentemente autónoma, puesto que él mismo crea sus propias reglas.

Sin embargo, el hombre es un ser esencialmente sociable, pues es imposible imaginar a su existencia fuera de la convivencia con sus semejantes, para que su vida en común sea posible y pueda desarrollarse en orden, y para evitar un caos social, es necesario que exista una regulación que dirija esa vida en común, que norme las relaciones humanas sociales, es, decir, es necesario que exista un derecho, concebido como un conjunto de normas bilaterales, imperativas, obligatorias y coercitivas, pues el derecho es inseparable de toda convivencia humana y sin él sería imposible.

Es necesario que toda sociedad humana cuente con un orden jurídico que haga posible la vida en común y de la comunidad misma, y que éstas disposiciones estén colocadas sobre la voluntad de los miembros de la sociedad, de tal manera que se imponga a éstos como normas de conducta en las relaciones sociales.

El fin del orden jurídico en la sociedad es regular las relaciones que se desarrollan en el seno de la convivencia social, estableciéndose esta regulación de un modo imperativo de tal modo que las normas de conducta que lo constituyen

rigen sobre o contra la voluntad de los individuos a los que se les aplica.

La regulación jurídica es indispensable para la existencia, subsistencia y dinámica de la sociedad en todos sus aspectos. Sin el derecho, que implanta el orden normativo necesario para la vida social, ésta no podría desarrollarse. La normatividad jurídica es para toda la colectividad humana, lo que el agua para los peces, o sea, que sus elementos son imprescindibles para la vida en sus respectivos casos. En toda comunidad, independientemente de sus condiciones tempore-espaciales, siempre ha funcionado el derecho.

Si analizamos los actos, las aspiraciones, las inquietudes, las tendencias, y en general, la vida del hombre podemos observar que estas también van encaminadas a un fin que es superarse así mismo, y obtener una felicidad la cual pretende conseguirla mediante la realización de los fines específicos que se ha propuesto y que se determinan, particularmente en sus objetivos. De esto podemos deducir que los seres humanos, por más diversos que parezcan sus caracteres y sus temperamentos y por más diversos sus fines particulares, por más contrarios sus actitudes coinciden en un punto fundamental que es el logro de la felicidad. Y por ello, es necesario para lograr una convivencia social y el alcance de la felicidad tanto de los progenitores como de los menores que se encuentren separados, la regulación más adecuada del derecho de visitas, sobre todo si se trata que el menor desarrolle armónicamente sus facultades como individuo, y que el

progenitor cumpla con sus deberes que se derivan del ejercicio de la patria potestad, es decir, el deber de vigilar, educar y convivir con el menor para que éste tenga un desarrollo normal; se debe legislar sobre este particular desde el punto de vista jurídico, toda vez que el derecho de visita es un derecho público que tiene como objeto primordial el alcance de un desarrollo integral del menor a través de la vigilancia del progenitor.

CONCLUSIONES.

1.- El derecho de visita deriva de las relaciones paternofiliales, y se ejercita en el proceso de separación de los cónyuges, por el progenitor que ha sido separado de sus hijos.

2.- En la práctica el régimen de visita se estipula por los cónyuges en el convenio que presentan anexo a la solicitud del divorcio.

3.- El régimen de visitas que los divorciantes estipulan no deberá afectar los intereses del menor.

4.- El conyuge que fue privado del cuidado y custodia de sus hijos no pierde el derecho de convivir adecuadamente con ellos.

5.- El derecho de visita consiste en términos generales en la posibilidad de que los padres que no tienen la custodia de sus hijos, puedan convivir periódicamente con éstos.

6.- El padre que conserva la patria potestad mantiene el derecho de visitar al menor, por lo tanto, debe vigilar y convivir, educar al menor, e incluso puede solicitar el cambio de la guarda del menor.

7.- La regulación del derecho de visita debe procurar un medio de acercamiento y convivencia entre el menor y el progenitor.

8.- El derecho de visita no debe limitarse únicamente a la visita material de los padres, sino debe contener una comunicación personal en forma total entre padres e hijos.

9.- En el derecho de visita prevalece el interés del menor que es el punto de referencia entre este derecho y su régimen.

10.- Las características del derecho de visita son: Es un derecho personalísimo, inalienable, irrenunciable, temporal, y subordinado.

11.-El contenido del derecho de visita, es la comunicación y convivencia entre padre y menor, así como, la vigilancia de este sobre aquél, además de servir como límite al ejercicio de la patria potestad.

12.- Los sujetos del derecho de visita son el progenitor y el menor; siendo además extensivo a los abuelos paternos y maternos, incluso otros parientes colaterales.

13.- El derecho de visita puede ser modificado atendiendo a las circunstancias, y se suspenderá o incluso puede perderse, cuando se desvíen sus fines.

En consecuencia de todo lo anterior consideramos que debe reformarse en el Código Civil los artículos 259, 273 Fracción I, 282, Fracción VI, y 283, así mismo proponemos la adición de algunos artículos bis.

Por lo que nos permitimos proponer un ante proyecto de reformas y adiciones para quedar como sigue:

Art. 259 dice: "Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el Juez resolverá a su criterio las circunstancias del caso."

Debera decir "Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos, así como el régimen de visitas y el Juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso."

Art. 273 frac. I dice: "1.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;".

Debe decir "Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, así como el régimen de visitas, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;".

Art. 282 frac. VI dice: " Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos ... El Juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente."

Debe decir: " Poner a los hijos... El Juez previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente y, además, fijará el régimen de visitas cuando no haya sido acordado por los cónyuges."

Art. 283 dice: "La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, ..., Y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener..."

Debe decir: " La sentencia de divorcio fijara la situación de los hijos, ..., Y en especial la custodia, cuidado de los hijos y el régimen de visitas..."

PROPUESTA DE ADICION

Artículo 273 A.- En el régimen de visitas los divorciantes determinarán:

I.- Los días en que han de realizarse las visitas y el horario comprendido para éstas;

II.- Los días en que podrá el menor pernoctar en el domicilio del visitador;

III.- La distribución de la convivencia del menor con los padres en época de vacaciones.

Artículo 273 B.- El padre que no tiene la custodia y cuidado del hijo menor de edad, conserva el derecho de comunicarse y convivir con él y vigilar su educación. No podrá

sin justa causa impedirse las relaciones entre el padre y el hijo, ni tampoco entre el primero y otros parientes.

Artículo 273 C.- Son causas de suspensión del derecho de visita:

I.- Si el que lo ejerce incumple con su deber de asistencia al menor;

II.- El que abusando del derecho de visita lo utilice para ejercer un control en el menor y obstaculise el ejercicio de la custodia al que la compete;

III.- El hecho de que el visitador en vez de convivir con el menor lo ponga en manos de terceros durante el tiempo de las visitas;

IV.- cuando durante su ejercicio se presenten causas graves que así lo aconsejen;

V.- Cuando por enfermedad pueda ponerse en peligro la integridad del menor si se realiza la convivencia.

Artículo 273 D.- Es causa de pérdida del derecho de visita:

I.- Cuando el comportamiento del visitador comprometa el desarrollo del menor;

II.- Cuando el visitador cometa algún delito contra las buenas costumbres del que fuera víctima el menor.

Artículo 273 E.- En los casos en que los cónyuges no acuerden el régimen de visitas, el Juez lo determinará,

solicitando para ello a los cónyuges un informe de sus actividades diarias y en éstas se fundará para determinarlas.

Artículo 273 F.- El custodio que obstaculice el desarrollo de las visitas será privado de la guarda y esta se designará al otro progenitor.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSE ANTONIO. Curso de Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid 1987.
- 2.- BARBERO DOMENICO, Sistema de Derecho Privado. El Derecho De Familia. Tomo II, Traducción Santiago Sentis Melendes, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires 1967.
- 3.- BELLUSCIO AUGUSTO, CESAR , Derecho de Familia. Tomo II, Editorial de Palma, Buenos Aires Argentina, 1981.
- 4.- BONNECASE, JULIEN, Elementos de Derecho Civil, Traducción José Mª Cajica, Jr. Cardenas Editor y Distribuidor, México 1985.
- 5.- CIEU, ANTONIO, El Derecho de Familia, Traducción de Santiago Sentis Melendes, Buenos Aires 1947.
- 6.- CARBONIER, JEAN, Derecho Civil, Tomo II, Vol. II, Bosch Casa, Editorial, Barcelona 1960.
- 7.- CASTAN VASQUEZ, JOSE Mª. La Patria Potestad, Editorial Revista del Derecho Privado Madrid 1960.
- 8.- CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Editorial Porrúa S.A. México 1981.
- 9.- CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F., Convenios Conyugales y Familiares, editorial porrúa S.A. México 1991.
- 10.- CHAVEZ AVIZA, LUISA GABRIELA, Tesis para Obtener Título de Licenciado en Derecho, México 1987.
- 11.- DE IBARROLA, ANTONIO, Derecho Familia, 1ª Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1978.
- 12.- DE PINA VARA, RAFAEL, Elementos de Derecho Civil Mexicano, volumen I, 17a. Edición, Editorial Porrúa S.A. 1992
- 13.- DE RUGGIERO, ROBERTO, Instituciones de Derecho Civil, Institución, Editorial Reus. 1977.
- 14.- DIEZ-PICAZO, LUIS Y GUILLON, ANTONIO, Sistema de Derecho Civil. Vol. IV, 5ª Edición. Editorial Tecnos, Madrid 1989.
- 15.- Enciclopedia Jurídica Omba, Tomo XIX.
- 16.- ENNECCERUS LUAMING, KIPP THEODOR, WOLF MARTIN, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo II, Traducción Elia Pérez Gonzalez, José Aiguem, Bosch Casa Editorial S.A.
- 17.- GALINDO GARFIAS, IGNACIO, Derecho Civil, Primer Curso, editorial Porrúa S. A., México 1985.
- 18.- LAGLMARCINO, CARLOS A. R. , UNIARTE JOSE A., Separación Personal y Divorcio, Editorial Univesi-

- dad, Buenos Aires 1991.
- 19.- LA CRUZ, B., JOSE LUIS y otros, Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia, Vol. I, 3ª Edición José Mª Bosch Editorial, S.A. Barcelona 1990.
- 20.- MONTERO DUHALT, SARA, Derecho de Familia, 2ª Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1985.
- 21.- MOTO SALAZAR, EFRAIN, Elementos de Derecho, 3ª Edición, Editorial Porrúa. S.A. 19992. México.
- 22.- MONROY CABRA, MARCO GERARDO, Derecho de Familia y Menores, Librerías Jurídicas Wilches. Bogotá 1991.
- 23.- O'CALLAGHAN, XAVIER, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, 3ª Edición, Editoriales de Derecho Privado, Madrid 1991.
- 24.- PALLARES, EDUARDO, El Divorcio en México, 6ª Edición, Editorial Porrúa S.A. 1991 México.
- 25.- PLANIOL Y RIPET MARCEL, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial Cojica S.A. Tomo I, Vol. II. México 1983.
- 26.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Compendio de Derecho Civil, 20ª Edición, Editorial Porrúa S.A. México 1984.
- 27.- STILARMAN, MARTA N., Menores Tenencia. Régimen de Visitas, 2ª Edición Editorial Universidad Buenos Aires 1992.
- 28.- VALLADARES, ETELVINA, Nullidad. Separación y divorcio, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid 1982.
- 29.- ZANNONI, EDUARDO A., Derecho Familiar, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1989.

APENDICE DE JURISPRUDENCIA.

Nuestro máximo tribunal a resuelto sobre el derecho de visitas lo siguiente:

Instancia : Tercera sala
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Epoca : 5a.
 Tomo : LXIII
 Pagina : 2015
 RUBRO : DIVORCIO, GUARDA DE LOS HIJOS EN CASO DE.
 TEXTO : Si lo único que los divorciados hicieron, fué restringir de algún modo las posibilidades de convivencia de los menores con el padre, pues de acuerdo con el convenio relativo, la condición jurídica de los hijos debe ser la de radicar al lado de la madre, de tal modo que la casa de esta sea su domicilio legal, de esto sigue que el padre, sin embargo, puede visitarlos, dictar medidas necesarias en pro de su educación, vigilar la inversión de los fondos que el les destine y aún llevarlos transitoriamente consigo, siempre que con ello no afecte la custodia de la madre.

PRECEDENTES:

Smith Donald. Página 2015 Tomo LXIII 20 de febrero de 1940.

Unanimidad de Cinco Votos.

Instancia : Tercera Sala
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Epoca : 5a.
 Tomo : XLVI
 Página : 5246
 RUBRO : MENORES, SUSPENSION, TRATANDOSE DE PERMISO PARA VISITAR A LOS.
 TEXTO : Si se reclama en amparo la resolución dictada en un juicio de nulidad de divorcio,

autorizando a uno de los cónyuges para penetrar al domicilio a visitar a sus hijos, la suspensión debe negarse, puesto que con el acto reclamado ningún perjuicio se causa al quejoso.

PRECEDENTES:

Cleber Alberto. Fag. 5246. T. XLVI. 3 de Diciembre de 1935.