

302909

16

24



**UNIVERSIDAD FEMENINA DE MEXICO**

**ESCUELA DE DERECHO  
INCORPORADA A LA U. N. A. M.**

**BREVES CONSIDERACIONES LEGALES EN TORNO A LAS INSTITUCIONES  
JURIDICAS: LA PATRIA POTESTAD, LA CUSTODIA Y EL DERECHO  
DE VISITA, EN LOS CASOS DE DIVORCIO EN EL DISTRITO FEDERAL**

**T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADA EN DERECHO  
P R E S E N T A  
NORMA JUDITH LOPEZ ESTOPELLAN**

**DIRECTOR DE TESIS: DR. JUAN ANTONIO OLIVARES SANCHEZ**

MEXICO, D. F.

1996

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

- A mis padres, por todo su esfuerzo, apoyo, cariño, enseñanza, paciencia y ejemplo; de quienes aprendí que las ilusiones se pueden transformar en realidad.

- A mis hermanos, por haber compartido los momentos felices y difíciles.

- A mis amigos.

**BREVES CONSIDERACIONES LEGALES EN TORNO A LAS INSTITUCIONES JURIDICAS: LA PATRIA POTESTAD, LA CUSTODIA Y EL DERECHO DE VISITA EN LOS CASOS DE DIVORCIO EN EL DISTRITO FEDERAL**

**I N D I C E**

**INTRODUCCION.....1**

**C A P I T U L O I**

**LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD**

**1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.....3**  
**1.1.1. DERECHO ROMANO.....3**  
**1.1.2. DERECHO FRANCES.....6**  
**1.1.3. DERECHO FRANCES.....8**  
a) En México. Código de 1870 Y 1884 .....9  
b) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES.....13

**1.2. LA PATRIA POTESTAD.....15**  
**1.2.1. CONCEPTUALIZACION.....15**  
**1.2.2. ELEMENTOS COMUNES.....18**  
**1.2.3. DEFINICION LEGAL.....17**  
**1.2.4. CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.....19**  
**1.2.5. NATURALEZA JURIDICA.....20**

**1.3. NORMACION LEGAL DE LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO DERECHO VIGENTE.....21**  
**1.3.1. SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.....22**  
a) Los hijos nacidos dentro del matrimonio.....22  
b) Los hijos nacidos fuera del matrimonio.....24  
c) Los hijos adoptivos.....28  
**1.3.2. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LA PERSONA Y SOBRE LOS BIENES DEL SUJETO.....29**  
a) En la persona del menor no emancipado.....29  
b) En los bienes del menor no emancipado.....34  
**1.3.3. SUSPENSION, EXTINCION Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.....40**  
a) Extinción.....41  
b) Suspensión.....41  
c) Pérdida.....43  
d) Restricciones para el ejercicio de la patria potestad.....48

**C A P I T U L O I I**

**LA INSTITUCION DE LA CUSTODIA**

**2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.....49**  
**2.2. CONCEPTUALIZACION.....51**

**2.2. CARACTERISTICAS Y TELEOLOGIA.....52**  
**2.3. FUNCIONES QUE COMPRENDE LA INSTITUCION DE LA CUSTODIA.....53**

2.4.	LA CUSTODIA DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO.....	53
------	---	----

### C A P I T U L O   I I I

#### EL DERECHO DE VISITA

3.1.	TEORIAS REFERENTES AL DERECHO DE CUSTODIA.....	56
3.1.1.	COMO DERECHO DE VIGILANCIA.....	56
3.1.2.	COMO FACULTAD DEMEMBRADA DEL DERECHO DE GUARDA.....	57
3.1.3.	COMO ABUSO DE LA PATRIA POTESTAD.....	58
3.1.4.	EN BASE AL PARENTESCO.....	59
3.1.5.	EN BASE A LA RELACION AFECTIVA.....	60
3.1.6.	EN BASE AL INTERES DEL MENOR.....	60
3.1.7.	TEORIA PERSONAL.....	60
3.2.	NATURALEZA JURIDICA.....	61
3.2.1.	DERECHO PROPIO AUTONOMO O LIMITE A OTROS DERECHOS.....	62
3.2.2.	DERECHO SUBJETIVO O FACULTAD JURIDICA.....	62
3.2.3.	DERECHO DEBER, DERECHO FUNCION.....	64
3.2.4.	TITULAR DEL DERECHO DE VISITA.....	65
3.3.	CONCEPTUALIZACION.....	66
3.4.	CARACTERISTICAS.....	66
3.5.	SUJETOS.....	69
3.6.	CONTENIDO.....	71
3.6.1.	VISITA EN SENTIDO ESTRICTO.....	72
3.6.3.	ESTANCIA DEL MENOR EN CASA DEL BENEFICIARIO.....	72
3.7.	LIMITES.....	73
3.7.1.	RESPONSABILIDAD QUE ASUME EL RECEPTOR DEL INFANTE....	74
3.7.2.	PROTAGONISTA DEL DERECHO DE VISITA Y SUS RESPECTIVOS INTERESES.....	74
	a) La voluntad del menor en relación con su interés..	75
	b) Conciliación de todos los intereses en el juego...	76
3.8.	MODIFICACION, SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DEL DERECHO DE VISITA.....	76
3.8.1.	MODIFICACIONES.....	77
3.8.2.	SUSPENSION.....	78
3.8.3.	PERDIDA.....	79
3.8.4.	EXTINCION.....	80

### C A P I T U L O   I V

#### LA PATRIA POTESTAD, LA CUSTODIA Y EL DERECHO DE VISITA EN LOS CASOS DE DIVORCIO

4.1.	DETERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD DURANTE Y DESPUES DEL DIVORCIO.....	81
4.1.1.	DURANTE EL DIVORCIO.....	81
4.1.2.	DESPUES DEL DIVORCIO.....	82

4.2.	a) En los casos de divorcio voluntario y necesario...82	
	LA CUSTODIA DURANTE Y DESPUES DE DECRETADO EL	
	DIVORCIO.....	87
4.2.1.	DURANTE LA SECUELA PROCESAL DEL DIVORCIO.....	88
4.2.2.	LA CUSTODIA UNA VEZ DECRETADO EL DIVORCIO.....	90
4.3.	DETERMINACION DEL EJERCICIO DE VISITAS.....	91
4.3.1.	DETERMINACION CONVENCIONAL.....	92
4.3.2.	DETERMINACION JUDICIAL.....	93
4.3.3.	CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DEL DERECHO DE	
	VISITA.....	99
	a) El sexo.....	99
	b) La edad del hijo.....	100
	c) Enfermedades físicas y trastornos mentales.....	102
	d) El ambiente moral.....	103
4.4.	EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA Y SU ABUSO.....	104
4.4.1.	EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA Y LA BUENA FE....	104
4.4.2.	ABUSO DE SU EJERCICIO.....	105
4.5.	PROTECCION DEL DERECHO DE VISITA.....	106
4.5.1.	DEFENSA PREVENTIVA.....	107
4.5.2.	DEFENSA DEL DERECHO DE VISITA UNA VEZ VULNERADO....	107
4.5.3.	MEDIOS INDIRECTOS DE DEFENSA.....	108
4.5.4.	PROTECCION PENAL DE DERECHO DE VISITA.....	109
	CONCLUSIONES.....	111
	BIBLIOGRAFIA.....	117

## I N T R O D U C C I O N

A través de los años que tuve la oportunidad de abreviar en las aulas de la Universidad Femenina de México y gracias a las cátedras de Derecho Civil que me fueron impartidas por mis profesoras, se despertó en mí la idea de realizar el presente trabajo de investigación y de reflexión jurídica que tiene como telos el señalar y llamar la atención de los estudiosos del derecho sobre una serie de errores legislativos cometidos en la elaboración de nuestro Código Civil, respecto a las figuras jurídicas de la Patria Potestad, la Custodia y el Derecho de Visita.

En la elaboración de esta tesis se proponen una serie de reformas legislativas así como un proyecto de reglamentación sobre los temas mencionados que tiene sólo la intención de ayudar a los estudiosos de nuestra área y dotar de una visión general que describa tanto antecedentes de la Patria Potestad, Custodia y Derecho de Visita, así como su situación actual y desde luego la propuesta legislativa, base medular del desarrollo de este trabajo de investigación. También hacemos notar el alejamiento entre el Derecho Objetivo con la realidad, a guisa de ejemplo se observará el tratamiento jurídico de los hijos legítimos y naturales, la confusión existente entre la Patria Potestad y la Custodia de los menores no emancipados, el fundamento de derecho de visita y su reglamentación y, desde luego, se aborda la actual facultad discrecional concedida al juzgador para decidir

2  
sobre la pérdida y suspensión del ejercicio de la Patria Potestad  
en los casos de divorcio.

Ha sido siempre la labor del legislador, el regular la realidad social e inducir conductas que contribuyan a la paz social y a la superación tanto individual como colectiva; sin embargo, en lo que respecta al tema, objeto de nuestra tesis, se ha caído en serios errores de comprensión y de omisión, por lo que, sin sostener a toda costa que se posee la verdad absoluta al respecto se proponen reformas a algunas disposiciones del Código a efecto de salvar los errores legislativos que se señalan en el cuerpo de esta tesis y se proyecta una reglamentación más apegada a la realidad tal y como nuestra sociedad lo demanda.



## C A P I T U L O I

LA INSTITUCION DE LA PATRIA POTESTAD

## 1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

Para comprender las figuras jurídicas de nuestro presente, es necesario urgar sobre su pasado histórico y poder estar en aptitud de conocer su evolución y su ratio legis. Seguiremos los lineamientos contenidos en la obra de Gabriel León, Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la Legislación Mexicana. (1)

## 1.1.1. DERECHO ROMANO

La Patria Potestad pertenecía al jefe de familia sobre los descendientes que formaban parte de la familia civil, ya que era una autoridad de derecho civil y sólo podía ejercerse por ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano.

El carácter principal de esta autoridad es el interés del jefe de familia. Esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, tanto sobre la persona como sobre los bienes de los hijos. Confiere un poder exclusivo de vida y muerte, en el que no tiene nada que ver la jurisdicción ordinaria.

---

1 Cfr. LEON, Gabriel. Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la Legislación Mexicana. Revista del Ministerio de Justicia número 31. Venezuela, 1992. p. 3.

La Patria Potestad otorgaba el derecho de entregar a la potestad de otro a los sometidos a ellas, así como también otorgaba plenos poderes sobre el patrimonio de los miembros de la familia.

Los sometidos a la Patria Potestad carecían de capacidad jurídica, solamente el pater estaba facultado para hacer valer los derechos adquiridos por el hijo.

Tampoco tenía, el sometido a Patria Potestad, capacidad de obligarse, ya que no poseía nada con que poder hacerlo.

El pater familias, por su parte, no quedaba obligado por las obligaciones contraídas por el sometido a su potestad, sólo responde por la familia en caso de transgresiones, daños cometidos por un esclavo o animal o cualquier miembro de la familia.

Estos poderes ilimitados del pater, perduran durante toda la vida del mismo y de los sometidos a su potestad, cualquiera que sea la edad de aquel; en la Ley de las Doce Tablas se establecía que el hijo que fuese vendido tres veces por su padre se liberaba definitivamente del poder de este.

El modo ordinario para entrar a formar parte de la familia es el nacimiento "se hace miembro familiar el procreado

en justas nupcias por individuo varón de la familia sea pater o filius". (2)

Existe otra forma de caer bajo la potestad paterna y es mediante la adopción, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas, las que se crean entre el hijo nacido en justas nupcias y el jefe de familia.

De esta forma las relaciones jurídicas se originaban no en la procreación ni en el parentesco, sino en los vínculos de la patria potestad.

Con el paso del tiempo, la patria potestad se transformó en un poder exclusivo del pater a una relación jurídica en virtud de la cual el hijo de familia podía hacer valer sus pretensiones ante la autoridad.

La patria potestad se extinguía por la muerte del padre o del hijo, excepcionalmente terminaba en vida del pater familia cuando éste sufría la muerte civil, por la pérdida de la libertad, de la soberanía o de su independencia familiar.

En estos casos, la patria potestad se extinguía involuntariamente para someter al hijo a otra potestad, pero

---

2 IGLESIAS, Juan. Deracho Romano". España. Ed. Ariel, 1980. p.4.

había otro procedimiento, la emancipación por medio de la cual el hijo se convertía en sui juris en vida y con la voluntad del padre.

En la época del imperio, se reconoce a la madre los mismos derechos de sustento y protección respecto a los hijos, derechos que anteriormente eran exclusivos del pater.

### 1.1.2. DERECHO FRANCES

De conformidad con el antiguo derecho francés, se aceptó la patria potestad igual que en Roma, con la característica de que ésta existía hasta que los sometidos a ella cumplieran la mayoría de edad. Cuando un hijo era tratado con crueldad era inducido al mal o se le negaban alimentos, los padres estaban obligados a emancipar al hijo.

Para el derecho francés son tres las causas de extinción de la autoridad paterna: la muerte del hijo, su emancipación y la capacidad del padre o de la madre. La primera causa es consecuencia de un hecho natural que es la pérdida de la vida; la segunda es de orden jurídico; y la tercera causa operaba de pleno derecho, privando de la patria potestad a los padres indignos o autorizando a los tribunales a privarlos de ese derecho mediante sentencia.

El código de Napoleón regulaba lo referente a la patria potestad, dividiendo su normatividad en dos partes: la primera

era el poder de los padres sobre la persona de los hijos, y la <sup>7</sup>  
segunda eran los derechos de los padres sobre los bienes de los  
hijos.

Se marca un límite temporal a la autoridad paterna, la  
cual sólo duraría hasta la mayoría de edad o hasta la  
emancipación.

El hijo también tenía la obligación de permanecer en  
casa del padre para que éste pudiera hacer efectivo el derecho de  
guarda.

También se le otorgaba al padre el derecho de  
corrección, y pudiendo imponerle al menor un mes de encierro con  
la posibilidad de reducir el tiempo del castigo; y el padre, para  
poder imponerlo tenía que contar con la autorización del estado.  
No podía causar en uso de este derecho de corrección heridas so  
pena de caer bajo el tipo penal correspondiente.

El padre tenía el derecho al usufructo de los bienes de  
sus hijos hasta su mayoría de edad o hasta su emancipación. No  
tenía derecho a este usufructo el padre o la madre en contra del  
cual se hubiese dictado la sentencia de divorcio. El hecho de  
que la madre contrajera segundas nupcias, era una causa de  
extinción de la patria potestad en contra de ella.

Quedaban excluidos del usufructo los bienes que el  
menor adquiriese con el producto de su trabajo, así con los

adquiridos por donación o legado con cláusula expresa de que los padres quedaban excluidos del usufructo.

### 1.1.3. DERECHO ESPAÑOL

De acuerdo a la clasificación del maestro Toribio Ezquivel Obregón, la evolución del Derecho Hispano se divide en:

- A) Epoca anterior a la conquista romana
- B) Periodo que pertenece a la conquista romana y termina con el establecimiento de los visigodos en al península.
- C) Invasión de los árabes en españa hasta su expulsión y último periodo de los reyes católicos abarcando a la nueva españa y terminando con la unión de estas dos culturas.

Recordemos que los primeros pueblos fueron los iberos, conquistados a posteriori por los celtas y formando el grupo de los celtiberos, denotando una solidaridad familiar basada en el parentesco cognaticio, es decir, basado en vínculos de sangre. Conocían la institución de la adopción y el régimen matrimonial era monogámico.

A raíz de las guerras púnicas, el imperio romano se extiende hasta españa y lleva a la península la gama de figuras jurídicas y costumbres.

Los visigodos invaden España tiempo después y se unifican leyes no escritas al derecho romano; de ahí nace la lex

9

romano visigoda o brevario de alarico. Cae en desuso el parentesco agnaticio; la emancipación de los hijos ocurría cuando tenían la edad para ser aptos para el servicio de las armas y la autoridad paterna seguía siendo absoluta.

La ley romana visigoda limitaba el derecho de potestad sancionando a quien abusaba del mismo al infractor y establecía que al fallecimiento de uno de los progenitores, los hijos quedaban al cuidado del que viviera y a falta de los dos, ejercían la patria potestad de los menores los hermanos mayores.

La reconquista, al reafirmar la nacionalidad, hace germinar el derecho netamente español (fueros, cartas, puebla leyes emanadas del monarca con intervención de las cortes.

En América, a raíz de la conquista, surgen las bulas inters catarae del pontifice Alejandro VI, después las capitulaciones de Santa Fé llevadas a cabo entre los reyes católicos y Cristobal Colón.

Ahora veamos como evolucionó la figura de la patria potestad desde el primer código vigente en México independiente.

#### a) EN MEXICO CODIGOS DE 1870 Y 1884

En virtud de la semejanza que existe entre ambos ordenamientos, comentaremos en torno a ellos en un solo inciso, para así evitar repeticiones y facilitar su estudio.

Se regulan en ambos, el deber de los hijos, de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes independientes de cual sea su edad, estado o condición, nos dá un concepto moral de las relaciones que deben existir entre los hijos, los padres y demás ascendientes.

En cuanto a los sujetos pasivos de esta institución son: los hijos legítimos y los naturales legitimados o reconocidos, los menores de edad no emancipados siempre y cuando exista alguno de los ascendientes siguientes:

- 1) el padre
- 2) la madre
- 3) el abuelo paterno
- 4) el abuelo materno
- 5) la abuela paterna
- 6) la abuela materna

y se ejercía tanto sobre la persona como sobre los bienes del menor.

Quien ejercía la patria potestad, era legítimo representante de los sujetos a ella y administrador legal de los bienes que le pertenecían.

El derecho de sucesión, se ejercía por causa de muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente.

Quien ejercía la patria potestad tenía la obligación de educar convenientemente al menor y tenía la facultad de castigarlo y corregirlo mesuradamente.



Para que un menor pudiera comparecer a juicio, requería consentimiento expreso de quien ejercía la patria potestad.

Los bienes del hijo, mientras estaban sujetos a patria potestad, se dividían en cinco clases:

- 1) bienes que procedían del padre
- 2) bienes que procedían de donación de la madre o de los abuelos aún cuando aquella o alguno de éstos estuviera ejerciendo la patria potestad.
- 3) bienes que procedían de donación de los parientes colaterales o de personas extrañas y aunque estos y los de la segunda clase se hubiesen donado en consideración al padre.
- 4) bienes debido, don de fortuna.
- 5) bienes que el hijo adquiriera por un trabajo honesto.

En la primera clase, la propiedad pertenecía al hijo y la administración al padre; éste podía conceder a aquél la administración y, señalarle de los frutos, la porción que estimara conveniente; si el padre no hacía esta designación, correspondía al hijo la mitad de los frutos.

En la segunda, tercera y cuarta clase de propiedad de los bienes, la mitad de los bienes eran siempre del hijo, la administración y el usufructo de los bienes correspondían al padre; éste podía, sin embargo, ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le correspondía, o una y otra.

Cuando el hijo tuviere la administración por ley o por voluntad del padre, se le consideraba, respecto de la administración, como emancipado.

El usufructo a favor del padre, conlleva todas las obligaciones propias de este derecho, a excepción de la fianza.

El padre no podía enajenar ni gravar los bienes inmuebles del menor, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad y previa autorización del juez competente.

El derecho de usufructo concedido al padre se extinguía:

- 1.- Por la emancipación o mayoría de edad de los hijos.
- 2.- Cuando la madre pasa a segundas nupcias.
- 3.- Por renuncia.

En cuanto a los modos de acabarse, perderse y suspenderse la patria potestad se acababa:

- 1.- Por la muerte del que la ejercía, si no había otra persona en quien recayera.
- 2.- Por la emancipación
- 3.- Por la mayor edad del hijo.

Se suspendía:

- 1.- Por incapacidad declarada jurídicamente.
- 2.- Por ausencia declarada en forma.

3.- Por sentencia condenatoria que impusiera como pena esta suspensión.

#### b) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

Esta ley fue expedida por Venustiano Carranza el 9 de abril de 1917, entró en vigor el 11 de mayo del mismo año; reforma con su capítulo XV el título del VIII del código de 1884, de tal forma que el resto del código siguió teniendo vigencia.(3)

Ahora veamos, cuales fueron las reformas que introdujo respecto a la patria potestad.

En obvio de repeticiones, solamente nos referiremos a los artículos que fueron reformados en relación con los códigos anteriores.

La patria potestad se ejercía sobre la persona y bienes de los legítimos, de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos.

En ambos códigos se hablaba de hijos legítimos y de los naturales, legitimados o reconocidos, mientras que en la ley de relaciones se mencionaba a los hijos legítimos. Los hijos legitimados, los naturales y los adoptivos.

---

3 Cfr. Ley de Relaciones Familiares. Talleres Gráficos de la Nación Edición Oficial, 1938. pp. 3-6

La patria potestad se ejercía:

- 1.- Por el padre y la madre.
- 2.- Por el abuelo y la abuela paternos.
- 3.- Por el abuelo y la abuela maternos.

Esta otra modificación, ya que no concede mayor importancia al hombre que a la mujer, como anteriormente se establecía, sino que los coloca en un plano de igualdad, pues ésta es ejercida simultáneamente por ambos. Siguiendo la misma regla respecto de los abuelos.

Solamente, por falta de todos los llamados preferentemente a ejercerla, entrarán los demás en el orden establecido.

Si sólo faltaba una de las dos personas a que el orden indicado correspondía la patria potestad, el que quedaba continuaría en el ejercicio de ese derecho.

Cuando la patria potestad se ejercía a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes era el padre o el abuelo, pero, debía consultar en todos los negocios a su consorte, requiriendo de su consentimiento expreso para los actos más importantes de su administración.

El padre o el abuelo, representaban también a los hijos en juicio, pero, para celebrar cualquier convenio, para concluirlo se necesitaba el consentimiento expreso del consorte y, en los casos en que la ley lo requería, la autorización judicial.

Los que ejercían la patria potestad, tenían sobre los bienes del hijo, al durar la administración, la mitad del usufructo de los mismos, sin importar la procedencia de los bienes o forma de adquisición.

## 1.2. LA PATRIA POTESTAD

### 1.2.1. CONCEPTUALIZACION

La palabra "patria potestad procede del latín patria, patrium, lo relativo al padre; y de potestas, la potestad, el proceder".(4)

Por otra parte, el diccionario de la lengua española asevera: "patria potestad, es la potestad que los padres tienen, con arreglo a las leyes, sobre sus hijos no emancipados".(5)

---

4 Diccionario Enciclopédico Abreviado. Editorial Espasa Calpe. Madrid. 1977. Tomo VI. pp. 360 y 731.

5 Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la Lengua Española. 22a. ed. Madrid, 1990. p. 1055

Por su parte, el licenciado Ignacio Galindo Garfias sostiene que la patria potestad es: "la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados. En esta manera, aquélla autoridad no es propiamente una potestad, sino, una función propia de la paternidad y de la maternidad".(6)

En este sentido, es pertinente destacar que en la definición anterior. Se habla de autoridad atribuida a los padres haciendo la crítica que no es una autoridad únicamente, sino también, de una obligación a cargo de los mismos y, cabe aclarar que se extiende a los abuelos y a los adoptantes.

#### 1.2.2. ELEMENTOS COMUNES

Sin pretender hacer una transcripción exhaustiva de las definiciones de los tratadistas nacionales y extranjeros , acerca de la institución que se analiza, los elementos comunes que en la mayoría se presentan y que caracterizan a la patria potestad son los siguientes:

- 1) Se trata de un deber , derecho a cargo de los padres, los abuelos abuelos y, en su caso, del adoptante.
- 2) El contenido de estos derechos se encuentra regulado por la ley.

---

6 GARFIAS, GALINDO, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1990. p. 668

- 3) La finalidad de la institución es la protección y educación de los hijos.

### 1.2.3. DEFINICION LEGAL

En el artículo 412 del Código Civil vigente para el Distrito Federal no se especifica, (ni en ningún otro) qué se entiende por patria potestad; sin embargo, del análisis conjunto de varios dispositivos podemos encontrar, sin sistematización, algunos de los elementos característicos de esta figura jurídica.

Así, del artículo precitado, se deriva cuáles son los sujetos pasivos de esta relación: los hijos menores de edad no emancipados.

Sobre los hijos de matrimonio, la patria potestad se ejerce:

- 1 Por el padre y la madre.
- 2 Por el abuelo y la abuela paternos.
- 3 Por el abuelo y la abuela maternos.

Mientras que sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio se presentan dos supuestos; el primero se refiere al caso en que los progenitores han reconocido al hijo fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. El segundo, al caso en que los progenitores vivan separados, en tal supuesto, se observará lo dispuesto en el artículo 380 y 381.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten. Así es como se encuentran establecidos los sujetos activos de esta institución.

El objeto de la institución, comprende tanto a la persona como a los bienes de los hijos y, su finalidad es guarda, protección y educación de los menores.

Procedemos ahora a proponer un concepto propio, intentando abarcar sus principales aspectos.

La patria potestad es la institución jurídica que comprende tanto las facultades como los deberes que tiene los padres (o personas que adopten) y en defecto de ellos, los abuelos; sobre la persona y bienes de sus hijos (o nietos) en su caso) menores no emancipados, para lograr el desarrollo de los mismo a través del sostenimiento de la educación y asistencia, así como de su protección, actualizando los supuestos enmarcados en la ley, para el ejercicio de la misma.

Decimos que es una institución jurídica, ya que se encuentra regulada por la ley, y entendemos por institución jurídica, siguiendo lo que nos dice Rafael de Pina, en su diccionario de derecho: "conjunto de relaciones jurídicas concebidas en abstracto y como una unidad por el ordenamiento jurídico, siendo por consiguiente un ensayo mas o menos definido de tipificación de las relaciones civiles".(7).

---

7 DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. 19a. ed. México, 1993.



Las facultades y los deberes a que nos referimos en nuestra definición, serán analizadas en su oportunidad; aquí simplemente mencionaremos cuales son, en nuestra opinión:

- Suministrar alimentos, (con la observación que haremos más adelante)
- Deber de respeto y obediencia de los hijos
- Deber de los padres de educar a los hijos convenientemente
- Facultad de corregir y castigar a los hijos
- Administración de los bienes de los hijos
- Obligación de los menores de vivir en el domicilio de los padres
- Guarda y custodia de los hijos

Asimismo, los elementos personales que interviene, se dividen en sujetos activos: los padres naturales o adoptivos, los abuelos paternos y maternos; y sujetos pasivos los hijos menores de edad no emancipados.

El objeto de la institución, es la persona y los bienes del hijo y la finalidad es lograr el desarrollo de los hijos a través del sostenimiento de la educación, asistencia y protección de menores.

#### **1.2.4. CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD**

A) Es una institución de orden público, ya que los bienes que protege interesan a toda la sociedad.

B) Tiene carácter irrenunciable, pues no se puede dejar de cumplir con los deberes que impone. Como excepción a ellos se encuentran dos supuestos legales:

- 1.- Cuando tengan setenta años cumplidos, y
- 2.- Cuando su mal estado habitual de salud no pueda atender debidamente a su desempeño, de conformidad con el artículo 448 del Código Civil vigente.

C) son derechos personalísimos, indeneables e intransferibles.

D) Son facultades-deberes temporales, ya que se extinguen al llegar los menores a su mayoría de edad o emanciparse, tal como se concluye interpretando a contrario sensu el artículo 412 antes citado.

E) Es obligación de tracto sucesivo, por requerir de una conducta constante para cumplir su cometido.

F) Es imprescriptible, ya que los derechos y deberes no se extinguen por el transcurso del tiempo.

#### **1.2.5. NATURALEZA JURIDICA Y FUNDAMENTO**

Ya no es como en derecho romano, un derecho de los padres sobre los hijos, sino, como una función encomendada a los padres para beneficio de los hijos.

El titular tiene más que un derecho subjetivo, una potestad, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en beneficio de quien lo ostenta, mientras que las potestades son poderes enderezados al interés de otro.

El fundamento de la patria potestad, es el derecho natural, pues el poder paterno radica en la naturaleza humana que confiere a los padres la misión compuesta de derechos y obligaciones de asistir, educar y formar a los hijos.

### **1.3. NORMATIVACION LEGAL DE LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO DERECHO VIGENTE**

En nuestro código civil vigente, el tema de estudio se encuentra dividido, como en los códigos anteriores, en tres puntos:

- a) De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos
- b) De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos
- c) De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad

En el desarrollo de la presente investigación seguiremos este orden.

### 1.3.1. SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD

Como ya se mencionó con antelación, los sujetos de la patria potestad son activos y pasivos. Los activos pueden ser los padres, los abuelos paternos, los abuelos maternos o los adoptantes. Los pasivos son los hijos menores no emancipados nacidos fuera o dentro del matrimonio o adoptados.

La ley no establece diferencias para los distintos tipos de sujetos pasivos, pero sí las establece para los sujetos activos, lo cual no encuentra ninguna justificación, pues en el Código Civil vigente se pretendió poner en plano de igualdad a los hijos, ya sean nacidos dentro de matrimonio o fuera de él.

#### a) Los hijos nacidos dentro del matrimonio.

En el dispositivo 414 del ordenamiento de la materia se encuentran las personas señaladas para ejercer la patria potestad sobre los hijos nacidos de matrimonio:

- 1.- El padre y la madre
- 2.- Los abuelos paternos
- 3.- Los abuelos maternos

El artículo 418 pregoná que "...a falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el

orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Sin embargo, existe una confusión ya que este artículo fue objeto de reforma en 1974, consistiendo la adición en que el juez de lo familiar determinará el orden, tomando en cuenta las circunstancias del caso, sin embargo, el artículo 420 no fue reformado y sostiene que el orden de prelación se ajustará al orden establecido en el artículo 414, mientras que el 418 dispone que el juez será quien, discrecionalmente, lo determine.

En la práctica judicial, se sostienen opiniones encontradas respecto a la recta interpretación del precepto 418 de la codificación de la materia y se asevera que éste se refiere únicamente a los hijos nacidos dentro del matrimonio, sin embargo, estimamos con fundamento el principio de que "donde la ley no distingue, no tenemos por que distinguir, debiéndose entender, en nuestra opinión, tanto a los hijos nacidos dentro como fuera del matrimonio".

Independientemente de lo anterior, el artículo 418 se refiere a todos los llamados preferentemente, pero, no existe ninguno llamado preferentemente y también menciona un orden preestablecido, por lo que proponemos una reforma en los siguientes términos:

Artículo 420.- "Solamente, por falta o impedimento de los padres, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden que determine el juez de lo familiar. Si sólo

faltare alguna de las dos personas a quienes corresponda ejercer la patria potestad, la que quede, continuará en el ejercicio de ese derecho".

**b) Los hijos nacidos fuera del matrimonio.**

De conformidad con el artículo 415 del Código Civil, si los progenitores que han reconocido al hijo habido fuera de matrimonio viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad, y en caso de que vivan separados nos remite al artículo 380 y 381 que nos hablan de la custodia.

Artículo 380.- "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, conveendrán cual de los dos ejercerá su custodia, y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

Nos preguntamos por qué si estamos hablando de patria potestad, este artículo nos remite a una disposición que habla sobre custodia. Ello es contrario a los principios que rigen la patria potestad, pues si bien sabemos que es irrenunciable cómo dejarla al arbitrio de las partes, el convenir quién la ejerza; ello la convertiría en renunciabile y atenta a otra característica que es la de ser institución de orden público, pues no se puede renunciar ni convenir sobre ella.

Por otra parte el artículo 380 prevee el supuesto de reconocimiento simultáneo, mientras que el 381 se refiere al reconocimiento sucesivo:

Artículo 381.- "En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiese reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

Echando un vistazo a los antecedentes de los artículos 380 y 381 del código de la materia, encontramos que hasta antes del año de 1971, año en que fueron reformado. Se refería al ejercicio de la patria potestad y no a la custodia, como lo hacen actualmente, pero desafortunadamente el artículo 415, no fue objeto de reforma y continúa remitiendo a los artículos citados, no obstante que los mismos ya no se refieren a la patria potestad pero incluso aún antes de la reforma, la redacción de los artículos era totalmente infortunada, así, antes de la reforma, dichos artículos disponían:

Artículo 380.- "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la patria potestad; y en caso de que no lo hicieren, el juez de primera instancia del lugar,

oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses de menor".

Artículo 381.- "En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniera otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

Consideramos que la reforma de 1971 tuvo por objeto el privar, exclusivamente de la custodia, al padre que reconoció ulteriormente, pero no de los derechos y obligaciones que derivan de la patria potestad, lo cual es más congruente con los fundamentos sociales y morales de nuestras normas jurídicas; por lo que deben aplicarse las normas relativas a la custodia de los artículos 380 y 381.

Sin embargo, esta conclusión podría perder validez al estudiar el artículo 418 que pregoná: "en los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro".

De lo anterior se colige que se les está dando el mismo tratamiento a la patria potestad que a la custodia, e insistimos que son dos figuras diferentes.



Ahora analicemos el artículo 417 que prescribe:  
"cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Es apreciable la confusión mental del legislador en cuanto a la patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio y la custodia, pues la patria potestad, ya aseveramos que nace de la procreación paterno filial y no se gesta por el hecho del matrimonio, por lo cual, lógicamente no se debería de hacer diferencia entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio.

Consideramos que es urgente una reforma en los siguientes términos:

Artículo 415.- "Cuando un hijo nacido fuera de matrimonio es reconocido por los dos progenitores, ya sea que vivan éstos, juntos o separados, y que el reconocimiento se haga simultánea o sucesivamente, ambos ejercerán la patria potestad y se proveerá respecto a su custodia en donde se seguirá lo dispuesto por los artículos 380 y 381".

Artículo 416.- Derogado.

Artículo 417.- "Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que viven juntos se separen, continuarán ambos

ejerciendo la patria potestad y se pondrán de acuerdo sobre su custodia, sino lo hacen, esta última corresponderá a quien designe el juez teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo".

c) Los hijos adptivos.

La patria potestad también surge por la adopción en la relación entre adoptante y adoptado. al respecto es necesario citar ad literam los siguientes artículos:

Artículo 402.- "los derechos y obligaciones que nacen con la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio. Respecto a los cuales se observará lo que dispone el artículo 157".

Artículo 403.- "Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges".

Artículo 396.- "El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo".

En conclusión; la relación del adoptante y adoptado respecto de la patria potestad se guía por las mismas reglas que el hijo nacido dentro del vínculo matrimonial.

La única diferencia sería que la patria potestad no la ejercerían los dos cónyuges, si es que sólo fue adoptado por uno de ellos. Y si será ejercida por ambos o que quien lo adopte sea cónyuge de alguno de sus padres.

### **1.3.2. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LA PERSONA Y SOBRE LOS BIENES DEL SUJETO**

Se encuentran señalados por los derechos y obligaciones que la ley confiere.

#### **a) En la persona del menor no emancipado**

Para los sometidos a la patria potestad, existe un deber de respeto y obediencia contenido en el artículo 411 que señala: "Los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Este deber no se extingue al terminar la patria potestad por ser de carácter ético.

En segundo lugar, existe la obligación de los ascendientes que la ejerzan, a suministrar alimentos a los descendientes que se encuentren sometidos a la autoridad paterna.

Con respecto a esta obligación de proveer al mantenimiento del hijo podríamos pensar que no es una obligación que nazca propiamente de la institución de la patria potestad, sino que más bien nace de la relación de parentesco, ya que no nace únicamente entre los sujetos relacionados por la patria potestad, aunque sean los principales obligados, sino también dicha obligación, aunque sea subsidiaria, los demás parientes, hasta los colaterales dentro del cuarto grado.

Otra razón sería que ésta obligación no desaparece por la mayor edad del hijo, sino que subsiste, mientras exista la relación necesidad-posibilidad.

El fundamento de esta obligación lo encontramos precisamente en el capítulo de alimentos que en su artículo 303 dice: "Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado".

Tratándose de la obligación de los ascendientes, de proporcionar alimentos a los menores sobre los que ejercen la

patria potestad, ésta reviste dos características especiales que la distinguen de la obligación alimenticia que se deriva del parentesco con exclusividad.

La primera se desprende del artículo 319 del Código Civil que señala lo siguiente: "En los casos en que los que ejerzan la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad".

La segunda consiste en que la forma normal en que los ascendientes deben cumplir con la obligación alimenticia es manteniendo al hijo en el seno de la familia, en cambio, si deriva del parentesco en general, se cumple normalmente con esta obligación, asignando una pensión al acreedor de los mismos según el artículo 309 del Código Civil.

Para dar contenido al deber de formar hombres de provecho social y autosuficientes, recae en los citados ascendientes la responsabilidad moral y la obligación legal de educarlos convenientemente.

Para poder cumplir con el mismo cometido la ley otorga a los ascendientes que ejerzan la patria potestad, las facultades de corregir y castigar mesuradamente a sus hijos, para lo cual

contarán, en caso necesario, con el auxilio de las autoridades, haciendo uso de amonestaciones y correctivos.

Es comunmente aceptado que los padres pueden aplicar a sus hijos ligeros castigos a fin de que se sometan a su autoridad, pero siempre y cuando vayan en interés del niño y de la familia.

El abuso de este derecho acarrea la sanción penal establecida en el artículo 294 del Código Penal que a la letra dice: "Las lesiones inferidas por quienes ejercen la patria potestad o la tutela y en el ejercicio del derecho de corregir no serán punibles si fueren de las comprendidas en la primera parte del artículo 289 y además el autor no abusare de su derecho corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia".

La primera parte del artículo 289 del Código Penal se refiere a las lesiones que no ponen en peligro la vida del ofendido y tardan en sanar menos de quince días, es decir, son lesiones leves.

Además, el abuso de este derecho caería dentro de la situación prevista por el artículo 244 en su fracción III del Código Civil que señala como causa de pérdida de la patria potestad las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes por los que pudiera comprometerse la salud o la moralidad de los hijos aún cuando estos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.

Para facilitar el desempeño de sus facultades en el cumplimiento de los deberes que la patria potestad les impone, la legislación obliga a los menores no emancipados a vivir en el domicilio de quienes la ejerzan, salvo permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Asimismo, los sujetos a la patria potestad requieren del consentimiento de quienes la ejercen para comparecer en juicio, así como para contraer obligaciones.

Es importante hacer mención de lo dispuesto por los artículos 470 y 471 del Código Civil en cuanto a la tutela testamentaria:

Artículo 471.- "El nombramiento de tutor testamentario, hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los descendientes de ulteriores grados".

Aquí vemos nuevamente que se refiere a grados, lo cual demuestra que estos artículos no son acordes con la reforma al artículo 418 en donde desaparecen los mismos; además de lo anterior, estos artículos se relacionan con el artículo 414, el cual únicamente es aplicable a los hijos nacidos dentro del matrimonio, con esto, se está creando una nueva distinción con los hijos nacidos fuera de matrimonio, ya que a ellos no se les puede nombrar tutor testamentario, pero esto no es más que otro

error legislativo por no ir acorde con la exposición de motivos del Código Civil de 1928.

Difícilmente se puede trazar una división tajante entre las facultades y los deberes que impone la patria potestad, ya que unas y otros están íntimamente ligados, los unos no se podrían dar sin las otras y viceversa.

Así es como para educar convenientemente cumpliendo con lo anteriormente mencionado, se debe tener correlativamente la facultad de corregirlo mesuradamente.

Asimismo, a este deber de educar, se vincula la facultad de guarda y custodia relacionado a su vez con la obligación y el derecho del menor de no abandonar la casa de los ascendientes, a cuya autoridad se encuentran sometidos.

De la obligación de guarda, vigilancia y custodia deviene la responsabilidad en que incurrirán quienes ejercen la patria potestad por los actos, daños y perjuicios que cause quien está bajo su potestad, si es que dichos daños se han causado por la falta de una adecuada vigilancia.

**b) En los bienes del menor no emancipado**

Como quedó asentado, la patria potestad se ejerce sobre los menores de edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen



la mayoría de edad, no pueden disponer libremente de su persona y de sus bienes.

Si la patria potestad se ejerce conjuntamente por los cónyuges, es decir, por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, o por adoptantes, el administrador de los bienes del menor será nombrado de mutuo acuerdo, sin embargo, en sus decisiones consultará siempre a su consorte y en los actos más importantes requerirá de su consentimiento expreso. Lo anterior de conformidad con el artículo 426.

En esta materia encontramos otro error legislativo, contenido en el artículo 427 que dispone: "La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente".

El error consiste en que tanto el padre como la madre y el abuelo o la abuela ejercen conjuntamente la patria potestad; y este artículo está redactado como si sólo uno de ellos la ejercieran, por lo que tendría que solicitar el consentimiento de su consorte. Quizá se refiere al administrador de los bienes del menor y no a quien ejerce la patria potestad.

Los bienes del menor se dividen en dos clases: los que adquieren por su trabajo y los que adquieren por cualquier otra

forma. De acuerdo a esta distinción la ley les da diverso tratamiento a unos y otros.

En cuanto a los bienes que adquiere por su trabajo, las personas que ejerzan la patria potestad no tiene ningún derecho sobre ellos, correspondiendo almenor, en plenitud, la propiedad, administración y el usufructo sobre ellos.

Respecto de los bienes que el menor haya adquirido por medios diferentes a su trabajo, *verbi gratia* por herencia, legado donación, etcétera, la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen al menor, mientras que la administración y la otra mitad del usufructo correspondan a quienes ejerzan sobre él la patria potestad.

Cabe hacer la aclaración de que quien le herede, legue o done, puede excluir a estas personas del usufructo de los bienes objeto del acto jurídico.

Existe un caso en que por ley el padre no puede nunca disfrutar el usufructo ni tener la administración de los bienes que el menor adquiere por herencia y este se encuentra previsto en el artículo 1320: "En los casos de intestado los descendientes del incapaz de heredar, conforme al artículo 1316 heredarán al autor de la sucesión, no debiendo ser excluidos por la falta de su padre, pero, éste no puede, en ningún caso, tener

en los bienes de la sucesión al usufructo, ni la administración que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de sus hijos".

En cuanto a las obligaciones que tiene los padres como usufructuarios de los bienes de los hijos, éstas son las mismas de los usufructuarios en general con excepción de dar fianza.

Asimismo los padres pueden renunciar a la mitad del usufructo que les corresponde y esta renuncia se toma como donación.

Las causas por las cuales se extingue el derecho de usufructo en comento se encuentran enumeradas en el artículo 438 del Código de la materia y a la letra establece: "El derecho del usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue:

- I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o por la mayor edad de los hijos
- II.- Por la pérdida de la patria potestad
- III.- Por renuncia

Si existen réditos o rentas vencidas antes de que quien ejerce la patria potestad entre en posesión de los bienes propiedad del hijo, estas rentas o réditos corresponderán al hijo.

Existen ocasiones en que por ley el hijo tiene la administración de sus bienes y con respecto a ellos se les

considera como emancipados, sin embargo tiene las restricciones que marca la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Esta restricción se encuentra prevista en el artículo 643: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces

II.- De un tutor para negocios judiciales"

El hecho de que se tenga la administración de los bienes del hijo, no dá libertad para que puedan disponer sin limitación alguna de los mismo, la idea principal que informa y llena la facultad de administración, tratándose de patria potestad, lo es la conservación de los bienes; por lo que los actos de disposición son claramente contrarios a esta idea.

Esta es la razón por la cual se necesita la autorización del juez de lo familiar para que los ascendientes que ejerzan la patria potestad puedan enajenar o gravar de alguna forma los bienes del menor. Así como los bienes preciosos, para realizar estos actos deberá probarse la absoluta necesidad y que el acto es de claro beneficio para el menor.

Los frutos que se obtengan de la venta de dichos bienes deberán ser destinados al fin que estableció bajo intenso cuidado del juez y el saldo deberá reinvertirse en la adquisición de un

bien inmueble o se depositará en una institución de crédito y quien ejerza la patria potestad no podrá disponer de él sin autorización judicial; con ello se busca proteger los intereses del hijo en caso de enajenarse un bien inmueble o mueble precioso.

De acuerdo a los artículos 436 y 437 del Código Civil la facultad de los ascendientes que ejercen la patria potestad respecto de los bienes del menor no emancipado se encuentra limitado en la forma siguiente.

No pueden:

- 1) Celebrarse contratos de arrendamiento por más de cinco años
- 2) Recibir renta anticipada por más de dos años
- 3) Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la el día de la venta.
- 4) Hacer donaciones
- 5) Renunciar los derechos de los menores

En conclusión, podemos señalar que los que ejercen la patria potestad sobre el menor en su calidad de representantes legales de los mismos únicamente tendrán facultades de administración sin poder disponer de los bienes de sus hijos.

Por último señalaremos que los que ejercen la patria potestad tienen la obligación de dar cuenta de los bienes de los hijos, asimismo, los jueces tiene la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de

40

quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o disminuyan, pero esta protección deberá ser pedida por las personas interesadas por el menor cuando hubieren cumplido catorce años o por el Ministerio Público en todo caso.

Quienes ejerzan la patria potestad deberán entregar a sus hijos, luego de que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

También tienen la obligación de reparar los daños y perjuicios causados al menor con la mala administración de éstos.

### 1.3.3. SUSPENSION, EXTINCION Y PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Nuestro Código Civil distingue en esta materia los términos acabar, perder y suspender. Rafael de Pina nos explica la diferencia de la siguiente manera de acuerdo a los que nosotros podemos interpretar; La patria potestad se acaba cuando, sin acto culpable de quien la ejerce la ley pone fin a ella señalando ciertos acontecimientos por los cuales debe concluir, ya por culpa del titular de los deberes propios de la patria potestad y se suspende por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando, quien es el titular o por pena que la suspenda. (8)

---

8 Cfr. DE PINA, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. 19a. ed. México, 1993.

**a) Extinción**

Con fundamento en el artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal podemos decir que la patria potestad se extingue por tres causas que son:

- 1.- Por alcanzar la mayor edad
- 2.- Por la muerte de quien la ejerza, si no hay nadie más que deba ejercerla
- 3.- Por emancipación derivada del matrimonio.

La primera causa es consecuencia de un hecho natural, así como la segunda, pero la tercera es de índole jurídico, es decir, el hecho mismo de la emancipación.

En estos caso, la patria potestad desaparece en forma absoluta, ya que nunca podrá renacer; y se extingue la institución misma; con relación al menor y en el segundo caso, después de que se extingue tiene que ser sustituida por la tutela, y en relación a la tercera causa, hay que hacer notar que aunque el matrimonio del menor se disuelva, esto no lo hará caer nuevamente en la patria potestad y así lo preceptúa el artículo 641: "El matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la emancipación, aunque el matrimonio se disuelva el cónyuge que sea menor no recaerá en la patria potestad.

**b) Suspensión**

De acuerdo con el artículo 447 la patria potestad se suspende:

- 1.- Porque quien la ejerza caiga en estado de interdicción
- 2.- Por ausencia declarada en forma
- 3.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena dicha suspensión.

La primera causa tiene lugar cuando la persona que la ejerce es declarada por sentencia ejecutoria incapaz, por locura imbecilidad, idiotismo o por ser sordomudo, que no sepa leer ni escribir. La suspensión en esta primera fracción debe durar hasta que desaparezca la causa que la originó, debiendo ser motivo de una resolución judicial la desaparición de la causa, declarando que el suspenso recobra todos sus derechos y todas sus obligaciones respecto de la persona y bienes del sujeto de ese derecho.

A este respecto cabe mencionar lo que prescribe el artículo 465: "Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley y no habiéndolo, se le proveerá de tutor".

Mientras que el artículo 491 nos menciona quien debe ejercer ese cargo de tutor: "El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquél derecho".

En cuanto a la segunda causa de suspensión, ésta proviene de la desaparición del lugar de su residencia y el



desconocimiento del paradero de una persona, transcurridos los <sup>43</sup> plazos señalados por la ley sustantiva.

Las circunstancias de desaparición del lugar de residencia y el desconocimiento de su paradero producen la declaración de ausencia y por ende la suspensión de la potestad paterna prevista en el dispositivo que se comenta.

De la fracción III del artículo 447 se puede decir que la sentencia condenatoria se refiere a lo previsto para los casos de divorcio, pues, el artículo 283 dispone que el juez puede suspender el ejercicio de ella según su arbitrio. Además, cabe en este supuesto la comisión de un delito que no sea grave, pero a juicio del juez pueda afectar al sujeto de ella y como consecuencia se dicte sentencia condenatoria que imponga como sanción la suspensión de la patria potestad.

#### c) Pérdida

La pérdida de la patria potestad es una forma de extinción relativa, pues la institución no desaparece y si la pierde quien la ejerce, es a manera de sanción a resultas de ser condenado en los casos señalados por la ley.

Los derechos no desaparecen, lisa y llanamente son sustituidos; según el caso concreto por diversas maneras así se tomarán las medidas pertinentes como la apertura de la tutela,

ejercicio de la patria potestad por los demás ascendientes, etcétera.

La restitución en el ejercicio de la patria potestad es posible mediante el cumplimiento de ciertas condiciones previstas por la ley *verbi gratia* el caso del culpable que haya obtenido su rehabilitación, después de determinado tiempo podrá solicitar que se le restituya en el ejercicio de ese derecho.

El código de la materia norma la pérdida de la patria potestad en sus artículos 444 y 446. El artículo 444 dispone los siguientes supuestos:

Cuando el que ejerza la patria potestad es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos más veces por delitos graves.

Aquí nuevamente nos encontramos con la facultad discrecional del Juez prevista en el artículo 283 para decretar la pérdida al derecho de ejercer la patria potestad, así también nos plantea el caso de un delito, pero tiene que ser condenado dos o más veces por delitos graves para que caiga dentro de este supuesto, si no, caería dentro de la suspensión.

Este supuesto se relaciona con los artículos 202 y 203 de nuestro Código Penal, mismos que establecen la prohibición de emplear a menores de 18 años en cantinas, tabernas,

etcétera, aplicándoseles no sólo a los que empleen, sino también a los padres o tutores que consientan en ello, esta sanción se aumentara con la privación del derecho de la patria potestad cuando el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor.

El mismo ordenamiento punitivo sanciona el aborto de un niño incapaz de cuidarse, teniendo como sanción la pérdida de la patria potestad, si el ascendiente es el delincuente, previene igualmente el abandono injustificado y la exposición de los hijos los artículos 336 y 343.

El segundo supuesto de esta fracción sanciona con la pérdida de la patria potestad a aquel que, ejerciéndola, es condenado a dos o más delitos graves, aún cuando en el supuesto que nos ocupa, nuestro Código Penal expresamente nos señala las sanciones personales y económicas en unión con la pérdida de la patria potestad para aquéllos que cometieron detrimentos sexuales en contra de sus descendientes.

En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.

Cuando, por costumbres depravas de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse su salud, su seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal.

Por la exposición que el padre o madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses. Esta

fracción atiende indudablemente al incumplimiento, por parte de los padres, de los deberes y obligaciones más elementales. Respecto de la persona de los hijos, o sea, el atender a sus necesidades físicas: casa, vestido, sustento y asistencia en casos de enfermedad, señaladas por los artículos 303 y 308 del Código Civil, aunada a la obligación de proporcionarle educación primaria y arte o profesión honestos.

Cabe mencionar también que las causas de pérdida de patria potestad que señala el Código Civil son de estricta aplicación, por lo cual no se puede condenar a la pérdida de este derecho por analogía ni por mayoría de razón, tal como se establece en los siguientes criterios jurisprudenciales: (9)

Patria Potestad, pérdida de la.- La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres y consiguientemente las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que solamente cuando ha quedado alguna de ellas de modo indiscutible se surtirá surtirá su procedencia, sin que puedan aplicarse por analogía, ni por mayoría por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores (10)

---

9 Cfr. PLANIOL, Marcel. Tratado Práctico de Derecho Civil Francia. Editorial Cultural Habana, 1984. Tomo I. p.456.

10 Cfr. Amparo Directo 4414/77. Leopoldo Fonseca Molina. 7 de abril. 1970. 5 votos ponente: Raúl Cuevas Wantecon. Secretario Gabriel Santos Ayala. Informe 1978. Tercera Sala número 108. p.71

Patria Potestad, pérdida de la.- "Las disposiciones que contiene la Ley Civil sobre las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad son limitativas, restrictivas y no ejemplificativas, razón por la cual, para que el juez pueda imponer esta sanción a alguno de los progenitores, es necesario que la causa que se alegue encuentre apoyo expreso en algún dispositivo de la ley". (11)

No debemos dejar de mencionar que el artículo 445 del Código Civil establece con claridad que la madre o la abuela que pase a segundas nupcias no pierden, por este hecho, la patria potestad.

Este artículo aparece por una razón histórica, ya que en los códigos anteriores, así como en la Ley de Relaciones Familiares, si se perdía el derecho, cosa que si consideramos totalmente injusta, sin embargo, en caso de que la abuela o la madre contraigan nuevas nupcias, el nuevo marido no ejerce la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio anterior.

#### **d) Restricciones para el Ejercicio de la Patria Potestad**

Esta institución, por cúmulo de facultades y obligaciones que presenta puede ser limitada en su ejercicio por decisión judicial, ya sea por causa de divorcio, como prevee el

---

11 Cfr. Amparo Directo 5041/76. Maria Hernández Guzmán Vda. de Morales. 3 de octubre 1977. 5 votos. Ponente J. Ramón Palacios Vargas. Secretario Carlos González Zarate. Informe 1977. Tercera Sala. p.126

artículo 283, o para evitar conflictos de intereses; por ejemplo, aquellos casos en que, quienes ejercen la patria potestad en determinado negocio, tengan un interés opuesto con el menor no emancipado, la patria potestad se limitará respecto de tal o tales negocios, debiendo recaer la representación, en estos casos, en el otro ascendiente si no tiene interés contrario, y si lo tiene, en un tutor especial nombrado por el juez.

Se pueden limitar una o varias de las facultades que entraña la institución, pero las obligaciones siempre serán las mismas ya que no se pueden eximir del cumplimiento de ellas.

## CAPITULO I I

LA INSTITUCION DE LA CUSTODIA

## 2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

La guarda o custodia del hijo menor de edad no emancipado es el atributo esencial de la patria potestad. Cuando la familia vive unida, y antes del divorcio, el padre y la madre tiene derechos y obligaciones que ejercen conjuntamente respecto de la custodia, cuidado y otras circunstancias de sus hijos menores de edad.

Sin embargo, después de un divorcio o de una separación, aún cuando los padres no hayan estado unidos en matrimonio, les corresponde a las partes, y en su caso a juzgador, determinar sobre la custodia de los hijos menores y separar los derechos y obligaciones que antes se ejercitaban conjuntamente.

Hasta ahora hemos sostenido que el titular del derecho tiene el ejercicio de la patria potestad y consecuentemente el derecho de guarda sobre sus hijos, pero no hemos tocado lo relativo a la privación de la patria potestad, o sea, la posibilidad de separar la guarda, del titular de la patria potestad, manteniendo los atributos de tal derecho.

En nuestro criterio, cuando el ejercicio de la patria potestad es incompatible con el interés de la familia, de los

hijos y de la sociedad, cuando el ejercicio de ese derecho no se compagina con las finalidades aludidas que inspira toda la normativa que regula toda la institución, cuando del ejercicio de ese derecho se desprenden perjuicios para el desarrollo físico y mental del menor, procede la derivación y hasta la misma ley lo posibilita.

Abundando en ese adjetivo calificativo de derivación, podemos decir que en la legislación francesa antigua, ante los abusos que involucra el ejercicio de la patria potestad, decide poner un remedio y suspende al padre de la guarda de los hijos, de esta manera se respetaba la intangibilidad del derecho de la patria potestad, su titularidad y al mismo tiempo se procuraba un beneficio al hijo; se creaba, en una palabra, la derivación.

Nuestra legislación vigente no hace otra cosa que consagrar esa derivación al permitir a los jueces, en interés del hijo, colocarlos al lado de sus padres, parientes, terceros, de acuerdo con las circunstancias que rodeen al caso controvertido.

Así, bajo las leyes antiguas, el padre tenía control absoluto sobre sus hijos, podía hasta venderlos.

El derecho del padre a la custodia, estaba basado en la presunción de que estaba en mejor posición para cuidar y velar por sus hijos en caso de separación, presunción que fue casi absoluta hasta la época de la revolución industrial, con el paso



del tiempo se diluyó el derecho absoluto del padre para obtener la custodia de los hijos menores, comenzando por otorgarse la custodia a la madre, cuando los hijos requerían de los cuidados maternos en función de su corta edad. Posteriormente, la custodia se podía otorgar a cualquiera de los padres, atendiendo al mejor interés del menor.

En la legislación mexicana, antes de 1954, se disponía que durante el proceso de divorcio, los hijos menores de siete años debían quedar necesariamente bajo el cuidado de la madre. A partir de ese año la legislación admitió la posibilidad de que los menores quedaran bajo el cuidado de cualquier persona designada por los cónyuges. Posteriormente, en 1983 se rescató la regla de cuidado por parte de la madre.

## 2.2. CONCEPTUALIZACION

El término custodia proviene del latín custos que significa guarda o guardian y esta a su vez deriva de curtos, forma del verbo curare que quiere decir cuidar. Es por tanto, la acción y efecto de custodiar, o sea, guardar con cuidado alguna cosa.

En el derecho privado la custodia, en sentido lato, es la obligación del deudor de cuidar la cosa debida. En su acepción más técnica y precisa constituye tanto en el derecho romano como en el moderno el contenido típico del contrato de depósito.

El derecho de guarda puede definirse como el derecho de ver que asiste al padre para conservar al hijo a su lado, vigilarlo, educarlo y atenderlo a su buena formación física, intelectual y moral.

### 2.3. TELEOLOGIA Y CARACTERISTICAS

Este derecho tiene como base la instrucción y corrección del menor por los padres o por un tercero, cuando éste detente su ejercicio, siendo el bienestar del niño el elemento predominante en la determinación de la custodia.

Las características fundamentales de este derecho son las siguientes:

- 1.- Es un derecho renunciabile, ya que cualquier persona a la que se otorgue la custodia del menor puede renunciar o excusarse de su cumplimiento.
- 2.- Es subordinado, ya que siempre está condicionado al interés del menor.
- 3.- Es un sujeto intransmisible, ya que el sujeto obligado no puede transferir ese derecho -obligación- a un tercero.
- 4.- Las decisiones judiciales sobre la custodia no son inmutables ni pueden ser definitivas por exigirlo así la naturaleza de la propia institución, de forma tal que son modificables en atención a las necesidades imperiosas del menor.

#### 2.4. FUNCIONES QUE COMPRENDE LA INSTITUCION DE LA CUSTODIA

La custodia es uno de los principales derechos dentro de los atributos generales en el ejercicio de la patria potestad que corresponde a los padres.

El derecho de guarda concede a su titular el derecho de instrucción y corrección de la persona del hijo. Entre las funciones que comprende cabe mencionar la de vigilancia, de corrección, de dirección, de conducta y de valores.

Es importante hacer notar que para ejercer el derecho de guarda es menester contar con la tenencia del menor, ya que sin ella no es posible concebir el derecho de guarda.

Entre los factores que deben ser examinados al momento de determinar el mejor interés del menor se encuentran: La preferencia del menor, sexo, edad, salud mental y física, la habilidad de las partes para satisfacer las necesidades afectivas y económicas del menor, el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en que vive, la interrelación del menor con las partes, sus hermanos y otros miembros de la familia y, la salud psíquica de las partes.

#### 2.5. LA CUSTODIA DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO

Cuando los padres viven juntos y, en especial, cuando están unidos en matrimonio, ambos ejercen el derecho de custodia, por vivir en la misma casa, sin embargo, cuando un hijo nace

fuera del matrimonio y sus padres no viven juntos, se siguen diversas reglas.

Primero.- en caso de reconocimiento simultáneo, en ese acto el padre y la madre convendrán quién de los dos ejercerá la custodia, y en caso de que no lo hicieren, el juez de lo familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Segundo.- tratándose de reconocimiento sucesivo, ejercerá la custodia el que primero lo hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el juez de lo familiar del lugar no crea necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

Tercero.- Por lo que toca al supuesto de los hijos nacidos fuera de matrimonio que vivían juntos y se separen, debe ser aplicado en el artículo 417 del Código Civil, que en lugar de regular la patria potestad, debería referirse a la custodia.

## CAPITULO III

EL DERECHO DE VISITA

"La desvinculación entre menores de edad, sea por haber sido casados, pero están divorciados, en proceso de divorcio o separados de hecho, o sea, por no haber matrimonio entre ellos, da lugar a un problema conexas con el del otorgamiento de la tenencia o guarda de los menores a uno de los progenitores: el de la reglamentación de la comunicación entre aquel que no ejerce la tenencia y el menor".(12)

De esta forma, si el divorcio ya es aceptado para reglamentarlo adecuadamente, hay que pensar no solamente en los cónyuges, sino, hay que preocuparse primordialmente por los hijos, por ser éstos los más indefensos y que por lo tanto, mayor protección requieren.

En la elaboración del presente capítulo se utilizó como principal fuente de información, la vertida en el estudio efectuado por Francisco Rivera Hernández.

En el orden doctrinal, se distinguen dos tipos de razonamiento para fundamentar el derecho de visita; por una parte aquéllos que lo fundan en una figura o relación jurídica ajena o exterior al mismo, y aquéllas que lo justifican dentro de la relación que une al menor con el visitador.(13)

---

12 RIVERA HERNANDEZ, Francisco. El Derecho de Visita. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, 1992. p. 312

13 RIVERA HERNANDEZ, Francisco. Ob. cit. p.315

### 3.1. TEORIAS REFERENTES AL DERECHO DE CUSTODIA

#### 3.1.1. COMO DERECHO DE VIGILANCIA

Algunos lo basan en el derecho de vigilancia que compete a uno de los cónyuges respecto del ejercicio de la custodia que corresponde al otro sobre los hijos comunes, asignados a éste último, esto es, ven al derecho de visita como un medio para controlar o reprimir y hasta cierto punto para presionar al custodio.

Para Planiol, Ripert, Roust: "El padre o la madre que se ve privado de la guarda del hijo (en caso de divorcio), conserva un derecho de vigilancia que se ejerce habitualmente bajo la forma del derecho de visita, del derecho de correspondencia con los hijos y del derecho de velar por la instrucción del niño y su educación religiosa"(14).

Estas ideas no son útiles, en virtud de que confunden figuras y funciones diferentes con la finalidad también distinta: el derecho de vigilancia va dirigido a un control, parte de uno de los progenitores de la gestión en el ejercicio de la patria potestad o de la guarda del menor; de quien la detenta y se funda en la existencia de una idéntica relación jurídica y humana de cada uno de los progenitores con los hijos con idénticos derechos y obligaciones que no cesan por la separación conyugal.

---

14 PLANIOL, Marcel y Otros. Traité Practique de Droit Civil Francaise. Editorial Cultural Habana. 1964. Tomo I. p. 426.

El derecho de visita en cambio, busca proteger la relación personal y la corriente de afectos, entre beneficiario y menor, al margen y por encima de cualquiera que sea la forma en que el cónyuge encargado de la guarda desempeñe su función.

El derecho de visitar a un menor no implica que quien lo tiene, pueda estar vigilando a cada momento el cumplimiento de los deberes impuestos al guardador, si así fuera, se perdería la esencia de esta figura que consiste en mantener relaciones con el menor.

### 3.1.2. COMO FACULTAD DESMEMBRADA DEL DERECHO DE GUARDA

En Francia, han relacionado el derecho de visita con la patria potestad, de la cual provendría y sería una especie de parte residual o de facultad desmembrada.

En tanto que en la doctrina alemana, consideran que el citado derecho constituye un resto del cuidado de la persona del hijo que deja al cónyuge privado de su guarda.

No estamos de acuerdo con esto, pues aún cuando estén vinculados estrechamente, la patria potestad y el derecho de visita no son sólo figuras distintas, sino que, su fundamento es distinto como lo son su finalidad y su campo de actuación.

El derecho de visita se puede dar en favor de personas ajenas a la patria potestad, como podría ser el caso de los hermanos o alguna otra persona que se encuentre relacionada con el menor o incluso en los casos en que el progenitor haya perdido al patria potestad. El derecho de visita pretende favorecer las relaciones humanas y afectivas entre dos personas: el menor y el beneficiado.

Este derecho tiene un fin muy distinto al de la patria potestad, que consiste, como ya vimos, en el cuidado de la persona y los bienes del menor. Mientras que el derecho de visita tiene como fin mantener contacto con el menor.

### 3.1.3. COMO ABUSO DE LA PATRIA POTESTAD

Esta teoría pretende dar la procedencia y justificación del derecho de visita en que su denegación al peticionario por el titular de la patria potestad, sin motivos serios, supondría un grave abuso de un derecho, abuso que no puede triunfar ni ser protegido.

El ejercicio de un derecho es abusivo cuando principal o exclusivamente es practicado con la intención de perjudicar a otro. Los elementos constitutivos de esta fórmula son:

- 1.- Ejercicio de un derecho
- 2.- Ausencia de utilidad para el titular de ese derecho



3.- Intención nociva

4.- El perjuicio afectivamente ocasionado a otro

Al centrar esta teoría el fundamento y la acción del peticionario en el abuso del derecho de la patria potestad no justifica en donde se encuentra el interés jurídicamente protegido. Junto al abuso por parte de quien niega tales relaciones, aparece una pretensión a las mismas; pretensión que acaba imponiéndose, y que el derecho con valor diferenciado de la posición jurídica del titular de la patria potestad, es decir, que el derecho de visita no se otorga en función del comportamiento de quien detente la patria potestad, sino que, es una figura independientemente de aquélla.

#### 3.1.4. EN BASE AL PARENTESCO

Para unos, el fundamento estaría en el parentesco, que une al visitado con el visitador. La argumentación es sencilla en principio. Los vínculos de parentesco que unen a aquéllos han generado una fuerte relación personal, íntima y profunda a nivel espiritual y afectivo que exige una continuidad en las situaciones excepciones o de crisis familiar.

Consideramos que la causa y la auténtica justificación del derecho de visita hay que buscarla más allá, pues ya que es anterior a valoraciones jurídicas tipo parentesco o patria potestad.

Hay que buscarla en la relación afectiva que pueda existir entre el menor y quien pretende ejercer este derecho. En

algunos casos, debe ser procedente otorgar el citado derecho a personas que no tengan parentesco con el menor, como podría ser el caso de los padrinos que han compartido la vida de este.

### 3.1.5. EN BASE A LA RELACION AFECTIVA

El derecho de visita encontraría su fundamento en el afecto. Consideramos que esta doctrina es susceptible de crítica, ya que lo afectivo es demasiado abstracto y subjetivo, además de no ser una categoría jurídica.

### 3.1.6. EN BASE AL INTERES DEL MENOR

Se considera a la luz de esta teoría que, si no le conviene al menor, no ha lugar a él, será denegado al peticionario o es modificado o suspendido si resultara perjudicial para el mismo.

### 3.1.7. TEORIA PERSONAL

En nuestra opinión hay dos situaciones primordiales que debemos tener en cuenta. Hay, por una parte, el derecho innegable y la necesidad indiscutible de proporcionar al menor un haz de relaciones y vivencias, un entorno humano, espiritual y afectivo que trascienda más allá de lo puramente individual y de la simple relación jurídica o biológica, relaciones que no deben interrumpirse en situaciones anormales de la familia, ceder ante actitudes estrechas o egoístas de quienes pretenden monopolizar

el mundo re relacional del menor, con base en un pretendido derecho o relación preferente sobre o con el menor.

De otro lado está la relación afectiva que en todos estos casos unen al beneficiario con el menor y que nuestra institución y esas relaciones a que da lugar entre los mismos pretende salvar y proteger en circunstancias adversas para aquélla.

El fundamento ultimo del derecho de visita vendría siendo una especie de imperativo categórico, en virtud del cual no se puede negar al padre o a la madre seguir relacionándose con su hijo y recíprocamente tras la separación, divorcio o nulidad matrimonial y quedar éste con el otro progenitor, ni al padre extramatrimonial al ver y comunicarse con su hijo que vive con la madre y viceversa, siempre que no cause perjuicios al menor.

De igual forma, se fundamentaría el derecho de cualquier persona que sienta un cariño auténtico por el menor y que pueda ayudar a su desarrollo físico, intelectual y emocional.

### 3.2. NATURALEZA JURIDICA

Varias cuestiones se plantean en torno del tema y nos cuestionamos: se trata de un derecho propio de su titular o de un mero límite de derechos o poderes ajenos, estamos en presencia de un verdadero derecho subjetivo o es sólo una facultad o posición jurídica derivada de un derecho superior o más amplio.

### 3.2.1. Derecho propio, autónomo o límite a otros derechos

Para la doctrina que justifica el derecho de visita en el abuso del derecho del padre que denegaba las visitas a los abuelos, se considera que las visitas eran una restricción a su poder preminente. Actualmente, esta teoría no es aceptada si el titular de la patria potestad o quien lo tenga en su custodia no puede negar ciertas relaciones del hijo con su progenitor, y ello no es porque se prohíba su abuso, sino, porque ésta persona tiene un derecho autónomo para visitarlo.

Estimamos que el derecho de visita es un derecho autónomo a aquel que pudiera tener quien ejerce la patria potestad o detenta la custodia del menor, no es por tanto un límite a otro derecho ni menos está supeditado a él, sino que es un derecho propio que busca, tanto la satisfacción del beneficiario como la del menor.

### 3.2.2. Derecho subjetivo o facultad jurídica

Para conocer la naturaleza jurídica del derecho de visita, conviene determinar si se trata de un derecho subjetivo o de una facultad. Para algunos doctrinarios como De Castro Díez, Picaso Guillón y otros, la facultad es la posibilidad de actuar, concedida a una persona por formar parte del contenido de una relación que tiene, entre otros caracteres de independencia, por estar siempre basadas y unidas a una relación jurídica a la cual

queda vinculada mientras no se independice formando un derecho subjetivo.

En cambio, textualmente nos refiere Alberto Zapoli: "El derecho subjetivo es un poder o señorío reconocido por el orden jurídico; así, por derecho subjetivo entiéndase, la facultad de exigir determinado comportamiento positivo o negativo de la persona o personas que se hallan frente al titular".(15)

Tal facultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa y pone a disposición de otro sujeto el imperativo que continúe dicho orden. (16)

En lo personal, consideramos al derecho de visita como un derecho subjetivo y no como una mera facultad, ya que no es una mera facultad residual de la patria potestad o del derecho de guarda, sino que, es la posibilidad de exigir su cumplimiento frente a quien detenta la custodia.

---

15 ZAPOLI, Alberto. Derecho de Familia Derecho Civil. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1988. Tomo I. p.358

16 Cfr. PEREZ RAYO, María Guillermina. Efectos del Divorcio Respecto de los hijos. Revista del Ministerio de Justicia. Venezuela. Enero-Marzo, 1993. p. 24

### 3.2.3. Derecho Deber, Derecho Función

Se basa en que el responsable del cumplimiento de un deber requiere, para su cumplimiento, contar con un derecho que pueda ejercer. Así uniendo deber y derecho se puede cumplir con las obligaciones que trae consigo la patria potestad y el parentesco.

El derecho de visita es un derecho con fin altruista que no sirve al interés exclusivo del titular, sino al de otros cuyo ejercicio no queda a su arbitrio, sino que se convierte en el deber ético. Todas las actuaciones del beneficiario son funcionales, sólo pueden ser ejercidas en vista de la realización del fin, si el propósito del titular se apartara del fin del régimen de visitas puede ser modificado, suspendido y hasta suprimido.

### 3.2.4. Titular del derecho de visita

El titular del derecho de visita es el menor, no sólo para reclamar frente a quien lo custodia, relaciones con otros parientes y allegado, sino para mantenerlas con el otro progenitor que no tenga la custodia.

Como consecuencia, el sujeto pasivo del derecho de visita es el que custodia al menor y ejerce la patria potestad, ella es la persona obligada frente a la que ejercita la posibilidad de actual o de exigir.

En cuanto al derecho que tiene el menor para reclamar y obtener relaciones personales con uno de sus progenitores, puede añadirse que las obligaciones de los padres no terminan en alimentarlo materialmente cuando no puede tenerlo en su compañía, sino que su progenitor tiene también la obligación de darle cariño y calor humano, su presencia personal y su respaldo espiritual, y si esto no es posible por la interrupción o la separación, no por esta razón han terminado las relaciones espirituales y el hijo tiene derecho a pedir las a su progenitor.

El que tiene la custodia no tiene derecho a monopolizar las relaciones del menor, ni puede convertirse en la única persona con la que el menor tenga relación. Este deber jurídico consiste en la convivencia que debe haber entre parientes, en especial entre padres e hijos como resultado de una relación jurídica que responde a una relación interpersonal originada por la filiación.

Si existen estos deberes de convivencia recíprocos entre padres e hijos, unos y otros tienen tanto el derecho para exigir del otro el cumplimiento de su deber jurídico: este derecho es el que se ha denominado de visita. (17)

Por lo que se puede concluir que los titulares del derecho de visita lo son tanto el menor como aquellos que tienen lazos afectivos profundos con dicho menor y no le causen ningún perjuicio.

---

17 Cfr. LASSER, Ali. El Juicio de Privación de Guarda. Revista del Ministerio de Justicia. Venezuela, 1992. Octubre-Diciembre. Año 7. Número 31. p. 39

### 3.3. CONCEPTUALIZACION

El derecho de visita es aquél derecho que corresponde al padre o madre para comunicarse y relacionarse con aquéllos de sus hijos menores no emancipados o incapacitados que por resolución judicial o por situación de hecho han sido confiados a la custodia del otro cónyuge.

Igual derecho corresponde a los hijos menores no emancipados para comunicarse con aquél de sus progenitores con el que no convive, siendo extensivo este derecho respecto de otras personas que, sin tener ninguna relación de parentesco, sostengan con el menor relaciones afectivas benéficas para el menor.

### 3.4. CARACTERISTICAS

El derecho de visita se caracteriza porque:

1.- Es relativo. En función de las personas entre quienes se establece la relación jurídica y las circunstancias del caso. Esta relatividad le deviene de su finalidad y motivación; una misma relación objetiva de ese derecho o a un régimen de visitas muy distinto en unos casos y otros.

2.- Es subordinado. Aún cuando es un derecho recíproco, está siempre subordinado al interés del menor, quien es el más necesitado de protección, antes y primero que nada se debe atender al interés del menor, a lo que pueda ser mejor para su educación y desarrollo.



3.- Es independiente de su origen causal. El derecho de visita es concedido por encima de, y al margen de los motivos que le dieron lugar, la separación entre el menor y la otra persona interesada en la relación interpersonal y jurídica y al margen de las querrelas y enfrentamientos entre el titular de la guarda del menor y el visitador. Ello lo prueba incluso, que este derecho puede corresponder al cónyuge culpable en caso de separación matrimonial.

4.- Personalísimo. Es un derecho personalísimo de su titular, en cuanto que es concedido para fomentar el afecto y la relación personal del beneficiario y solamente de él, con el menor en quien se concretan las visitas.

Este carácter conlleva una consecuencia: el mal uso del derecho de visita se hace cuando el beneficiario, en lugar de convivir con el menor, lo deposita en la casa de otros parientes durante el tiempo de ejercicio de dicho derecho.

5.- Inalienable. Es intransmisible el derecho de visita, ya que le es concedido al beneficiario exclusivamente para él y a fin de fomentar la relación afectiva que le une al menor, quien es igualmente interesado. El derecho de visita sirve tanto o más al menor que al peticionario.

6.- Renunciable. Es un derecho esencialmente renunciable, sin embargo, en cuanto que es concedido para beneficio del menor, el

beneficiario no puede renunciar a él, salvo que haya causa justificada y sin causar perjuicio al menor.

7.- Imprescriptible. No existe posibilidad jurídica de adquirirlo o perderlo por el transcurso del tiempo, de forma tal que por más tiempo que pase, no se pierde y se puede pedir cuando se quiera. Lo mismo puede decirse respecto del ejercicio del derecho durante cierto tiempo.

8.- Recíproco. Se da tanto en interés de los progenitores o de las personas con relaciones afectivas con el menor, como en interés del propio menor. Aún cuando el interés del menor es siempre prevalente, también debe atenderse a las necesidades del beneficiario a su derecho de convivir con la persona que él quiere.

9.- Este derecho subsiste únicamente mientras los hijos sean menores de edad no emancipados o estén incapacitados. Cuando los hijos crecen y son capaces de decidir sobre sus vidas no les puede ser impuesta la convivencia o la presencia de una persona.

10.- Revisable. La sentencia o el convenio en el cual se pactó el derecho de visita siempre se puede revisar, ya que puede haber modificaciones, si cambian las circunstancias. Estas resoluciones o pactos nunca adquieren la calidad de cosa juzgada ya que lo que hoy es bueno para el menor, puede dejar de serlo en otro tiempo y viceversa.

### 3.5. SUJETOS

Los elementos personales del derecho de visita se dividen en dos: sujetos pasivos y sujetos activos.

Los sujetos pasivos son:

- 1.- El padre o madre privado de la custodia del hijo
- 2.- Los abuelos
- 3.- Los hermanos y otros parientes
- 4.- Personas allegadas al menor
- 5.- El menor mismo

El sujeto pasivo será la persona que detente la custodia del menor.

El padre o la madre privado de la custodia del menor. En principio no hay duda alguna sobre el derecho que tiene todo progenitor a ver y comunicarse con los hijos cuya guarda no le ha sido asignada, a menos que concurran circunstancias graves y justificadas en cuyo caso puede ser negado o restringido ese derecho.

El hecho de que alguno de los progenitores tenga la guarda del menor, es conciliable con la facultad del otro de visitarlo, comunicarse con él y tenerlo en su compañía durante períodos prudentes, siempre que ello no redunde en perjuicio para el propio menor.

El derecho de visita, es un derecho natural vinculado a la calidad de padre o madre, y estos no dejan de serlo ni de querer a sus hijos por el hecho de haberse dado cuenta que no pueden vivir juntos, de forma que estos deberes que se tiene para con los hijos, se siguen cumpliendo al margen de la convivencia conyugal.

Los abuelos; debido a que ellos están muy ligados jurídica y moralmente a sus nietos, es lógico pensar que no se les puede negar el derecho de visita a sus nietos, salvo que esa relación llegue a perjudicar a los propios nietos.

Los hermanos y otros parientes, pues este es el caso de los hijos mayores de edad fuera de la patria potestad y que no viven con sus padres, con respecto a sus hermanos menores sujetos a patria potestad. Otro caso sería el de dos menores, uno de los cuales ha quedado bajo la guarda del padre y otro bajo la guarda de la madre.

Las personas allegadas al menor, en éstos casos debe ser el juez quien decida el alcance del término allegado y así poder resolver si se tiene o no el derecho de visita.

No consideramos necesario exigir requisitos o circunstancias especiales, pero, debe tomarse en cuenta las razones que alegue el que pretenda relacionarse con el menor, antecedentes y sobre todo, el interés del niño y el impacto que en él pueden tener la concesión o negación de visitas.

El menor mismo, es el primer interesado en las visitas y relaciones, en cuanto destinatario y protagonista del afecto que se pretende fomentar y proteger con ellas. Es el sujeto principal en la relación paterno filial, la cual se establece en su beneficio; por ésto, el menor es el principal titular del derecho de visita y tiene el derecho de exigirla.

En cuanto al sujeto pasivo de esta relación, ya se mencionó que no será la persona que detente la guarda o custodia del menor y debe permitir su ejercicio.

### 3.6. CONTENIDO

El contenido del derecho de visita es el conjunto de relaciones, comportamientos y conductas queunen a quienes intervienen en esa relación jurídica familiar.

El objeto del derecho de visita, versa sobre una serie de relaciones personales entre su titular y el menor, y se traduce y ejercita por cuantos medios pueda proporcionarse.

El derecho de visita se presenta en tres formas:

- 1.- La visita en sentido estricto
- 2.- La correspondencia
- 3.- Estancia del menor en casa del beneficiario

Analizando cada una de las formas en que se presenta el derecho de visita, se tien lo siguiente:

### 3.6.1. La visita en sentido estricto.

La expresión mínima del derecho de visita podría ser la visita en el sentido estricto que se da solamente en el domicilio del menor.

Este tipo de visita es impuesta las más de las veces, por los jueces y presenta como inconveniente, que ninguno de los progenitores queda satisfecho.

El titular de la custodia está obligado a soportar la presencia del visitador y este no se siente en un ambiente grato para relacionarse con el menor.

### 3.6.2. Correspondencia.

En el derecho de visita está comprendido el derecho de comunicarse. La correspondencia puede ser por escrito o por medio de una tercera persona. Esta correspondencia lleva implícita la privacidad de la misma, es decir, el titular de la custodia no puede abrir la correspondencia ni interferir el teléfono.

### 3.6.3. Estancia del menor en casa del beneficiario.

Esta es la forma completa y habitual para ejercitar el derecho de visita. En México se actualiza a través de los convenios que celebran los cónyuges al divorciarse por mutuo

consentimiento o al proponerlo al juez en el divorcio necesario, o bien, éste así lo decide, cuando no existe el acuerdo entre las partes.

Esta relación debe tratarse con mucho cuidado, cuidando siempre el bienestar del menor ya que estas relaciones son por un tiempo más prolongado y hay mayor contacto entre uno de los padres y el hijo.

La regulación de este ejercicio preferentemente se hace por medio de un pacto entre los cónyuges y a falta de pacto, compete a los tribunales la referida regulación.

### 3.7. LIMITES

El derecho de visita es un derecho personal y exclusivo del beneficiario y por tanto indelegable. Su objeto es fortalecer y propiciar las relaciones afectivas y humanas del menor y del visitador y el beneficio de ambos.

Si el visitador hace mal uso de su derecho de visita se le puede suspender este derecho por haber desviado su fin. El visitador solamente deberá tener una relación afectiva con el menor, no deberá intervenir con la educación del menor ni tampoco podrá enseñarle otro tipo de doctrina o principio religiosos si van contra quien tiene la custodia.

El visitador debe respetar la personalidad y las relaciones que tenga el menor, no puede impedir que durante el tiempo que viva con él, el menor se comunique con quien tiene su custodia ni con cualquier otra persona que mantenga relación con el menor a no ser que exista un motivo justificado para ello.

### **3.7.1. Responsabilidad que asume el receptor del infante.**

Se puede decir que el derecho de visita es un derecho-deber del titular. Por un lado se tiene el derecho de visitar al hijo, ya sea en el domicilio del menor o fuera de él y llevárselo por una temporada, y también el derecho de la correspondencia.

Al lado de estos derechos están los deberes de proporcionarle alimentos durante el tiempo suficiente, durante la convivencia, darle afecto, dedicar el tiempo suficiente para la convivencia entre sí y vigilar su salud física y espiritual.

### **3.7.2. El protagonista del derecho de visita y sus respectivos intereses.**

El visitador.- El demandante del derecho de visita basa su pretensión generalmente en el afecto que profesa al menor y en que para manifestarlo y protegerlo necesita mantener relaciones regulares con él. En casos de conflicto el juez debe resolver sobre el régimen de visitas.



Quien debe decidir sobre el interés del menor, preferentemente, son los padres, y en caso de que no se pusieren de acuerdo, decidirá el juez de lo familiar, estudiando cada caso particular de que se trate.

a) La voluntad del menor en relación con su interés.

Mientras una persona es menor de edad está limitada a su capacidad, ya que tiene capacidad de goce pero no capacidad de ejercicio, por lo que casi todo lo relativo a su persona y bienes será resuelto y actuado por sus representantes legales que son los que ejercen la patria potestad, mas ésto no significa que la voluntad del menor sea inoperante.

En relación a la participación del menor, existen dos teorías: la primera estima que el menor deber ser escuchado antes de tomar una decisión sobre su destino y sobre el régimen de visitas, siempre y cuando, por su edad y madurez, pueda tomar la decisión sin que haya influencia en él.

No se puede fijar una regla general en cuanto a la edad, a partir de la cual debe ser escuchado el menor, ya que esto dependerá de la madurez psicológica y espiritual del menor.

También debe tomarse en cuenta el grado de independencia y de criterio propio con que pueda hablar y decidir el menor, sin influencia de otra persona.

La segunda teoría relega la importancia de tomar en cuenta al menor. Consideramos que en todo caso se considere la opinión del menor, analizando debidamente si no se trata meramente de una decisión caprichosa a fin de aceptar lo más beneficioso para sus intereses personales.

#### b) Conciliación de todos los intereses en el juego

Cuando sea fácil conciliarlos y dar satisfacción a todos los interesados, el problema queda resuelto. En caso de conflicto, la generalidad de la doctrina se inclina por la supremacía del interés del menor en cuanto es el menos culpable de ciertas situaciones y la parte más vulnerable.

En todo caso podrá haber lugar a las pretendidas visitas y relaciones, cuando éstas no afecten al menor, y si se da conflicto de intereses, corresponde a los tribunales conciliar, tomando en cuenta el beneficio del menor.

### 3.8. MODIFICACION, SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DEL DERECHO DE VISITA

El derecho de visita es un derecho relativo, si las circunstancias cambian, el régimen de visitas puede ser modificado, suspendido y hasta suprimido. En México, ante la ausencia de una disposición especial, es factible aplicar el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles que contiene

como principio general la posibilidad de modificar la relación paterno-filial dentro de la cual se encuentra el derecho de visita.

La aparición de hechos nuevos o circunstancias graves pueden obligar a modificar, limitar o suspender el derecho de visita. En el orden práctico la dificultad surgirá cuando se determine cual puede ser la justa causa o situación graves, los motivos deben de ser serios, legítimos y actuales, deber ser plenamente probados por la persona que los alegue.

En todo caso esas razones y circunstancias deben ser debidamente valoradas por el juez, tomando en cuenta las consecuencias que podría acarrear.

### 3.8.1. Modificación

Toda concesión del derecho de visita y del régimen correspondiente tiene una vigencia. variadas las circunstancias que existieron en su nacimiento, el régimen inicial debe variar también.

Cuando los intereses del menor se ven afectados, también se puede obtener una variación en el régimen citado. En todo caso, son dos los puntos que hay que considerar: los hechos y causas graves que pueden resultar suficientes para modificar el régimen de visitas, y en qué sentido se puede producir tal modificación.

Dentro de los hechos para la modificación se pueden distinguir, la aparición de nuevas circunstancias graves y el incumplimiento de los deberes impuestos por resolución judicial.

En cuanto a la alteración sustancial de las circunstancias para que haya lugar a pedir y acordar una modificación del régimen de visitas, el hecho que se invoque debe ser nuevo en cuanto no haberse podido tomar en cuenta al establecer el régimen inicial y además, debe ser suficientemente serio y grave para dar lugar a ese cambio. Otras veces pueden ser cambios personales, voluntarios o no del beneficiario o del menor.

En cuanto a los deberes que se incumplan, pueden estar los impuestos por el juez; relativos a los días, horas, lugar de cumplimiento, condiciones del mismo, personas que deben o que no pueden acompañarlos, etc.

### 3.8.2. Suspensión

La suspensión del derecho de visita supone una parcial privación temporal de las relaciones personales del titular con el menor, en algunos casos la suspensión puede venir precedida de la adopción de alguna medida que modifique el régimen de visitas cuando en su desarrollo hayan aparecido determinadas circunstancias que así lo aconsejen.

En otros casos la suspensión puede ser el prelude de la pérdida del derecho, si la gravedad de las causas exige la adopción de esa medida por ser la primera ineficaz o insuficiente.

Entre la suspensión y la pérdida del derecho hay una línea no bien definida que queda al arbitrio del juez. Los motivos de la suspensión pueden ser muy variados, relacionados unas veces con el beneficiario y otras con el menor.

Los motivos relacionados con el beneficiario pueden ser ajenos a su voluntad o derivados de su culpabilidad. Respecto del menor, unas veces serán circunstancias ajenas al menor y otras veces serán motivos internos.

Por propia definición, la suspensión del derecho de visita tiene solamente duración temporal, duración que en muchos casos no se puede prever en el momento que se acuerde.

### 3.8.3. Pérdida

La pérdida es la más grave de las medidas que pueden tomarse en el derecho de visita, ya que es la negación de dicho derecho al beneficiario.

El derecho de visita está muy relacionado con la naturaleza de la persona y basado en las relaciones personales y en los lazos afectivos, y cuando no existen dichos lazos, no hay razón para que continúe vigente ese derecho.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

La suspensión se puede dar a título preventivo, es decir, antes de que se produzca el daño, si existe el temor de que éste sea irreversible. También puede proceder por el incumplimiento de deberes impuestos por resolución judicial o pactados en el convenio.

La valoración de las causas y la adopción de esta medida en cuestión a valorar por el juez en cada caso concreto, teniendo siempre en cuenta el interés del infante.

En cuanto a las posibles causas de pérdida del derecho se podrían citar las antes mencionadas, la diferencia consistiría en la gravedad de las mismas sobre todo que provoquen una situación irreversible.

#### **3.8.4. Extinción**

Por muerte del beneficiario o del menor, por concurrir la calidad de visitador y de guardador, por la mayoría de edad y por emancipación.

## C A P I T U L O I V

LA PATRIA POTESTAD, LA CUSTODIA Y EL DERECHO DE VISITA  
EN LOS CASOS DE DIVORCIO

## 4.1. DETERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD DURANTE Y DESPUES DEL DIVORCIO

Para la sociedad, revista gran importancia la situación de los hijos habidos dentro de un matrimonio que se disuelve independientemente del interés propio de los cónyuges.

Importa a la ley, en forma preponderante, preservar la unión familiar, pero si el divorcio sobreviene, es preciso que la atención se dirija primordialmente a los hijos menores de edad.

De conformidad con nuestra legislación vigente, existen dos tipos de divorcio: el administrativo y el judicial.

El primero de ellos se tramita ante un Juez del Registro Civil; y el segundo, ante un Juez de lo Familiar. Dentro del divorcio judicial existe a su vez el divorcio voluntario y el divorcio necesario, según la causa que le de origen.

## 4.1.1. Durante el divorcio

Durante el procedimiento de divorcio, la patria potestad es conservada por ambos cónyuges, pues lo que sucede durante la tramitación del juicio no son más que alteraciones que

sufre la mencionada institución y sólo en forma provisional; y la situación estable nacerá al momento de dictarse la sentencia definitiva.

En realidad, donde encontramos modificaciones es en lo relativo a la custodia de los hijos, lo que representa un límite al ejercicio de la patria potestad.

#### 4.1.2. Después del divorcio

Son diferentes el tratamiento y las consecuencias que producen, según se trate de divorcio necesario o divorcio voluntario.

##### a) En los casos de divorcio voluntario y necesario

En el divorcio por mutuo consentimiento, por regla general, ninguno de los cónyuges perderá la patria potestad sobre sus hijos.

El juez tiene las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la patria potestad, independientemente de que se trate de un divorcio necesario o de un divorcio voluntario, pudiéndose suspender o decretar la pérdida de la misma, si así lo considera conveniente.

En el divorcio voluntario, los cónyuges están obligados a presentar al juez un convenio en el que, entre otras cosas, se señale la persona a quien serán confiados los hijos, tanto



durante el procedimiento como una vez ejecutoriado el divorcio. No obstante de que dicho convenio lo formulan de común acuerdo los esposos, deberá apegarse a las disposiciones expresas de la ley.

Al ser la patria potestad un institución irrenunciable, no pueden las partes pactar sobre la misma, por lo que solamente, en los casos en que el juez lo considere necesario, podrá determinar modificaciones al ejercicio de la patria potestad, al momento de dictar sentencia, ya sea suspendiéndola o decretando su pérdida.

A esto se debe que sean muy pocos los casos en el divorcio voluntario en que se toma esta medida, ya que al no haber cónyuge culpable que haya mostrado una conducta contraria al bienestar y buen desarrollo de los hijos, no se justifica la necesidad de adoptar esta medida.

En el caso del divorcio necesario, la situación difiere considerablemente, pues en estos casos siempre existe un cónyuge culpable.

La suspensión y pérdida de la patria potestad implican una severa sanción para el que deja de ejercerla y altera de esencia la relación natural entre padres e hijos.

Una de las innovaciones más notables del derecho familiar ha sido el tratamiento de la patria potestad en relación con los casos de divorcio. Antes, el divorcio contencioso o

necesario se hallaba dominado por la culpabilidad de uno de los cónyuges, la culpabilidad traía consigo la pérdida de la patria potestad, con este modo somero indiscriminado de entender las causas y efectos del divorcio, se perdía de vista que, si bien es cierto que este revelaba una profunda lesión en el vínculo conyugal, no necesariamente ocurre lo mismo con la relación entre el progenitor inocente o culpable del divorcio y los hijos de la pareja.

Hay factores de separación o ruptura vincular que se erigen a partir de una grave desviación en el poder paterno, como es por ejemplo, la corrupción de los hijos, provocada por el padre o por la madre, pero hay otros, los que no involucran por fuerza el quebranto de la relación directa entre el hijo y el progenitor que dió lugar al divorcio por una conducta que sólo tiene como víctima inmediata al otro progenitor.

El anterior artículo 283 del citado Código Civil, tenía tres normas fundamentales para resolver la pérdida de la patria potestad o la suspensión de la misma, dichas normas hacían referencia a las causales de divorcio, de tal forma que cuando el divorcio provenía de las causales previstas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, IX y XV del artículo 287 del Código Civil, los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge no culpable; si los dos fueren culpables quedaban bajo la patria potestad del ascendiente que correspondiera y si no había, se le nombraba un tutor.

La segunda regla hacía referencia a las fracciones IX, X, XI, XII, XIII, y XV, y los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero, a la muerte de éste, el culpable recuperaba la patria potestad; se trataba de un verdadero caso de suspensión.

Y por último, en las causales previstas en las fracciones VI y VIII, que tratan de enfermedades crónicas o incurables y enajenación mental, los hijos quedaban en poder del cónyuge sano, pero el enfermo conservaba los derechos sobre la persona y los bienes de los hijos. El legislador trató de evitar aquí, que el juez pudiera decidir a su arbitrio. Sin embargo, la modificación del artículo 283, cabía radicalmente y el juez gozará de amplias facultades para decidir en torno a la pérdida, suspensión o restricción de la patria potestad.

Actualmente, el juez, con plena libertad, tiene la decisión. Consideramos que ésta es una de las innovaciones más notables en el derecho familiar, pero, no por ello, deja de ser peligroso otorgar a los jueces tan amplias facultades, ya que existen una gama de problemas que pueden redundar en perjuicio de la institución.

Por ejemplo, podemos citar el hecho de la gran carga de trabajo de los tribunales, lo que hace que las resoluciones no sean valoradas y, también, sería necesaria una adecuada formación profesional y humana que deben poseer los jueces, tratándose de

una materia tan delicada, por lo que el profesionalista capacitado no ocupará como juez éstas funciones, por el bajo salario de dichos funcionarios.

Consideramos acertada la reforma de 1983, sin embargo, pugnamos porque a través de la legislación, se den lineamientos de manera ejemplificativa y no taxativa, de los casos y circunstancias en los que puede decretar el juez la pérdida, suspensión o restricción de la patria potestad.

El juez familiar necesita estar revestido de amplias facultades, las cuales deben ser objeto de cierta reglamentación y sin perjudicar su poder discrecional se garantice a las partes la seguridad.

Es conveniente hacer mención de la posibilidad existente en la ley, acerca de la intervención de distintos familiares en beneficio de los intereses de los menores, lo que podría considerarse como un consejo familiar que puede intervenir ante el juez de lo familiar. Intervención se encuentra prevista por el artículo 284 del Código Civil que a la letra dice:

" Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad de los hijos, el juez podrá acordar, con autorización de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores".

Debemos acordar que cualquier resolución en esta materia podrá ser modificada, atento a lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal que a la letra dice: "... las resoluciones judiciales dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente al Código Civil para el Distrito Federal".

#### **4.2. LA CUSTODIA DURANTE Y DESPUES DE DECRETADO EL DIVORCIO**

Es manifiesto el sinnúmero de problemas a resolver que se plantean al pronunciarse el divorcio. Problemas que revisten una gravedad extrema cuando al aspecto se refieren, dado que la situación anterior no puede continuar siendo la misma para los hijos una vez que se aya fallado en el divorcio, puesto que el hogar ya no existe, por decirlo así, ante su presencia.

Es la custodia de los menores de una importancia vital en los casos de divorcio, puesto que constituye la disputa principal de estos.

Las facultades del juez en esta materia son amplísimas, puesto que el único límite que tiene al fijar las medidas conducentes, ya sean provisionales o definitivas, es el interés de los hijos y que éstos sean menores de siete años.

#### 4.2.1. Durante la secuela procesal del divorcio

Durante el procedimiento del divorcio, el juez debe dictar ciertas medidas provisionales, ya sea al momento de admitirse la demanda o antes, en casos de urgencia para proteger la persona de los cónyuges, sus bienes y especialmente el bienestar de los hijos menores. Artículo 275.- "Mientras se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes hay obligación de dar alimentos".

En relación al divorcio voluntario, se dispone lo siguiente: artículo 273.- "Los cónyuges que se encuentran en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

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

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

Asentamos en las líneas precedentes, que en el año de 1983, el Código Civil para el Distrito Federal sufrió una reforma en esta materia, entre otras modificaciones se rescató la regla

de que los hijos menores de siete años, salvo peligro grave para su normal desarrollo, deben quedar bajo el cuidado de la madre.

Artículo 282.- "Al admitirse la demanda de divorcio antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:..."VI.- Poner al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese 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 de los hijos menores de siete años deberán quedar bajo el cuidado de la madre"

Este criterio también se encuentra sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y va más allá al establecer que: "a la madre se le debe otorgar la custodia definitiva".(18)

La guardia y custodia de un menor de siete años; salvo peligro para el normal desarrollo, debe otorgársese a la madre, establece el artículo 282, fracción VI, último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal que : "Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre".

---

18 LASSER, Ali. El Juicio de Privación de Guarda. Revista del Ministerio de Justicia. Año 7 . Número 31. Octubre-Diciembre. Venezuela 1992. p. 39

"Por tanto, si no se acredita fehacientemente que ésta incurre reiteradamente en conductas u omisiones que afectan el normal desarrollo de su hijo menor, debe otorgársele su custodia definitiva".(19)

#### 4.2.2. La custodia una vez decretado el divorcio

Al momento de dictarse sentencia, el juez, necesariamente deberá fijar la situación de los hijos, tal como previene el artículo 283 ya mencionado. Sobre el particular podemos citar el siguiente criterio jurisprudencial: "Divorcio, guarda y custodia de menores en caso de facultad del juez para determinar a quien corresponde. El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal otorga al juzgador las más amplias facultades para decidir, entre otras cuestiones, respecto a la guarda y custodia de los menores hijos de los divorciantes y de ahí que si en el caso de que se trata al ejercer esas facultades, atiende a los elementos de prueba que obren en autos y llega a la convicción de que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores durante el procedimiento no resulta nociva a éstos, esa determinación resulta legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa al divorcio, salvo que esa causa, por su naturaleza implique por sí

---

19 mparo Directo 8362/87. Concepción Peral Bellot. 15 de diciembre 1987. 5 votos. Ponente Mariano Azuela Guitrón. Secretario: María Estela Ferrer MacGregor



91  
misma que esa conducta sea manifiestamente contraria a la  
formación, educación e integración social afectiva de los  
menores".(20)

Como referencia a los matrimonios nulos, el artículo 259  
del Código Civil 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 de acuerdo con las circunstancias del  
caso".

#### 4.3. DETERMINACION DEL EJERCICIO DE VISITAS

Como en todo conflicto de intereses cabe pensar en  
principio que sean los propios involucrados los que resuelvan sus  
diferencias en primer lugar y que en su defecto habrá de  
recurrirse a la situación judicial.

Pero la especial naturaleza de la materia que tratamos  
y el hallarnos en el ámbito del derecho de familia, rodea de  
caracteres especiales y desacostumbrados estos problemas y nos  
exige una atención particular a esas dos formas de determinación  
de régimen de visitas.

---

20 GONZALEZ SANCHEZ, Carlos Enrique. La importancia de regular en el Código Civil el Derecho de Visita dentro del Divorcio. Revista de Derecho Civil. Universidad Nacional Autónoma de México. Año 5. Número 6, 1990. p. 27

#### 4.3.1. Determinación convencional

En principio parece sano y útil que las personas directamente involucradas, lleguen de común acuerdo y a satisfacción de ambas, sin ignorar a la persona y al interés del menor a establecer un régimen de visitas y lo cumplan sin crear recíprocos problemas.

Pueden llegar a esa solución recogiéndola desde el primer momento en un acuerdo escrito y perfilando el régimen de visitas a base de experimentarlo, primero concordando voluntades y conveniencias de todos para luego suscribir los pactos correspondientes relativos a esa materia, sola o en el marco más amplio de otros asuntos comunes.

Ahora bien, esos pactos o acuerdos reguladores nos preguntamos qué valor jurídico tiene, qué eficacia pueden tener, hasta qué punto pueden ser vinculantes y exigibles si son incumplidos por alguna de las partes.

Alguna doctrina y jurisprudencia extranjeras han puesto algún reparo a esos acuerdos reguladores del derecho y régimen de visitas, invocando diversas razones como por ejemplo indisponibilidad de la materia, atentado y limitación que podrían suponer para la patria potestad o ser ésta de orden público.

"Colin y Capitant sostiene que: toda convención concerniente al ejercicio de la patria potestad es nula en

derecho francés, pues se trata de una materia de orden público, ya sea ese convenio, entre el padre y la madre o con un tercero".(21)

Se argumenta también, que las relaciones entre los ascendientes con el menor no es un derecho, sino un deber, con el cual no se puede negociar. Así también se dice que tanto el derecho a tales relaciones como la patria potestad que él cercena serían derechos de personalidad y como tales, excluidos de convención entre particulares. Sin embargo, frente a esas razones se oponen otras y en general se acaba aceptando su juricidad, aunque con ciertas limitaciones, la jurisprudencia francesa tras la reforma del 4 de junio de 1970 permite el acuerdo regulador en cuanto al derecho de visita de los abuelos a quienes les es reconocido como derechos propios, más no respecto de otras personas que sólo pueden obtenerlo por pronunciamiento judicial. En relación a esta materia observamos que en México estos convenios se hacen ante el juez y con su aprobación.

De lo mencionado se observa que el contenido del derecho de visita puede ser materia de convenio que se haga entre progenitores, con la aprobación judicial o bien puede ser materia de la sentencia que se dicte en un proceso de divorcio.

---

21 GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Porrúa México, 1980. p. 668.

Aunque los artículos del Código Civil no hacen referencia a este derecho, en la práctica es usual que se establezca su régimen, se pacte quien tiene la custodia y qué derechos conserva el progenitor que no la tiene, así como el que no tiene la custodia puede ver y convivir con el menor.

Es decir, que lo relativo al derecho de visita hace necesario ampliar los convenios para comprender en ellos a los abuelos y demás parientes que puedan ver y convivir con el menor.

No obstante que el convenio es fuente de derechos y obligaciones lo mismo que la sentencia judicial, conviene que en el Código Civil se reglamente lo referente al derecho de visita para que tanto en los convenios como en las sentencias pueda tenerse una referencia legal.

En materia de convenios, los progenitores lo celebran y los presentan ante el juez, quien con previa vista del Ministerio Público resolverá sobre aprobación, modificación o rechazo del convenio, atendiendo primordialmente al interés del menor y secundariamente al de los cónyuges.

Puede acontecer que éstos no se pongan de acuerdo y en ese caso deberán acudir ante el juez de lo familiar expresando sus puntos de vista para que éste resuelva lo conducente.

Es común que en la práctica el juez ayude a los progenitores en la elaboración del convenio, mismo que posteriormente será sometido a su consideración.

Conviene precisar la naturaleza jurídica del convenio que los progenitores hacen a esta materia. En primer lugar, diremos que se trata de un convenio de orden público, en virtud de que todo lo relativo al derecho de familia tiene ese carácter, así ha sido reconocido por innumerables sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en concreto por el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles que nos dice: "Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla, la base de la integración de la sociedad".

Adicionalmente a la característica de orden público, podemos mencionar que el convenio, al ser presentado y aprobado por el juez de lo familiar, adquiere categoría de sentencia definitiva, la cual, co el paso del tiempo adquiere carácter de ejecutoria.

Nos dice que si insisten los cónyuges en su propósito de divorciarse y no se logra la conciliación en la segunda junta, el juez, oyendo el parecer del representante de la sociedad, dictará sentencia en la cual quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado; es decir, que el convenio forma parte de la sentencia.

No obstante que en principio la sentencia ejecutoria no admite su modificiación ni recurso alguno en asuntos familiares, el artículo 94 del Código Adjetivo Civil antes citado, claramente dispone que las resoluciones dictadas pueden alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias, por lo tanto, cuando ésto suceda y sea necesario revisar el ejercicio del derecho civil de visita, es posible plantear ante el juez familiar correspondiente la modificación, bien sea del convenio formulado por los progenitores o de la sentencia dictada por el juez en proceso contencioso. Todo lo anterior hace referencia a los hijos nacidos del matrimonio.

Conviene resolver también el derecho de visita respectivo de los hijos nacidos fuera del matrimonio, para ello debemos establecer las reglas que determinan la custodia, según el momento en que se haga el reconocimiento y también las reglas que reassuelvan según si los progenitores viven juntos o no y lo que suceda cuando viviendo juntos se separan.

En estos casos, nuestro Código Civil sólo hace referencia a la custodia que como ya mencionamos anteriormente, se establece que tendrá el primero que lo reconozca. Si viven juntos, ambos la tendrán y se se separan, deberán decidirlo de común acuerdo, en caso de conflicto, será el juez de lo familiar quien lo determinará.

En estos casos se deben aplicar estas reglas para decidir también sobre el derecho de visita. La reglamentación se

hará entre los progenitores resolviendo en la práctica lo conducente, o en caso de conflicto, decidirá el juez.

En caso de un matrimonio normal en el que viven juntos los progenitores, los dos deben estar de acuerdo sobre las visitas que reciban sus hijos, ya que los dos tienen la custodia y el ejercicio de la patria potestad.

En virtud de que con estas visitas se busca el beneficio del menor, de ser posible, cuando tenga la edad conveniente y suficiente, es muy recomendable oír al menor.

#### **4.3.2. Determinación judicial**

En caso de que quien detente la guarda de los menores le niegue al beneficiario el derecho de ver y convivir con ellos, dicho aspirante a beneficiario se ve obligado a acudir ante los tribunales para que su derecho sea declarado como tal y pueda ejercitarlo.

La intervención de la autoridad judicial, para determinación judicial del régimen de visitas debería ser solamente subsidiaria del convenio regularador que presentan las partes en los casos de divorcio voluntario, pero, desgraciadamente, en los divorcios necesarios es casi imposible que los cónyuges lleguen a un acuerdo.

Cuando no haya convenio regulador que alcance la aprobación judicial por que las partes no lo han presentado o porque el juez no considere dafino para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges será el juez quien ha de proveer y determinar las medidas a adoptar en relación con los hijos, que por lo que aquí respecta, se refieren al régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

En los casos en que ha de decidir, a este respecto el juez tiene gran poder configurador de este derecho y goza también de gran discrecionalidad en la determinación del régimen de visitas.

Empero, discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad y, por lo tanto, su decisión debe ser adoptada en función de la serie de datos de que disponga en relación con la propia finalidad del derecho de visita y de los intereses en juego.

Particularmente debe actuar en función del interés del menor y así, el juez, determinará el modo y lugar de las visitas, estancias, comunicación y cualquier otra forma de relación entre aquéllas, las alternativas posibles, hipótesis a contemplar, precauciones a adoptar, restricciones en su caso y todo lo demás que las circunstancias requieran a la imaginación que el proveyente aconseje.



Además de oír a las partes procesales, el juez deberá oír, para la determinación del derecho en cuestión al niño, siempre que sea posible, que tenga edad idónea y suficiente juicio.

Otra ocasión en que interviene el juez en relación con el régimen que nos ocupa, es para conocer las modificaciones del mismo, cuando se alteran substancialmente las circunstancias.

Toda regulación del régimen de visitas, sea por convenio regular aprobado por el juez o en su defecto por determinación judicial, es provisional (*rebus sic stantibus*) y revisable en función de nuevas circunstancias.

De cierta importancia, que así lo exijan, incluso en que no varíen formalmente las circunstancias, si en el desarrollo del régimen de visitas acordado judicialmente aparece que viene siendo o puede ser gravemente dañino para el niño.

Entendemos que puede y debe intervenir de nuevo el juez para suspender, o en su caso, modificar esas visitas.

#### **4.3.3. Criterios para la determinación del derecho de visita**

##### **a) El sexo**

No parece, en principio, que tenga que afectar las relaciones entre el padre y el hijo. Únicamente, en algún caso

determinado puede acontecer que el sexo sea determinante en la variación del régimen de visitas.

b) La edad del hijo

La edad sí puede condicionar este tipo de relaciones. Si el niño es muy pequeño, es decir de pocos meses, resulta evidente que las relaciones tienen que limitarse a las visitas, y estas visitas tendrán que realizarse en el lugar que se encuentre el niño.

Cuando el niño es de meses, parece lógico que el padre visite al menor en el domicilio de la madre, lo que dará lugar a la posibilidad de que la madre se oponga, en virtud de que supuestamente haya hecho nuevamente una familia con otra persona.

En todo caso habría que ver la posibilidad de que bajo este supuesto, el padre, visite al menor en algún lugar neutral. Si existe este lugar, en el mismo podrán celebrarse las visitas, pero, si no existe, el derecho del padre sería más ilusorio que real.

Si el hijo es un poco mayor pero incapaz de comer y vestirse por sí mismo, la relación podrá comprender las visitas y las estancias, pero éstas tendrán que tener un carácter muy limitado, de unos pocos días.

Además, hay que tener en cuenta que psicológicamente, la separación de un niño de esta edad de su propio padre y del ambiente en el que convive, puede redundar en perjuicio del niño si es larga.

A medida que el niño sea mayor, podrá ir aumentando progresivamente la duración de las estancias.

### **c) Enfermedades físicas y trastornos mentales**

La enfermedad tanto orgánica como psíquica puede condicionar este tipo de relaciones. Comencemos con las enfermedades orgánicas.

Si es el hijo el que está enfermo, de tal manera que no pueda moverse de su domicilio, esta enfermedad no repercutirá sobre las comunicaciones, pero sí repercutirá sobre las visitas y las estancias, es decir, si el hijo no puede moverse de su domicilio que a la vez es el del otro de los cónyuges, será en este mismo domicilio donde el padre podrá visitarlo, siempre y cuando se avenga a ello el otro progenitor.

Si el otro progenitor no se aviene a ello, también nos encontramos con que el derecho del padre será completamente ilusorio, ya que no es fácil obligar a un cónyuge separado a que reciba en su domicilio al otro.

Si la enfermedad del hijo le permite moverse del domicilio, pero, exige unos cuidados especiales, este supuesto no parece afectar normalmente a las visitas.

Sin embargo, si estos cuidados no pueden serle prestados al hijo en el domicilio del padre, en este caso si afectaría las estancias que no podrán prolongarse por mas tiempo del que no resulte perjudicial para el hijo.

Si quien está enfermo es el padre, habrá que ver si la enfermedad es contagiosa; de ser así, deberán inpedirse las visitas, y mucho más las estancias, si pueden suponer un peligro para el hijo.

Si la enfermedad no es contagiosa, pero supone cierta incapacidad por parte del padre, podrá afectar a las visitas y las estancias.

Si el hijo tiene ya edad suficiente para valerse por sí mismo e incluso ayudar al padre, habrá que ser más generoso, en lo habitual, en las visitas y en las estancias, puesto que estas relaciones pueden resultar para dicho padre más benéficas que lo normal.

La enfermedades psíquicas plantean problemas más serios de lo normal. Si el enfermo es el hijo, seguramene que la

relación con el padre le resultará benéfica, pero, esta relación tendrá que limitarse a la visita.

La estancia, al sacar al hijo de su ambiente habitual, seguramente resultará perjudicial para el hijo, por lo que en todo caso habrá que oír al psiquiatra antes de decidir. Si el enfermo es el padre, habrá que examinar si el trato puede ser perjudicial para el hijo.

El trato seguramente será benéfico para el padre, ya que el cariño del hijo podrá paliar las consecuencias de las enfermedades de éste.

La relación no puede resultar peligrosa para un hijo ya formado, por el, si la relación es benéfica para el padre y no es peligrosa para el hijo, deberá mantenerse, pero, también en este supuesto deberá oírse al psiquiatra.

#### d) El ambiente moral

La moralidad del padre debe condicionar el conjunto de las relaciones paterno filiales. Si las ideas del padre pueden resultar nocivas para el hijo, habrá que excluir todo tipo de relación que pueda constituir un tipo para la propagación de esas ideas, incluso, las comunicaciones.

Si el ejemplo del padre puede resultar igualmente perjudicial para el hijo, habrá que excluir aquellas relaciones que puedan redundar en daño para el hijo. Esta exclusión no afectará normalmente las comunicaciones, pero sí las visitas y las estancias.

Uno de los supuestos que más frecuentemente se plantea es el de que otro cónyuge viva con tercera persona. En este caso, únicamente podrán autorizarse las visitas y las estancias, en tanto que no afecte la moralidad del hijo.

#### **4.4. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA Y SU ABUSO**

##### **4.4.1. El ejercicio del derecho de visita y la buena fe**

El derecho de familia está marcado con un fuerte contenido ético y por esto es necesario que en el ejercicio de estos derechos y en concreto en el derecho de visitas se actúe de buena fe.

La buena fe debe existir en las relaciones entre el titular del derecho y el custodio del menor, éste último tiene ciertas obligaciones que debe cumplir de buena fe para facilitar las visitas.

Ejercer este derecho conforme a las exigencias de la buena fe supone usarlo con cierto desprendimiento de intereses

personales. Actuar de acuerdo con el otro en todo punto conflictivo y en interés, y a mayor provecho del niño. Colaborar en la línea educacional del guardador jurídico, etcétera.

#### 4.4.2. Abuso de su ejercicio

El abuso del ejercicio del derecho de visita puede comprender aquel ejercicio en el que el beneficiario emplea las visitas y relaciones con el menor para ejercer un control de la patria potestad o guarda que compete al contrario, su influencia sobre el niño para desviar el cariño que éste profesa naturalmente a su guardador, o cuando se inmiscuye en su formación intelectual o de otro tipo con orientaciones ideológicas contrarias a lo que marca la persona encargada de la dirección del menor, sin que exista motivo suficiente para ello.

De igual modo puede calificarse la actitud del visitador, que en lugar de tener consigo al menor, lo deja en manos de terceros durante el tiempo de las visitas, en lugar de hacerlo consigo.

También se consideran abusos los siguientes: que el visitador hable mal al niño del custodio; el retraso en la devolución del menor o la no devolución del mismo al custodio, o el hecho de que el visitador, disponiendo de ciertos horarios para ir a recoger al menor, lo haga con retraso o no lo busque.

Las formas de solucionar estos problemas podrían ser condicionando las visitas y apremiando al titular del derecho con medidas judiciales de apremio e inclusive con modificar o suspender el derecho si persiste el abuso.

#### 4.5. PROTECCION DEL DERECHO DE VISITA

Al igual que cualquier derecho, el de visita, cuando es lesionado o no se respeta, tiene protección jurídica y se puede pedir el auxilio de la autoridad para lograrla.

Puede haber conflicto cuando el que tiene la custodia del menor no facilita o impide las visitas, y por otro lado, cuando el beneficiario hace mal uso del derecho.

En la vida real son muy frecuentes estos conflictos y se observa que quien tiene la custodia niega de hecho el derecho de visita al otro progenitor.

Cierto que el titular ofendido puede acudir al juez y éste prevenir con los medios de apremio al que custodia al menor, pero la eficacia no ha sido satisfactoria. Esta penosa realidad exige un estudio profundo y la solución en la ley.

Además, el juez debe tener la posibilidad de cambiar la custodia a otros parientes del menor, para que éstos faciliten el derecho de visita que el progenitor niega al otro.



#### 4.5.1. Defensa preventiva

Para prevenir conflictos y para el caso de incumplimiento de la obligación al cargo de custodio de no obstaculizar el derecho de visita, pueden quedar determinadas con antelación las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, como por ejemplo, pactar una cláusula penal en el convenio regulador del régimen o prever una sanción en la resolución judicial.

Una de las garantías que pudiera ser más efectiva es una multa o una sanción económica, una especie de cláusula penal impuesta por el juez y combinada con alguna caución o garantía real que evite el que resulte luego ilusoria aquélla, además de apereibir con la supresión del derecho de guarda para quien impida las visitas.

#### 4.5.2. Defensa del derecho de visita una vez vulnerado

Como otra forma de protección del derecho de visita vulnerado y para hacer cumplir este derecho al rebelde, hay quienes proponen la ejecución manu militari. En algunos tribunales como los alemanes, suizos, italianos y franceses usa este procedimiento: el menor es llevado a la fuerza sacándolo así del ámbito del custodio jurídico que se niega a entregarlo a manos del beneficiario. Pero este procedimiento que parece muy eficaz tiene límites y ciertos peligros.

Dentro de los límites está la dificultad de ejecución que es el caso en que el custodio del menor oculta a éste o lo manda al extranjero.

Entre los peligros está el hecho que este procedimiento es casi inhumano y puede producirle traumas psicológicos al niño e incluso se corre el peligro de romper los últimos lazos espirituales entre el menor y el beneficiario del derecho de visita.

#### 4.5.3. Medios indirectos de defensa

Los medios indirectos de defensa son el resarcimiento de perjuicios, la suspensión de la pensión alimenticia, la posibilidad de atribuir la custodia y cuidado del menor al titular del derecho de visita vulnerado.

En los casos en que no es posible la manu militari, lo que procede es el resarcimiento del perjuicio. La dificultad en este caso es la evaluación de los perjuicios que no solamente son los materiales, sino también los morales.

Un segundo tipo de medida puede ser la de suspender la pensión alimenticia que tuviera que pasar el visitador a la persona encargada de la guarda del niño.

No se trata de una decisión unilateral de suspender la pensión alimenticia, sino, que la parte perjudicada acuda ante el Juez y éste acuerda suspender el pago de la pensión a aquella persona que dolosamente incumpla con lo que le compete para hacer efectivo el régimen de visita.

La posibilidad de atribuir la guarda y cuidado del menor titular del derecho de visita vulnerado es otra defensa que se puede dar para el caso de que ninguna otra defensa funcione; lo que se puede hacer es una revisión y reorganización de las relaciones entre los interesados y se puede llegar al caso de entregar la custodia del menor visitado.

La resistencia inmotivada de las partes para hacer posible el derecho de visita, vulnera un derecho reconocido legalmente y sancionado por el Juez y ante la irrazonable actitud de quien incumple, no parece quedar otra opción que la modificación de la medida inicial, relativa a la distribución de los hijos.

#### **4.5.4. Protección penal del derecho de visita**

Debido a que las medidas coercitivas de índole civil muchas veces son ineficaces en algunos países, se recurre a las sanciones penales contra el que tuviera la custodia del menor para facilitar las visitas.

En México es posible la aplicación de los medios de apremio previstos en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal que llega a arresto de quince días para obligar al culpable al cumplir la determinación judicial que exigiera permitir al visitador ejercer su derecho de visita.

Como vemos, en el derecho de visita, por su misma naturaleza parece difícil sancionar su incumplimiento, pero, por ser tan importante, es necesario que existan medios para sancionarlo.

## C O N C L U S I O N E S

**PRIMERA.-** Los orígenes de la patria potestad los encontramos en el derecho romano, en donde era concebida como una institución en beneficio del pater familia, concediéndole un poder absoluto sobre el filius, negándoles a éstos cualquier derecho e imponiéndoles la obligación de sumisión, obediencia y servidumbre.

**SEGUNDA.-** En el derecho moderno, la patria potestad ha de concebirse como una función que el Estado reconoce a los padres respecto de los hijos menores de edad no emancipados, en beneficio de éstos, reclamada por las necesidades de los mismos.

Pero no hay poder, sino, función; no hay complejo de facultades, sino, suma de deberes; no hay un señorío, sino, una misión de alto contenido social, jurídico y moral para cumplir con las miras puestas en el bien de los menores.

**TERCERA.-** Podemos definir a la patria potestad como la institución jurídica que comprende tanto las facultades como los deberes que tienen los padres, naturales y afectivos; y en defecto de ellos, los abuelos, sobre la persona y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados a través del sostenimiento de la educación y asistencia, así como

protección, actualizando los supuestos enmarcados en la ley para el ejercicio de la misma.

CUARTA.- Aún cuando la intención del legislador de 1928 fue la de eliminar las diferencias existentes entre los hijos naturales y legítimos, las disposiciones aprobadas no fueron suficientes para lograr ese objetivo, por lo que es necesario reformar algunas disposiciones del Código Civil.

QUINTA.- Se propone la reforma del artículo 420 del Código Civil, el cual, al resolver sobre la falta de alguno de los progenitores, indica que se debe atender a los llamados, preferentemente en el orden de los artículos anteriores, orden y preferencia inexistente, en virtud de la reforma sufrida por el artículo 418 del mismo ordenamiento legal, el cual otorgó al Juez de lo familiar la facultad discrecional para decidir sobre los individuos que sean llamados a ejercer la patria potestad, en defecto o sustitución de los progenitores.

Además, es nuestra opinión que, tanto el artículo cuya reforma se propone, como el artículo 418, son aplicables, tanto a los hijos nacidos dentro como fuera del matrimonio.

La reforma se propone en los siguientes términos:  
Artículo 420.- Solamente por falta o impedimentos de los progenitores, entrarán al ejercicio de la patria potestad aquéllos sujetos ennumerados en el artículo 414, en el orden que

determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las 113  
circunstancias del caso.

**SEXTA.-** al regularse lo relativo a los sujetos activos de la patria potestad, tratándose de los hijos nacidos fuera del matrimonio, se cometió un gran error legislativo, ya que para su tratamiento, nos remite a artículos que regular la custodia sin tomar en cuenta los principios que regulan a la propia institución primeramente mencionada, como serían, la irrenunciabilidad y el orden público. Es por ello que pugnamos porque sean reformados los artículos 415, 416 y 417, proponiendo que sean redactados en los siguientes términos:

Artículo 415.- Cuando un hijo, nacido fuera de matrimonio es reconocido por ambos progenitores, ya sea que éstos vivan juntos o separados y que el reconocimiento se realice simultánea o sucesivamente, ambos ejercerán la patria potestad y se proveerá solamente respecto a la custodia, en donde se regirá lo dispuesto por los artículos 380 y 381.

Artículo 416.- Derogado

Artículo 417.- Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio, que viven juntos se separen, continuarán ambos ejerciendo la patria potestad y se pondrán de acuerdo en su custodia. Si no lo hicieren, esta corresponderá a quien designe el juez de lo familiar, teniendo siempre en cuenta los intereses del menor.

**SEPTIMA.-** Proponemos la reforma al artículo 427 del Código Civil, ya que comete el error de contener un supuesto normativo equivocado, pues en realidad debería referirse al administrador de los bienes, ya que en los casos en que uno de los cónyuges no ejerza la patria potestad, no se necesita su consentimiento para los efectos del artículo 427 ya señalado.

**OCTAVA.-** La custodia puede definirse como el deber que asiste al padre, para conservar al hijo a su lado, vigilarlo, educarlo y en general, atender a su buena formación física, intelectual y moral.

**NOVENA.-** El otorgamiento de la custodia de los hijos a uno de los cónyuges no implica la pérdida de la patria potestad, pues el progenitor que no la tiene conserva el derecho de mantener contacto con el menor, mismo que se actualiza a través del ejercicio del derecho de visita que los jueces deben reglamentar de acuerdo con las circunstancias de cada caso, atendiendo prioritariamente a los intereses del menor.

**DECIMA.-** Aún cuando el derecho de visita no se encuentra reglamentado en el Código Civil, no es desconocido por la jurisprudencia, sin embargo, por la cada vez mayor incidencia de divorcios y de concubinatos, para una mayor protección de los menores, es recomendable que se plasmen en el referido ordenamiento legal preceptos de lo regulen.



**DECIMA PRIMERA.-** El derecho de visita se fundamenta en dos aspectos principales: el afecto que pueda unir al menor con el visitador y el derecho del menor a mantener una haz de relaciones, siempre y cuando no le sean perjudiciales, para que su mundo no sea monopolizado por quien le tiene bajo su custodia.

**DECIMA SEGUNDA.-** Los titulares del derecho de visita son tanto el menor como todas aquéllas personas que le tiene afecto y no le causen perjuicio.

**DECIMA TERCERA-** El derecho de visita es aquél que corresponde al padre y/o a la madre para comunicarse o relacionarse con aquéllos de sus hijos menores no emancipados o discapacitados, que por su resolución judicial o por situación de hecho han sido confiados a la custodia del otro cónyuge. Igual derecho corresponde a los menores para comunicarse con aquél de sus progenitores con el que no convive, siendo extensivo ese derecho respecto de otras personas que, sin tener relación de parentesco, sostenga con el menor relaciones afectivas benéficas para éste último.

**DECIMA CUARTA-** El aspecto principal que se debe cuidar en los casos de divorcio, es el relativo a la situación de los hijos menores de edad no emancipados o discapacitados, por ser éstos los que mayor protección requieren.

DECIMA QUINTA- En el divorcio voluntario, generalmente ninguno de los cónyuges pierde la patria potestad, sin embargo, a raíz de las reformas de 1983 !, se le otorgan al juez de lo familiar las más amplias facultades para resolver en todo lo relativo a la situación de la patria potestad, sin importar si es divorcio necesario o voluntario.

DECIMA SEXTA.- Consideramos acertada la reforma al artículo 283 del Código Civil, ya que no necesariamente la culpabilidad de uno de los cónyuges implica una ruptura en las relaciones paterno filiales, sin embargo, al dotar al juez de lo familiar de tan amplias facultades, puede resultar peligroso y contrario a los intereses definidos en las instituciones en estudio, en virtud de que existen una gama de problemas que pueden redundar en su contra, por lo que es conveniente que se establezcan lineamientos de manera ejemplificativa a las facultades de los jueces, a fin de lograr una mayor protección a los intereses del menor.

## BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CASTAN TOBENAS, JOSE. Derecho Civil Español. Instituto Editorial Reus. Cuarta Edición. Madrid, España. 1987.

CASTRO ZAVALETA, SALVADOR Y LUIS MUNOZ. 55 años de Jurisprudencia Mexicana. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1982.

CHAVEZ ASCENCIO, MANUEL F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Porrúa. México. 1993.

DE PINA, RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1992.

FERNANDEZ CLERIGUS. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Primera Edición. Editorial Hispanoamericana. México. 1987.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil. Tercera Edición. Porrúa. México. 1990.

IGLESIAS, JUAN. Derecho Romano. Primera Edición. Editorial Ariel. España. 1980.

PLANIOL, MARCEL. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tercera Edición. Editorial Cajica. Puebla, México. 1983.

PLANIOL, MARCEL Y JORGE RIPERT. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo I. Editorial Cultural Habana. 1964.

PLANIOL, MARCEL Y OTROS. Tratado de Derecho Civil Francés. Tomo II. Editorial Cultural Habana. 1978.

RIVERA FERNANDEZ, FRANCISCO. El Derecho de Visita. Ensayo de Construcción Unitaria. Teoría y Praxis. Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1992.

RUIZ LUGO, ROGELIO ALFREDO. Compilación de Jurisprudencia y Eleutoria Importantes en Materia de Familia. 1917-1990. Editorial Mayo Ediciones. México. 1992.

VILLALOBOS MAGANA, JOSE ANGEL. La Patria Potestad. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Segunda Edición. Pamplona. 1992.

ZAPOLI, ALBERTO. Derecho de Familia. Derecho Civil. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1988.

ZANONI, EDUARDO. El Derecho de Custodia. Derecho Civil. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993.

### LEGISLACIONES

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa. México. 1993.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa. México. 1993.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa. México. 1993.

### DICCIONARIOS

DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. Editorial Arayu. Buenos Aires, Argentina. 1984.

De Pina, Rafael y Rafael De Pina Vara. DICCIONARIO DE DERECHO. Editorial Porrúa. Novena Edición. México.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ABREVIADO. Editorial Espasa Calpe. Tomo VI. Madrid, España. 1977.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Porrúa. México. 1985.

Real Academia de la Lengua Española. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 22a. Edición. Madrid. 1990.

## ENCICLOPEDIAS

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Bibliográfica Omeba. Tomo XXVI. Ancalo Buenos Aires. 1978.

## REVISTAS

ALESSIO ROBLES, MIGUEL. La llamada Legitimación de los Hijos Nacidos Fuera del Matrimonio y Tres Errores Legislativos en Materia de Derecho de Familia. Revista Jurídica Mexicana. Año 9. Número 29. México. 1985.

CONRADO MANFREDY. La Custodia. Revista de Derecho Puertorriqueño. Año 32. Número 95. Julio-Octubre. Puerto Rico. 1992.

CHAVEZ AVINA, LUISA G. El Derecho de Visita. Revista Jurídico Mexicana. Año 9. Número 18, México. 1985.

GONZALEZ SANCHEZ, CARLOS ENRIQUE. La Importancia de Regular en el Código Civil el Derecho de Visita dentro del Divorcio. Revista de Derecho Civil. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. Año 5. Número 6. 1990.

LASSER, ALI. El Juicio de Privación de Guarda. Revista del Ministerio de Justicia. Año 7. Número 31. Octubre-Diciembre. Venezuela. 1992.

LEON, GABRIEL. Antecedentes y Evolución de la Patria Potestad en la Legislación Mexicana. Revista del Ministerio de Justicia. Año 7. Número 31. Octubre-Diciembre. Venezuela. 1992.

PEREZ RAYO, MARIA GUILLERMINA. Efectos del Divorcio Respecto de los Hijos. Revista del Ministerio de Justicia. Año 8. Número 32. Enero-Marzo. Caracas, Venezuela 1993.