

137
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"EL DIVORCIO Y LA IMPORTANCIA DE REGULAR EL
DERECHO DE VISITA O DE TRATO EN NUESTRO
CODIGO CIVIL"

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
DIANA HILDA CARBALLO ZEPEDA



MEXICO, D. F.



OCTUBRE 1993

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUTONOMA DE
EXAMENES PROFESIONALES

TESIS CON
FALLA DE CUBRIR



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

**"EL DIVORCIO Y LA IMPORTANCIA DE REGULAR EL
DERECHO DE VISITA
O DE TRATO EN NUESTRO CODIGO CIVIL"**

I N D I C E

Introducción

Capítulo 1.

El Divorcio como forma de disolver el Vínculo Matrimonial.....	1
1.1. Matrimonio, como Antecedente del Divorcio....	1
1.2. Divorcio.....	18
1.2.1. Concepto de Divorcio.....	19
1.2.2. Naturaleza Jurídica del Divorcio....	20
1.3. El Divorcio como figura controvertida.....	21
1.4. Diferentes Clases de Divorcio.....	24
1.4.1. Divorcio Voluntario Administrativo..	25
1.4.2. Divorcio Voluntario Judicial.....	27
1.4.3. Divorcio Necesario o Contencioso....	30

Capítulo 2.

Diferentes Consecuencias Jurídicas en el Divorcio.....	36
2.1. Consecuencias Jurídicas en el Divorcio Voluntario Judicial.....	36
2.2. Consecuencias Jurídicas en el Divorcio Voluntario Judicial.....	38

2.2.1. Efectos Provisionales y Definitivos en el Divorcio Voluntario Judicial.....	39
2.3. Consecuencias Jurídicas en el Divorcio Necesario o Causal.....	43
2.3.1. Medidas Provisionales en el Divorcio Necesario.....	43
2.4. Efectos en la Sentencia de Divorcio.....	49

Capítulo 3.

Derecho de Visita y Patria Potestad en Nuestro Código Civil Vigente y en la Práctica.....	53
3.1. Concepto de Derecho de Visita.....	55
3.2. Concepto de Patria Potestad.....	58
3.3. Fundamento de la Patria Potestad.....	61
3.3.1. Ubicación de la Patria Potestad dentro del Campo Jurídico.....	62
3.3.2. Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad.....	64
3.3.3. Derechos y Obligaciones de los Padres y de los Hijos.....	66
3.4. El Derecho de Visita o de Trato en el Divorcio.....	72
3.4.1. La Guarda de los Hijos durante el Juicio de Divorcio.....	77
3.4.2. Exclusión del Cónyuge culpable de la Relación con sus Hijos durante el Juicio de Divorcio.....	80

Capítulo 4.

La importancia de Regular el Derecho de Visita en Nuestro Código Civil.....	83
4.1. Cómo Regular el Derecho de Visita o de Trato.....	85
4.2. Limitaciones al Derecho de Visita.....	99
4.3. Derecho de Visita, que debe extenderse a los Ascendientes y Colaterales del Menor.....	102

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

Uno de los aspectos más importantes dentro de la cultura de cualquier pueblo, es el de la familia. los valores que de ella se desprenden, vienen a ser la base de la sociedad, es decir, cuando en la familia se siembran buenos principios morales, religiosos, y culturales, ello se verá reflejado en una sociedad mas culta, pacifica y ordenada; pero si por el contrario en la familia solo hay incomprensión, reproches y malos tratos, ello se reflejará en la sociedad, traduciéndose en un mayor indice de la delincuencia y desorganización social.

Si bien es cierto, "para padre de familia no se estudia", ya que la paternidad nace por un instinto meramente natural, también es cierto que el ser humano se comporta de manera repetitiva, es decir, si una persona, de niño solamente vió el mal ejemplo de sus padres, o sea, el padre que golpea a la madre y a sus hijos, los insulta y humilla, este niño el día que sea padre de familia, va a comportarse de igual manera y así sucesivamente lo harán sus hijos y sus nietos, etc.

Lo ideal seria que todas las familias vivieran en armonia, pero ello no sucede en la realidad y día a día se ve incrementado el número de divorcios - por diferentes motivos - debido precisamente a la falta de comprensión que existe entre los

cónyuges. De tal forma que en décadas pasadas, el número de divorcios era menor, esto debido a la reciente tradición que registra nuestra cultura, relativa a que en el matrimonio mandaba el hombre y la mujer lo obedecía; era mas que nada una costumbre, por lo que el número de divorcios era reducido, ya que la mujer se preparaba desde niña para los quehaceres del hogar y consecuentemente para ser una esposa abnegada. Lo que en realidad ocurre hoy en día, viene a ser la consecuencia de la liberación femenina, mal interpretada por la mujer, ya que en la actualidad hombres y mujeres se preparan académicamente, para ejercer posteriormente una profesión; en otras palabras, la mujer se prepara como profesionista y no como esposa, llegando al matrimonio con la intención de trabajar fuera del hogar y no en éste.

Como consecuencia de lo anterior, surge la mentalidad liberal y con ello la idea de que la mujer casada maneja mejor su vida "libre" que unida en matrimonio, llevándola al divorcio, sin pensar ni un solo instante en lo que sería mejor para sus hijos, si los hay, surgiendo con ello el incremento en el número de divorcios.

Lo que en el presente trabajo se analiza, es la situación que se da cuando estamos en presencia de un divorcio en el cual no existe el acuerdo de voluntades, y los cónyuges en conflicto de intereses, obtienen su libertad, y es en estos casos cuando el juez decreta a quién de los dos le corresponde la guarda

o custodia de los hijos; y lamentablemente no existe en nuestra legislación positiva vigente un derecho a favor del cónyuge que no tiene a su cargo la custodia de los menores, para poder visitarlos o más bien llevar un trato directo con ellos, facultad que recibe el nombre de "DERECHO DE VISITA", el cual es reconocido en otras legislaciones extranjeras, como por ejemplo la de España y la de Argentina entre otras.

En la vida cotidiana, ocurre frecuentemente el hecho de que cuando se presenta un divorcio y en la sentencia definitiva determina el juez quién de los dos cónyuges tendrá la custodia de los hijos menores o incapacitados, ésta persona a quien se le confirió dicha guarda, hace todo lo posible por impedir, de manera arbitraria, el contacto de su excónyuge con sus hijos, situación que resulta injusta para el excónyuge, y lo es aún más para los menores que ninguna culpa tienen en el divorcio de sus padres.

Así pues, el contenido del presente trabajo se resume de la siguiente manera:

En el primer capítulo se realiza un análisis del matrimonio, visto como antecedente del divorcio; así como las causas de disolución del matrimonio y los tres tipos de divorcio que reconoce nuestra legislación positiva mexicana.

En el segundo capítulo se lleva a cabo un breve estudio sobre los efectos provisionales y definitivos que producen los diferentes tipos de divorcio que establece el Código Civil vigente, en relación a la persona de los excónyuges; a los hijos; a los bienes y a los alimentos,

En el tercer capítulo se estudian las definiciones que diversas legislaciones extranjeras dan sobre el "Derecho de Visita"; asimismo se realiza un estudio de la Patria Potestad; su regulación en nuestro Código Civil y el estado que guardan los hijos en relación con sus progenitores, durante el procedimiento de divorcio, y después de ejecutoriado éste.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se destaca la importancia de regular adecuadamente el Derecho de Visita o de Trato en nuestra legislación positiva vigente; se propone la manera de regularlo, sus limitaciones y la necesidad de extender éste derecho a los parientes ascendientes y colaterales del menor.

Por otra parte, cabe señalar que el principal objeto de esta tesis, es el de analizar debidamente el estado que guardan los menores en relación con sus progenitores, cuando éstos se divorcian y demostrar que resulta de extrema urgencia y de vital importancia que en nuestra legislación civil, se reglamente adecuadamente el "Derecho de Visita" o de "Trato", para evitar con ello que se sigan cometiendo injusticias con el menor.

CAPITULO 1. EL DIVORCIO COMO FORMA DE DISOLVER EL VINCULO MATRIMONIAL

1.1. EL MATRIMONIO COMO ANTECEDENTE DEL DIVORCIO

El matrimonio es la base más sólida de la familia y de la sociedad, pues a través de él los cónyuges y sus hijos adquieren seguridad jurídica por ser un estado de derecho perfectamente regulado por la ley; así vemos que su existencia acarrea determinados derechos y obligaciones, para cada uno de los contrayentes.

Sabido es que nuestro régimen jurídico únicamente acepta el matrimonio celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, de esto se desprende que en México no es aceptada la bigamia, ni el matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, por ir contra la moral y porque el matrimonio es una institución encaminada a la conservación y desarrollo de la especie humana, y esto se logra por medio de la "organización de la sexualidad del hombre y la mujer y la crianza de los hijos que pudieran nacer de esa convivencia sexual".¹

CONCEPTO DE MATRIMONIO

Se desprende de lo anterior que la sociedad encuentra su unidad estructural en la familia y ésta en su mayoría halla su

1. Pérez Duarte y N.. Alicia E., "Derecho de Familia", Editada por la U.N.A.M., México 1990. p. 20.

origen en el matrimonio. así pues, aparece como indispensable la necesidad de revisar los conceptos que algunos autores han vertido a éste respecto.

En éste orden de ideas, Antonio de Ibarrola nos dice que el matrimonio es una "Institución Jurídica, la primera y la más importante de todas ellas".²

Este mismo autor nos comenta que la palabra matrimonio proviene de la raíz etimológica "matris" y "monium", que significa: "carga o cuidado de la madre, más que del padre".³

Este significado etimológico es adecuado para cualquier época, ya que por lo regular es y será la madre o esposa, la que saque adelante a sus hijos y en general a su matrimonio en todos los aspectos de la vida, a no ser que en este caso la mujer tenga problemas de tipo psicológico que le impidan cumplir con éste fin.

Por otra parte, analicemos las diversas definiciones que los estudiosos del derecho han hecho en cuanto al matrimonio.

Para Rafael De Fina, el matrimonio es "la unión legal de dos personas de distinto sexo, realizada voluntariamente, con el propósito de convivir permanentemente, para el cumplimiento de todos los fines de la vida".⁴

Por otro lado, Juan Antonio González señala que el matrimonio es "la unión de un solo hombre y una sola mujer, para perpetuar su especie y ayudarse mutuamente a sobrellevar el peso de la vida".⁵

2. De Ibarrola, Antonio. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa, S.A. tercera edición. México, 1984. p. 149.

3. Cfr. Idem. p. 149-150.

Asimismo Edgardo Peniche López, nos comenta que "el matrimonio es un contrato bilateral y solemne. Bilateral, porque para su celebración se requiere del consentimiento de las dos partes, y solemne, porque debe realizarse con todos los requisitos que establece el Código Civil".⁶

Interesante es la definición sociológica de Alicia E. Pérez Duarte, quien señala al matrimonio como "una relación estable de cohabitación sexual y domiciliar entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad, como una institución domiciliar y educativa de la prole que pueda surgir".⁷

Como vemos, todas las definiciones tienen los mismos elementos, de lo cual se desprende que el matrimonio es la unión legal de dos personas de distinto sexo realizada libre, voluntaria y solemnemente, llenando todos los requisitos que exige la ley, con el propósito de convivir pacíficamente y procrear y educar una familia.

EL MATRIMONIO EN MEXICO

Es importante analizar la evolución y cambios que ha sufrido el concepto de matrimonio dentro de nuestros ordenamientos jurídicos, así como los motivos que tuvo el legislador mexicano para regular al matrimonio como un contrato civil, con el fin de separar al matrimonio civil del matrimonio canónico, ya que

4.- De Pina, Rafael. "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa. S.A. 10a. edición. México, 1981. P. 341.

5. González, J. Antonio. "Elementos de Derecho Civil". Editorial Trillas, sexta edición (cuarta reimpresión). México, 1980. P. 87.

durante la primera etapa del México independiente, se le dió validéz al matrimonio celebrado conforme al derecho canónico y no es sino hasta las Leyes de Reforma, donde se suprime la ingerencia de la Iglesia en la celebración del matrimonio, es decir, el matrimonio canónico, no tiene validéz para el Estado, aunque se siguió y hasta la fecha se sigue realizando como una tradición, o bién en algunas personas, por convicción y no por costumbre.

Continuando con las Leyes de Reforma, es el 23 de julio de 1859, cuando se dicta la Ley del Matrimonio Civil, misma que en su Artículo 30 disponia: "Ningún matrimonio, sin las formalidades que prescribe la ley, será reconocido como verdadero y legitimo para los efectos civiles, pero los casados conforme a ella, podrán si lo quieren, recibir las bendiciones de los ministros de su culto".

Como vemos, este artículo logró la conciliación del matrimonio civil y del matrimonio canónico, y hoy en día, cuando dos personas contraen matrimonio, lo hacen por las dos leyes, la civil y la de la religión que profesen (católica, testigos de Jehová, etc.).

Asimismo, los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y de 1884, definian al matrimonio como "una sociedad legitima de un solo hombre con una sola mujer, que se unen en un vínculo indisoluble, para perpetuar la especie y ayudarse

6. Peniche López, Edgardo. "Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil". Editorial Porrúa, S.A. 11a. edición. México 1977. P. 107.
7. Cfr. Pérez Duarte y N., Alicia E. op. cit. P. 20.

a llevar el peso de la vida". Así pues, se definía al matrimonio como una "sociedad legítima", aun no como "contrato civil", como se llegó a considerar posteriormente, definición que desapareció en fecha reciente con la reforma al Artículo 130 Constitucional, aunque por costumbre se le siga denominando como tal. Pero además el matrimonio era indisoluble, pues el divorcio era definido como una "separación del lecho", y no como el rompimiento del vínculo matrimonial.

La disolución del vínculo matrimonial, así como la definición del matrimonio como un contrato civil, quedó regulada en las Leyes Sobre Relaciones Familiares de 1917. Concretamente, la Ley del Matrimonio Civil de 1917, definía al matrimonio como "contrato civil de un solo hombre con una sola mujer que se unen en un vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".⁶

El cambio de naturaleza de estos ordenamientos obedeció a la adecuación que tuvo que hacer el legislador de las leyes civiles al art. 130 constitucional, -recientemente reformado- que señalaba en su párrafo tercero que el matrimonio era un contrato civil, siendo un acto de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil.

En resumen, antes de las Leyes de Reforma de 1859, en México, el matrimonio, así como otros estados civiles de la persona, eran regulados y registrados por la Iglesia Católica, ya

6. "Bienvenido Mexicano. Album de la Salud". Edit. Dirección General del Registro Civil del D.D.F./ Dirección de Fomento de la Salud. México, D.F. , 1990. p. 17.

que no existía el Registro Civil. Es en éstas leyes donde encontramos las primeras disposiciones que regulan esta institución bajo la dependencia del Estado, y vemos que a partir de 1870 y hasta la fecha, encontramos las disposiciones que regulan al Registro Civil, incluidas en nuestro Código Civil.

GENERALIDADES SOBRE EL MATRIMONIO

El matrimonio es un acto jurídico solemne, que se celebra ante el Oficial del Registro Civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes, los cuales previamente llenan una solicitud de matrimonio con sus nombres, apellidos, edad, domicilio y ocupación, así como los datos de los padres de ambos y de los testigos, fijando el día y la hora para la celebración del matrimonio y entregando previamente, ambos contrayentes, los siguientes documentos:

- Acta de Nacimiento. Para comprobar la edad mínima que exige la ley para contraer matrimonio, que es de 16 años en el varón y de 14 años en la mujer.
- El consentimiento que deban prestar los padres o tutores de los futuros contrayentes, en caso de que sean menores de edad, y a falta de éste, sin causa justificada, de las Autoridades que la ley designa expresamente para tal efecto.

- El certificado médico pre-nupcial. Con el fin de comprobar que ninguno de los contrayentes tiene alguna enfermedad venérea o hereditaria, que pudiera transmitir a su pareja e incluso a sus hijos. Este requisito, se les dispensa a aquellas personas que viven en concubinato y desean legalizar su unión.
- Las Capitulaciones Matrimoniales. Que es el convenio que celebran los futuros contrayentes, sobre los bienes muebles e inmuebles que llevarán al matrimonio o que adquieran durante el mismo, y que puede ser el régimen de Sociedad Conyugal o el de Separación de Bienes, según convenga a sus intereses.
- También deben demostrar, previa a la celebración del matrimonio, si uno o ambos contrayentes fué casado y la causa de disolución del anterior matrimonio, ya sea por muerte, nulidad o divorcio.

Una vez llegada la fecha y la hora para la celebración del matrimonio, el Oficial del Registro Civil, dará lectura a la solicitud de matrimonio y preguntará a los contrayentes, si es su libre voluntad contraer matrimonio y a los padres y testigos, les preguntará si conocen algún impedimento para la celebración del matrimonio; a la negativa de estos, los declarará legalmente unidos en matrimonio y por lo general se procede a dar lectura a la Epistola de Don Melchor Ocampo.

Cuando los cónyuges ya están legalmente unidos en

matrimonio, ambos adquieren una serie de derechos y obligaciones, recíprocos, entre los que podemos mencionar:

- La asistencia y ayuda mutua, la cual debe ser física, moral y económica.
- Tienen la obligación de vivir juntos, en su domicilio conyugal.
- Decidirán libre, voluntaria y responsablemente, sobre el número y espaciamiento de los hijos que deseen tener, dándoles casa, vestido y sustento, así como una buena educación, apoyo y comprensión.
- Deben contribuir uno o ambos al sostenimiento familiar en la proporción que acuerden según sus posibilidades económicas.

Ambos cónyuges tienen la misma autoridad y consideraciones dentro de su matrimonio, y podrán desempeñar la actividad que quieran, de común acuerdo con su pareja, siempre que no afecte a la moral de la familia.

CAUSAS DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO.

Lo ideal sería que el matrimonio fuera un vínculo permanente entre los cónyuges y los hijos, lo cual se logra en muchos casos a base de confianza y comunicación; pero la realidad es otra, ya que existe un elevado número de casos de disolución del matrimonio.

En relación a lo anterior, cabe mencionar que se dan cuatro causas de disolución del matrimonio, reconocidas por la legislación civil mexicana y son:

1. La muerte - causa natural
2. La nulidad - causa civil
3. La inexistencia - causa civil
4. El divorcio - causa civil

I. LA MUERTE COMO CAUSA DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO

La muerte de uno de los cónyuges, es la única causa de disolución del matrimonio de índole natural.

II. LA NULIDAD COMO CAUSA DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO

Surge por causas anteriores o concomitantes a la celebración del matrimonio, o por la falta de formalidades.

A este respecto, nuestro Código Civil enumera como causas de nulidad del matrimonio, en su art. 235, las siguientes:

- a). El error de identidad.

b). Incurrir en alguna prohibición o impedimento para contraer matrimonio.

c). La falta de formalidades en la celebración del matrimonio.

a. El Error de Identidad

Difícilmente se da, porque regularmente comparecen los contrayentes a la celebración de su matrimonio: sin embargo puede llegar a suceder, sólo en el caso de matrimonio realizado por Poder. Pero en el momento de encontrarse personalmente los cónyuges y darse cuenta del error, deberán pedir la nulidad inmediatamente, de lo contrario el matrimonio se convalidará.

b. Incurrir en Alguna Prohibición o Impedimento para Contraer Matrimonio

Los impedimentos son circunstancias que jurídicamente impiden la celebración del matrimonio; éstos pueden ser:

- Impedientes.- son aquellos que hacen ilícito al matrimonio, pero no lo anulan, y desaparece cuando ha sido dispensado.

- Dirimentes.- éstos originan la nulidad del matrimonio, la cual puede ser absoluta o relativa.

A este respecto Rojina Villegas señala que "Cuando la nulidad del matrimonio es absoluta, la ilicitud en el acto jurídico se considera como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de intentarse por cualquiera de los interesados. Existen solo dos causas de nulidad absoluta: la bigamia y el incesto.

Cuando la nulidad del matrimonio es relativa, la ilicitud en el acto jurídico se considera como prescriptible, confirmable, y sólo se concede la acción a la parte interesada. Las causas pueden ser los vicios de la voluntad, la incapacidad y la inobservancia de la forma".⁹

A éste respecto el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su artículo 156, señala los impedimentos para contraer matrimonio:

1. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada.

Se trata de una nulidad relativa, pues el matrimonio se convalida si los cónyuges tienen hijos, o aunque no los tuvieran, el menor llegue a la mayoría de edad y ninguno de los dos hubiere intentado la acción de nulidad.

2. La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, o el tutor o el juez en sus respectivos casos.

9. Rojina Villegas, Rafaél. "Prontuario de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia". Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. edición 18a. México D.F. 1982. P. 308.

La nulidad es relativa, pues se conceden 30 días contados a partir de que el ascendiente tuvo conocimiento del matrimonio, pero si no se ejercita o se consiente tácita o expresamente, el matrimonio se convalida.

3. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos, y en la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa.

Este impedimento se extiende a las personas que tienen un parentesco por consanguinidad legítima y natural, siendo que el matrimonio celebrado entre parientes consanguíneos en línea recta ascendiente y descendiente, y colaterales iguales, y entre hermanos y medios hermanos, genera la nulidad absoluta, la cual puede invocarla cualquier interesado; no se convalida por no tener tiempo de prescripción, configurándose además el delito de incesto (Art. 272 del Código Penal) en este caso, cuando los parientes contraigan matrimonio sabiendo que está prohibido; si ignoraban ese parentesco y celebran un matrimonio de buena fé, o bien, lo que conocemos como matrimonio putativo; en tal situación el matrimonio es nulo, sin embargo produce todos los efectos civiles retroactivos en favor del cónyuge inocente y

de sus hijos.

De igual manera, el matrimonio celebrado entre parientes colaterales en tercer grado, es decir, entre tíos y sobrinos, deja de ser un impedimento si los contrayentes obtienen dispensa, de lo contrario origina la nulidad relativa, pues se puede pedir la subsiguiente autorización.

4. El parentesco por afinidad en línea recta sin límite de grado, es también un impedimento.
5. El adulterio habido entre personas que pretendan contraer matrimonio, cuando el adulterio haya sido judicialmente comprobado.

En éste caso se genera la nulidad relativa, pues se convalida el matrimonio si el cónyuge ofendido no intenta la acción de nulidad dentro de los seis meses siguientes a la celebración del mismo.

6. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

Se concede la acción al cónyuge agredido, si no murió: a los hijos de éste y al Ministerio Público, por lo que también aquí la nulidad es relativa, y el término que se contempla es de seis meses, contados a partir de la agresión.

7. La fuerza o miedo graves. En caso de raptó, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro donde libremente pueda manifestar su voluntad.

Sólo el cónyuge agraviado puede intentar la acción de nulidad en un término de 60 días, contados a partir de que cesó la intimidación o violencia. La nulidad es relativa, pues de no intentarse la nulidad, el matrimonio se convalida.

8. La impotencia incurable para la cópula; y las enfermedades crónicas e incurables que sean, además, contagiosas o hereditarias.

A este respecto, puede intentar la acción el cónyuge sano, dentro de 60 días contados a partir de la celebración del matrimonio, lo que califica esta nulidad como relativa, aunque también existe una causa de divorcio paralela a dicho impedimento en el Art. 267 frac. VI del Código Civil vigente, misma que puede ser demandada en cualquier momento.

9. Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil. El mencionado artículo nos señala:

Art 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su

inteligencia. aunque tengan intervalos lúcidos ; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial, o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotròpicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que ésto les provoque, no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

El cónyuge que encuadre en cualesquiera de los supuestos mencionados en la fracción II del artículo 450, no puede realizar un matrimonio normal, ya que podría resultar peligroso para la convivencia familiar e inclusive los hijos pueden heredar algún tipo de deficiencia mental, en éste caso la nulidad es absoluta, pues no prescribe, y puede pedirla en cualquier momento el cónyuge sano o el tutor del incapacitado.

10. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretenda contraer.

La celebración del matrimonio bajo este impedimento origina la bigamia, la cual es causa de nulidad absoluta y puede pedirla cualquier interesado en cualquier tiempo.

**c. La falta de Formalidades en la Celebración
del Matrimonio**

El matrimonio es un acto formal y como tal, la ley exige para su celebración determinadas formalidades, para que éste sea válido.

La forma como elemento de validez del matrimonio, se clasifica en:

- a) formalidades anteriores, y
- b) formalidades coetáneas al acto de celebración.

En otro aspecto, nos estamos refiriendo a las formalidades y solemnidades.

La solemnidad es un requisito de existencia del acto jurídico, y la falta de ésta acarrea la inexistencia del matrimonio; entre ellas tenemos:

- 1) la presencia del Oficial del Registro Civil, para la celebración del acto,
- 2) la presencia de los contrayentes o de sus apoderados,
- 3) la declaración de los contrayentes ante el Oficial del Registro Civil, aceptando el matrimonio,
- 4) la declaración del Oficial del Registro Civil, declarándolos unidos en nombre de la ley,
- 5) la redacción del acta de matrimonio en las formas oficiales del Registro Civil, constando en ellas los

nombres, apellidos y demás elementos de identidad de los contrayentes,

- 6) la firma de los contrayentes y la del Oficial del Registro Civil.

En cuanto a los requisitos formales para la celebración del matrimonio: la falta de un requisito esencial, acarrea la nulidad absoluta; así como la falta de un requisito no esencial acarrea la nulidad relativa. En este caso el matrimonio existe, pero no es válido. Son requisitos formales, todos los demás que señala nuestro Código Civil para contraer matrimonio y de los cuales ya nos ocupamos anteriormente.

III. LA INEXISTENCIA

Algunos autores consideran que la inexistencia no es causa de disolución del matrimonio, pues no se puede disolver algo que no existe, pero sin embargo nuestra legislación la reconoce como una de las causas de disolución, y a éste respecto, el artículo 2224 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal establece:

"El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por cualquier interesado".

A éste respecto, Antonio de Ibarrola comenta que existen únicamente tres casos de inexistencia, que son:

- a) la identidad de sexo
- b) la falta de forma
- c) la falta de consentimiento.

Por otro lado nos percatamos de que Mazeaud cataloga estos tres casos dentro de la nulidad absoluta, y su opinión no concuerda con la de Antonio de Ibarrola, quien señala que "el hecho de que los actos inexistentes y los afectados de nulidad absoluta tengan las mismas consecuencias jurídicas, el hecho de que sea difícil a veces distinguirlos, no quiere decir en forma alguna que sean radicalmente distintos en su esencia".¹⁰

IV. EL DIVORCIO COMO CAUSA DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO

1.2. EL DIVORCIO

Si hablamos de divorcio en lenguaje corriente, nos da la idea de separación entre los esposos, o sea la extinción de la vida conyugal, declarada por alguna autoridad competente, o por el Juez de lo Familiar, voluntariamente o por alguna causa debidamente probada, o sea, la manifestación legal de la ruptura

10. Cfr. De Ibarrola. Antonio. op. cit. P. 265.

del matrimonio. Así como para la realización del matrimonio se requiere de una serie de requisitos legales, igualmente, los cónyuges no pueden voluntariamente extinguir su vínculo, sin cumplir específicamente con las condiciones señaladas en la ley, por lo que la simple separación física de los cónyuges no basta, ya que éstos siguen unidos legalmente y no pueden contraer un nuevo matrimonio, hasta que conforme a la ley, sea extinguido el anterior.

Para Rojina Villegas, " El divorcio en nuestra legislación civil mexicana, y concretamente en nuestros Códigos Civiles de 1870 y de 1884, era regulado como "Divorcio por Separación de Cuerpos", ya que el vínculo matrimonial no se disolvía, sino que este perduraba, quedando subsistentes las obligaciones de fidelidad, de administración de alimentos, e imposibilidad para contraer nuevas nupcias; sus efectos eran la separación material de los cónyuges, quienes ya no estaban obligados a vivir juntos, y por consiguiente a hacer vida marital. Fué a partir de 1917 que aparece en México el "Divorcio Vincular", cuya principal característica es la disolución del vínculo, otorgando la capacidad a los cónyuges de contraer nuevas nupcias". ¹¹

1.2.1. Concepto de Divorcio

La palabra "Divorcio" proviene del latín "Divortium", que significa tanto "romance" como "departimiento", o sea, cosa que

11. Rojina Villegas, Rafaél. op. cit. P. 346.

departe la mujer del marido o el marido de la mujer, por embargo que hay entre ellos, cuando es probado en juicio derechamente. "Tomó el nombre de la separación de voluntades del hombre y la mujer, a diferencia de las que tenían cuando se unieron". 12

Nuestro Código Civil Vigente, en su Art. 266, define al divorcio como aquello que "disuelve el vínculo matrimonial, y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

Jurídicamente, el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretado por una Autoridad Competente, derivadas de causas posteriores a la celebración del matrimonio, establecidas expresamente por la ley.

De esta manera, vemos que el divorcio produce dos efectos, uno negativo y el otro positivo; por el primero, deja de existir el vínculo jurídico que obliga a los cónyuges a permanecer unidos, y por el segundo les otorga la capacidad para volver a contraer un nuevo matrimonio.

1.2.2. Naturaleza Jurídica del Divorcio

En cuanto a la naturaleza jurídica del divorcio, podemos decir que es un acto jurisdiccional o administrativo, según sea el caso, por el cual se disuelve el vínculo conyugal, y el matrimonio como tal deja de producir sus efectos en relación a los cónyuges y a los terceros; es decir, desaparecen los derechos y obligaciones que surgen con motivo del vínculo

12. Pallares, Eduardo. "El Divorcio en México". Edit. Porrúa S.A., sexta edición. México, 1991. P. 19.

matrimonial. para dar paso a otro tipo de derechos y obligaciones, fijados mediante un juicio, por la Autoridad Competente.

1.3. EL DIVORCIO COMO FIGURA CONTROVERTIDA

El divorcio como institución, es paralelo en antigüedad al matrimonio, ya que el matrimonio fue creado como una institución Jurídica, encaminada a la formación de una familia y necesariamente se instituyó el divorcio como una forma permitida por la ley para extinguir el matrimonio; sin embargo, el divorcio que se concebía en ese entonces extinguía la convivencia conyugal, mas no rompía con el vínculo matrimonial ya que seguían existiendo las demás obligaciones derivadas de éste. Esta forma de divorcio, era la de Separación del lecho.

Entre las obligaciones que quedaban latentes, estaba la de fidelidad mutua, de tal manera que el cónyuge separado legalmente que llegaba a tener relaciones sexuales con otra persona cometía el delito de adulterio, y era seriamente castigado, por lo que los excónyuges únicamente tenían dos caminos: permanecían castos y puros hasta la muerte, o cometían el delito de adulterio.

Por esta razón surgió el Divorcio Vincular, para corregir los inconvenientes del Divorcio como Separación del lecho. De esta manera el divorcio vincular, disuelve el vínculo

matrimonial, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio.

Este tipo de divorcio, dió lugar a grandes polémicas, de tipo político, religioso, ético y psicológico.

Desde el punto de vista político, surge la preocupación, del Estado como dirigente del Poder Social, el cual tiene interés en mantener el equilibrio y la cohesión de la familia, por ser ésta la primera célula de la sociedad, y el divorcio contradice este fin; por ello el Estado lo regula y lo limita.

Por lo que toca al aspecto religioso, existe una contradicción, ya que son dos cosas muy diferentes el matrimonio católico y el matrimonio civil; el primero no concibe al divorcio, pues los cónyuges deben permanecer casados hasta que la muerte los separe; por ello todo aquél que profesa la religión católica y se casa por las dos leyes, es decir, por la ley civil y por la ley católica y posteriormente se divorcia civilmente, permanece casado católicamente, y si después contrae nuevas nupcias, legalmente, es lícito, pero religiosamente, comete adulterio, el cual no se castiga en la tierra, ni por los hombres, sino según la religión, "se castiga en la otra vida, que hay después de la muerte".

Éticamente se señala que va contra la moral, pues lesiona los derechos de los hijos, a los cuales se señala como las auténticas y únicas víctimas directas del divorcio. También se

menciona, que el divorcio propicia la frivolidad de los cónyuges y les facilita las cosas a fin de no hacer un esfuerzo que seguramente intentarían, si no fuese porque es más fácil romper con ese vínculo.

Por lo que se refiere al aspecto psicológico, hay dos tendencias, una de ellas se inclina a señalar que el divorcio afecta la "psique" de los excónyuges, ya que los hiere afectivamente, resultando lesionados, no sólo ellos, sino también los hijos, por ser los que sufren más la desunión de sus padres.

La otra tendencia afirma que el divorcio no afecta ni a los excónyuges, ni a los hijos; al contrario, frente a las desavenencias cotidianas, y conflictos graves, que llevan al matrimonio a una situación intolerable dentro de las relaciones familiares, circunstancias que realmente los daña, el divorcio les reporta mejoras.

En este orden de ideas, algunos estudiosos de la materia señalan al divorcio como un "mal necesario" y otros como la "causa de la desintegración familiar", lo cierto es que el divorcio viene a remediar una situación familiar conflictiva, aunque lo haga a través de su desintegración. Ninguno de los dos extremos es exacto, ya que el divorcio como institución, es más bien, un "instrumento útil a las relaciones familiares", aunque no es un instrumento perfecto, porque sólo aporta un principio de solución parcial. El resto lo debe aportar la

pareja que se divorcia.

El divorcio es un instrumento jurídico a favor de los cónyuges que necesitan recurrir a él.

En un matrimonio mal avenido, en el que los padres son un pésimo ejemplo para la formación moral, espiritual y personal de los hijos, por ser éstos los que sufren las indiferencias, rencores y agresiones entre sus padres, y donde de hecho ya no existe un matrimonio, ya que solamente los une un lazo legal, es preferible que los hijos sufran temporalmente por la separación de sus padres, y no que sufran constantemente los malos tratos de sus progenitores.

1.4. DIFERENTES CLASES DE DIVORCIO

El Código Civil de 1928; que entró en vigor el día 2 de Octubre de 1932, regula el divorcio en los Artículos 266 a 291 inclusive. Este ordenamiento permite tanto el divorcio vincular, como la simple separación judicial con la persistencia del vínculo.

En cuanto al divorcio vincular, éste se divide en dos clases, el "Divorcio Necesario y el Divorcio Voluntario", el primero puede ser pedido por un solo cónyuge, en base a una causa específicamente señalada por la ley, y el segundo, es solicitado por mutuo consentimiento de los cónyuges; éste tipo de divorcio

presenta a su vez dos aspectos que dependen de las circunstancias en que se encuentran los esposos, siendo estas dos formas: el "Divorcio Voluntario Judicial y el Divorcio Voluntario Administrativo". El primero se plantea ante el Juez de lo Familiar y el segundo ante el Juez del Registro Civil.

Analicemos cada uno de éstos tipos de divorcio:

1.4.1. Divorcio Voluntario Administrativo

El Art. 272 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, regula de manera general, éste tipo de divorcio, ya que de manera específica es regulado por reglamentos que expide la Dirección del Registro Civil, para sus Oficialías.

Para que proceda éste tipo de divorcio, se requiere primeramente, que ambos cónyuges convengan en divorciarse; asimismo, que sean mayores de edad, que hubieren liquidado la sociedad conyugal y que no hayan procreado hijos del matrimonio.

Si las cuatro condiciones son cumplidas, pueden acudir personalmente, ante el Juez del Registro Civil, que es la autoridad competente, la cual puede declarar disuelto el vínculo matrimonial, siempre y cuando, hayan cumplido con los requisitos señalados con anterioridad; presentando ante el Juez del Registro Civil el acta de matrimonio, para comprobar que son casados, mayores de edad y manifestando su voluntad de divorciarse.

El Juez del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en la que se hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges, para que se presenten a ratificarla a los quince días.

Si los consortes hacen la ratificación, el Juez del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la de matrimonio anterior.

Los consortes deben presentarse personalmente, pues no lo podrán hacer mediante apoderado, ya que es un acto personalísimo y no admite representación alguna.

Además de los cuatro requisitos ya señalados, es necesario que los cónyuges hayan permanecido casados por más de un año: lo cual es indispensable para éste tipo de divorcio, ya que este lapso se impantó a fin de que los cónyuges vivan juntos y se acoplen, pero si una vez pasado el año, ellos no pudieron llevarse bien, y cumplen con los requisitos mencionados, podrán solicitar el Divorcio Administrativo.

El divorcio al que nos estamos refiriendo, cuando surgió fué objeto de severas críticas, por ser válvula de profunda desintegración familiar, al proporcionar tantas facilidades para disolver el matrimonio; sin embargo la comisión redactora expuso sus motivos de justificación, señalando que en éste tipo de divorcio, los únicos perjudicados son los cónyuges mismos, que

actúan con conocimiento de causa y por no haber hijos del matrimonio, no es necesario cumplir con los procedimientos formales que se requieren en un juicio.

Lo primordial es que los matrimonios no se disuelvan tan fácilmente, pero también es importante lograr que los hogares no sean centro de constantes disgustos y discusiones, sobretodo cuando aún están en juego los intereses de los hijos.

El papel del Juez en éste tipo de divorcio es pasivo, pues sólo comprueba la existencia del matrimonio y aprueba la disolución del mismo, verificando que se cumplan las condiciones anteriores; además, no hay conflictos de intereses pecuniarios, ni por lo que respecta a los hijos, por lo cual la sociedad carece de interés en que permanezca el vínculo conyugal.

1.4.2. Divorcio Voluntario Judicial

Este tipo de divorcio opera cuando no se puede cumplir alguno de los requisitos indispensables para el Divorcio Administrativo; asimismo, el último párrafo del artículo 272 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, señala que los consortes que no se encuentren en el caso analizado anteriormente, pueden divorciarse por mutuo consentimiento, ocurriendo al Juez competente en los terminos y condiciones reguiados por el Código de Procedimientos Civiles, es decir, los cónyuges deben presen-

tarse ante un juez de lo Familiar, siendo o no mayores de edad, teniendo o no hijos, y que hubieren o no liquidado la sociedad conyugal. Dicho divorcio sólo puede ser ejercitado después de un año de haber contraído matrimonio, como lo señala el Código Civil.

A este respecto, el Código de Procedimientos Civiles, contiene un tratamiento especial para este tipo de divorcio, regulado en el Título Décimo Primero en los Arts. que van del 674 al 682 inclusive.

Los cónyuges que deseen divorciarse voluntariamente, deben presentarse ante el Juez de lo Familiar, con su solicitud, acompañada de un convenio en el que fijen cinco puntos: a saber:

- 1.- La persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutado el divorcio.
- 2.- El modo de cubrir las necesidades de los hijos, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el mismo.
- 3.- El domicilio de cada uno de los cónyuges, durante el procedimiento.
- 4.- Los alimentos que un cónyuge dará a otro en los términos del Art. 288 del Código Civil, durante el procedimiento y después de ejecutoriado el mismo, la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse.

5.- La forma de administrar los bienes de la sociedad conyugal si la hay, durante el procedimiento y la forma de liquidarla después de ejecutoriado el divorcio.

Además, como lo señala el mismo ordenamiento en su Art. 674, hay que anexar una copia certificada del acta de matrimonio y de nacimiento de cada uno de los hijos menores.

Una vez que los cónyuges convinieron en los puntos anteriores, presentarán su solicitud ante el Juez de lo familiar: si es debidamente presentada con los requisitos marcados, el Juez citará a los cónyuges y al Ministerio Público a la primera junta de aveniencia después de los ocho días y antes de los quince días, para tratar de conciliarlos, y si no logra avenirlos, se aprobarán provisionalmente los puntos sobre los que versa el convenio, escuchando el comentario del Agente del Ministerio Público.

Si los cónyuges insisten en su propósito de divorciarse, en este caso, el Tribunal citará a una segunda junta de aveniencia, que se efectuará, después de los ocho y antes de los quince días de solicitada. El Juez volverá a exhortar a los cónyuges a su reconciliación, y si ésta no se logra y quedan perfectamente garantizados los derechos de los hijos menores o incapacitados, con todos los presupuestos marcados por la ley y con el parecer del Ministerio Público, el Juez dictará la sentencia de divorcio y decidirá sobre el convenio presentado, con el parecer de la

representación social: pues el artículo 680 del Código de Procedimientos Civiles, señala que en caso de oposición del Ministerio Público y no cumplimiento del pedimento o requerimiento por parte de los cónyuges, el Tribunal resolverá en sentencia, con arreglo a la ley, lo que proceda, cuidando que queden debidamente garantizados los derechos de los hijos.

En cualquier momento del procedimiento, si llega a existir reconciliación, ésta pone fin al juicio de divorcio voluntario.

1.4.3. Divorcio Necesario o Contencioso

Como se señaló, el divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, decretada por una autoridad competente y con base en una causa expresamente señalada por la ley. A éste respecto, nuestro Código Civil vigente, es en la actualidad uno de los más casuísticos del mundo, ya que enumera diecinueve causas de divorcio, de las cuales, si son o es acreditada una de ellas durante el juicio de divorcio necesario, el Juez de lo Familiar decretará la disolución del vínculo matrimonial.

Cuando los cónyuges no están de acuerdo en obtener la disolución del vínculo matrimonial por mutuo acuerdo, uno de los dos puede demandar al otro la disolución del mismo, con base en una causa expresamente señalada por la ley y así es como surge el

divorcio necesario.

Las causas de divorcio necesario son de carácter limitativo y no ejemplificado, ya que cada causal tiene carácter autónomo y no se aplica o amplía por analogía, ni se involucran o mezclan unas con otras.

El principio de limitación, se debe a que la conservación del vínculo matrimonial es de interés público, y sólo procede la disolución por causas de tal gravedad, que hagan imposible la vida en común de los cónyuges.

Como es sabido, las causas de divorcio las encontramos enumeradas en el Art. 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal; las cuales se enumeran a continuación en forma sintética:

- I. El adulterio probado de uno de los cónyuges.
- II. El hecho de que la mujer de a luz a un hijo concebido antes del matrimonio y que sea desconocido por su marido.
- III. La propuesta del marido para prostituir a su mujer.
- IV. La incitación o la violencia para cometer un delito, hecha por un cónyuge al otro.
- V. Los actos inmorales, con respecto a los hijos.
- VI. Las enfermedades lesivas para la salud del cónyuge sano o de los hijos, y la impotencia sobrevenida.
- VII. La enajenación mental incurable.

- VIII. La separación injustificada del hogar conyugal por más de seis meses.
- IX. La separación con causa justa si se prolonga por más de un año, sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio.
- X. La declaración de ausencia o la presunción de muerte.
- XI. La sevicia, las amenazas y las injurias graves.
- XII. El incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio.
- XIII. La acusación calumniosa de delito penado con más de dos años de prisión.
- XIV. La comisión de un delito infamante, con penalidad mayor de dos años de prisión.
- XV. Los hábitos de juego, embriaguez o el uso persistente de drogas enervantes.
- XVI. Cometer contra el cónyuge un delito que tenga una penalidad superior a un año.
- XVII. El mutuo consentimiento.
- XVIII. La separación de los cónyuges, por más de dos años independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos.

El Art. 268 del Código Civil señala la última causa de divorcio necesario, la cual consiste en aquel caso en que la

demanda de nulidad del matrimonio o de divorcio no fué probada por quien la demandó y en desistimiento de la demanda o de la acción, ello dá causa para que el cónyuge que no inició el juicio, pueda demandar el divorcio.

Podemos señalar que el hecho de que la conducta de alguno de los cónyuges encuadre dentro de una o más de las causales de divorcio previstas por la ley, se considerará violación de los deberes conyugales, generando un hecho ilícito, por lo que el proceso de divorcio necesario, está basado en la conducta ilícita de alguno de los cónyuges, el cual es responsable de los daños y perjuicios, como autor del mencionado hecho ilícito.

Visto lo anterior, y para que proceda el divorcio necesario, se requieren los siguientes supuestos:

- 1.- La existencia de un matrimonio válido, que se comprueba, con el acta de matrimonio, cuya disolución se solicita a través de la demanda de divorcio.
- 2.- Ejercitar la acción ante el Juez competente, que es el Juez de lo Familiar del domicilio conyugal (en caso de abandono, el del domicilio del cónyuge abandonado).
- 3.- Expresar la causa por la cual se solicita el divorcio (pueden invocarse una o mas causas al mismo tiempo, pero cada una de ellas específicamente determinadas en sí)
- 4.- Ejercitar la acción, exclusivamente los cónyuges, por ser una acción personalísima. Ello no quiere decir que ellos mismos

lleven su proceso, pues los cónyuges pueden actuar a través de mandatario.

Además, el divorcio sólo puede demandarlo el cónyuge que no dió causa a él (salvo la causal del Art. 267 Fr. XVIII), y dentro de los seis meses siguientes, al día en que hayan llegado a su conocimiento los hechos en que se funda la demanda. Esta acción no es transmisible ni en vida, ni por causa de muerte. La muerte de uno de los cónyuges, pone fin al juicio de divorcio, y los herederos del difunto tienen los mismos derechos y obligaciones, que tendrían si no hubiera existido dicho juicio.

5.- Que no haya existido perdón, sea éste expreso o tácito.

6.- Seguir el juicio con todas las formalidades marcadas por la ley, por ser un juicio de carácter ordinario, siguiendo todas las etapas procesales, como:

- (1) demanda;
- (2) contestación de la demanda (y reconvencción en su caso);
- (3) audiencia conciliatoria (si no existió conciliación);
- (4) ofrecimiento de pruebas;
- (5) recepción y desahogo de las pruebas ofrecidas;
- (6) alegatos;
- (7) sentencia (y apelación en su caso);
- (8) declaración de que la sentencia ha causado ejecutoria;

(9) Envío de la copia de la sentencia al Registro Civil,
para su anotación marginal en el acta de matrimonio. 13

13. Cfr. Montero de Duhalde, Sara. "Derecho de Familia". Editorial
Porrua, S.A. México, 1984. P.246.

CAPITULO 2. DIVERSAS CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL DIVORCIO

Con el fin de poder estudiar los efectos del divorcio, es conveniente hacer una separación de las causas y los efectos que éste origina, y asimismo, separar por un lado los que se dan con motivo del Divorcio Voluntario y por otro los que ocasiona el Divorcio Necesario, independientemente de que en ambos existen medidas provisionales, las cuales se dan durante el procedimiento que se esté tramitando, según sea el caso.

En relación a los efectos definitivos, sabemos que la primera consecuencia es la disolución del vínculo matrimonial: debemos tomar en cuenta que dentro del Derecho Familiar, existen algunas disposiciones o resoluciones judiciales firmes, mismas que en un momento dado pueden ser alteradas o modificadas en virtud de haber cambiado las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción, como es lo relativo a alimentos, al ejercicio de la patria potestad, o a la suspensión de ésta, así como a la tutela, entre otros.

2.1. CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO ADMINISTRATIVO

Antes de entrar al tema del divorcio voluntario judicial, es importante resaltar que por lo que se refiere al divorcio administrativo, éste siempre es voluntario; además, el Código

Civil vigente para el Distrito Federal, no contiene disposiciones especiales en torno a este tipo de divorcio, en comparación con el divorcio contencioso; a excepción del Artículo 272 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que señala genéricamente los requisitos necesarios para solicitarlo; cabe recordar que el divorcio administrativo se encuentra ampliamente regulado por los reglamentos que expide la Dirección del Registro Civil, y es el Oficial de éste, el único que tiene autoridad para llevarlo a cabo.

De ésta manera, si los consortes cubren todos los requisitos exigidos por la ley para este tipo de divorcio y ratifican su voluntad de divorciarse ante el Juez del Registro Civil, éste declara disuelto el vínculo matrimonial, no existiendo otro efecto que la misma disolución, quedando cada uno de los excónyuges en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, por lo general "pasado un año de decretada la disolución del vínculo matrimonial". ya que si los cónyuges no respetan el plazo de un año y con anterioridad contraen nuevo matrimonio, éste nuevo matrimonio no será nulo, sino ilícito, incurriendo en las penas que señale el Código de la materia.

Como bien sabemos la ley no dice nada en relación a los alimentos que un cónyuge pudiera dar al otro y como no hay hijos, únicamente se procederá a "liquidar la sociedad conyugal de común acuerdo, si bajo éste régimen estuvieron casados" como

lo señala el artículo 272 del Código Civil.

2.2. CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL

En lo tocante al divorcio judicial por mutuo consentimiento, para que se pueda dar es necesario que los cónyuges estén de acuerdo en divorciarse, así como en cada uno de los puntos previstos para el convenio que tienen que formular, conforme a lo preceptuado en el Art. 273 del Código Civil Vigente.

También es necesario que haya transcurrido un año, a partir de la fecha en que contrajeron matrimonio.

Una vez presentada la solicitud de divorcio, con los requisitos que establece la ley, el Juez aprueba provisionalmente, con la opinión del Ministerio Público el convenio señalado en sus puntos referentes a la situación de los hijos menores o incapacitados a la separación de los cónyuges y a los alimentos que deban proporcionarse a los hijos o por un cónyuge al otro durante el procedimiento, y dicta las medidas provisionales para su aseguramiento.

De esta manera, el Juez citará a dos juntas de aveniencia, con intervalos de ocho a quince días, con la asistencia del Ministerio Público, y si no se logra la reconciliación y el convenio garantiza debidamente los derechos de los hijos, el

Juez, oyendo la opinión del Ministerio Público, en sentencia declarará disuelto el vínculo matrimonial y aprobará el convenio.

2.2.1. Efectos Provisionales y Definitivos en el Divorcio Voluntario Judicial

En cuanto a los efectos que produce este tipo de divorcio tenemos los PROVISIONALES: son aquellos que se presentan durante el procedimiento y son los siguientes:

EN RELACION A LOS CONYUGES: Después de haber vivido casados por mas de un año, de haber concebido hijos dentro de su matrimonio - si los hubo -, de haber llegado a la conclusión de que no se llevan bien o de que ya no existe ningún mutuo sentimiento entre ambos y habiendo tomado ambos la determinación de divorciarse voluntariamente, estando de acuerdo en todos los puntos del convenio que deben formular para realizar este tipo de divorcio, los cuales están previstos en el art. 273 del Código Civil Vigente, para el Distrito Federal. Estos deberán presentarse ante el juez competente con la demanda de divorcio voluntario y con el convenio correspondiente, en el cual, entre otras cosas se designará la casa que servirá de habitación a cada uno durante el procedimiento.

EN RELACION A LOS HIJOS: En el convenio se debe señalar a la persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, durante

el juicio de divorcio, así como después de ejecutoriado el mismo: dicha persona puede ser cualquiera de los padres, aunque regularmente lo es la madre, ya que por razones naturales ella es quien siempre los ha tenido y quién mejor que ella para cuidarlos pues sabe perfectamente todo lo que sus hijos pudieran necesitar; conviniendo ambos cónyuges, sobre las visitas que podrá realizar el que no tenga a su cargo la guarda de sus hijos.

EN RELACION A LOS ALIMENTOS: Se deben señalar las medidas necesarias para asegurar y subvenir las necesidades de los hijos y la cantidad que a título de alimentos un cónyuge deba pagar al otro, durante el procedimiento, así como después de ejecutoriado éste, garantizando los alimentos por cualquier forma conocida o marcada en la ley.

EN RELACION A LOS BIENES: Si fueron casados bajo el régimen de Sociedad Conyugal, en el convenio presentado deberán expresar la forma de liquidar dicha sociedad.

Por lo que respecta a los efectos DEFINITIVOS; son los que se presentan una vez ejecutoriado el divorcio y son los siguientes:

EN RELACION A LOS CONYUGES: Quedan en libertad de contraer un nuevo matrimonio, ya que dejan de estar casados, adquiriendo

el estado de divorciados, y con ello su libertad, siempre y cuando se respete lo impuesto por la ley, en relación al término que debe transcurrir, antes de celebrar un nuevo matrimonio, siendo éste de un año, a partir de que se decretó el divorcio y la sentencia causó estado.

EN RELACION A LOS HIJOS: Por lo general ambos cónyuges conservan la patria potestad, así como todos los derechos y obligaciones que se desprendan de la misma. Solo uno de ellos tiene la custodia de los hijos por convenio; teniendo el otro cónyuge la obligación de vigilar y ayudar moral y económicamente al cónyuge que tiene a su cargo la custodia de los menores, así como el derecho de visitarlos en los días y el lugar convenido.

EN RELACION A LOS ALIMENTOS: Una reforma de 1983, señalada en los términos del Art. 288 del Código Civil Vigente, para el Distrito Federal, menciona que la mujer tendrá el derecho a recibir alimentos, en carácter de pensión alimenticia, por el mismo lapso que haya durado su matrimonio, siempre y cuando carezca de ingresos suficientes, y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

La pensión alimenticia convenida, podrá variarse aumentando o disminuyendo, según sea el caso de necesidad; asimismo y de conformidad con el Art. 94 del Código de Procedimientos

Civiles para el Distrito Federal, habrá ajuste automático según varíe el salario mínimo en el Distrito Federal. Fenecido el plazo al que tiene derecho la mujer de recibir pensión alimenticia, ésta carecerá de derecho para exigir la continuación de tal pensión.

En relación a los hijos, una vez aprobado el convenio, en el cual se obliga a uno de los cónyuges, que regularmente es el padre de aquellos, a subvenir las necesidades alimenticias de sus hijos, y garantizó tal obligación, deberá cumplirse hasta que sus hijos lleguen a la mayoría de edad o puedan mantenerse por sí mismos o se dé alguna de las causas de terminación de la obligación alimenticia enumeradas en el Art. 320 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, mismo que dispone:

I.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla.

II.- Cuando el alimentista deja de tener necesidad de los alimentos.

III.- En caso de injuria, falta o daños graves inferidos por el alimentista contra el que debe prestarlos.

IV.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estas causas.

V.- Si el alimentista, sin el consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.

EN RELACION A LOS BIENES: Al aprobarse el convenio se aprueba también, como parte del convenio formulado por los consortes, la forma de liquidar y disolver la sociedad conyugal, después de ejecutoriado el divorcio.

Dicho convenio deberá ir acompañado de un avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles que componen la sociedad conyugal.

En el caso de que los consortes estuvieren casados bajo el régimen de separación de bienes, no habría que liquidar cuestión alguna.

2.3. CONSECUENCIAS JURIDICAS EN EL DIVORCIO NECESARIO O CAUSAL

Cuando estamos en presencia de un juicio de divorcio necesario: al admitirse la demanda, el juez dictará medidas provisionales las cuales regirán únicamente durante el juicio de divorcio, mismas que en cualquier tiempo durante el proceso pueden modificarse, según lo dispone el Art. 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

2.3.1. Medidas Provisionales en el Divorcio Necesario

Estas medidas las encontramos contempladas en el Art.282 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, el cual dispone:

- I. (Derogada)
- II. Proceder a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de Procedimientos Civiles;
- III. Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos;
- IV. Las que se estimen convenientes, para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso;
- V. Dictar, en su caso, las medidas precautorias que la ley establece respecto a la mujer que quede encinta;
- VI. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de este acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio, propondrá a 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 para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Si bien es cierto, la madre es la persona idónea para el cuidado de los infantes, ya que regularmente las madres reclaman la custodia de sus hijos, pese a la enorme tarea y responsabilidad que ello exige, no es menos cierto que en los

casos de divorcio, la mujer tendrá una doble tarea, es decir, el cuidado de los hijos, y del hogar, así como el trabajo remunerado que debe tener para proveer a ella y a sus hijos de los alimentos necesarios.

Por ello, este deber que se impone a la madre "los hijos menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre", debiera acompañarse del deber correlativo del padre de otorgar la pensión alimenticia completa a los hijos, y en su caso parte de los alimentos a la madre".¹⁴

Una vez que la Sentencia de Divorcio Necesario haya causado Ejecutoria, se inician las consecuencias que acarrea la disolución del vínculo matrimonial, derivado de una controversia judicial. Estas consecuencias repercuten siempre perjudicando emocionalmente tanto a los cónyuges como a los hijos, ya que son ellos las primeras víctimas de la separación jurídica de sus padres, víctimas por causas no imputables a ellos: sin embargo como ya señalamos, es preferible que sufran temporalmente la separación de sus padres y no que sufran constantemente las desavenencias entre ellos. sobre todo tratándose de un divorcio necesario, el cual se da, porque la conducta errónea del conyuge culpable, encuadró dentro de una de las causas específicamente señaladas en la ley y debidamente probada por el cónyuge inocente.

14. Cfr. Montero de Duhalt, Sara. op. cit. p. 250.

2.3.2. Efectos Definitivos en el Divorcio Necesario

Los efectos definitivos que se presentan en el divorcio necesario, se enumeran como se ha venido haciendo, en relacion a:

- 1.- la persona de los cónyuges,
- 2.- los hijos,
- 3.- los bienes y
- 4.- los alimentos.

EN RELACION A LOS CONYUGES: Como se sabe el efecto directo del divorcio es la extinción del vínculo matrimonial, quedando los excónyuges en aptitud y libertad de contraer un nuevo matrimonio. Aptitud que para el cónyuge declarado inocente la puede ejercitar inmediatamente después de haber cumplido el término que exige la ley, siendo este de un año, contado a partir del momento en que se decretó el divorcio y por lo que respecta al cónyuge culpable, la ley impone como sanción, la obligación de esperar dos años para volver a contraer matrimonio, como lo establece el artículo 289 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal.

EN RELACION A LOS HIJOS; Es importante hacer mención que antes de las reformas de 1983 al Código Civil Vigente, la ley imponía como sanción al cónyuge culpable, la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos o la suspensión de la misma.

mientras viviera el cónyuge inocente, que era quien cuidaba de los hijos; e indicaba enumerativamente las causas por las cuales se perdía o se suspendía la patria potestad.

En la actualidad, con la reforma del artículo 283 al Código Civil, la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad derivada de causas de divorcio, queda a criterio del Juez.

El legislador al llevar a cabo la reforma a la que nos referimos, tuvo un gran acierto, ya que cuando se presenta el caso en el que los cónyuges se divorcian por alguna causa debidamente probada en juicio, el divorcio necesario, se presenta entre los dos cónyuges, y no se trata de un divorcio entre los padres y sus hijos, ya que un individuo puede ser un mal cónyuge, pero al mismo tiempo ser un buen padre, responsable y amoroso con sus hijos, al que sería una injusticia privarlo de la patria potestad y del derecho de visita. Pero también existe el caso en el que el cónyuge culpable no merezca ver a sus hijos por resultar dañino para ellos, como pudiera ser el caso de padres que maltratan a sus hijos, física o emocionalmente, padres con traumas psicológicos, que arrastran desde su infancia y que se reflejan en el trato con su familia; es en este caso donde el juez sentencia al progenitor a la pérdida, suspensión o limitación según sea el caso, de la patria potestad.

Sin embargo, también es conveniente decir a éste respecto, que los padres cuya visita a sus hijos podría resultar dañina,

debiara limitarse mas no prohibirse, ya que la visita es sólo cuestión de unos momentos, en los cuales padre e hijo van a convivir y la limitación de la que se habla se refiere a la conveniencia de hacer acompañar al cónyuge con algún tipo de problema psicológico, de persona autorizada por el cónyuge que tiene a su cargo la custodia del menor e incluso por él mismo, como se analizará detenidamente en el capítulo cuarto del presente trabajo.

En lo que respecta a la sanción de la pérdida de la patria potestad, el padre sancionado queda sujeto a todas la obligaciones para con sus hijos, como son la de contribuir a la subsistencia y educación de éstos, hasta que lleguen a la mayoría de edad.

EN RELACION A LOS ALIMENTOS: En este caso cada progenitor ejerza o no la patria potestad, debe contribuir a la subsistencia y educación de los hijos.

Cabe mencionar, que el cónyuge que tiene la custodia de sus hijos, está cumpliendo con su obligación económica, dedicando gran parte de su tiempo a la educación, atención y cuidado de los menores, por lo que el cónyuge que no goza de la custodia, debería contribuir con una mayor aportación económica para ser más equitativo en la distribución de las cargas u obligaciones para con los hijos de parte de uno y de otro cónyuge.

2.4. EFECTOS EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

Los efectos en la sentencia de divorcio, una vez que el vínculo matrimonial ha quedado disuelto, son los de mayor trascendencia, ya que se van a referir a la situación permanente, en la cual van a quedar los excónyuges, sus hijos y los bienes, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, y en éste caso tenemos los siguientes:

EN RELACION A LOS HIJOS: Una vez que el matrimonio ha sido legalmente disuelto, a través del Juicio de divorcio, los hijos quedan bajo la custodia del cónyuge inocente, o bien del cónyuge sano (tratándose del divorcio necesario que tiene como causal, el hecho de que el otro cónyuge padece una enfermedad crónica e incurable y además contagiosa y hereditaria), debido a que el cónyuge inocente o sano, lógicamente es el más apto para cuidar de sus hijos, teniendo el cónyuge culpable (o enfermo), el derecho de visitarlos determinados días; como vemos, únicamente se restringe la patria potestad, si así fue decidido en Juicio, pero a su vez no deja de tener la obligación de proporcionar alimentos a sus hijos, según el Juez lo estime conveniente.

Como se puede ver, en los casos de patria potestad y de alimentos, el juez tiene facultades discrecionales, así como también en lo concerniente a la situación de los hijos menores o

incapacitados, en relación con sus progenitores, decidiendo lo que él juzgue de mayor conveniencia para los hijos.

Como ya se mencionó, "el juez puede, en determinadas causas gravísimas de divorcio, sentenciar al cónyuge culpable a la pérdida definitiva de la patria potestad; y en caso de muerte del cónyuge inocente, como el cónyuge culpable no puede recobrar esa patria potestad, ésta pasará a los abuelos paternos y/o a los maternos". 15

A este respecto el artículo 418 del Código Civil vigente para el Distrito Federal establece que "A falta de los padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III, en el orden que lo determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso".

Asimismo el artículo 414 del mismo Código señala que "La patria potestad sobre los hijos del matrimonio se ejerce:

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y la abuela paternos;
- III. Por el abuelo y la abuela maternos.

Independientemente del ejercicio de la patria potestad, se considera necesario que el Código Civil Vigente, regule el Derecho de Visita o de Trato, para beneficio de los hijos habidos de matrimonio, que ninguna culpa tienen de las

15. Rojina Villegas, Rafael. op. cit. P. 413.

desavenencias y conflictos que surgieron entre sus padres, los cuales los llevaron a la ruptura de su vínculo matrimonial, separándolos de ellos.

EN RELACION A LA PERSONA DE LOS EXCONYUGES: En cuanto a la capacidad para celebrar nuevo matrimonio: tratándose de divorcio voluntario, ambos excónyuges deben esperar el término establecido por la ley, que es de un año, para poder contraer nuevo matrimonio. Pero tratándose de divorcio necesario, el cónyuge inocente, podrá volver a contraer nuevas nupcias después de un año de que obtuvo el divorcio. En cuanto al cónyuge culpable, éste no podrá volver a casarse sino después de dos años contados a partir de que se decretó el divorcio; ello se desprende del artículo 289 del Código Civil Vigente.

EN RELACION A LOS BIENES: Como el divorcio origina la disolución del matrimonio, por consiguiente origina también la disolución de la Sociedad Conyugal que se hubiere estipulado entre los consortes. Según el artículo 287, se procede a la división de los bienes comunes, tomando las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos.

Cabe mencionar que otro efecto en relación a los bienes, es el de indemnizar el cónyuge culpable, al cónyuge inocente, de

todos los daños y perjuicios que le hubiere ocasionado con motivo del divorcio. Daños y perjuicios de carácter patrimonial y moral, siempre y cuando éste no exceda de la tercera parte de aquél.

CAPITULO 3. DERECHO DE VISITA Y PATRIA POTESTAD EN NUESTRO CODIGO CIVIL VIGENTE Y EN LA PRACTICA

El Derecho de Visita o de "Trato", como lo llama la sustentante, es una facultad que no se encuentra debidamente legislada en nuestros ordenamientos jurídicos, a pesar de ser una realidad que se vive constantemente.

Así pues, éste derecho le corresponde ejercerlo primordialmente al progenitor que no tiene físicamente la guarda o custodia de los hijos menores, y que sin embargo tiene derecho a visitarlos y tratarlos.

De tal modo que cuando los cónyuges deciden terminar con su matrimonio, por medio del divorcio, lo hacen entre sí, pero ello no implica que el divorcio también se dé entre los padres y sus hijos, siendo éstos últimos, quienes por razones naturales necesitan del apoyo, comprensión y cariño de ambos progenitores.

Tratándose del divorcio voluntario, ambos progenitores, deciden de común acuerdo, a quién corresponde la custodia de los hijos y el lugar y los días en que el progenitor que no tiene la custodia de los menores, los podrá visitar.

Sin embargo cuando se presenta un divorcio necesario o causal, en la práctica ocurre que en ocasiones, el cónyuge que tiene a su cargo la custodia de los hijos menores de edad, se

niega por diversas razones, a que su excónyuge los visite, y siendo éste su progenitor, obviamente siente la necesidad de tratar a sus propios hijos y de estar con ellos; sin embargo nuestro Código Civil no contiene ningún precepto legal que lo fundamente, y en base al cual se pueda exigir, mediante juicio, que se respete el derecho de visita, con la finalidad de ver y tratar a los menores.

Es por ello que surge la necesidad de regular adecuadamente el Derecho de Visita para poderlo ejercitar por la vía legal, evitando con ello problemas mayores, como pudiera ser el caso en el que el padre, el cual se encuentra en el supuesto mencionado, al no poder ver a sus hijos decide en un momento de necesidad llevárselos sin avisar; no pensando en las consecuencias que ello pudiera acarrear, ya que además esto es lo que menos le importa y todo ello a consecuencia de la falta de regulación de un derecho tan importante para los progenitores como es el de visita o de trato.

El derecho de visita se puede decir que se encuentra íntimamente ligado a la patria potestad, la cual es irrenunciable para ambos progenitores, y por medio de ésta se exige de ellos una serie de deberes y facultades en beneficio de los menores de edad.

3.1. CONCEPTO DE DERECHO DE VISITA

En cuanto a la terminología de Derecho de Visita, se puede considerar que el término "visita", es incompleto, ya que Visita significa: "acción de visitar a alguien; hacer una visita; persona que visita a otra".¹⁶

No se trata únicamente de visitar a los hijos, ya que esta acción la puede realizar cualquier persona además del progenitor; es decir, los tíos, la abuela, la vecina, los amigos, etc. Es por ello que el "Derecho de Visita", debiera de llamarse "Derecho de Trato", por ser el vocablo "trato", mucho más amplio, ya que Trato significa: "acción y efecto de tratarse; manera de comportarse con uno; relación, frecuentación"¹⁷.

El trato hacia una persona, es una acción mucho más íntima, la cual no es sólo pasajera, sino más estrecha que una simple visita; por ello es más adecuado desde cualquier ángulo que se le contemple, ya que no se trata de que el progenitor realice una visita a sus hijos, sino de algo mucho más profundo como es el trato directo entre padre e hijo.

Por otra parte, en cuanto a la definición de derecho de visita: son pocas las legislaciones que tratan sobre ésta figura, entre ellas está el Derecho Civil Familiar de España, en cuyo Código Civil se encuentra regulada en los artículos 91 y 94 que a la letra dicen:

16. "Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado". Tomo XII. Edit. Selecciones de Reader's Digest. novena edición, México 1972. P. 3958.

17. Idem. Tomo XI. P. 3772.

Artículo 91: "En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecuciones de las mismas, el Juez en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo deberá ir conforme a los artículos siguientes, las medidas que hayan de substituir a las ya adoptadas con anterioridad, en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico, las cautelares garantías respectivas, estableciendo las que procedan si por alguno de éstos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias". 18.

Artículo 94: "El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados, gozará del derecho de visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de éste derecho que podrá limitarse o suspenderse si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial." 19

Por otra parte, el Diccionario de derecho de Luis Ribó nos señala la definición de "Derecho de Visita", mismo que a la letra dice:

"Dentro de la regulación de las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos de un matrimonio anulado, separado o

18. Sempere Rodríguez, Cesar. "Código Civil". Editorial Tecnos S.A. décima edición. España 1991. P. 89.
19. Idem. P. 92.

divorciado. destaca el Derecho de Visitar a los propios hijos. Esta facultad debe formar parte de las medidas definitivas. que se señalarán en toda la sentencia de nulidad, separación o divorcio como consecuencia del acuerdo de los cónyuges; ya apuntado en los casos en que la demanda se acompaña de la propuesta de convenio regulador o como consecuencia del ejercicio arbitrario judicial, cuando no existe acuerdo entre los cónyuges.

El Derecho de Visita se otorga al progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados. El contenido de éste derecho se condensa en la facultad de comunicarse con ellos, en la de tenerlos en su compañía. El Juez determinará las medidas definitivas, el tiempo modo y lugar de ejercer éste Derecho; sin embargo, si se dieran graves circunstancias o se incumplieren grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial, el Juez podrá limitar o suspender el Derecho de Visita". 20

El Derecho de Visita también se encuentra regulado en la legislación de Argentina, y a éste respecto Bossert y Zannoni consideran adecuado para la educación, formación y asistencia material y moral de los hijos el contacto afectuoso que éstos requieren de ambos padres, por lo que se le otorga al progenitor que no queda a cargo de la guarda de sus hijos el derecho de visitarlos. Asimismo, el tradicionalmente llamado Derecho de

20. Ribó Durán, Luis. "Diccionario de Derecho". Edit. Bosch. S.A. Barcelona, España 1987. P. 108.

Visita, no se limita exclusivamente a la visita, sino en los términos del Artículo 264 del Código Civil de Argentina, es el derecho de tener adecuada comunicación con el hijo, supervisando su educación.

Así pues el derecho de visita no es sólo la facultad del padre de visitar al hijo en el domicilio donde vive con la madre, en el supuesto de que ésta tenga la guarda del hijo, sino por el contrario, de retirar al niño de ese hogar y tenerlo consigo, donde pueda desarrollar el vínculo afectivo y su comunicación con él, con la espontaneidad, intensidad y privacidad deseables.

En el Derecho Argentino se faculta al Juez para resolver sobre este derecho, tomando en cuenta la edad de los hijos, su salud y la relación afectiva que mantienen con el progenitor que los visita. ²¹

3.2. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

1. ETIMOLOGICAMENTE

El sustantivo de Patria Potestad se compone de dos vocablos que provienen del latín:

21. Cfr. Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. "Manual de Derecho de Familia". Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1988. P. 295 y ss.

PATRIA = PATER
Y
POTESTAD = POTESTAS

Ello quiere decir el poder o la potestad que el padre ejercía sobre sus hijos, o mas bien dicho, el poder absoluto que el ascendiente ejercía sobre sus descendientes. En el Derecho Romano constituía un verdadero derecho de propiedad, ya que quien lo ejercía era el ascendiente mayor que sobrevivía, quedando sometidos a él -cualquiera que fuera su condición- todos los miembros de la familia, ya que tenía derecho a venderlos, esclavizarlos, etc., y el ejercicio de éste poder era vitalicio.

Con la invasión de los pueblos germánicos, la introducción de su Derecho Consuetudinario y la aportación de nuevas ideas, el concepto de patria potestad se modificó completamente, llegando a considerarse como la ayuda y comprensión que los ascendientes deben impartir a sus descendientes, aunque el nombre de "patria potestad" se sigue conservando, y a este respecto señala Galindo Garfias que "es incorrecto, ya que no se trata de una potestad del padre sobre los hijos, como su nombre lo indica, sino el conjunto de deberes y facultades que tienen los padres en función de la atención que deben a sus hijos." 22.

II. JURIDICAMENTE

Hay varias definiciones que tratan de englobar el contenido

22. Cfr. Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil. Primer Curso. Parte General, Personas, Familia". Editorial Porrúa S. A. segunda edición. México 1976. P. 656 y ss.

de esta institución; así tenemos que:

Para Sánchez Cordero, la patria potestad es el "Conjunto de derechos y facultades que la ley concede a los ascendientes sobre la persona y bienes de los descendientes menores, para el cumplimiento de sus obligaciones como tales." 23

Por su parte Castán Vázquez, define a la patria potestad como el "Conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que le incumbe de proteger y educar la prole." 24.

Asimismo, Peniche López señala que es el "Poder que tienen los ascendientes sobre la persona y bienes del menor, en tanto alcanza la edad y discernimiento para conducirse y administrar sus derechos". 25.

En conclusión la patria potestad es una institución que tiene por objeto regular los derechos y obligaciones que surgen entre los ascendientes (padre-madre, abuelos paternos y/o maternos) y sus descendientes (hijos o nietos), menores de edad no emancipados, con el fin de protegerlos y educarlos y administrar sus bienes en tanto alcanzan la mayoría de edad o se emancipan.

Cabe señalar que el divorcio produce el efecto de disolver el vínculo matrimonial, hecho por el cual los padres vivirán

23. Sánchez-Cordero Dávila, Jorge A. "Derecho Civil. Colección: Introducción al Derecho Mexicano". primera edición. Editada por la UNAM. México 1983. P. 124.
24. Castán Vázquez, José María. "La Patria Potestad". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1960. P. 196.
25. Peniche López, Edgardo. op. cit. P. 127.

separados, concediéndosele sólo a uno de ellos la guarda o custodia de los hijos menores de edad por convenio o por sentencia y a ambos la patria potestad por ley, siempre y cuando uno de los progenitores no hubiere sido condenado a perderla.

3.3. FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTESTAD

El fundamento de la patria potestad, como lo señalan la mayoría de los autores, se encuentra en el Derecho Natural, teniendo como origen la "procreación".

A éste respecto Castán Tobeñas señala que "El fundamento de la patria potestad se encuentra en el Derecho Natural que radica en el poder paterno. Ciertamente es la naturaleza humana que le confiere a los padres la misión entrañante de asistir y formar a los hijos; así pues, la patria potestad es una institución natural que no necesita del Derecho Positivo para actuarse".²⁶

Por su parte Federico Puig Peña, señala que "Es una facultad de los padres y de nadie más que de ellos y no del Estado, según dicen algunos, puesto que no existe razón que la justifique ni experiencia que la iguale, ni de la Sociedad en general, ni del grupo familiar en sentido amplio, sólo de los padres que la poseen con facultad natural".²⁷

De lo anterior se desprende que la patria potestad encuentra su fundamento en el derecho natural que tienen los progenitores de vigilar y educar, así como de proteger a sus descendientes,

26. Castán Tobeñas, José. "Derecho Civil Español, Común y Foral". Editorial Reus. S.A. Madrid, España, 1978. P. 184.

27. Puig Peña, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español" Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1971. P. 198.

hasta que estos alcancen la edad necesaria para poder subsistir solos en la vida.

Cabe mencionar dentro de este punto que la finalidad de la patria potestad ha venido manifestando grandes cambios, ya que un principio constituía el beneficio que de ella obtenía el jefe de la familia, es decir, el sujeto encargado de su ejercicio, sin embargo el beneficio se ha orientado hacia otro extremo; siendo actualmente la persona sujeta a ella la que recibe el provecho, mismo que consiste en su protección y educación, de esta forma el fin primordial de la patria potestad radica en el elemento de protección y educación al menor así como en la unidad de la familia.

3.3.1. Ubicación de la Patria Potestad dentro del Campo Jurídico

Tradicionalmente se le ha ubicado dentro del Derecho de Familia, colocándola así dentro del Derecho Civil; sin embargo, recientemente Luis Mendizabal Oses ha tratado de crear una nueva disciplina, a la cual ha denominado "Derecho de Menores", y señala que "Debido a una errónea interpretación que se le ha dado al principio de igualdad, tras el pretexto de la ilusoria norma que enuncia la igualdad ante la ley, se han regulado relaciones, las cuales en razón de los sujetos, se encuentran en un plano de igualdad y aquellas otras en las cuales uno de los sujetos se

encuentra en franca desventaja, por lo que de esta forma debe existir igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales, lo cual hace necesaria una reglamentación para las relaciones en que intervienen normalmente personas que se encuentran en un plano inferior al común de la gente, siendo así objeto de la disciplina que intente crear la reglamentación de todas aquellas relaciones jurídicas en que intervienen personas menores de edad". 28

No obstante lo anterior, es necesario tomar en cuenta que ordinariamente los sujetos que integran una relación jurídica no se encuentran en un plano de igualdad, siendo excepción aquellos casos en que las contrapartes se encuentran en total igualdad, razón por la cual existen otros métodos para subsanar las relaciones del menor con sus ascendientes (padres o abuelos), considerando que dentro de ellas se encuentra la patria potestad, la cual tiene una buena ubicación dentro del campo del derecho de familia, derecho que ha tomado una gran importancia en nuestros días, ya que la familia es la célula primaria de la sociedad, y de ella depende el desenvolvimiento de las relaciones sociales, y es por ésta razón que el Gobierno tiene especial interés en su desarrollo, constatándose lo antes dicho por lo establecido en el Artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que señala: "Todos los problemas inherentes a la familia, se consideran de orden público, por

28. Mendizabal Oses, Luis. "Derecho de Menores". Editorial Pirámide, S.A. Madrid España, 1977. P. 93.

constituir aquélla la base de la integración de la sociedad".

3.3.2. Naturaleza Jurídica de la Patria Potestad

A este respecto es necesario mencionar algunas de las teorías más sobresalientes en relación a la naturaleza jurídica de esta institución, la cual ha ido evolucionando, ya que en sus orígenes era un poder absoluto del ascendiente sobre sus descendientes, y hoy en día es un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los ascendientes en relación con los hijos.

I. PODER

En el Derecho Romano se reconocían cuatro tipos de potestad, que existían y se consideraban como un poder absoluto, un estado de completa sumisión frente a quién la ejercía, y éstas eran:

- La PATRIA POTESTAS; que era el poder del Pater - Familias sobre sus descendientes.
- La MANUS; que era la autoridad del marido sobre la mujer casada.
- La MANCIPIUM; que era la autoridad de un hombre libre sobre otro hombre libre.
- La DOMINICA POTESTAS; que era la autoridad del amo sobre el esclavo.

El paso del tiempo, aunado a la influencia del cristianismo, dió origen a la evolución de ésta institución, convirtiéndola de un "PODER" en un "DERECHO" y su ejercicio consiste en proteger a la persona sujeta a esta potestad.

II. DEBER-DERECHO

Algunas personas clasifican a la patria potestad diciendo que su naturaleza jurídica es de un derecho deber, por considerar que existen dos fases de ésta figura, ya que en la primera fase, o sea en el aspecto interno, la relación padre-hijo, surge como un deber de los primeros con los segundos y frente a terceros, la relación aparece como un auténtico derecho, siendo ésta la segunda fase. Se dice que el aspecto interno es un deber y no una obligación, porque al ser la relación entre padre e hijo una relación extrapatrimonial, se le atribuyen otras características como un contenido no económico así como una influencia religiosa y moral.

Por otra parte cabe señalar que para Alicia E. Pérez Duarte, la patria potestad "se compone de un conjunto de derechos y deberes de contenido de orden natural, derivado de la procreación; un contenido de orden afectivo, derivado del nexo establecido en razón del parentesco tan próximo entre padre e hijo; un carácter ético, derivado del deber moral que tienen los padres para atender los intereses de sus hijos y de éstos para

respetar y obedecer a aquellos y un contenido social representado por la tarea que deben cumplir los progenitores de socializar a sus hijos, pues existe una creciente intervención del Estado". 29

3.3.3. Derechos y Obligaciones de los Padres y de los Hijos

Como bien sabemos, la patria potestad es una institución necesaria para la cohesión familiar, pues se encarga de la asistencia, protección y representación de los hijos cuya filiación esté clara y legalmente establecida, para lo cual cuenta con un conjunto de deberes y facultades instrumentados en las normas jurídicas que recaen sobre los ascendientes (padres y/o abuelos), mismos que tienen la autoridad de criar y educar a sus hijos, así como la corrección y representación, no sólo del menor sino también de sus bienes hasta que éstos alcanzan la mayoría de edad o se emancipan. No existe la libertad por parte de los ascendientes de ejercer o no la patria potestad, ya que ésta es una obligación irrenunciable, intransferible e imprescriptible, aún cuando la ley prevee circunstancias en que la patria potestad puede suspenderse, perderse o terminarse³⁰.

En éste orden de ideas, primeramente hay que realizar una distinción entre los derechos y obligaciones en relación a la persona del menor, y los derechos y obligaciones en relación a los bienes del mismo.

29. Pérez Duarte y N. Alicia E. op. cit. P. 23

30. Cfr. Idem. P. 24 y ss.

A. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN RELACION

A LA PERSONA DEL MENOR

Son los ascendientes los que ejercen la patria potestad sobre la persona de sus hijos y tienen a su cargo el cuidado, la custodia, la alimentación, la educación, la corrección y la representación en juicio del menor.

Cabe señalar que el derecho de educar y corregir al menor ha sufrido una gran evolución, pues anteriormente este deber implicaba el derecho de castigar al menor, justificándose así las lesiones graves que los ascendientes infringían a los menores. En la actualidad, el Código Penal Vigente para el Distrito Federal, en su artículo 344, sanciona éstas lesiones: excepto tratándose de "violencias simples hechas en ejercicio del derecho de corrección", como lo señala el artículo 347 del mismo ordenamiento; esto es, un manazo, o un cuerazo, sin llegar a producir lesiones de ningún grado; es decir, la ley no justifica que los padres maltraten a sus hijos. Por su parte, el Código Civil Vigente para el Distrito Federal, en su artículo 423 modificó la facultad que tenía el padre, de castigar a sus hijos por la "facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo".

Este mismo artículo continúa diciendo que "Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas (padre o tutor)

haciendo uso de amonestaciones y correctivos que le presten el apoyo suficiente". Esto ya sería en caso extremo, cuando los hijos se encuentran completamente desubicados y no entienden razones; es decir, aquellos chicos que roban, se drogan y cometen todo tipo de actos delictivos.

Ahora bien, el Artículo 422 del Ordenamiento en cuestión, establece la obligación que tienen los que ejercen la patria potestad, de educar convenientemente a sus hijos, pues de incumplir con ésta obligación, los Consejos Locales de Tutelas, lo avisarán al Ministerio Público, para que promueva lo que corresponda.

En los artículos 320 fracción V y 421, se dice que por lo que respecta al menor, éste tiene la obligación de permanecer en la casa de quien ejerce la patria potestad y no puede abandonarla sin el consentimiento de éste, pues de lo contrario, sería causa suficiente para la terminación de la obligación de dar alimentos.

Asimismo, el menor tiene la obligación de obedecer y respetar a sus progenitores.

B. DERECHOS Y OBLIGACIONES EN RELACION

A LOS BIENES DEL MENOR

Los ascendientes que ejercen la patria potestad administrarán los bienes del menor que éste hubiere adquirido por cualquier

título diverso de su trabajo, correspondiéndole a quien ejerce la patria potestad la mitad del usufructo, y la otra mitad del usufructo, así como la propiedad de dichos bienes le pertenecen al menor.

En cuanto a los actos administrativos, éstos se sujetan a ciertas reglas que deberá observar quien ejerce la patria potestad, según lo establece el artículo 436 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, ya que éstos no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles ni los muebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años. En resumen no pueden disponer libremente de los bienes del menor.

Quien ejerce la patria potestad, representará al menor en toda clase de actos jurídicos, tanto dentro como fuera de juicio, en virtud de que el menor no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna, por carecer de capacidad de ejercicio según lo dispone el artículo 424 del Código Civil.

Antes de terminar con el análisis de la patria potestad, es importante mencionar las CAUSAS DE DISPENSA, SUSPENSION, PERDIDA Y TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD.

I. CAUSAS DE DISPENSA DE LA PATRIA POTESTAD

A este respecto el Artículo 448 dispone que sólo se puede conceder dispensa a quienes tengan:

- a) más de 60 años cumplidos.
- b) un mal estado habitual de salud que le impida atender debidamente el desempeño de la patria potestad.

II. CAUSAS DE SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD

Estas causas son tres, mismas que enumera el artículo 447:

- a) por incapacidad declarada jurídicamente.
- b) por ausencia declarada en forma.
- c) por sentencia condenatoria que impoga como pena esta suspensión.

III. CAUSAS DE PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

De acuerdo con el artículo 444, se pierde la patria potestad:

- a. cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o mas veces por delitos graves.
- b. en los casos de divorcio; cuando el juez así lo estime conveniente en base a los elementos de juicio necesario. como lo dispone el artículo 283 del Código Civil.

- c. por conductas nocivas para los hijos, las cuales se definen como costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes.
- d. por exposición de los hijos o por abandono de más de seis meses

IV. CAUSAS DE TERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 443 al respecto manifiesta que la patria potestad termina:

- a. por muerte de la persona que la ejerce, si no hay otro en quien recaiga.
- b. por emancipación derivada del matrimonio.
- c. porque el hijo menor haya alcanzado la mayoría de edad.

El juez al dictar la sentencia de divorcio, fijará la situación de los hijos, gozando de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación y, en especial, a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello, como lo establece el artículo 283 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

3.4. EL DERECHO DE VISITA O DE TRATO EN EL DIVORCIO

En nuestra legislación civil vigente, el derecho de visita o de trato, no se encuentra contemplado; sin embargo, surge de la necesidad que se presenta cuando en caso de divorcio, ambos cónyuges conservan la patria potestad y éstos deben ejercerla en forma conjunta, pero sólo a uno de ellos se le concede la custodia de los hijos menores de edad, y es éste progenitor, quien necesariamente ejercerá el "Derecho de Trato" de manera directa, ya que por conveniencia de los hijos, sólo uno de ellos, el más apto, es quien los va a atender.

Ello no quiere decir que el otro progenitor no conserve o deje de tener derechos y obligaciones para con sus hijos, así como contacto con ellos; el problema surge cuando se presenta el supuesto en el que, el cónyuge que tiene bajo su custodia a sus menores hijos, no le permite a su excónyuge que los vea, pero además, no existe en nuestra legislación positiva vigente un precepto que respalde a ésta persona, que vendría a ser el derecho que tiene el cónyuge que no obtuvo la guarda o custodia de sus hijos menores de edad, de visitarlos o más bien de tener un trato directo con ellos.

Por lo anteriormente expuesto, surge la necesidad de asegurar que éste progenitor, que se encuentra en franca desventaja en relación con su excónyuge, y se le dé la oportunidad de ejercer su derecho a convivir con sus hijos. Es por ello que se

debe regular adecuadamente el Derecho de Visita.

Ahora bien, el derecho de visita no se desprende de la patria potestad; y si se presenta el caso en el cual el cónyuge es condenado a la pérdida de ésta, ello no quiere decir que pierda igualmente con ella el derecho de visitar y de tratar a sus hijos.

Sin embargo, se podría deducir la existencia de este derecho de visita, si interpretamos el artículo 411 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, el cual a la letra dice: "Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".

Como vemos, no se contempla en forma expresa; pero si interpretamos éste artículo, vemos que primeramente obliga al hijo sea menor o mayor de edad, natural, legítimo, o adoptivo, o bien hijo de padres casados o divorciados, a honrar y respetar a sus padres. "en todo momento", y de ello se puede deducir que le está dando al hijo el derecho correlativo a aquella obligación de tratar a sus padres, a ambos, independientemente de que aquel cónyuge que obtuvo la custodia será quien más conviva con sus hijos; siendo sus relaciones interpersonales más profundas, no se debe permitir que el otro cónyuge carezca del derecho de participar con ellos, de vigilar directamente su formación, educación y desarrollo; por lo anterior, debiera comenzarse a legislar sobre dicho derecho, ya que en nuestros tiempos,

frecuentemente se presentan en los tribunales mexicanos más y más casos de divorcio.

En este orden de ideas, cuando se presenta un divorcio voluntario judicial, para que proceda, se debe realizar un convenio en el cual encontramos la obligación que tienen ambos cónyuges, de ponerse de acuerdo, para señalar a quién de los dos le corresponderá la custodia de los hijos y consecuentemente el derecho del progenitor que no tiene la custodia del menor, de visitar a sus hijos, llevárselos de vacaciones e intervenir en su formación moral y civil, quedando plasmado por convenio los puntos anteriormente señalados y quedando garantizados los derechos y consecuentemente las obligaciones que se ejercen con la patria potestad.

Cabe mencionar a éste respecto que varios autores opinan que la patria potestad trae implícito el derecho de visita, por lo cual no es necesaria su regulación; además de que el derecho de visita no es ajeno a la patria potestad; aseguran que en el momento de perderse ésta, por sentencia condenatoria, consecuentemente se pierde el derecho de visitar a sus hijos, e inclusive afirman que el derecho de visita trae implícito el cumplimiento de los derechos y obligaciones de quien ejerce la patria potestad.

En opinión de la sustentante, si bien es cierto que existe cierta relación entre la patria potestad y el derecho de visita,

se puede considerar que esta relación no es absoluta, ya que no depende una institución de la otra, ambas son autónomas y deben regularse como tal.

Sin embargo no siempre la disolución del vínculo matrimonial se da a través del divorcio voluntario, pues las condiciones cambian y surgen dificultades que no se terminan por medio de un convenio, cuando dicha disolución se debe a un divorcio necesario o contencioso, pues en este caso al existir una divergencia de opiniones entre los consortes y al no ponerse de acuerdo en sus pretenciones, comienzan las dificultades respecto al derecho de visita, por parte del cónyuge que no obtuvo la guarda o custodia de sus hijos menores, ya que ambos ejercen la patria potestad, pero no gozan igualmente, o por lo menos bajo algún parámetro de igualdad o de equidad a sus hijos; es aquí donde surge la necesidad de regular adecuadamente el tema, objeto de la presente tesis, es decir el "Derecho de Visita".

Ahora bien, si a alguno de los cónyuges se le concede la custodia por sentencia definitiva y no la puede ejercer, o los hijos desean estar con el otro progenitor, es posible, en caso de que no se llegue a un acuerdo, que surjan mayores problemas, en los cuales los únicos afectados aquí son los hijos en custodia.

En el supuesto de que surja la disolución del vínculo matrimonial en forma necesaria, caso en el cual no hay acuerdo de

voluntades, aquí el juez toma la decisión de determinar bajo la custodia de cuál de los dos cónyuges quedarán los hijos menores de edad, relacionando directamente la patria potestad con el derecho de visita, ya sea como medida provisional, o al dictarse la sentencia, resolviendo en los términos del artículo 283 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, mismo que se refiere a las facultades que tiene el juez de determinar sobre la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad o la conservación de todos los deberes, derechos y obligaciones de los progenitores, pero siempre llegando a la patria potestad, relacionándola de manera interdependiente con el derecho de visita, dándolo por hecho, cuando debiera reglamentarse y tratarse dentro del juicio de divorcio con mayor importancia e independientemente de los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

Por lo anterior, se puede afirmar que el derecho de visita no se encuentra reglamentado en nuestra legislación positiva vigente, aunque por interpretación pudiera tal vez inferirse, y dado que en la práctica se ha convertido en una necesidad real, para aquel cónyuge que no tiene a su cargo la guarda o custodia de sus propios hijos y que desea seguir teniendo con ellos las relaciones propias entre padre e hijo; es por ello que se considera de vital importancia y de suma urgencia regular este derecho que se está analizando en el presente trabajo.

3.4.1. La Guarda de los Hijos durante el Juicio de Divorcio

La "guarda de los hijos", se refiere al conjunto de derechos y obligaciones que tiene el progenitor, al cual le fué conferida dicha guarda; es decir, de tener corporalmente al hijo, para educarlo, asistirlo en las enfermedades, corregirlo, alimentarlo, vestirlo y coadyuvar a su correcta formación moral y social.

La guarda de los hijos viene a ser el desmembramiento de la patria potestad, la cual se ejerce conjuntamente por ambos progenitores, cuando permanecen casados, pero en caso de divorcio, durante el juicio, se designa a la persona que habrá de hacerse cargo de los hijos. Luego entonces, la guarda de los hijos durante el juicio de divorcio, viene a ser el elemento material, pues consiste en tener al hijo menor, ejerciendo sobre él los derechos y obligaciones que integran la patria potestad.

Sabido es que la guarda de los hijos durante el juicio de divorcio, consta de dos etapas a saber, que son la "etapa provisional" y la "etapa definitiva".

La primera etapa se presenta durante el juicio de divorcio, designándose en caso de divorcio voluntario, de común acuerdo y como lo señala el artículo 273 del Código Civil, fracción I, a la persona a quien sean confiados los hijos tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio.

Sin embargo, cuando se trata de divorcio necesario, según el artículo 282, las medidas provisionales que aquí se toman, únicamente son mientras dura el juicio, y en su fracción VI señala: "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá a 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 para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre".

De éste artículo se puede inferir que durante el juicio de divorcio y a falta de acuerdo entre los cónyuges, los hijos permanecerán bajo la guarda del cónyuge inocente o bien de la persona que éste hubiere designado.

En cuanto a la segunda etapa, o sea la definitiva, tratándose de divorcio voluntario, ambos cónyuges, de común acuerdo, designarán a la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio "después de ejecutoriado el divorcio", como lo señala la última parte de la fracción I del artículo 273, del Código Civil: es decir, deciden de común acuerdo quién de los dos cónyuges conservará la guarda de los hijos, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio.

Pero cuando se trata de divorcio necesario o causal, es aquí

donde se aplica el artículo 283, que otorga amplias facultades al juez, para decidir acerca de la situación que guardarán los hijos, una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, de acuerdo con los lineamientos legales y con los elementos de juicio necesarios para ello.

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

3.4.2. Exclusión del Cónyuge Culpable de la relación con sus Hijos durante el Juicio de Divorcio

En este punto, únicamente nos vamos a referir al divorcio necesario o causal, por ser este tipo de divorcio, el único de los tres que reconoce nuestra legislación positiva mexicana, (el Administrativo, el Voluntario y el Necesario), en el cual se presenta un cónyuge inocente que es el que demanda el divorcio necesario, basado en alguna de las causas que reconoce nuestra legislación, y en contraparte tenemos al cónyuge culpable, el cual dio causa suficiente para motivar a su cónyuge a solicitar la ruptura del vínculo matrimonial. A éste respecto el artículo 282 fracción II, señala como medida provisional durante el juicio de divorcio, que debe procederse a la separación de los cónyuges, es decir, excluir al cónyuge culpable de la relación con el cónyuge inocente, pero nótese que en éste caso, también se le está excluyendo de la relación con sus hijos, pero se insiste en que el divorcio se está dando entre los cónyuges, no entre padres e hijos y no hay razón por la cual deba impedirseles el trato mutuo entre ellos, ya que suele suceder en la práctica que el cónyuge que demandó el divorcio no le permita al cónyuge culpable visitar a sus hijos, es decir, lo sigue excluyendo de la relación con ellos, y éste a su vez no tiene ningún derecho para poder exigir válidamente que se le permita ver, visitar y tratar a sus hijos.

Respecto a lo anterior, durante el juicio de divorcio, los hijos permanecen al lado del cónyuge que no dió causa al mismo, o bien, de su madre si son menores de siete años, como lo establece la última parte de la fracción VI del artículo 282 del Código Civil. Sin embargo, la ley no señala nada acerca de excluir al cónyuge culpable de la relación con sus hijos, aunque el cónyuge inocente lo infiere como ya se vió: luego entonces, como reza un principio de derecho aplicable en estas circunstancias: "Lo que no está prohibido, está permitido"; de aquí también se desprende, que si bien es cierto, que la ley no reglamenta nada en relación al derecho que tiene el cónyuge culpable que fué excluido de la relación con su familia, de visitar a sus hijos, tampoco lo prohíbe; es decir, a pesar de que el cónyuge culpable, no tendrá, si así lo determina el juez, la custodia de sus hijos, ello no quiere decir que no pueda visitarlos; pero ese no es el problema, ya que éste surge cuando su excónyuge no se lo permite, y no existen en nuestro derecho bases jurídicas en las que el cónyuge culpable se apoye para ejercer su derecho de visita.

De tal forma que en algunas ocasiones es el juez quien tiene la tarea de determinar que el cónyuge culpable vea restringida o anulada dicha facultad; es por ello que se debe regular adecuadamente el derecho de visita, tanto durante el juicio de divorcio, como después de ejecutoriado el mismo, y no dar amplias

facultades al juez en este sentido, ya que conforme al artículo 283 del Código Civil, este decidirá sobre la suspensión, limitación o pérdida de la patria potestad; pero no olvidemos que el derecho de visita no deriva de la patria potestad; porque si bien es cierto, la (el) esposa (o), ya no quiere tener a su lado a su cónyuge, ello no implica que no quieran tener junto a ella (él) a sus hijos; además, qué culpa tienen éstos de la separación egoísta de sus padres, ya que son los hijos los que más sufren y los que ninguna culpa tienen cuando sus padres deciden divorciarse; es por ello que resulta injusto que se vean privados del trato de ambos progenitores.

CAPITULO 4. LA IMPORTANCIA DE REGULAR EL DERECHO DE VISITA EN NUESTRO CODIGO CIVIL

Como se ha mencionado en páginas anteriores, el Derecho de Visita o de Trato, motivo del presente trabajo, no se encuentra regulado en nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal; sin embargo es importante recalcar que éste derecho de visita está cobrando mucha importancia en la actualidad, debido al elevado número de casos de divorcio que se han estado ventilando en nuestros Tribunales Familiares en los últimos años.

El incremento en el número de casos de divorcio se debe, independientemente de las causas tradicionales, al hecho de que hoy en día la mujer ya se ha dado cuenta de que no es un objeto o un sirviente más de la casa sin goce de sueldo, la cual como en el caso de nuestras abuelas, debían soportarlo todo sin objetar nada, ya que era el hombre quien mandaba en su casa. Por ello en la actualidad la mujer se prepara estudiando una profesión que algún día ejercerá.

Lo cierto es que en la época actual se necesita del ingreso económico de ambos cónyuges, pero se le olvida al esposo, que la mujer también se cansa, ya que además de trabajar ejerciendo su carrera, trabaja en el hogar y educando a sus hijos, de ahí surge la incomprensión y el egoísmo de ambas partes y con ello la

ruptura del vínculo matrimonial, buscando cualquier causa para poder lograrlo o bien de común acuerdo, sin pensar ni un instante en lo que sería mejor para sus hijos, ya que únicamente les importa su propia satisfacción, perdiendo así el respeto y el valor que se le debe dar a la sagrada institución de la "familia", vista como la base de la sociedad y del individuo mismo, acabando con ella y correlativamente con el derecho que tienen los hijos a desarrollarse dentro de ella.

Así pues, en virtud del número incalculable de divorcios que se tramitan en nuestros días, es conveniente regular adecuadamente el derecho de visita o de trato, institución que dada la falta de preceptos legales que la normen, está ocasionando demasiado daño a los más afectados en la ruptura del vínculo matrimonial, que son los hijos, los cuales por su falta de madurez, se confunden por el hecho de que no ven a sus progenitores unidos o lo que es peor, dejan de ver a uno de ellos, porque el otro progenitor, o sea el que tiene a su cargo la custodia de los menores, no le permite a su excónyuge que los visite, y en ocasiones dicho impedimento lo lleva a cabo de manera arbitraria. Por ello insistimos que ésta figura se debe regular adecuadamente, para evitar semejantes injusticias y así darle al cónyuge que no tiene a su cargo la custodia de sus hijos, bases jurídicas que lo apoyen en ésta situación, si se llegase a

presentar.

4.1. COMO REGULAR EL DERECHO DE VISITA O DE TRATO

Una vez que hemos expuesto lo que significa el derecho de visita, para algunos autores extranjeros, podemos ver que de conformidad con los Artículos 273 fracción I y 282 fracción VI del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, mismos que se refieren a la designación de la persona que se hará cargo de los hijos durante el juicio de divorcio, pueden presentarse las siguientes situaciones:

1. En el caso de divorcio voluntario, sabemos que los cónyuges se han puesto de acuerdo acerca de la persona o personas a cuyo cuidado han de quedar los hijos menores durante la tramitación del juicio de divorcio, así como después de ejecutoriado el mismo, conviniendo sobre el derecho que podrá ejercer el cónyuge que no tenga a su cargo la guarda de los hijos menores, de visitarlos y tener trato directo con ellos, los días que convengan ambos cónyuges.

2. O por el contrario, los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre el punto descrito anteriormente, lo cual regularmente se presenta cuando se da el divorcio necesario o contencioso.

En el primer caso se estará a lo convenido por los cónyuges:

y salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre de conformidad con la ley.

En el segundo supuesto, cuando no hay acuerdo entre los consortes, el cónyuge que pide el divorcio propondrá a la persona en cuyo poder deban quedar los hijos menores provisionalmente; teniendo el juez de lo familiar, previo procedimiento que fija el código respectivo, la facultad de resolver lo conducente.

En éste sentido, el artículo 282 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, enumera las medidas provisionales que se dictarán mientras dure el juicio de divorcio necesario; en su fracción VI, señala a la letra: "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de 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 para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre".

La decisión del juez, en este caso debe ser la más acertada, dado que con cierta frecuencia nace la incorformidad del

cónyuge que fué despojado materialmente de la guarda y custodia de sus menores hijos, ocasionando con ello grandes injusticias que a toda costa deben evitarse, ya que no debe tratarse a los hijos como si fueran objetos listos para depositar en un lugar o en otro, pero además como se sabe, un juicio de divorcio necesario, bien puede durar algunos meses o bien, varios años, tiempo en el cual, la decisión que tome el juez acerca de la custodia de los hijos tanto en el juicio de divorcio, como después de ejecutoriado éste, debe ser correcta, porque de lo contrario, los que sufrirían las consecuencias de convivir con el progenitor erróneo, serían los hijos.

Una vez que en el juicio de divorcio, el juez ha resuelto cual de los dos cónyuges tendrá la guarda o custodia de los hijos menores de edad, ocurre que en ocasiones el cónyuge al que nos referimos, no permite de ninguna manera que el otro progenitor vea y conviva con sus hijos, acción que realiza de manera arbitraria, motivo por el cual se considera conveniente y necesario el regular dentro de las medidas provisionales que se encuentran previstas en el artículo 282 del Código Civil, el "Derecho de Visita" o "de Trato"; ya que a quien se le otorga la custodia ejercerá directamente el trato hacia sus hijos teniendo una mayor comunicación y convivencia con ellos, en relación al progenitor que no se le otorgó la custodia, y no olvidemos que el juicio en cuestión puede prolongarse por algún tiempo. Por tales

circunstancias se propone que se agregue como medida provisional una fracción más al artículo 282 del Código Civil; la fracción propuesta sería la número VII. y quedaría de la siguiente manera:

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

- I.-
- II.-
- III.-
- IV.-
- V.-
- VI.-

VII.- "EL CONYUGE QUE NO LE CORRESPONDA EJERCER LA GUARDA DE LOS HIJOS MENORES O INCAPACITADOS DURANTE EL PROCEDIMIENTO, TENDRA EL DERECHO DE VERLOS Y DE TRATARLOS.

TENIENDO OBLIGACION EL CONYUGE AL CUIDADO DE ELLOS, DE FACILITAR LAS ENTREVISTAS Y COOPERAR AL MEJOR DESARROLLO DE LOS HIJOS, AL CONVIVIR CON SU PROGENITOR".

Al agregar esta fracción al artículo 282 del Código Civil, tendría su correlativo procedimental en caso de violación en el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles, que a la letra dice:

Artículo 942.: "No se requieren formalidades especiales para acudir ante el juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, tratándose de alimentos, de calificación de impedimentos de matrimonio o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre la administración de bienes comunes, educación de los hijos, oposición de maridos, padres o tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclaman la intervención judicial".

Así, una vez regulada la guarda o custodia provisional de los menores, así como el derecho de visita o de trato durante el juicio de divorcio, el juez procederá a resolver sobre la disolución del vínculo matrimonial y en este sentido, cabe mencionar que dentro del campo de la resolución definitiva que extingue el vínculo matrimonial, o sea la sentencia de divorcio; en nuestra legislación positiva son urgentes ciertas reformas a nuestro Código Civil en el caso que nos ocupa, respecto al derecho que tienen los padres de ver a sus hijos.

Por otra parte, cabe señalar que la regulación del derecho de visita o de trato, debe ser independiente a la regulación de la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, la cual se deja a discreción del juez de lo familiar, es decir la facultad de resolver según el caso concreto, todo lo referente a

los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, pérdida, suspensión o limitación de la misma y en especial a la custodia y cuidado de los hijos; decidiendo para ello con los elementos de juicio necesarios. Pero en el caso que nos ocupa, el derecho de visita, no debe perderse, en todo caso, sólo debe limitarse, ya que el derecho que tiene una persona de ver a sus propios hijos, es un derecho recíproco, pues también los hijos tienen derecho a ver a sus progenitores, y en este derecho recíproco entran en juego los sentimientos de ambas personas, es decir, el progenitor y su hijo, y cabe recordar que el divorcio se da entre la pareja, no entre padres e hijos, por ello se insiste en la limitación en casos especiales, del derecho de visita, y de ninguna manera la pérdida de este derecho.

Por otro lado es importante mencionar que hay que tratar de regular con mayor humanidad y justicia el problema de la patria potestad, que si bien es cierto ha sido regulado por las reformas del Código Civil, también es cierto que no pocos dramas y sufrimientos, y en algunos casos hasta muertes se han producido debido a la errónea interpretación de la patria potestad que la sentencia de divorcio decreta en contra del cónyuge culpable, condenándolo (con los elementos del juicio y las facultades del juez de lo familiar) de tal forma que pierde todo el derecho respecto a sus hijos, hasta el derecho de verlos y de tratarlos.

siendo tal condena, grave y trascendental para la vida del cónyuge culpable y de los hijos. Por ello, debiera desaparecer o en su defecto, darle otro enfoque a esta interpretación respecto a la condena a la pérdida de la patria potestad: ya que viola rotundamente y contraria a la ley natural, misma que no se encuentra establecida ni tácita ni expresamente en algún precepto legal.

A este respecto Eduardo Pallares condena la pérdida de la patria potestad diciendo: "Es una pena trascendental de las que prohíbe el artículo 22 de la Constitución Mexicana, ya que hiere no sólo al cónyuge culpable, sino también a seres del todo inocentes como lo son los hijos, que en muchos casos son arrancados de los brazos de su madre en una edad temprana, cuando más necesitan de ella".³¹

Con el comentario del maestro Pallares, nos damos cuenta nuevamente de que hay una confusión entre el derecho de visita y la patria potestad, y ello se debe a que en nuestra legislación positiva vigente no se regula el citado derecho; es por eso que cuando el juez sentencia a la pérdida de la patria potestad, el progenitor deduce que ya no podrá ver a sus hijos, y ello es un error, como ya se expuso con anterioridad.

31. Pallares Eduardo. Reformas al "Código Civil en materia de Divorcio", Revista Foro de México. Editada por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Trabajos Sociales. México 1960. P. 9.

Es por ello que nuevamente insistimos en que sería un logro regular en forma precisa, breve, y claramente el derecho de visita o de trato que tienen los padres sobre sus hijos, cuando a uno de ellos no se le otorgue la custodia o guarda de los menores, ya que es un derecho que no forma parte integral de la patria potestad, sino que es una institución independiente y autónoma por lo cual debe regularse de igual manera, y que como ya se mencionó, el hecho de que a uno de los progenitores se le condene a la pérdida de la patria potestad, ello no implica consecuentemente la pérdida del derecho de visita.

Sin embargo el cumplimiento del derecho de visita o de trato no trae implícito el cumplimiento de los derechos y obligaciones de quién ejerce la patria potestad, ya que el derecho de ver y tratar a los hijos no forma parte de la patria potestad ni nace o se deriva de ella, pues la patria potestad como institución y como su nombre lo indica, es un poder jurídico que los padres tienen sobre sus hijos, por el cual aquellos pueden obligarlos, mandarlos, educarlos, exigirles que vivan con ellos, llamarles la atención e incluso, obligarlos a guardarles respeto y consideración para con ellos, ya que para tal efecto hay fundamento legal en el Código Civil, para poder hacerlo valer en caso de contrariedad. Sin embargo perderíamos el tiempo buscando en el Código Civil un solo precepto del que podamos deducir o inferir, a excepción del artículo 411 del

Código Civil - Interpretándolo - que el derecho de tratar a los hijos es consecuencia o deriva de la patria potestad, sin que suponga ésta su ejercicio. Además es importante recordar que el derecho de ver y de tratar a los hijos es un derecho recíproco, el cual aunque no tiene fundamento en la ley ni depende de la voluntad de un legislador, se da por un hecho natural y no debe haber prohibición a este derecho, sino solo limitación, siendo ésta una afirmación tan válida, que hasta hoy en día no ha existido legislador alguno que lo declare, e inclusive, suponiendo sin conceder que se diera el caso de regular esta situación, se podría rebatir con un simple argumento natural: el fenómeno de que cuando los hijos llegan a cierta edad, siendo menores aún, es imposible impedir que éstos los vean, convivan o traten a su propio padre, el cual fué, por una sentencia condenada a la pérdida de la patria potestad.

Por otro lado, en la práctica cuando se decreta la disolución del vínculo matrimonial y la sentencia no condena al cónyuge culpable a la pérdida de la patria potestad, se ha llegado al extremo de que al progenitor al que se le confirió la guarda de los hijos menores en forma definitiva se siente con mayor derecho que el otro progenitor, no permitiéndole a éste último que vea a sus hijos, conviva con ellos, le ayude a educarlos, los guíe o los vigile: es por ésta razón que resulta indispensable regular adecuadamente el derecho de visita o de

trato en nuestro Código Civil vigente, con el fin de evitar semejantes abusos, los cuales vienen a ser producto del rencor que regularmente alberga el cónyuge inocente para con el culpable, y además se puede decir que es una actitud vengativa del cónyuge inocente, el cual no se pone a pensar en el grave daño que ello implica para sus hijos.

La reforma que se propone debe ser clara y concisa a fin de que no se preste a interpretaciones erróneas y no se llegue al extremo de privar al ascendiente condenado a la pérdida de la patria potestad, de los demás derechos que tiene un padre para con su hijos, como es el derecho que tiene éste de ver y de convivir con ellos.

Se propone para regular el Derecho de Visita lo siguiente: Aumentar a nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal en materia común y en toda la República en Materia Federal dentro del capítulo X denominado del Divorcio, un artículo que se incluiría entre los actuales 285 y 286.

El Artículo propuesto tendría el número 285 bis y el enunciado de éste sería el siguiente:

Artículo 285 bis.- *EN CASO DE DIVORCIO, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE CONSERVE O NO LA PATRIA POTESTAD, NI EL PADRE NI LA MADRE PERDERAN EL DERECHO DE VER A SUS HIJOS, DE HABLAR CON

ELLOS. DE TRATARLOS. DE ORIENTARLOS. SALVO AQUEL CASO EN EL QUE LA VISITA DEL PROGENITOR REPRESENTA UN INMINENTE PELIGRO PARA LOS MENORES HIJOS, CASO EN EL CUAL SE HARA ACOMPAÑAR DE PERSONA AUTORIZADA QUE SUPERVISE DICHA VISITA.

IGUALMENTE GOZARAN DEL DERECHO DE VISITA LAS PERSONAS QUE TENGAN PARENTESCO CONSANGUINEO YA SEA ASCENDIENTE O COLATERAL CON EL MENOR.

ASIMISMO AL PADRE QUE SE LE CONFIERA LA GUARDA DE SUS MENORES HIJOS ESTA OBLIGADO A PERMITIR EL TRATO DEL OTRO PROGENITOR Y DE LOS FAMILIARES CONSANGUINEOS CON EL MENOR*.

Analizando esta propuesta del artículo 285 bis, tenemos:

1. A ninguno de los padres se le puede privar del derecho de ver a sus hijos. Derecho Natural que nace por una relación de filiación; entendida esta como la relación entre dos personas, una de las cuales es la madre o el padre de la otra; constituyéndose así una relación de por vida.

2. Al no privarlos de ver a sus hijos podrán orientarlos, guiarlos, auxiliarlos y vigilarlos. Ya que si bien no tienen la custodia de los menores, ello no significa que no los puedan ver.

3. En caso de que uno de los progenitores pierda la patria potestad, ésta pérdida pudo tener su origen en la existencia de un comportamiento anormal de éste; pero no olvidemos que somos seres humanos y que la relación con los hijos y el llamamiento de la sangre implica otra posición surgiendo la relación de derecho natural padre e hijo; tan es así que cuando el hijo crece, sin llegar a la mayoría de edad, él manifiesta su deseo de convivir y tratar con su progenitor, y muchas veces busca la manera de encontrarse con él.

Sin embargo esto no implica que los que pierden la patria potestad no quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, sino por el contrario, la suma de deberes y responsabilidades es mayor.

4. Igualmente gozarán de éste derecho los parientes ascendientes y colaterales del menor, ya que el hecho de que sus progenitores se divorcien, ello no implica que los hijos menores de edad también se divorcien de éstos y menos aún de la familia de ambos, ya que los lazos de consanguinidad continúan a pesar de la ruptura del vínculo matrimonial: es por ello que el derecho de ver y de tratar al menor se extiende a los parientes ascendientes y colaterales de aquél cónyuge que no tiene a su cargo la guarda de sus hijos.

5. Con esta propuesta se obliga al padre que se le confirió la custodia definitiva a permitir las visitas del otro progenitor y de sus parientes ascendientes y colaterales a los hijos, evitando con esto a veces una situación complicada y triste para los menores que son los más afectados en el divorcio de sus padres, ya que este derecho es recíproco pues padres e hijos tienen derecho a verse mutuamente, y en vista de que no tiene su fuente en la ley, ni depende de la voluntad de un legislador el permitirlo, se propone una acertada regulación de este derecho, aunque también cabe recordar que existe la libertad de ambas partes de que ejerciten o no su derecho de visita.

6. También se regula que en caso de que la visita del padre represente un inminente peligro para los hijos, dicha visita se supervise por otra persona que se haga responsable de los actos de aquella. Esto se analizará detenidamente en el siguiente punto.

7. Otra cuestión que se regula, es el hecho de que en caso de incumplimiento, es decir, que el cónyuge que tiene a su cargo la custodia o guarda de los hijos menores de edad, no le permitiese a su excónyuge las visitas o el trato a sus hijos, existe capítulo expreso en el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles denominado de las "Controversias del Orden

Familiar", a fin de hacerse respetar este derecho. Independientemente de que el Juez de lo Familiar, mediante petición de parte pueda aplicar correcciones disciplinarias en contra del padre que no permita que el otro progenitor vea a sus menores hijos.

Con esta reforma al Código Civil, quedaría regulado de manera clara y concisa el derecho que tiene todo padre de ver o de tratar a sus hijos menores de edad, ya que en la actualidad, al no estar contemplado el Derecho de Visita en nuestro Código Civil Vigente, se están cometiendo innumerables injusticias, al privar arbitrariamente a los padres de un derecho que nace por el simple y natural acontecimiento de procrear un hijo, amarlo y no querer separarse de él, ya que los padres no se divorcian de los hijos; el hecho de que se divorcien obedece únicamente a cuestiones privadas entre los consortes; por ello debe evitarse causar traumas y problemas graves en el desarrollo de los menores, ya que son ellos los más afectados y los que ninguna culpa tienen en el divorcio de sus padres.

4.2. LIMITACIONES AL DERECHO DE VISITA

Si bien es cierto que ambos progenitores deben conservar su derecho a visitar a sus menores hijos, aún cuando no conserven la patria potestad, ya que son instituciones independientes; también es cierto que existen en todo el mundo, sin perdonar raza, color, sexo, posición económica, ni educación, personas que debido a problemas de tipo psicológico y en algunos casos de tipo psiquiátrico, maltratan a sus menores hijos; estos malos tratamientos van desde simples lesiones físicas o morales, hasta violaciones e incluso hasta la muerte.

Vivimos en una sociedad en la cual algunos seres humanos carecen de escrúpulos; es a éstas personas a las que se les debería impedir a toda costa el ver a sus hijos, por precaución, porque pudieran proferir algún daño al menor, pero ello es un albur y no se debe generalizar, ni encuadrarlas a todas bajo un solo tipo de comportamiento, ya que no todos son iguales y consecuentemente no se sabe cómo reaccionarían, qué sentimientos para con sus hijos puedan tener, o bien qué tipo de comportamiento puedan manifestar al estar frente a ellos; lo cierto es que ya bastante castigo es el privarlos del derecho de tener la guarda o custodia de sus propios hijos, de no tenerlos constantemente con él; es por ello que debe permitirseles ver a sus hijos, tratarlos, convivir aunque sea

sólo un momento con ellos. no debe negarseles rotundamente el derecho de verlos y de tratarlos, ya que son sus padres y lo sano es que de manera limitada ejerzan este derecho, es decir, haciéndose acompañar por una persona autorizada que sea de la elección del otro progenitor, por seguridad de éste y de sus hijos; ello no quiere decir que les va a hacer daño, ya que solo será una visita momentánea.

Así también, estas visitas serán espaciadas y únicamente los días que el juez haya determinado tanto en las medidas precautorias como en la sentencia de divorcio.

Esta limitación también se extiende a aquellos progenitores que hacen uso inmoderado de drogas enervantes o de bebidas alcohólicas, por ser estas un factor importante en el cambio del estado anímico o de la personalidad de estos sujetos, aún cuando los días que les toque visita, no consuman dichas substancias o bebidas, igualmente deberán ser supervisadas, debido a que se encuentran en un estado nervioso, lo cual sería peligroso para el menor, y como dice el refrán "mas vale prevenir que lamentar".

Podemos suponer que la alteración en la conducta de los progenitores, puede ir desde la más leve y sencilla hasta la más grave, pero en todo caso, el derecho de visita no debe prohibirse, sino únicamente limitarse y si el progenitor

encuadra dentro del supuesto al que nos estamos refiriendo, éste deberá hacerse acompañar por persona autorizada que verifique que la visita se realice pacíficamente.

Debido a lo que se expone, es por ello que en el artículo 285 bis, que se propuso en el punto anterior, se contempla la posibilidad de que el progenitor que desee ejercer su derecho de visitar a sus hijos, de tratarlos y convivir con ellos, y si tiene alguna alteración en su forma de ser, en su conducta y la cual pudo haber sido la causa de su divorcio, pueda hacer uso válidamente de su derecho de visita, pero con la limitación de hacerse acompañar por persona autorizada en juicio y que además sea de la confianza del otro cónyuge; los días que señale el juez. Todo ello para seguridad y protección del otro cónyuge y de sus menores hijos.

Cabe mencionar que el hecho de que se regule el Derecho de Visita, no quiere decir que necesariamente todo progenitor deba hacer uso de él, ya que es una facultad y no una obligación: por lo tanto, aquel progenitor que exija que se le respete éste derecho, lo hará porque ama a sus hijos y desea convivir con ellos. Así pues, aquel progenitor que tenga alguna alteración en su forma de ser, y quiera ejercer su derecho de visita, lo solicitará al juez, porque realmente desea convivir con sus hijos: es por ello que se insiste que es una facultad que en éste caso, debe limitarse, mas no prohibirse.

4.3. DERECHO DE VISITA QUE DEBE EXTENDERSE A LOS ASCENDIENTES Y COLATERALES DEL MENOR

Como se ha visto a lo largo del presente trabajo, el derecho de visita o de trato compete principalmente al progenitor que no tiene a su cargo la guarda o custodia de los hijos menores de edad. derecho que se le otorga sobre todo para evitar abusos por parte del otro progenitor, de impedirle a aquél que visite a sus propios hijos.

Como ya comentamos en líneas anteriores, éste derecho debe extenderse también a los parientes consanguíneos, ascendientes y colaterales del menor; es decir a sus abuelos, tíos y primos o sea, los padres, hermanos y sobrinos del progenitor que no tiene a su cargo la guarda o custodia del menor.

En la práctica se presenta el hecho común de que la suegra o el suegro no congenian con la nuera o con el yerno. inexplicablemente es una relación difícil de llevar; es por ello que cuando se presenta el divorcio, los excónyuges extienden este divorcio a los parientes ascendientes y colaterales de su expareja.

Ello es muy natural, ya que en este caso, la persona divorciada jurídicamente adquiere su libertad y su condición de soltera, y de hecho, se encuentra en libertad de contraer nuevo matrimonio con las limitaciones que establece la ley, como son

las relativas al tiempo que debe esperar la persona divorciada para poder volverse a casar, así como también el impedimento que señala el artículo 156 fracc. IV, que prohíbe a los parientes por afinidad en línea recta sin limitación de grado, contraer matrimonio. Pero éstos impedimentos no vienen al caso, lo que se pretende hacer notar es que el parentesco por afinidad entre la exnuera o el exyerno, en relación con la familia de su excónyuge, jurídicamente hablando, no desaparece por medio del divorcio, y aunque no los quiera volver a ver, debiera tener la obligación de permitirle a sus hijos tener trato con sus parientes ascendientes y colaterales.

Pero la realidad es otra, ya que si existe una mala relación entre la exnuera o el exyerno, con sus exsuegros, puede presentarse la situación de que les prohíba a sus hijos tener un acercamiento con sus abuelos, tíos o primos, y mientras no exista una debida regulación del derecho de visita, los parientes a los que nos referimos, tendrán que seguir tolerando las arbitrariedades e injusticias de las cuales son víctimas, ya que cabe mencionar que existe gente muy obstinada que no entiende que es imposible extender el divorcio a la relación de los hijos con sus parientes consanguíneos, ya que éste lazo no se extingue con el divorcio de sus padres; además resulta injusto privarlos de dicha relación; pero en la práctica sucede muy a menudo y, como ya se mencionó, no existe ningún

fundamento jurídico para impedirlo.

El mencionado caso, no sólo se presenta cuando hay ruptura del vínculo matrimonial, ya que también se dá cuando uno de los progenitores pierde la vida, (causa natural de disolución del matrimonio), impidiendo el progenitor que le sobrevive que los parientes ascendientes y colaterales visiten a sus hijos menores de edad.

Esta injusticia no debe existir; es por ello que el Derecho de Visita debe extenderse a los parientes ascendientes y colaterales del menor, con base jurídica para hacer valer en juicio este derecho, en caso de violación, por lo cual se encuentra contemplado dentro de la propuesta para legislar el derecho de visita en el artículo 285 bis del Código Civil para el Distrito Federal, lo cual sería un logro sobre todo para aquellas personas que encuadran dentro de una situación semejante.

CONCLUSIONES

- 1.- El matrimonio es la forma de legalizar la unión entre dos personas de distinto sexo, con la finalidad de procrear hijos y otorgarles seguridad jurídica y bienestar familiar.
- 2.- El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges, decretada por una Autoridad competente, derivada de causas posteriores a la celebración del matrimonio, establecidas expresamente en la ley; dejando a los excónyuges en aptitud de contraer nuevo matrimonio.
- 3.- Cuando se presenta un divorcio, una de las cuestiones más importantes es la que compete al juez, sobre la decisión acertada de cual de los dos cónyuges tendrá la guarda o custodia de sus hijos menores o incapacitados. A éste respecto es donde surge la inquietud de regular debidamente el derecho de visita que corresponde al progenitor que no tiene físicamente la custodia de los menores y que sin embargo tiene derecho a visitarlos, a llevar un trato directo con ellos.
- 4.- Concretamente el Derecho de Visita es la facultad que

compete al padre que no tiene la guarda de sus hijos; de convivir con ellos, llevárselos de fin de semana o de vacaciones para que de esta manera pueda conservar y acrecentar los lazos afectivos que surgen naturalmente entre padres e hijos.

5.- El Derecho de Visita surge de una necesidad real, al no presentarse el supuesto anterior y no poder convivir el padre con sus propios hijos, cuando éste no obtiene la guarda o custodia de los menores, por lo que es necesario que se introduzcan algunas reformas a éste respecto en nuestro Código Civil Vigente, para regular de manera precisa y concreta el Derecho de Visita debido al número elevado de casos de disolución de matrimonios que existen en nuestra sociedad, los cuales acarrearán una serie de injusticias y problemas en donde los más afectados son los hijos.

6.- El Derecho de Visita es una institución independiente a la de la Patria Potestad y su ejercicio no depende del ejercicio de ésta, pues la Patria Potestad es sólo un poder jurídico que tienen los padres sobre los hijos; en cambio el Derecho de Visita es una facultad recíproca, que nace de la relación padre-hijo: relación de filiación.

entendida ésta, como la relación entre dos personas, una de las cuales es madre o padre de la otra; constituyéndose así un estado de por vida.

7 .- A ninguno de los padres se le puede privar del derecho de ver a sus propios hijos, y como no depende su existencia del ejercicio de la Patria Potestad, consecuentemente este derecho no se pierde, sino únicamente se limita, en aquellos casos en los cuales la visita del padre o de la madre represente un inminente peligro para el menor, caso en el cual se hará acompañar de persona autorizada en juicio.

8 .- El Derecho de Visita también debe extenderse a los familiares del menor, que tengan con él algún parentesco consanguíneo, ya sea ascendiente o colateral; pero cabe mencionar que ésta situación no sólo se presenta en caso de divorcio, sino también se da en el supuesto de que muera alguno de los progenitores.

B I B L I O G R A F I A

1. "BIENVENIDO MEXICANO, ALBUM DE LA SALUD". Edit. Dirección General del Registro Civil del D.D.F. / Dirección de Fomento de la Salud. México, D.F. 1990.
2. BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. "Manual de Derecho de Familia". Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina 1988.
3. CASTAN Tobeñas, José. "Derecho Civil Español, Común y Foral" Edit. Reus, S.A. Madrid, España. 1978.
4. CASTAN Vazquez, José Maria. "La Patria Potestad". Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1960.
5. DE IBARROLA, Antonio. "Derecho de Familia". Edit. Porrúa S.A. 3a. ed. México. 1984.
6. DE PINA, Rafaél. "Diccionario de Derecho". Edit. Porrúa S.A. 10a. ed. México. 1981.
7. GALINDO Garfias, Ignacio. "Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia". Edit. Porrúa S.A. 2a. ed. México. 1976.
8. GONZALEZ, J. Antonio. "Elementos de Derecho Civil". Edit. Trillas. 6a. ed. México. 1980.
9. "GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO". Tomos XI y XII. Edit. Selecciones de Reader's Digest. 9a ed. México 1972.
10. MENDIZABAL Osés, Luis. "Derecho de Menores". Edit. Pirámide. S.A. Madrid. España. 1977.

B I B L I O G R A F I A

1. "BIENVENIDO MEXICANO, ALBUM DE LA SALUD". Edit. Dirección General del Registro Civil del D.D.F./ Dirección de Fomento de la Salud. México, D.F. 1990.
2. BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. "Manual de Derecho de Familia". Edit. Astrea. Buenos Aires, Argentina 1988.
3. CASTAN Tobeñas, José. "Derecho Civil Español, Común y Foral" Edit. Reus, S.A. Madrid, España. 1978.
4. CASTAN Vazquez, José María. "La Patria Potestad". Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1960.
5. DE IBARROLA, Antonio. "Derecho de Familia". Edit. Porrúa S.A. 3a. ed. México. 1984.
6. DE PINA, Rafael. "Diccionario de Derecho". Edit. Porrúa S.A. 10a. ed. México. 1981.
7. GALINDO Garfias, Ignacio. "Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia". Edit. Porrúa S.A. 2a. ed. México. 1976.
8. GONZALEZ, J. Antonio. "Elementos de Derecho Civil". Edit. Trillas. 6a. ed. México. 1980.
9. "GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO". Tomos XI y XII. Edit. Selecciones de Reader's Digest. 9a ed. México 1972.
10. MENDIZABAL Osés, Luis. "Derecho de Menores". Edit. Pirámide. S.A. Madrid, España. 1977.

11. MONTERO de Duhalt, Sara. "Derecho de Familia". Edit. Porrúa. S.A. México 1984.
12. PALLARES, Eduardo. "El Divorcio en México". Edit. Porrúa. S.A. 6a. ed. México 1991.
13. PALLARES, Eduardo. "Reformas al Código Civil en materia de Divorcio. Revista Foro de México". Edit. Centro de Investigaciones Jurídicas y Trabajo Social. México 1960.
14. PENICHE López, Edgardo. "Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil". Edit. Porrúa. S.A. 11a. ed. México. 1977.
15. PEREZ Duarte y N. Alicia Elena. "El Derecho de Familia". Edit. UNAM. México. 1990.
16. PUIG Peña, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español". Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1971.
17. RIBO Durán, Luis. "Diccionario de Derecho". Edit. Bosch. S.A. Barcelona, España. 1967.
18. ROJINA Villegas, Rafaél. "Prontuario de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia". Tomo I. Edit. Porrúa S.A. 18a. ed. México. 1982.
19. SANCHEZ-CORDERO Dávila, Jorge A. "Derecho Civil. Colección: Introducción al Derecho Mexicano" Edit. UNAM. México. 1983.

LEGISLACION CONSULTADA

20. CODIGO CIVIL vigente para el Distrito Federal. Edit. Porrúa S.A. 61a. ed. México. 1992.
22. CODIGO CIVIL ESPAÑOL. Edición preparada por César Sempere Rodríguez. Edit. Tecnos. S.A. 10a. ed. España. 1991.
23. CODIGO PENAL vigente para el Distrito Federal. Edit. Porrúa S.A. 49a. ed. México. 1991.
24. CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVILES vigente para el Distrito Federal. Edit. Porrúa S.A. 43a. ed. México. 1992.