



308909 31
2ej

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS
A LA U. N. A. M.

**EL DERECHO DE VISITA
EN LAS RELACIONES
POST CRISIS FAMILIAR**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:**

SERGIO PADILLA MACEDO

MEXICO, D.F. 1995

FALLA DE ORIGEN



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.

AGRADECIMIENTOS:

A DIOS.

A MIS PADRES.

A LUZ DEL CARMEN.

A MIS HERMANOS.

A MIS AMIGOS.

INDICE

INTRODUCCION	7
CAPITULO I.-	
Matrimonio, Filiación y Patria Potestad.	
MATRIMONIO.-	
1.- Generalidades	20
2.-Concepto	26
3.- Naturaleza Juridica	29
4.- Fines del Matrimonio	33
5.- Elementos de Existencia	36
6.- Elementos de Validez	38
7.- Impedimentos	43
8.- Efectos del Matrimonio	46
9.- Derechos y Deberes que nacen del Matrimonio	53
10.-El Concubinato	54

FILIACION.-

1.- Filiación en sentido amplio y en sentido restringido	58
2.- Concepto y Características Actuales	59
3.- Clases de Filiación	61
4.- Consecuencias Jurídicas	63
5.- Filiación Matrimonial	65
6.- Legitimación, Concepto y Generalidades	68
7.-Filiación Extra Matrimonial	70
8.- El Reconocimiento Voluntario	71
9.- Consecuencias del Reconocimiento	74
10.-La filiación por Declaración Judicial	74

PATRIA POTESTAD.-

1.- Naturaleza Jurídica	77
2.- Concepto Jurídico	78
3.- Características de la Patria Potestad	81
4.- Quiénes Ejercen la Patria Potestad	83
5.- Efectos de la Patria Potestad	85
6.- Suspensión, Pérdida, extinción y Excusa	

de la Patria Potestad 91

CAPITULO II.-

Disolución del Vínculo Matrimonial.-

Introducción 98

INEXISTENCIA.-

1.- Concepto 100

2.- Tratamiento en el Código Civil Actual 100

NULIDAD.-

1.- Concepto 105

2.- Causas de Nulidad de Matrimonio 110

3.- Principios Aplicables a la Nulidad de
Matrimonio 118

4.- Consecuencias Jurídicas de la Nulidad del
Matrimonio 120

5.- Matrimonios Ilícitos Válidos y las

causas de Ilícitud 124

DIVORCIO.-

1.- Concepto 127

2.- Antecedentes Históricos 128

3.- El divorcio en el Derecho

Canónico 131

4.- El Divorcio en el Derecho

Mexicano 134

5.- Regulación del divorcio en el Código

Civil Vigente 139

6.- Medidas Cautelares 145

7.- Efectos Patrimoniales 147

CAPITULO III.-

El Derecho de Visita.

EL DERECHO DE VISITA.-

1.- Concepto del Derecho de Visita 151

2.- Clasificación y Naturaleza Jurídica del

Derecho de Visita	156
3.-Objeto	159
4.- Titulares del Derecho de Visita	161
5.- Contenido del Derecho de Visita	180

CAPITULO IV.-

Propuestas en Torno al Derecho de Visita.

1.-Introducción	192
2.- Omisiones del Derecho de Visita en la Legislación Mexicana	194
3.- Propuestas de nuevos artículos en la legislación Civil vigente para el establecimiento, defensa y reglamentación del Derecho de visita	223
4.- El establecimiento del Régimen de Visita	230
5.- Sobre la Modificación del Regimen de Visita, como se debe comparecer, quien puede solicitarlo y sugerencias para mejor proveer	243
CONCLUSIONES	265

BIBLIOGRAFIA

277

INTRODUCCION

INTRODUCCION:

El hombre por su propia naturaleza es un ser social; Necesita de otros hombres para su desarrollo, realización reproducción y subsistencia.

Así entonces, al tener esta naturaleza se une con otras ~~personas~~ y constituye grupos sociales, siendo el básico y primordial la familia.

Por regla general, la familia está constituida por un sólo hombre y una sola mujer, los cuales engendrarán descendientes y juntos compartirán las cargas de la vida.

En razón de lo anterior y a fin de dar la mayor seguridad a la familia podemos decir que la mejor forma de lograr el desarrollo armónico y ordenado de la misma es a través de la Institución del Matrimonio.

Es de tal trascendencia esta Institución que nuestro ordenamiento Jurídico la ha recogido y reglamentado

ampliamente en el Código Civil, a fin de no dejar lagunas en sus disposiciones y lograr con ello el mejor desarrollo y la mejor convivencia de sus integrantes.

Siendo una Institución humana compleja y variante, nos vemos en la necesidad de constantemente estar actualizando las disposiciones legales a fin de estar siempre al día y adaptarnos a las tendencias sociales y nuevas costumbres o ideas que lo influyen.

Pero si bien es cierto el Matrimonio es la mejor manera, a nuestro parecer, de lograr el completo desarrollo de las personas que lo integran y de constituir a las familias, la cuál repito es considerada la base de la Sociedad, es cierto también que por estar integrada por seres humanos, sufre de imperfecciones originadas bien por verdaderos problemas de caracteres, de salud, o de cualquiera de las causas que en un momento dado se han considerado como causales de terminación de esta Institución, o bien sea por simple egoísmo de alguno o ambos de sus miembros por lo que el Matrimonio se ve afectado por

situaciones que lo ponen en trance y que sólo sus miembros teniendo voluntad para hacerlo, podrán salvarlo.

Tales situaciones tienen su mayor expresión en el caso del Divorcio, el cuál es un mal que afecta a nuestra sociedad en número creciente. Pero no por el hecho de que sepamos que es un mal significa que podemos o debemos ignorarlo, sino antes bien tratar de evitarlo o buscar en el último de los casos que el daño que se ocasiona sea el menor para los integrantes de la familia que se disuelve.

Corresponde a nosotros estudiosos del Derecho, no ignorar la existencia de las situaciones de disolución familiar sino observar sus causas, ver sus efectos y en la medida de lo posible procurar que este mal no siga creciendo y desarrollándose como una cuestión "de moda" si no que se rescaten los valores de las personas, propiciando esto que cada uno de los miembros integrantes del Matrimonio sepa cuál es su lugar y función y a que se comprometió en el momento en que celebró tal acto.

El querer evitar hablar del Divorcio o de la disolución del vínculo matrimonial o familiar, y con ello tratar de pensar que por ser algo malo no debe mencionarse, ser legislado o estudiado, no hará otra cosa que alejar cada vez más a cuestiones que se viven día a día en la sociedad de una base o fundamento jurídico que la regule y suavice sus efectos, así como buscar su solución.

En tal sentido, es importante establecer como uno de los muchos efectos que trae aparejada la disolución del vínculo matrimonial o familiar, la situación de la comunicación que se debe de mantener entre los miembros integrantes de la familia que se disuelve.

Con gran similitud a los efectos del divorcio podemos ver los que originan la separación legal, la de hecho, nulidad del matrimonio, inexistencia o cualquier otra crisis que tenga por efecto la disolución del vínculo matrimonial o la separación o desintegración de los miembros constitutivos de la familia.

Así entonces ante estas situaciones o crisis se originara en la mayoría de los casos la necesidad de conservar los lazos afectivos amorosos y de cuidado, no solo en lo económico sino también en lo humano. La manera en que esto tenga lugar dependerá en gran medida, del grado de educación y madurez que exista entre los cónyuges (ex-cónyuges).

Como es bien sabido, la mayoría de las crisis matrimoniales van aparejadas de sentimientos de odio, revanchismos y egoísmos, por lo que es necesario entonces que exista, se regule y proteja "El Derecho de Visita".

Debemos entender El Derecho de Visita como la facultad legal determinada por convenio o por sentencia judicial, de seguir relacionándose, comunicándose y conviviendo con el menor o incapacitado sujeto a la patria potestad o tutela, por quien se encuentre privado o alejado de la guarda y custodia del mismo, pudiendo ser titulares de este derecho el progenitor, los abuelos, hermanos, tíos u otros familiares o allegados como amigos que formaban en un momento la familia.

El Derecho de visita debe comprender entonces, el conjunto de disposiciones que posibiliten y hagan accesible, tomando en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que las personas separadas por alguna crisis matrimonial continúen desarrollando el aspecto emocional de su vida.

Por otro lado, independientemente de las cuestiones Jurídicas y las implicaciones que la protección de éste derecho conlleven, es importante también tratar de humanizar el ejercicio de dichas facultades ya que en todo momento se debe evitar que se vea a los menores "como el botín de guerra" de alguno de los cónyuges o premio de aquel que no dio origen a la crisis o bien, tuvo una mejor defensa.

Debemos buscar a través de la reglamentación y ejercicio de este derecho que el menor logre llevar una vida normal y que al mismo tiempo sea un posible factor para la solución de la crisis que dio origen al mismo problema.

Así mismo debemos ver esta situación de Crisis como un problema, no sólo jurídico sino humano, que se tiene que resolver.

Debemos de crear una conciencia entre las partes en conflicto, relativa a que los más afectados son los menores y que es en ellos en quien en primer lugar tenemos que pensar.

No es justo contraponer, sin una justa causa, a los menores en contra de su progenitor o sus demás familiares o amigos. Tampoco es justo ni recomendable que se deje sólo a uno de los cónyuges el lidiar con la educación y formación del menor.

Es de lo más aconsejable el procurar hacer entender al hijo que si los miembros de su familia se encuentran separados, no es por su culpa ni es lo correcto; por eso se intenta corregir tal situación e idea a través de las relaciones o comunicaciones tuteladas por el Derecho de Visita.

Por otro lado y una vez entendida la necesidad de este derecho, es necesario pensar y establecer la forma en que se

puede hacer valer, modificar o cambiar de forma urgente alguna disposición o situación establecida por la sentencia o convenio entre las partes respecto del Derecho de Visita, sin que para esto sea necesario agotar procedimientos largos y caros que en la generalidad de los casos no llegan a producir los beneficios esperados o bien cuando se producen es ya demasiado tarde para alguna de las partes o para el menor.

De igual forma y en busca de una mejor aplicación de la Justicia así como de la mejor convivencia humana, se ha buscado el facultar a nuevas personas, incluyendo a el mismo menor por su propio derecho, a acudir ante la autoridad y/o el Juez sin que la corta edad, la falta de la Patria Potestad o bien el no ser el progenitor sea un obstáculo.

Por último, es necesario acrecentar y agilizar los medios de prueba, informes y recomendaciones que tenga el Juez a fin de que al determinar la guarda y custodia de los menores y por ende el ejercicio del Derecho de Visita, lo haga con la mayor justicia, equidad, comprensión y humanidad posible así como

con el conocimiento pleno de las circunstancias particulares de cada caso.

Por lo anterior SON OBJETIVOS PRIMORDIALES DE ESTE TRABAJO:

PRIMERO: Dar a conocer que es el Derecho de Visita, puesto que es una institución desconocida para casi la generalidad de la gente incluyendo a los Estudiosos y Litigantes del Derecho.

SEGUNDO: Resaltar la necesidad de que este derecho quede protegido y regulado en nuestra legislación vigente.

TERCERO: Facultar a nuevas personas como al menor mismo, para poder acudir ante los Jueces solicitando la tutela y ejercicio de este derecho y lograr así el mejor desarrollo humano, social y afectivo de los menores que se encuentran dentro de las crisis familiares.

CUARTO: Fomentar la participación de personas u organismos que auxilien al Juez al momento de la determinación de este Derecho.

QUINTO: Hacer un enérgico llamado a los Jueces, estudiosos del Derecho, litigantes y a la sociedad en general, en el sentido de aclarar que si bien es cierto existen Crisis en los Matrimonios, divorcios y disoluciones de la familia, y que su número es mayor cada día, esto no significa que tales situaciones sean normales o correctas, sino que son un gravísimo problema que hay que atacar, una situación que hay que resolver y en la que los más afectados son siempre los menores quienes terminan siendo víctimas inocentes de la disolución familiar.

SEXTO: Acorde a lo anterior, tratar de sensibilizar y humanizar esas relaciones, no sólo en cuanto a las que se tengan con el menor, sino también las que por tal razón existan entre los titulares del "Derecho de Visita".

CAPITULO I

**MATRIMONIO, FILIACION
Y PATRIA POTESTAD**

EL MATRIMONIO

- 1.- Generalidades
- 2.- Concepto de Matrimonio
- 3.- Naturaleza Jurídica.
- 4.- Fines del Matrimonio
- 5.- Elementos de existencia del Matrimonio
- 6.- Elementos de validez del Matrimonio
- 7.- Los Impedimentos
- 8.- Efectos del Matrimonio
- 9.- Derechos y deberes que nacen del Matrimonio
- 10.- El Concubinato.

1.- GENERALIDADES.

La noción del Matrimonio puede ser intuitiva y común, que no necesite definición, pero apenas se observa con más detalle, se observara una Institución con los más variados elementos¹. Como toda realidad esencial el matrimonio es una "totalidad" Aún cuando en el coincidan diversos aspectos del hombre, como materia y espíritu².

Esta idea de un doble aspecto, se encuentra desde el Derecho Romano, así podemos ver que Modestino define que "nuptiae sunt colunctio maris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio" "Las nupcias son la unión del varón y de la mujer, consorcio de toda la vida, comunión en el Derecho Divino y Humano"³.

¹CARLO Jemolo, Arturo. El Matrimonio, Ediciones Juridicas Europa- America. Buenos Aires, Argentina. 1954, p.21

²HOFFNER R., Joseph. Matrimonio y Familia, Ediciones Rial, Barcelona, España. 1980, p.179

³Digesto, 23,3,1.

No obstante, el liberalismo individualista de fines del siglo XVII empezó a disentir enérgicamente del convencimiento general en todos los pueblos y en todos los tiempos, de que existen instituciones sociales de naturaleza anterior al convenio humano.

Voltaire, designó al matrimonio "como un simple contrato entre ciudadanos que podía ser en todo tiempo disuelto, sin que necesitara de otro motivo que el de la expresa voluntad de los esposos"⁴.

Bajo este entendido el decreto del 20 de septiembre de 1792 de la Revolución Francesa, dió una interpretación individualista al matrimonio, argumentando que: "un lazo indisoluble destruye la libertad individual, por lo mismo se concede al esposo la declaración de divorcio, aduciendo como motivo exclusivo la falta de armonía característica del matrimonio"⁵.

⁴HOFFNER R., Joseph. Op. Cit. p.181

⁵Ibid. p.182

Lo anterior derivó en que bajo el enciclopedismo, se considerara que "El Matrimonio debía ser un contrato civil y que recibía su naturaleza, valor jurídico y finalidad únicamente en forma exclusiva de las leyes nacionales"⁶.

No obstante, al ir evolucionando el concepto de matrimonio, podemos ver que no hay realmente una contraposición entre el matrimonio civil y el canónico, y entre éstos y el natural. "Los Módulos normativos son distintos, pero no independientes. El derecho natural regula el matrimonio en cuanto es oficio de la naturaleza, el derecho canónico, sin abrogar lo establecido por el derecho natural lo regula como sacramento y el derecho civil, sin traspasar tampoco lo instituido por el natural y el canónico, lo regula en cuanto a los efectos meramente temporales que interesan a la comunidad"⁷.

Actualmente, la mayor parte de los escritores y con ellos la Jurisprudencia, son abiertamente contrarios a concebir al

⁶Ibid. p.183

⁷IRIBARNE, Ramón. El Matrimonio Civil Comparado con el Canónico, EDIAR. Buenos Aires, Argentina. 1965. p.12

matrimonio como Contrato. El efecto de la formación del vínculo nace de la voluntad de los contrayentes, que como en todo negocio, consigue su efecto por la eficiencia de la ley pero sin que se tenga en cambio ninguna particular manifestación de voluntad por parte del Estado, relativa a qué determinado vínculo se va a formar⁸.

Por ser la finalidad del matrimonio eminentemente social, le interesa a la sociedad saber con certeza cuáles matrimonios son lícitos y válidos y cuáles no. El matrimonio se agota pues, en su institución natural⁹.

La autoridad civil tiene potestad para institucionalizar el matrimonio. Esa potestad es plena, legislativa, judicial y coercitiva; y su ámbito se extiende en términos tales como: la interpretación del derecho natural, los esponsales, los impedimentos, prohibitivos y dirimentes, la validez del consentimiento, la forma legítima de contraer los efectos civiles,

⁸CARLO Jemolo, Arturo. Op. Cit. p.14

⁹IRIBARNE, Ramón. Op. Cit. p.14

la convivencia, las causas matrimoniales de separación, divorcio, etc.¹⁰.

De todo lo anterior, podemos observar que el matrimonio es una Institución natural del ser humano, debido a la diversidad de sexos y a la capacidad racional del hombre que hace que sea a través del matrimonio, y no de una simple unión libre, que se satisfagan plenamente las necesidades humanas.

Esta Institución derivada de la propia naturaleza humana es recogida en 2 ámbitos diferentes: El Derecho Canónico y el Derecho Civil.

El Derecho Canónico es la regulación del aspecto moral y religioso del acto natural del matrimonio, el cuál no se contrapone al derecho natural sino al contrario, de ahí deriva y se complementa.

¹⁰Ibid. p.15

En cuanto al Derecho Civil se refiere, el matrimonio es una institución tan importante en la vida del hombre y crea tantas consecuencias que al estado le interesa regularlo y fijar claramente el alcance, sentido y consecuencias legales que van a observarse.

Es bajo este concepto que estudiaremos al matrimonio establecido como Contrato Civil. Este concepto de contrato civil está establecido en el Art. 130 Constitucional y que dispone que esta institución será regulada exclusivamente por las leyes del Estado, sin que olvidemos que dicho artículo data de 1917 y que las posteriores reformas y disposiciones buscan suavizar esa idea contractual y establecerla más como una institución natural y necesaria del hombre en sociedad. Esto es, es una realidad del mundo jurídico que en términos generales, puede definirse como un acto bilateral, solemne, en virtud del cual se produce entre 2 personas de distinto sexo una comunidad destinada al

cumplimiento de los fines derivados de la naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes.¹¹

2.- CONCEPTO DEL MATRIMONIO.

La palabra matrimonio deriva de la voz latina matrimonium, que significa "carga de la madre", ésto debido a que si bien, el padre debía proveer el sustento del grupo familiar, la madre llevaba el peso de la maternidad, el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar.¹²

Sociológicamente se puede definir al matrimonio como "una relación estable de cohabitación sexual y domiciliar, entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad

¹¹PINA Vara, Rafal de. Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa. México, D.F. 1977, p.313

¹²MONTERO Duhalt, Sara. Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México, D.F., 1990. p.95

como una institución domiciliar y educativa de la prole que pueda surgir.¹³

Planiol define el matrimonio como "el acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su voluntad".¹⁴

Los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884 define al matrimonio como "una sociedad legítima de un sólo hombre con una sola mujer que se unen en vínculo Indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".¹⁵

La Ley de Relaciones Familiares de 1917¹⁶, mantiene la misma definición, sólo que cambia la palabra Indisoluble por disoluble y en lugar de decir "una sociedad legítima" dice "un

¹³GINER, Salvador, Sociología, Barcelona, España. Ed. Península, 1969, p.97

¹⁴Tratado Elemental de Derecho Civil, T.I.P., Traducción de la 12va Edición francesa. Puebla, México. s/f. p.305

¹⁵CCfr. Códigos Civiles de 1870 y 1884.

¹⁶Ley de Relaciones Familiares de 1917.

contrato civil", éste cambio obedece a la adecuación de esta ley de 1917 con el Art. 130 constitucional en donde se establece, entre otras cosas, que el matrimonio es un contrato civil, siendo un acto de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil¹⁷.

Por otro lado, podemos decir y concluir que el matrimonio da constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocas determinados por la propia ley¹⁸.

Este concepto creemos que corresponde a la figura del matrimonio dentro de nuestro derecho positivo.

¹⁷PEREZ duarte y N., Alicia Elena. Op. Cit. p.21

¹⁸MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p.97

3.- NATURALEZA JURIDICA.

Como mencionamos en el primer punto de este tema, hay grandes discusiones relativas a la naturaleza del Matrimonio, así tenemos que siguiendo la clasificación del Maestro Ignacio Galindo Garfias tenemos.¹⁹

a) El Matrimonio como Contrato.- El matrimonio es un convenio porque es un acuerdo de voluntades y es un contrato en virtud de que creará entre los cónyuges derechos y obligaciones recíprocas²⁰. El Artículo 130 de la Constitución General de la República y los Códigos Civiles de 1870, 1889 y 1928 se refieren al matrimonio calificándole de "Contrato", no obstante, creemos que la concepción del matrimonio como contrato, no responde ni a la verdadera naturaleza ni a la finalidad auténtica de esta institución y por lo tanto, no puede contribuir a explicarla satisfactoriamente²¹. Así, el contrato de matrimonio carece de objeto desde el punto de vista jurídico ya

¹⁹GALINDO Garfias, Ignacio. DERE p. 476

²⁰MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p.112

²¹PINA Vara, Rafael de., Op.Cit. p.315

que la entrega recíproca de los cónyuges, no puede ser objeto de un contrato. Y que si bien es cierto hay un acuerdo de voluntades para celebrar el matrimonio, todos los derechos y obligaciones que jurídicamente adquieren, están establecidos en la ley²².

b).- Como Contrato de Adhesión.- Se llega a decir que el matrimonio es un contrato de adhesión, pero se olvidan que en los contratos de adhesión una de las partes impone a la otra el conjunto de derechos y obligaciones derivados del mismo contrato, en tanto que, en el matrimonio ninguna de las partes por sí misma puede imponer a la otra el conjunto de deberes y derechos propios de tal estado civil.²³

c).- Como Acto Condición.- Por acto condición se entiende aquella situación creada y regida por la ley, cuya creación tiene lugar subordinada a la celebración de ese acto; en este caso, se dice que el matrimonio es el acto que al celebrarse

²²GALINDO Garfias, Ignacio. Op. Cit. p.476

²³Idem.

origina una serie de Derechos y Obligaciones que tienen su creación en la Ley y que son regidas por esta.

d).- Acto de Poder Estatal.- Cuyos efectos tienen lugar no tanto en virtud del acuerdo de los contrayentes, sino en razón del pronunciamiento del Juez del Registro Civil que declara unidos a los consortes en nombre de la sociedad y de la ley²⁴. La concorde voluntad de los esposos, no es mas que condición para el pronunciamiento, éste y sólo éste es constitutivo del matrimonio.²⁵

e).- Como Acto Mixto o Complejo.- El matrimonio es un acto mixto debido a que se constituye no sólo por el consentimiento de los consortes; sino también por la intervención que tiene el Oficial del Registro Civil. Este órgano del Estado desempeña un papel constitutivo y no simplemente declarativo.²⁶

²⁴Ibid. p. 477

²⁵ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil Editorial Porrúa. Tomo I. Mexico D.F. Junio De 1977. p.298

²⁶Ibid. p. 293

f).- El Matrimonio según Planiol como acto es un contrato y como Género es un Estado.

g).- Siguiendo a Bonnecase, el Matrimonio es una Institución, formada por un conjunto de reglas de derecho, esencialmente Imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del mismo y a las direcciones que le imprime el derecho.²⁷

Efectivamente, en nuestros ordenamientos Jurídicos el matrimonio está regulado como un todo orgánico en la parte correspondiente del Código Civil, en esas normas se encuentran establecidas los diferentes aspectos del matrimonio.²⁸

Resumiendo lo relativo a la Naturaleza Jurídica del Matrimonio, puede establecerse que la misma es múltiple, pues

²⁷BONNECASE, Julien, La Filosofía del Código de Napoleón, aplicable al Derecho de Familia. Ed. CAJICA, Puebla, México. 1945 p. 204

²⁸MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p. 113

por matrimonio se entiende el acto jurídico, como contrato solemne de derecho de familia y de interés público. Matrimonio es el estado civil de los casados; es un conjunto de normas que de carácter imperativo que regulan un todo orgánico, siendo por tanto, una institución.²⁹

4.- FINES DEL MATRIMONIO.

Se puede llegar a ver al matrimonio como una estructura a través de la cual se pretende organizar la sexualidad de la pareja.³⁰

Así tenemos entonces que los 2 fines primarios o principales del matrimonio son la procreación de los hijos y la educación de los mismos.

²⁹Ibid. p. 116

³⁰PEREZ Duarte y N. Alicia E. Op. Cit. p. 25

El matrimonio tiene también unos fines secundarios que son la ayuda mutua y el remedio de las pasiones sexuales de los cónyuges.³¹

Esta clasificación de los fines del matrimonio puede tener fundamento en el Nuevo Testamento en la Carta de San Pablo a los Corintios³² dando también la forma en que serán tomados por el Derecho Canónico quén a partir del Concilio de Trento y hasta antes de la estructuración de 1983, encontrábamos un canon que especificaba: "La procreación, la educación de la prole, es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concordancia es un fin secundario".

La ayuda mutua entre los cónyuges es una cosa que se presenta como lógica derivación de los fines primarios. El cuarto fin, o sea el remedio de las pasiones, se presenta como una situación subsidiaria en el matrimonio, o sea, una finalidad que se logra como consecuencia indirectamente, que no forma una

³¹PACHECO Escobedo, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Editorial Panorama. Segunda Edición. México; D.F, 1985 p.68

³²San Pablo, Corintios 1.1.

finalidad única y exclusiva del matrimonio, pero que se alcanza al buscar y realizar los otros fines del mismo.³³

Como su propio nombre o clasificación lo indica, los fines del matrimonio tienen una jerarquía que no puede ignorarse. Así los fines primarios son más importantes que los secundarios y como tales, deben ser perseguidos prioritariamente. Si se invirtieran los términos, se pervertiría el matrimonio y no se lograrían ni siquiera los fines secundarios.³⁴

Lo anterior no significa que los fines secundarios sean malos, al contrario, son tan importantes que ellos son suficientes para sostener como matrimonio a parejas que por anomalías, enfermedad o edad, no han engendrado o es seguro que ya no lo harán. Lo importante de buscar los fines secundarios es que al hacerlo no se excluyan los primarios mediante actos expresos de la voluntad.

³³PACHECO Escobedo, Alberto. Op. Cit. p. 68

³⁴IDEM.

5.-ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

En la generalidad de los actos jurídicos se constituyen sólo dos elementos: la voluntad y el objeto. El acto de matrimonio exige, además del objeto y el acuerdo de voluntades o consentimiento, que sea declarado solemnemente, es decir, manifestada por los contrayentes, ante el Juez del Registro Civil, en el acto de la declaración del matrimonio.

Así entonces, los elementos de existencia del matrimonio son:

- a) La voluntad de los Contrayentes.
- b) El objeto
- c) Las solemnidades requeridas por la ley

a).- LA VOLUNTAD.

El matrimonio es un acto jurídico bilateral que requiere del consentimiento expreso de ambos cónyuges en el sentido de

unirse en matrimonio. La voluntad se da siempre en forma expresa y verbal, por comparecencia personal de los consortes o por apoderado especial.

b).- EL OBJETO.

Consiste en que la vida en común entre un sólo hombre y una sola mujer se sujeta a un conjunto de relaciones jurídicas que ambos han convenido en crear por propia voluntad.³⁵

c).- LAS SOLEMNIDADES.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 146 del Código Civil "El Matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades (solemnidades) que ella exige.

El matrimonio es por definición un contrato solemne, pues requiere de la intervención de una especial autoridad, de

³⁵GALINDO Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 488

ciertas palabras expresadas y del levantamiento de un acta en que están incluidos ciertos requisitos forzosos.

Las solemnidades se establecen en el Art. 102 y 103 del mencionado ordenamiento jurídico. Los requisitos ahí señalados son auténticamente elementos de existencia porque si no se cumplen, el matrimonio no se llevará a cabo o, si se efectuó faltando alguna o varios de los mismos, el matrimonio no existirá como acto jurídico y no producirá las consecuencias relativas.³⁶

6.- ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO.

Los elementos de validez del matrimonio son:

- a) La capacidad de las partes
- b) La licitud del objeto
- c) Las formalidades

³⁶MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p. 124

a) LA CAPACIDAD DE COCE.-

Alude al desarrollo sexual de las personas, es decir, la pubertad o edad núbil.

Tomando esta idea, el Código Civil vigente para el Distrito Federal establece la edad de 14 años en la mujer y 16 en el hombre, como mínimo. Este requisito de edad admite como única excepción el que existan "causas graves y justificadas". En éste caso se puede obtener dispensa de edad y las autoridades que pueden darla son el Jefe del Departamento del Distrito Federal o los Delegados (Art. 148 del Código Civil).

Los menores de edad que quieran contraer matrimonio, requieren el consentimiento de quienes ejercen sobre ellos la patria potestad o la tutela (Art. 149 y 150 del Código Civil). Este consentimiento necesario puede ser suplido por la autoridad administrativa, cuando los ascendientes o tutores lo nieguen sin causa justa, (Art. 15 del Código Civil) o bien, cuando éstos falten, caso en que el Juez de lo Familiar podrá otorgar dicho consentimiento.

b) AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD.

La voluntad debe estar exenta de vicios. Enumerativamente, los vicios de la voluntad son: error, dolo, mala fe, intimidación o violencia y lesión. En el matrimonio sólo pueden darse dos de estos vicios: el error y la intimidación; y no cualquier clase de error sino únicamente el error de identidad.³⁷

I) El Error de la Identidad: Consiste en casarse con persona distinta de aquella con la que se desea unir. Esto sólo puede darse en los matrimonios que se realizan a través de poder.³⁸ "El error vicia el consentimiento, si recae sobre la persona del contrayente, cuando entendiéndose celebrar matrimonio con persona determinada, se contrae con otra."³⁹

II) La Violencia: Es el segundo vicio de la voluntad que puede invocarse para pedir nulidad de matrimonio. La violencia puede ser la genérica de todo acto jurídico civil: "Hay violencia

³⁷Ibid. p.126

³⁸IDEM.

³⁹CCfr. Art. 235 fracc. I del C.C.

cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado". Así mismo, existe otra forma particular de violencia propia del acto del matrimonio. Esta se llama raptó, en este caso, la voluntad de la raptada no puede expresarse con libertad, hasta que se le restituye a lugar seguro, donde libremente pueda manifestar voluntad. (CCfr. Art. 156 Fracc. VIII del Código Civil).⁴⁰

c) LA LICITUD EN EL OBJETO.

Significa que el matrimonio debe realizarse sin que medien las prohibiciones legales señaladas en el Código con la palabra "impedimento"⁴¹. Es en este orden, que son nulos los pactos que vayan en contra de los fines del matrimonio, o bien

⁴⁰GALINDO Garfias, Ignacio, Op. Cit. p. 489

⁴¹MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p. 127

se tienen por no puestas las condiciones que pretenden contraer los mismos.⁴²

La ilicitud del objeto tiene lugar en el matrimonio⁴³:

- 1.- Si existe parentesco entre los cónyuges
- 2.- Si ha habido adulterio entre las personas que pretenden contraer matrimonio, siempre que ese adulterio haya sido judicialmente comprobado.
- 3.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre
- 4.- El rapto mientras no se restituya a lugar seguro a la persona raptada.
- 5.- La bigamia
- 6.- El incesto.

⁴²ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 309

⁴³CCfr. Art. 156 fraccs. III, IV, V, VI y X del C.C.

7.- LOS IMPEDIMENTOS.

Los impedimentos son "circunstancias objetivas, que no permiten que se forme el matrimonio ya sea con ninguna persona ya sea con determinado individuo, en el primer caso será absoluto el impedimento y relativo en el segundo.⁴⁴

Los impedimentos están enumerados en las diez fracciones del artículo 156 y en los artículos 157, 158, 159 y 289 del Código Civil. Además, previene el artículo 235 fracción II, que el matrimonio será nulo cuando se celebre concurriendo alguno de los citados impedimentos.

Se pueden clasificar los impedimentos como impedientes, aquellos cuya transgresión de la prohibición establecida, no invalida el matrimonio, sólo produce su "ilicitud"; pero da lugar a la aplicación de sanciones de otra índole (multas, destitución del cargo) aplicables al Juez del Registro Civil que autoriza un matrimonio vedado por la ley.⁴⁵ Los dirimentes en

⁴⁴PACHECO Escobedo, Alberto. Op. Cit. p. 81

⁴⁵GALINDO Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 490

cambio, son aquellos en los que la violación de la prohibición produce la nulidad del matrimonio (o su inexistencia).⁴⁶

Podemos decir entonces que los impedimentos son:⁴⁷

- 1.- La falta de edad si no ha sido dispensada.
- 2.- La falta de consentimiento de quien debe darlo (Artículos 149 al 152).
- 3.- El parentesco de consanguinidad en línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el segundo grado. El parentesco por consanguinidad hasta el 4º grado (tíos- sobrinos) si no se obtiene previamente la autorización judicial.
- 4.- El parentesco por afinidad en línea recta sin limitación de grado.
- 5.- El adulterio habido entre personas que pretendan contraer matrimonio; adulterio que debe ser judicialmente comprobado.
- 6.- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre.

⁴⁶IDEM.

⁴⁷CCfr. Arts. 156 del C.C.

7.- La fuerza, el miedo grave y el rapto.

8.- El uso habitual de alcohol y demás drogas. La impotencia incurable y ciertas enfermedades peligrosas para la salud del cónyuge sano y para la posible descendencia.

9.- El idiotismo y la imbecilidad.

10.- El matrimonio subsistente.

11.- El lazo de adopción entre los que pretendan casarse mientras no sea disuelto.

12.- El plazo de viudez para la mujer.

13.- La relación de tutela entre el tutor y el pupilo mientras no se hayan rendido cuentas de la misma.

14.- El divorcio previo al matrimonio en el que el divorciado debe esperar uno o dos años antes de contraer nuevo matrimonio.

La generalidad de los impedimentos son dispensables a excepción de tres; esto debido a su propia naturaleza, ya que se buscan proteger Instituciones o situaciones singulares así como el alcanzar los fines propios del matrimonio.

Estos tres impedimentos no dispensables son: El parentesco consanguíneo, la impotencia y el vínculo previo.

Si un matrimonio se contrae pese a las prohibiciones legales, será ilícito y las consecuencias jurídicas son diversas, dependiendo de cuál fue la prohibición que se violó y habrá lugar a la nulidad absoluta, la nulidad relativa o simplemente el matrimonio tendrá la calidad de ilícito pero no nulo.⁴⁸

Podemos concluir que los impedimentos son protecciones del buen orden social que impone el legislador, a fin de que al celebrarse un matrimonio que dará origen a una familia no esté viciado desde sus inicios.

8.- EFECTOS DEL MATRIMONIO.

Una vez celebrada la ceremonia matrimonial con todos los requisitos de existencia y validez que la ley exige al respecto,

⁴⁸MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p. 129

surge para los cónyuges o contrayentes un nuevo estado civil que es el de casados.

Este estado implica la aplicación imperativa de una serie de deberes y derechos recíprocos entre los cónyuges; estos derechos y deberes son iguales para ambos esposos. Podemos analizarlos desde tres puntos de vista:

- a) Efectos en cuanto a sus personas
- b) Efectos en cuanto a sus bienes
- c) Efectos en cuanto a sus hijos

a) EFECTOS EN CUANTO A SUS PERSONAS

Estos los podemos enumerar como:

1.- Deber de cohabitación en el domicilio conyugal.

El Artículo 163 del Código Civil dispone que el marido y la mujer deben vivir juntos en el domicilio conyugal. Este domicilio es el que de común acuerdo escojan libremente para vivir.

"Se considera domicilio conyugal el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales". (CCfr. Art. 163 del Código Civil).

El deber de cohabitación existe, dado a que sólo a través de él puede existir la posibilidad física y espiritual de cumplir los fines del matrimonio.⁴⁹

De este deber solamente pueden eximir los tribunales a uno de los cónyuges, con conocimiento de causa, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero a no ser que lo haga en servicio público o social, o bien si establece el domicilio en lugar insalubre o indecoroso.⁵⁰

2.- Deber del débito conyugal o de relación sexual.

Este derecho está referido en primer lugar en orden a los actos propios para engendrar.⁵¹ Pero además de la

⁴⁹ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 331

⁵⁰MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p. 141

⁵¹PACHECO Escobedo, Alberto. Op. Cit. p. 84

procreación, los cónyuges tienen el derecho recíproco de entablar entre ellos relaciones sexuales.

Este es efectivamente un derecho al cuerpo, es recíproco y bilateral. La existencia de este derecho se muestra por el hecho de la sanción del adulterio.⁵²

En relación con este deber, se establece como impedimento dirimente para contraer matrimonio, la impotencia incurable para la cópula.⁵³

En el caso de que la impotencia incurable sobreviene a la celebración del matrimonio y por tanto, se da la imposibilidad de cumplir con el débito carnal, será causal de divorcio.⁵⁴

3.- El deber de fidelidad.

El derecho a exigir fidelidad, y la obligación correlativa, implican fundamentalmente la facultad reconocida en la ley para

⁵² IDEM.

⁵³ ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 330

⁵⁴ CCfr. Art. 267 fracc. VI del C.C.

exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa, abstenerse de relaciones carnales extra matrimoniales, así como de cualquier acto que pueda hacer sospechar o preparar esas relaciones.

Este deber no está expresado en la legislación civil con las palabras "los cónyuges se deben recíproca fidelidad" no obstante, el incumplimiento del mismo, el adulterio, lo recogen las leyes civiles y penales, así tenemos que el Código Civil lo establece como causa de divorcio⁵⁵ y el Código Penal lo tipifica como delito,⁵⁶ cuando el adulterio se comete en el domicilio conyugal o con escándalo.⁵⁷

Mediante el derecho recíproco de fidelidad logran además los cónyuges uno de los fines secundarios del matrimonio, esto es, el remedio de las pasiones. Esto debido a que el ser humano en su aspecto biológico tiene necesidades que

⁵⁵CCfr. Art. 267 fracc. I del C.C.

⁵⁶CCfr. Art. 273 del C.P.

⁵⁷MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p. 143

precisamente, dentro de la Institución del matrimonio, es que lo puede satisfacer sin objeción alguna y al contrario haciendo uso de sus derechos legales y morales de que goza.

4.- Deber de socorro o ayuda mutua.

El Art. 162 del C.C. señala: "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente".

Es precisamente de esta última parte del artículo citado, aunado al artículo 164, que establece la obligación a los cónyuges de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar de donde se desprende este deber.

La ayuda recíproca o mutuo auxilio que se deben los cónyuges entre sí, constituye sin duda un elemento esencial muy principal del matrimonio.⁵⁸

⁵⁸GALINDO Garfias, Ignacio. Op. Cit. p.550

El socorro o ayuda mutua, incluye no solamente la obligación de dar alimentos y dar la administración económica a fin de llevar una vida digna sino también, el elemento espiritual, el consejo, la dirección, el apoyo moral, esto es, un cónyuge debe asistir al otro en las dificultades de la vida.

b) EFECTOS EN CUANTO A SUS BIENES

El matrimonio produce necesariamente unos efectos patrimoniales en relación con los cónyuges.

El Art. 178 del Código Civil señala que el matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes.

Para tal efecto se llevan a cabo capitulaciones matrimoniales, las cuales son un pacto que puede otorgarse antes y durante la celebración del matrimonio y comprende los bienes existentes y los futuros que tengan o lleguen a tener los cónyuges.

C).- EFECTOS EN CUANTO A SUS HIJOS.

El estado de matrimonio produce respecto de los hijos efectos muy importantes. Así crea entre otros, el facilitar la prueba de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio; crea presunción de hijo de matrimonio al nacido después de 180 días de la celebración de matrimonio y menos de 300 de la disolución del mismo.

9.- DERECHOS Y DEBERES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

En razón de que en el numeral anterior mencionamos los efectos que se derivan del matrimonio y con el fin de no ser repetitivo, de forma general podemos decir que los derechos y deberes que nacen del matrimonio en forma recíproca son:

- 1.- El deber de cohabitación.
- 2.- El deber de fidelidad.
- 3.- El deber de asistencia.
- 4.- El derecho sobre el cuerpo del otro cónyuge.

10.- EL CONCUBINATO.

El concubinato en el derecho positivo mexicano es la unión de un hombre y una mujer sin formalización legal y que no tienen impedimento legal para casarse, que viven como sí fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años, o bien por un plazo menor, si han procreado.

El Art. 1635 del Código Civil señala el concepto legal de concubinato. "El concubinato se presenta como la situación de hecho en que se encuentran un hombre y una mujer; que sin estar casados, hacen vida marital".

Del Artículo anteriormente citado podemos obtener los elementos esenciales del concubinato.

- 1.- situación de hecho extra marital (haciendo vida conyugal).
- 2.- Relaciones sexuales entre personas no casadas.
- 3.- Comunidad de habitación.

4.- Cierta duración de esa unión o bien la procreación de hijos.

5.- Unión de un sólo concubinario con una sola concubinaria.

El concubinato produce consecuencias jurídicas, las cuales son:

I.- Derecho a alimentos en vida de los concubenarios mientras subsista el concubinato.

II.- Derecho de alimentos por causa de muerte através del testamento inoficioso.

III.- Un derecho de sucesión legítima.

IV.- Presunción de filiación o paternidad respecto a los hijos.

Para efectos de este trabajo y por su importancia ampliaré el punto IV, diciendo que en los términos del Artículo

383, se crea una presunción legal con los mismos plazos para la filiación legítima.

La presunción en la filiación legítima, es decir en el matrimonio, es una presunción *luris Tantum*, en cambio en el concubinato es necesario probar la existencia de tal situación para poder imputarse al concubinario la paternidad.⁵⁹

Esta presunción opera para el caso de que el concubinario no haya reconocido voluntariamente al hijo, o sea, se plantea siempre en términos de un procedimiento judicial contencioso de investigación de la paternidad.

Ahora bien, si el concubinario reconoce al hijo de la concubina, estaremos ante las obligaciones propias de la filiación y la patria potestad sin ningún problema en cuanto a su determinación.

⁵⁹PACHECO Escobedo, Alberto. Op. Cit. p. 205

LA FILIACION

- 1.- Filiación en sentido Amplio y Restringido.
- 2.- Concepto y características actuales.
- 3.- Clases de filiación.
- 4.- Consecuencias jurídicas.
- 5.- Filiación Matrimonial.
- 6.- Legitimación; concepto y generalidades.
- 7.- Filiación extra matrimonial.
- 8.- Reconocimiento voluntario.
- 9.- Consecuencias del reconocimiento.
- 10.- La Filiación por Declaración Judicial.

1.- FILIACION EN SENTIDO AMPLIO Y EN SENTIDO RESTRINGIDO.-

El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones: una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendiente y descendiente sin limitación de grado y una estricta, que se refiere a la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo.

Esta doble connotación implica un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima como en la natural, un estado jurídico.⁶⁰

⁶⁰ROJINA Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 451

2.- CONCEPTO Y CARACTERISTICAS ACTUALES.-

Como casi todas las instituciones civiles y familiares, el concepto de Filiación ha sido definido por los tratadistas en derecho encontrándose diferentes definiciones, Así tenemos:

"Entendemos por filiación la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija".⁶¹

"La filiación, de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es la procedencia de los hijos respecto de los padres y trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos recíprocos, dando origen a la Patria Potestad".⁶²

⁶¹ PEREZ Duarte y N., Alicia Elena. Derecho de Familia. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, D.F. 1990. p.55

⁶²Semanario Judicial de la Federación Editorial Mexicana, Tomo XXV México, D.F. p. 817

"La filiación es la procedencia de los hijos respecto de sus padres. Significa, una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física".⁶³

"La filiación es el vínculo o la relación jurídica que existe entre dos personas a las cuales la ley atribuye el carácter de procreante y procreado"⁶⁴

De las anteriores definiciones podemos concluir:

La filiación es el vínculo o relación jurídica que existe en virtud de la procedencia de los hijos respecto de sus procreantes.

Ahora bien, la filiación actualmente cuenta con ciertas características que la perfilan en el Derecho Mexicano como una institución de tendencia social que tiene como base de sustento un principio constitucional: "Todo hombre y toda mujer tienen el

⁶³PINA Vara, Rafal de. Op. Cit., p.349

⁶⁴PACHECO Escobedo, Alberto. Op. Cit. p. 172

derecho de decidir libre, infórmada y responsablemente sobre el número y espaciamento de sus hijos"⁶⁵

El sistema mexicano de la filiación recibió la influencia de los sistemas jurídico romano y canónico en los cuales se enuncian principios básicos que facilitan y ayudan a determinar quiénes son los progenitores del nuevo ser. Sin embargo, la complejidad de las acciones humanas provoca que lleguen a existir varias clases de filiación.

3.- CLASES DE FILIACION.

La filiación ha sido dividida en clases debido a su origen o a la situación que tienen los progenitores entre ellos, o bien entre ellos y el hijo, surgiendo así las siguientes tres clases:

⁶⁵Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Editorial Porrúa, México, D.F. 1992 p.

- a) Filiación por matrimonio.
- b) Filiación fuera de matrimonio, y;
- c) Filiación que surge por la adopción.

Como es fácil observar, el origen de la filiación se establece de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo, las consecuencias Jurídicas son iguales para todos los sujetos⁶⁶.

a) Filiación matrimonial: La filiación matrimonial se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley, puesto que, encontrándose en éstos, existe la presunción de que cualquier hijo que nace durante la vigencia del matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la terminación del mismo, es hijo legítimo de ese matrimonio, salvo que se declare lo contrario en la sentencia que recaiga al juicio de negación de paternidad.⁶⁷

⁶⁶MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit., p.267

⁶⁷ CCfr. Arts. 324 del C.C.

b) Filiación extra matrimonial o fuera de matrimonio.- La filiación extra matrimonial se establece ya sea por el reconocimiento voluntario que realice el presunto padre mediante las formas establecidas y cumpliendo los requisitos legales; o bien, surge por la imputación de paternidad derivada de una Sentencia a la acción de reclamación de estado de hijo interpuesta por él mismo o por su Representante Legal.

c) Filiación que surge por la adopción.- La filiación Civil o adoptiva se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre y al adoptado en su hijo, surgiendo entre ellos a partir de ese momento, todos los derechos y deberes de la Patria Potestad..

4.- CONSECUENCIAS JURIDICAS.-

Las consecuencias jurídicas que en forma general origina la filiación son las propias de todo parentesco; estas pueden consistir en derechos y obligaciones tales como: el deber de

alimentos, la sucesión legítima, la tutela legítima, etc., además de determinadas prohibiciones de carácter civil como pueden ser las relativas a el matrimonio.

El parentesco de filiación provoca además, ciertas consecuencias particulares como el derecho al nombre, a la Patria Potestad y a la posibilidad de tipificar delitos especiales (parricidio, infanticidio, etc., pues solo pueden darse estas figuras delictivas, si el homicidio en cuestión es de un ascendiente o descendiente en línea recta directa y los autores hubieren tenido conocimiento de esa circunstancia).⁶⁸

Una vez dadas las ideas generales de qué es la filiación así como marcada cuál es la clasificación que de la misma se hace, pasaré a explicar más ampliamente en que consiste cada uno de los tipos y sus características especiales.

⁶⁸ CCfr. Art. 323 del C. Penal.

5.- FILIACION MATRIMONIAL.-

La filiación matrimonial o filiación de los hijos legítimos, se refiere a los hijos nacidos de matrimonio así como a los nacidos de Matrimonio Putativo.

El matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación tanto del hijo como del propio padre.

El derecho maneja ciertas presunciones a fin de lograr una mayor objetividad en esta institución, teniéndose entonces que son hijos del matrimonio los nacidos después de 180 días de celebrado éste o antes de 300 días de terminado, o de haberse separado los cónyuges. (CCFR Art. 324 del C.C.). Esta es la regla general que atribuye al marido, todos los hijos que nazcan de su esposa durante ese período. " Padre es el que demuestra las justas nupcias, decían los Romanos. Pater is est quem justae nuptiae demonstrant."

Esta presunción o certeza de paternidad no es absoluta pues admite pruebas en contra como es el caso de si el marido estuvo imposibilitado físicamente a tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento. (Art. 325 del Código Civil). Si algún hijo nace dentro del matrimonio o los plazos marcados por la ley, sólo podrá negar el padre la legitimidad de ese niño, si prueba la imposibilidad de haber tenido acceso carnal con su mujer dentro de los 10 meses anteriores al nacimiento o bien que éste se le haya ocultado.⁶⁹

Aunque nazcan fuera del plazo de la presunción, son también hijos del matrimonio y por tanto se consideran legítimos, los hijos nacidos dentro de los primeros 180 días de celebrado éste, si el esposo antes de casarse sabía del embarazo de su mujer, (para probar esto es necesario, por así exigirlo la ley, un principio de prueba por escrito). También es hijo legítimo si es reconocido expresamente por el esposo o bien, si ocurrió al

⁶⁹CCfr. Art. 326 del C.C.

levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él o contiene su declaración de no saber firmar.⁷⁰

Tratándose de viuda, divorciada o de aquella cuyo matrimonio fuere nulo y contrajera nuevas nupcias dentro del período de 300 días después de la disolución del anterior, la presunción legal de paternidad del marido sigue reglas distintas; el artículo 334 del Código Civil dispone que se atribuye al primer matrimonio el hijo que nace dentro de los 300 días de terminado éste y antes de los 180 días de celebrado el segundo; si el niño nace después de esos 180 días se atribuirá al segundo matrimonio.

El estado de hijo legítimo se prueba con el acta de matrimonio de los padres y el acta de nacimiento del menor.⁷¹

La posesión de estado de cónyuge y la posesión del estado de hijo legítimo a que se refieren los artículos 341, 342 y

⁷⁰CCfr. Art. 328 del C.C.

⁷¹CCfr. Art. 340 del C.C.

343 del C.C. sí se consideran válidos para efectos de relevar de la prueba ante la carencia del acta de matrimonio o nacimiento.

6.- LEGITIMACION, CONCEPTO Y GENERALIDADES.-

"Legitimación es la consecuencia jurídica que reciben los hijos extra matrimoniales de ser considerados como legítimos, en razón del matrimonio subsecuente de sus padres".⁷²

Esta consecuencia jurídica deriva de que los progenitores contrae matrimonio, provocando que se tengan como nacidos del mismo a los hijos habidos antes de la celebración del mismo.⁷³

Para poder legitimar a los hijos, es necesario que sean reconocidos por los padres ya sea antes, en el momento o

⁷²MONTERO Dualt, Sara. Op. Cit. p. 277

⁷³CCfr. Art. 354 del C.C.

posteriormente a la celebración del matrimonio. En este último caso, los efectos del reconocimiento se retrotraen al momento del matrimonio para considerar a los hijos como nacidos dentro del mismo.⁷⁴

La Legitimación se extiende a los descendientes del hijo que se legitima si éste ya falleció, esto es, los nietos en un momento dado podrán llevar el nombre de el padre y/o abuelo, tener derecho a la sucesión legítima, etc.⁷⁵

Pueden gozar también de ese derecho los hijos aun no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer esta encinta, marcando de esta manera que no promoverá juicio alguno de desconocimiento de paternidad en contra de ese menor.⁷⁶

⁷⁴CCfr. Art. 357 del C.C.

⁷⁵CCfr. Art. 358 del C.C.

⁷⁶CCfr. Art. 359 del C.C.

7.- FILIACION EXTRA MATRIMONIAL.-

La filiación extra matrimonial es la relación Jurídica entre progenitor e hijo, que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero o bien por sentencia que cause ejecutoria en la que se imputa la filiación de determinado hijo a cierta persona.,

Todos los hijos extra matrimoniales establecen su filiación materna por el hecho del nacimiento. La filiación materna es poco dudosa pero no así la paterna, ya que el padre es incierto debido a que por la propia naturaleza la mujer puede llegar a relacionarse íntimamente con varios hombres; ante esto, las formas de establecer la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio son dos: El reconocimiento voluntario y la imputación de paternidad a través del Juicio de Investigación respectiva.

8.- EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO.-

" El reconocimiento es el acto en virtud del cual quíenes han tenido un hijo fuera del matrimonio declaran, conjunta o separadamente, que lo aceptan o reconocen como suyo".⁷⁷

Cuando mencionamos que el reconocimiento puede ser por ambos padres nos referimos a que, aunque la filiación con la madre se establece con el nacimiento, existen los hijos expósitos o abandonados a quienes será necesario reconocer en forma expresa por la madre.

En cuanto al acto del reconocimiento voluntario de un hijo nacido fuera del matrimonio, podemos decir que es un verdadero negocio jurídico con características propias.⁷⁸

I.- Es Unilateral.- ya que no requiere el consentimiento de nadie y sólo produce efectos respecto a quien lo hace.

⁷⁷PINA Vara, Rafael de. Op. Cit. p.357

⁷⁸PACHECO Escobedo, Alberto. Op. Cit. p.179

II.- Declarativo.- Puesto que el objeto del reconocimiento es establecer una relación jurídica inexistente hasta entonces entre el padre y el hijo, y que es en virtud de ese reconocimiento que se declara.

III.- Personalísimo.- Ya que sólo puede hacerlo quien reconoce. Aún en el caso de hacerse a través de mandatario, el acto es personalísimo, puesto que el mandato que otorga en forma expresa el mandante necesariamente debe señalar el nombre del hijo por reconocer o al menos la circunstancias individuales que lo permitan identificar sin lugar a duda.

IV.- Individual.- Pues cada progenitor reconoce por su voluntad y con efectos solamente para quién reconoce (Artículo 366 del C.C.). Es más, ni siquiera se puede mencionar el nombre del otro progenitor si éste no lo ha reconocido con anterioridad.

V.- Irrevocable.- Pues una vez hecho, puede ser contradicho por quién para ello esté legitimado; pero no puede ser revocado por la persona que lo hizo. Si el reconocimiento se llevó a cabo por testamento, cuando éste se revoque no se

tendrá por revocado el acto del reconocimiento del hijo. (Art. 367 del C.C.)

VI.- Solemne.- El reconocimiento voluntario debe realizarse mediante alguna de las cinco formas siguientes:

- a).- En el acta de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil.
- b).- Ante el Juez del Registro Civil, pero en acta especial de reconocimiento.
- c).- Por Escritura Pública ante Notario.
- d).- Por Testamento.
- e).- Ante el Juez de lo Familiar, por confesión directa y expresa.

Pueden reconocer solamente aquellas personas que tengan la edad necesaria para poder presumir que pudieron haber engendrado al hijo y, en el caso de menores que pretendan reconocer, será necesario el consentimiento de sus padres o tutores. (Art. 362 del C.C.).

9.- CONSECUENCIAS DEL RECONOCIMIENTO.-

La consecuencia directa del reconocimiento es crear el lazo de la filiación entre progenitor e hijo, es por ello, que el Código Civil, en forma detallada, determina las consecuencias del reconocimiento. Estas son:⁷⁹

- I.- Llevar el apellido de sus progenitores .
- II.- Ser alimentado por las personas que lo reconozcan.
- III.- Percibir la porción hereditaria y los alimentos que fija la Ley.
- IV.- Vivir en el hogar conyugal.

10.- LA FILIACION POR DECLARACION JUDICIAL.-

La relación de filiación en cuanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio puede también establecerse contra la

⁷⁹CCfr. Arts. 389, 164, 421 del C.C.

voluntad del progenitor cuando media un proceso judicial y una sentencia que así lo declare. El proceso se inicia mediante una acción de investigación de la paternidad o maternidad que tendrá por objeto el determinar si un menor es hijo o no de un hombre o una mujer al cual se le esta imputando.

Los menores que sean reconocidos a través de sentencia, adquieren los mismos derechos que los reconocidos voluntariamente pudiéndose, en un momento dado que el padre o la madre condenados a tener como suyo a ese menor no cumplieren con sus obligaciones, exigir el cumplimiento forzoso de las mismas.

LA PATRIA POTESTAD

- 1.- Naturaleza Jurídica.
- 2.- Concepto Jurídico.
- 3.- Características de la Patria Potestad.
- 4.- Quienes ejercen la Patria Potestad.
- 5.- Efectos de la Patria Potestad.
- 6.- Suspensión, Pérdida, Extinción y Excusa de la Patria Potestad.

1.- NATURALEZA JURIDICA.-

La Patria Potestad es una Institución de asistencia y protección así como de representación que dan los padres a los hijos cuya filiación está clara y legalmente establecida. Consiste en una serie de derechos y obligaciones mutuas y recíprocas que se han instrumentado a través de la norma jurídica y está referida tanto a las personas de los menores como a sus bienes.

"Realmente no se trata de una potestad del Padre sobre sus hijos e hijas como su nombre lo indica, sino del conjunto de facultades y deberes que tienen tanto el padre como la madre en función de la atención que deben a sus hijos."⁸⁰

Rojina Villegas anota sobre este tema, cómo en el derecho moderno la regulación jurídica de la Patria Potestad ha tomado en cuenta principalmente que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan, no es para beneficio propio ni

⁸⁰PEREZ Duarte y N. Alicia Elena. Op. Cit. p. 62

mucho menos para convertir a los sujetos a ella, en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, sino que por el contrario, esta Institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que derechos impone obligaciones a quienes la ejercen.⁸¹

Como podemos observar, la función actual de la Patria Potestad es de Tutela a los hijos menores de edad que no obstante que naturalmente se da, el Estado quiere garantizar a través de la Norma Jurídica.

2.- CONCEPTO JURIDICO.

La expresión Patria Potestad viene del latín "patrius, a, um, lo relativo al Padre y "potestas", Potestad, Poder.

Existen muchas definiciones de lo que es la Patria Potestad, así tenemos el concepto Romano de Poder absoluto

⁸¹ROJINA Villegas , Rafael. Op. Cit. Vol. I. Tomo II. p. 90

del "Pater familias" sobre los bienes, persona y vida de los hijos, esposa, esclavos Alieni iuris arrogados o adoptados.⁸²

Actualmente, el concepto ha cambiado y se ha vuelto más humano e intuitivo teniendo así las siguientes definiciones:

"Es la institución derivada de la filiación, que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad."⁸³

Antonio de Ibarrola dice que la Patria Potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejerce, tal como la guardia y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la Ley, proporcionarles alimento, administrar sus bienes, etc.⁸⁴

⁸²PINA Vara, Rafael de. Op. Cit. p.374

⁸³MONTERO Dault, Sara. Op. Cit. p.339

⁸⁴IBARROLA D. Antonio de. El Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México, D.F., 1981. p. 453

Rafael de Pina define a la Patria Potestad como: "El conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes las ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria".⁸⁵

De lo anterior, podemos concluir una definición propia diciendo: La Patria Potestad es el conjunto de derechos y obligaciones conferidas a los ascendientes en relación a los bienes y personas respecto de los menores de edad no emancipados bajo su cuidado, que tienen por objeto la protección, administración y custodia así como la representación de los mismos ante la sociedad, en virtud de la inexperiencia o incapacidad de los mismos.

⁸⁵PINA Vara, Rafael de. Op. Cit. p.373

3.- CARACTERÍSTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

La Patria Potestad está regulada en los artículos 411 al 448 inclusive del Código Civil vigente para el Distrito Federal. En este ordenamiento se contemplan tres aspectos principales; los aspectos de la Patria Potestad en cuanto a la persona de los descendientes, efectos en cuanto a los bienes de los mismos; y las formas de suspenderse o extinguirse de la Patria Potestad.

De lo dispuesto a los mencionados artículos se deducen las siguientes características:

a). Es un cargo de interés Público. - El derecho recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público.

La Patria Potestad regula las relaciones sobre los ascendientes y descendientes mientras que éstos no han alcanzado la edad mínima necesaria para bastarse a sí mismos.

Por esta razón, es un cargo Irrenunciable y de interés público ya que al Estado le interesa que se proteja a los menores incapacitados.

b).-Irrenunciable.- Característica expresada en el artículo 448 del Código Civil al decir "La Patria Potestad no es renunciable". De conformidad con el artículo 6o. del Código Civil sólo se pueden renunciar los derechos privados que no afecten directamente al interés público.

c).-Intransferible.- Al ser una relación de carácter familiar y personalísimo, no puede ser transferida por ningún título oneroso ni gratuito.

d).-Imprescriptible.- El hecho de no ejercitar la Patria Potestad por quien está obligado en un momento dado, no extingue la obligación ni su derecho a ejercitarla.

e).-Temporal.- Como se ejerce sobre los menores de edad no emancipados, sólo dura en tanto no cumplan la mayoría de edad o bien sean emancipados.

4.- QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

Como se mencionó anteriormente, la Patria Potestad se ejerce por los ascendientes sobre los descendientes menores de edad no emancipados.

En este orden de ideas corresponde ejercerla a los padres (padre y madre) y en su defecto a los abuelos, primero los paternos y finalmente los maternos.

La Patria Potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona o personas que lo adoptan, esto es como consecuencia natural de la adopción,⁸⁶ (CCfr. Art. 419 del C.C.).

En el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, si éste es registrado en forma simultánea por ambos padres, será ejercida conjuntamente por los dos si es que ambos comparten el mismo hogar. Si viviesen separados, convendrán quién de los

⁸⁶ IDEM. p. 376

dos la ha de ejercitar y en caso de no haber acuerdo, lo resolverá el Juez de lo Familiar.

Cuando viviendo los padres separados el reconocimiento se efectúo sucesivamente, ejercerá la Patria Potestad el primero que hubiera reconocido, salvo que se conviniese otra cosa.

En estos dos últimos casos, cuando por cualquier circunstancia deje de ejercer la Patria Potestad alguno de padres, entrará a ejercerla el otro progenitor.⁸⁷

Cuando los padres del hijo fuera de matrimonio que vivían juntos se separan, continuarán ambos ejerciendo la Patria Potestad, y en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, lo hará el progenitor que designe el Juez.⁸⁸

⁸⁷CCfr. Art. 416 del C.C.

⁸⁸CCfr. Art. 417 del C.C.

5.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Como se mencionó anteriormente, existen efectos tanto en la persona de los menores como en los bienes que a ellos pertenecen.

A).- Efectos en relación a las personas de los hijos.-

La Patria Potestad se refiere a derechos y obligaciones recíprocas entre aquellos que la ejercen y los que están sometidos a la misma.

El Código Civil marca obligaciones a los menores en forma ética al decir: "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes".⁸⁹

No obstante, el Legislador recoge los aspectos relevantes de esta relación y los vuelve norma jurídica obligatoria.

⁸⁹CCfr. Art. 411 del C.C.

Así, los que ejercen la Patria Potestad deben representar legalmente al menor compareciendo en juicio y contrayendo obligaciones en nombre de él; lo cual necesariamente conlleva el derecho de custodiarlo, vivir con él y en este sentido, se implica el deber del menor de no dejar la casa donde viven los que ejercen su Patria Potestad.⁹⁰

Los que ejercen la Patria Potestad deben educar, corregir y dar ejemplo a los menores.

El deber de educar y corregir ha sufrido una evolución significativa sobre todo, porque anteriormente éste deber implicaba la facultad de "castigar a los menores y con lo cual se justificaban las lesiones que padres o abuelos infringían a los sujetos a su Patria Potestad con ese pretexto. Actualmente el Código Penal en su Artículo 347 sanciona estas lesiones excepto cuando se trata de golpes y violencias simples hechas en el ejercicio del derecho de corrección". En el ordenamiento civil, esta facultad de castigar se cambió por el deber de observar una

⁹⁰MONTERO Dualt, Sara. Op. Cit. p.34

conducta que sirva a éstos de buen ejemplo". (CCFR. Art. 423 del C.C.).⁹¹

B).- Efecto en relación a los bienes de los hijos.- El Código Civil consagra los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes del hijo en todo el capítulo II del título VIII del libro primero y hace ante todo, una clara clasificación:

"Los bienes del hijo mientras esté bajo la Patria Potestad se dividen en dos clases:

- I.- Bienes que adquiera por su trabajo.
- II.- Bienes que adquiera por cualquier otro título.⁹²

Los bienes que el menor adquiera por su trabajo pertenecen en propiedad, administración y usufructo a él; pero por razón de este instituto y en lo que respecta a los bienes que se adquieran por cualquier otro título, son los ascendientes que ejercen la Patria Potestad quienes administran y usufructúan los bienes del menor y lo representan ante toda clase de actos

⁹¹PEREZ Duarte y N. Alicia Elena. Op. Cit. p.64

⁹²CCfr. Art. 428 del C.C.

jurídicos dentro como fuera del juicio. Esta facultad se ejerce, en virtud de que el menor no puede por sí mismo disponer de esta clase de bienes.

Se trata pues de facultades limitadas, ya que la administración y el usufructo se refiere única y exclusivamente a los bienes adquiridos por causas distintas a la adquisición por su trabajo como son los casos de herencia, donación, legado, etc.

La propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo y tanto la administración como la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen la Patria Potestad.

Por otro lado, la administración se ve limitada por disposiciones legales ya que no comprenden la libre disposición de los bienes del menor, pues atentarían contra el principio de Conservación de dichos bienes que impera en este Instituto.⁹³

⁹³PEREZ Duarte y N. Alicia Elena. Op. Cit.
p. 65

Cuando por alguna razón sea necesario disponer de los bienes del menor, o bien, represente un notable beneficio para éste, se deberá solicitar autorización expresa al Juez de lo Familiar.

Quién administra los bienes del menor y los representa legalmente se ve limitado, ya que no puede celebrar determinados actos tales como: contrato de Arrendamiento por más de 5 años, recibir la renta anticipada con más de dos años, vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, frutos y ganados, por menor valor del que cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes o remisión voluntaria de los derechos de estos, como tampoco dar fianza en su representación.⁹⁴

De acuerdo a los artículos 430, 439, 441 y 442 del C. C. es posible exigir responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados al menor por la mala administración y abuso en la representación por tanto, quienes ejercen la Patria Potestad

⁹⁴CCfr. Art. 436 del C.C.

tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos.

Es evidente que si alguno de los padres llega a perder la Patria Potestad, cesará automáticamente el usufructo establecido en su favor. La única manera en que los padres pueden disponer del derecho de usufructo sobre los bienes del hijo, es la renuncia en favor del menor.⁹⁵

En caso de divorcio, el derecho al usufructo queda perdido irremediablemente para el cónyuge culpable, como una sanción que le alcanza por la falta que a él le es atribuida.

El cónyuge inocente se beneficia del derecho del usufructo legal Aún cuando no tuviera a su hijo en custodia.

Cuando los dos esposos son culpables, el derecho de usufructo legal se extingue.⁹⁶

⁹⁵IBARROLA D. Antonio de. Op. Cit. 451

⁹⁶IDEM. 451

Es importante destacar que el derecho del usufructo existe tanto en la familia legítima como en la familia natural.

6.- SUSPENSION, PERDIDA, EXTINCION Y EXCUSA DE LA PATRIA POTESTAD.

En nuestro Código Civil se distingue entre los términos: acabar, perder y suspender en relación con la Patria Potestad.

Esto es, la Patria Potestad puede suspenderse temporalmente o puede acabarse en forma definitiva por razones naturales o por sentencia que declare la pérdida de la misma.⁹⁷

⁹⁷MONTERO Dualt, Sara. Op. Cit. p.352

a).- Suspensión de la Patria Potestad.

De acuerdo al Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Suspende es detener o interrumpir temporalmente algo.⁹⁸

Así tenemos que puede suspenderse temporalmente el ejercicio de la Patria Potestad por tres causas:

- 1°.-Por Incapacidad declarada judicialmente.
- 2°.- Por la ausencia declarada en forma.
- 3°.-Por Sentencia Condenatoria que imponga como pena esta Suspensión

Estas tres causas de suspensión pueden extinguirse y por tanto continuarse con el ejercicio de la Patria Potestad cuando:

⁹⁸ Voz Suspende, Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Ed. Reader's Digest México, S.A. de C.V. 15ª edición Tomo 11, México, 1981

1°.- Cuando el incapacitado recobre su capacidad de ejercicio.

2°.- Cuando el ausente regrese.

3°.- Cuando al sancionado se le extingue su condena.

En estos casos, se requerirá también intervención Judicial para que declare a quién se le había suspendido en su derecho, que ha recobrado de nuevo el ejercicio del mismo.

b).- Pérdida de la Patria Potestad.

Perder significa dejar de tener, abandonar una actitud u obligación.⁹⁹

Las causas por las cuáles se puede perder la Patria Potestad, se encuentran enumeradas en el artículo 444 del C.C. y son cuatro los motivos:

⁹⁹Ibid. voz perder, Tomo 9.

1º.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.

2º.- Cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.

3º.- Por conducta nociva de los padres para sus hijos: costumbres depravadas, malos tratos, abandono de sus deberes aunque estas conductas no cayeran bajo la sanción de la Ley Penal.

4º.- Por exposición de los hijos o por abandono prolongado por más de seis meses.

Cuando alguno de los progenitores o ambos si es el caso, perdieren la Patria Potestad, la ejercerá el otro progenitor y a su falta los abuelos. Si estos no vivieren o se excusaran se nombrará un tutor para el menor.

c).- Extinción de la Patria Potestad.

Extinción significa hacer que cesen o se acaben del todo ciertas cosas.¹⁰⁰

La Patria Potestad se extinguirá en los siguientes casos:

1°.- Con la muerte del que la ejerce si ya no hay otra persona en quien recaiga (En este caso se le nombrará a un tutor al menor).

2°.- Con la emancipación del menor derivada del matrimonio.

3°.- Por alcanzar el menor la mayoría de edad.

¹⁰⁰ Ibid. Voz Extinguir. T. 5

d).- Excusa.

La Ley permite que en ciertas circunstancias, los que ejercen la Patria Potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma se excusen de cumplirla. Así tenemos 2 casos:

Primero.- Cuando se tienen 60 años cumplidos.

Segundo.- Cuando por el mal estado habitual de salud no se puede atender debidamente a su desempeño.¹⁰¹

Si no hay otra persona que la ejerza, se nombrará un tutor al menor a fin de que lo represente y vele por sus intereses.

¹⁰¹CCfr. Art. 448 del C.C.

CAPITULO II

DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL.

INTRODUCCION.-

Una vez que existe el vínculo matrimonial o bien se vive el estado de Matrimonio, puede suceder que el mismo pueda ser roto por razones anteriores o posteriores a la celebración del acto.

Así pues, la disolución del vínculo matrimonial puede ser por tres causas:

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

Como parte del desarrollo de este trabajo procederé a desarrollar brevemente cada una de ellas.

INEXISTENCIA.

1.- Concepto

2.- Tratamiento en el Código Civil actual.

A).- Falta de consentimiento

b).- Falta del Objeto.

1.- CONCEPTO.-

Para aclarar este concepto podemos ver lo que nos dice Baudry Lacantiniere de lo que es la inexistencia de un acto Jurídico: "El acto inexistente se presenta en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia.- Falta en el acto alguna cosa de fundamental importancia, alguna cosa que es, si se puede hablar así, de definición. Semejante acto carece de existencia a los ojos de la ley, es una apariencia sin realidad, la nada. La ley no se ocupa de él. No había, en efecto, porque organizar la teoría de la nada".¹⁰²

2.- TRATAMIENTO EN EL CODIGO CIVIL ACTUAL.-

Nuestro Código Civil dedica en especial un título a la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos. Distingue claramente la inexistencia (Art. 2224) de la nulidad, aún de la absoluta por

¹⁰²BAUDRY Lacantinerie. Precis de Droit Civil, Novena Edición. V.3 1906-1909. p. 102-112.

falta de un elemento esencial (Art. 2226). Esto se observa por la carencia de efectos en el primer caso y la posibilidad de que se produzcan en el segundo.¹⁰³

Con relación al matrimonio podemos señalar que la inexistencia será consecuencia de faltarle o bien, el consentimiento de alguno de los cónyuges o el objeto al matrimonio.

A).- Falta del consentimiento de alguno de los cónyuges.

Es claro que si las personas involucradas, es decir uno o ambos cónyuges, no expresaron su consentimiento para unirse en matrimonio, éste no puede existir como tal.

Lo mismo sucede si el consentimiento para celebrar o contraer matrimonio no fue expresado con las solemnidades que

¹⁰³BORJA Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1985 10ª Edición. p:109

la ley señala para este acto. En el caso del matrimonio, la autoridad competente sin que pueda ser otra, es el juez del Registro Civil,¹⁰⁴ siendo obvio que no es admisible de forma alguna, el consentimiento tásito.

B).- Falta de objeto en el matrimonio.

La falta de objeto es aquella falta que se observa cuando no existe la voluntad para realizar el fin primordial del matrimonio, la procreación.

La falta de voluntad para procrear no es lo mismo que "la imposibilidad para realizar la procreación"¹⁰⁵ ya que en el primero de los supuestos, lo que se está buscando es no tener en ningún momento descendencia; no existe ninguna intención de procrear, es ir en contra del fin y motivo primordial del matrimonio. En el segundo supuesto, existe algún trastorno físico o de edad que provoque dicha imposibilidad pero sin que esto traiga aparejada la inexistencia, ya que dicha intención de

¹⁰⁴PEREZ Duarte, Alicia Elena. Op. Cit. p. 37

¹⁰⁵GALINDO Garfias, Ignacio. Op. Cit. p. 511

procrear existe totalmente en ambos cónyuges más no así la capacidad.

Ante este tipo de situaciones en que falta el consentimiento de realizar el matrimonio o el objeto primordial del mismo, nos encontramos que realmente no hay Matrimonio y por tanto es susceptible de que se declare inexistente.

NULIDAD

- 1.- Concepto.
- 2.- Causas de la Nulidad de Matrimonio.
- 3.-Principios aplicables a la Nulidad de Matrimonio.
- 4.-Consecuencias Jurídicas de la Nulidad de Matrimonio.
- 5.- Matrimonios ilícitos válidos y las causas de ilicitud.

1.- CONCEPTO.-

Nulidad de matrimonio, es la disolución del vínculo en vida de los cónyuges por causas anteriores a la celebración del mismo o por faltar formalidades en el acto de la celebración.¹⁰⁶

Hasta la aparición de la ley de Divorcio de 1914, en México, la única forma de poner fin a un matrimonio era a través de la nulidad. En ese entonces y aún ahora, los efectos de este Instituto son similares al divorcio, sin que por ello signifique que no sean esencialmente diferentes.

La nulidad sanciona al matrimonio como a cualquier acto jurídico que se haya realizado contraviniendo los requisitos de validez del mismo.

El matrimonio, al ser un acto jurídico requiere de ciertos requisitos esenciales y de validez, estos requisitos son:

¹⁰⁶MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p.174

a).Voluntad.- La manifestación expresa de voluntad de ambos cónyuges de que desean contraer matrimonio ante el juez del registro civil.

b).Objeto.- Diferencia de sexo entre los cónyuges e intención de crear una familia.

c).-Solemnidades.- Se refiere a la expresión del juez de que los declara unidos en matrimonio, así como el levantamiento y la firma del acta en que constan las anteriores circunstancias.

Cumplidos estos requisitos el matrimonio ya existe como acto jurídico. No obstante, para el cumplimiento de tales requisitos y para que el matrimonio surta sus efectos con plena eficacia jurídica, es necesario tomar en cuenta los siguientes puntos:

- 1). La capacidad de las partes
- 2). La ausencia de vicios de la voluntad
- 3). La licitud en el objeto
- 4). El cumplimiento de ciertas formalidades

"Cuando falta alguno o varios de estos requisitos o puntos, el matrimonio puede ser objeto de una acción de nulidad demandada por la parte interesada (nulidad relativa) o llegando a ser nulo absoluto sin posibilidad de convalidación. También puede suceder que simplemente sea declarado ilícito mas no nulo, dependiendo del requisito de validez que se haya incumplido".¹⁰⁷

La nulidad sanciona al matrimonio como a cualquier acto jurídico. Sus efectos son retroactivos al momento de la celebración del acto, pero a diferencia de lo que sucede en otros actos jurídicos, la anulación del matrimonio no desconoce la comunidad de vida tanto a nivel económico como afectivo que existe o existió entre las personas que contrajeron nupcias en condiciones de nulidad, como tampoco desconoce la paternidad y maternidad que posiblemente hubieran surgido con dicha unión.¹⁰⁸

¹⁰⁷IDEM.

¹⁰⁸PEREZ Duarte y N., Alicia Elena. Op. Cit.
p.33

La regulación de la nulidad de matrimonio en el Código Civil, presenta características propias por referirse a un acto jurídico tan particular y considerado como de Interés Público. Los artículos relativos a esta materia dentro del ordenamiento citado son del 235 al 265 inclusive, correspondientes al Capítulo IX, del Título Quinto del Libro Primero denominado "De los matrimonios Nulos e Ilícitos".

Las razones para regular de manera especial las nulidades del matrimonio son de diversa índole:

1ª. La importancia del matrimonio como el fundamento jurídico de la familia.

2ª. Los requisitos de validez difieren de los actos jurídicos en general. Así por ejemplo, la capacidad admite una edad inferior a la señalada como mayoría de edad civil.

Los vicios de la voluntad operan de manera diferente al acto jurídico en general: el error sólo puede ser de identidad, no puede darse mala fe, dolo ni lesión.

La licitud consiste en que los consortes no estén dentro de los supuestos de las prohibiciones legales para contraer matrimonio también llamados impedimentos.¹⁰⁹

En cuanto a las formalidades tan particulares de esta institución, la omisión de ellas, cuando no constituyan solemnidades, no producirán la nulidad atento a lo señalado en el Art. 250 C.C., en el sentido de que no podrá invocarse nulidad de matrimonio cuando a la existencia del acta se aúne la posesión de estado, a más de que "el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido...".¹¹⁰

¹⁰⁹BACA, Rodolfo. Nulidades Matrimoniales. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXV, número 3 ene- jun. 1961, Córdoba, Argentina. p.112

¹¹⁰ Cfrr. atr.293 del C.C.

2.- CAUSAS DE NULIDAD DE MATRIMONIO.

El artículo 235 del C.C. enumera tres causas que pueden anular el matrimonio:

a). El error acerca de la persona con quien se contrae.- Cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra.

b). Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos o prohibiciones legales enumerados en el artículo 156.

c). Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103 del C.C., esto es, sin las formalidades que exige la ley.

a). Error de identidad.- Esta causa es extraña y difícil de darse por exigirse la comparecencia personal de ambos cónyuges al momento de la celebración del matrimonio. Solamente puede imaginarse en los matrimonios realizados a

través de apoderado y en el que en momento posterior, al encontrarse los cónyuges, resulte que no eran la pareja con la que respectivamente iban a unirse. La acción de Nulidad que nace de este error sólo puede deducirse por el cónyuge que lo sufrió. Si éste no denuncia el error inmediatamente que lo advierte, se tiene por ratificado el consentimiento y queda subsistente el matrimonio a no ser que exista algún otro impedimento que lo anule (Art. 236).

b). Prohibiciones legales.- (Impedimentos, Art. 156 C.C., diez fracciones) Para hacer claro y breve este punto, nos referiremos al mismo tiempo, al impedimento, su forma de convalidarse y personas facultadas para solicitar la nulidad. Tenemos así que:

El matrimonio de quienes no han cumplido 16 años siendo varón y 14 años siendo mujer, se convalida a la mayoría de edad de los cónyuges o si hay descendencia. La acción de nulidad por falta de consentimiento del padre, madre, abuelos (paternos o maternos) o del tutor según el caso, sólo podrá ser invocada por las personas que debieron otorgar el consentimiento y no lo

hicieron. Además, el matrimonio puede convalidarse por su ratificación o por caducidad de la acción, la cual acontece a los 30 días de que la persona que debió dar su consentimiento para la celebración de las nupcias, tenga conocimiento del matrimonio.

La acción de nulidad que surge del parentesco por consanguinidad no dispensado, sólo puede ejercitarse por los cónyuges, los ascendientes o el Ministerio Público. Existe la posibilidad de que el matrimonio en cuestión pueda convalidarse con la ratificación del consentimiento por parte de los cónyuges previa obtención de la dispensa correspondiente. Lo mismo sucede con el parentesco por afinidad en línea recta.

La acción de nulidad que se deriva del adulterio habido entre los cónyuges, con respecto a el matrimonio de cónyuge culpable con la persona con quien cometió el adulterio cuando éste hubiera sido probado judicialmente, compete al cónyuge ofendido o al Ministerio Público en caso de que el matrimonio anterior se hubiera disuelto por divorcio. Esta acción caduca a los seis meses de la celebración del matrimonio de los adúlteros.

La nulidad que surge del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, sólo podrá hacerse valer por los hijos de la víctima del atentado o por el Ministerio Público y caduca a los seis meses de la celebración del nuevo matrimonio.

La acción de nulidad que se origina del miedo o violencia que vician el consentimiento otorgado para la celebración del matrimonio, siempre que tales vicios sean graves, es decir, que importen el peligro de perder la vida, honra, libertad, salud o parte considerable de los bienes del cónyuge o de las personas que están bajo su patria potestad o tutela, puede hacerse valer sólo por el cónyuge agraviado y dentro de los 60 días contados a partir de que cesó la causa del vicio. Lo mismo sucede con el rapto, en donde la intimidación la sufre el contrayente en específico.

La acción de nulidad que se deriva de la embriaguez habitual, así como del uso indebido y persistente de las demás drogas, enervantes; de la impotencia incurable para la cópula, la sífilis, la locura y el padecimiento de enfermedades crónicas e

Incurables que además sean hereditarias o contagiosas (también conocidas como causas eugenésicas), sólo puede ser intentada por los cónyuges dentro de los 60 días posteriores de la celebración del matrimonio. Estas circunstancias tienen que darse en el momento de contraer matrimonio para que sean causa de nulidad del mismo, pues si se adquieren con posterioridad, se convierten en causas de divorcio mas no de nulidad.

Así mismo, considero que dichas circunstancias tienen que ser desconocidas al momento de la celebración para el cónyuge sano, pues de lo contrario la celebración de dicho acto significaría la aceptación de las mismas y la voluntad de, pese a su existencia, llevar a cabo dicha unión.

Si la acción se deriva del idiotismo o imbecilidad de uno de los cónyuges, sólo podrá ser invocada por el otro cónyuge o por el tutor del incapaz.

Si la acción de nulidad se deriva de un matrimonio anterior existente al tiempo de contraer el segundo, puede ser invocada por el (la) cónyuge del primer matrimonio, por sus hijos

o herederos, por los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio o por el Ministerio Público¹¹¹, según está dispuesto en el Artículo 248 del C.C. y, atenta la redacción de dicho artículo, se determina que la clase de nulidad es absoluta, pues la puede deducir todo interesado, no tiene tiempo de caducidad y no puede convalidarse por el paso de tiempo ni ser ratificado por los interesados.

El matrimonio subsiguiente sin haber extinguido el anterior, puede dar lugar al delito de bigamia¹¹² cuando se contrae a sabiendas por los cónyuges de que uno o los dos contrayentes están previamente casados. Si hay ignorancia de esta circunstancia, convertiría el matrimonio en calificado de buena fe y, aunque es nulo absoluto, produce sus efectos civiles en favor de los cónyuges hasta el momento de causar ejecutoria la sentencia que declare la nulidad.¹¹³ Si ha habido buena fe por parte de uno sólo de los cónyuges, el matrimonio produce

¹¹¹PEREZ Duarte y N., Alicia Elena. Op. Cit.
p.35

¹¹² Cfrr. atr. 279 del Código Penal para el D.F.

¹¹³ Cfrr. art. 255 del C.C.

efectos civiles únicamente respecto de él.¹¹⁴ Para el que actuó de mala fe la nulidad tendrá efectos retroactivos y se considerará que nunca estuvo casado además de que puede ser acusado de bigamia.

c. Falta de formalidades.- El matrimonio es un acto formal pues la ley exige el cumplimiento de determinadas formas para que sea válido. La forma como elemento de validez del matrimonio puede ser clasificada en dos: formalidades anteriores y formalidades coetáneas al acto de celebración. En otro aspecto o forma de clasificación, las formalidades son: simples formalidades y solemnidades.¹¹⁵

Cuando la forma se eleva a rango de solemnidad, deja de considerarse elemento de validez para convertirse en requisito de existencia del acto jurídico.

No obstante que el Art. 135 del C.C. señala que son causas de nulidad el que el matrimonio se haya celebrado en

¹¹⁴ Cfrr. Art. 256 del C.C.

¹¹⁵ MONTERO Duhalt, Sara. Op.Cit.p.184

contravención a la forma debida, es muy difícil demandar nulidad por esta causa por lo que el ordenamiento jurídico señala en el Art. 250 del mismo:

"Todo lo que no constituye solemnidades, corresponderá a las simples formalidades y la ausencia de alguna o de varias de ellas no acarreará la nulidad del Matrimonio si existe un acta en la que consten los requisitos solemnes: la pregunta a los cónyuges de si es su voluntad unirse en matrimonio, la respuesta afirmativa de los mismos, la declaración del juez de haberlos unido en legítimo matrimonio, las firmas de las personas y la existencia del acta respectiva. Estando estos requisitos no habrá lugar para que exista la nulidad del vínculo matrimonial.¹¹⁶

¹¹⁶MAZZINGHI, Jorge Adolfo. El Matrimonio Absolutamente Nulo Frente a los Terceros. La Ley, Revista Jurídica Argentina, T. 72, Sept. 1969 p.324

3.- PRINCIPIOS APLICABLES A LA NULIDAD DE MATRIMONIO.

El matrimonio como ya se dijo, es un acto jurídico con características muy particulares. Es por esto que la ley pone una especial atención en la protección de la misma Institución a fin de evitar en la manera posible, su disolución.

La nulidad de matrimonio presenta características propias y es regida por principios éticos teniendo siempre en cuenta el ya mencionado interés público. Estos principios, son los siguientes:

- 1) El derecho para demandar nulidad de matrimonio corresponde a quienes la ley lo concede expresamente y no es transmisible por herencia ni de cualquier otra manera. Los herederos podrán continuar la demanda de Nulidad sólo que haya sido entablada en vida por aquél a quién heredaron.

2) El matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido y sólo se considerará nulo cuando así lo declare una sentencia que cause ejecutoria.

3) Los cónyuges no pueden celebrar ni transacción ni compromiso en árbitros acerca de la nulidad del matrimonio.

4) La buena fe de los contrayentes en un matrimonio declarado nulo siempre se presume. Para destruir esta presunción se requiere prueba plena.¹¹⁷

5) El matrimonio contraído de buena fe produce sus efectos civiles en los cónyuges hasta el momento de declararse la nulidad a través de sentencia que cause ejecutoria.

6) Los hijos habidos dentro de los plazos legales serán siempre considerados hijos de matrimonio, con independencia de la buena o mala fe de sus progenitores.¹¹⁸

¹¹⁷ Cfrr. Art. 257 del C.C.

¹¹⁸ Cfrr. Art. 255 del C.C.

7) La posesión de estado de matrimonio unida a el acta levantada ante el Registro Civil, impide la demanda de nulidad del mismo. ¹¹⁹ 120

4.- CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA NULIDAD DE MATRIMONIO.

A este respecto podemos observar consecuencias jurídicas de tres clases:

- a). En relación de los cónyuges**
- b). En relación con los hijos**
- c). En relación a sus bienes**

¹¹⁹ Cfrr Art. 250 del C.C.

¹²⁰ MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p.186

a). En relación a las personas de los cónyuges:

Los principales efectos que la sentencia ejecutoria de nulidad de matrimonio provoca en las personas de los conyuges son los siguientes:

1.-La desvinculación de los cónyuges: En este caso, los cónyuges pueden contraer matrimonio de forma inmediata, puesto que no existe plazo de espera establecido como sanción para el cónyuge culpable aunque haya habido mala fe. La única restricción en cuanto a la espera para volver a casarse es en relación con la mujer, la cual debe esperar 300 días desde la declaración de la nulidad, hasta la celebración del nuevo matrimonio, plazo fijado con objeto de evitar la posible confusión de la paternidad.^{121 122}

2.-Efectos civiles para el cónyuge de buena fe: Para el cónyuge de buena fe, aunque su matrimonio sea declarado nulo, se le considera que estuvo casado mientras duró el matrimonio.

¹²¹Ibid. p.187

¹²²Cfrr. Art. 158 del C.C.

El Derecho Canónico llama a este tipo de matrimonio "putativo".¹²³

3.-Precauciones en cuanto a la mujer que quede encinta.¹²⁴ Las precauciones que se tomen en caso de que la mujer está encinta, tienen por objeto certificar que el hijo (a) nazca dentro de los plazos legales necesarios para establecer la paternidad cierta, con respecto al marido que fue de la madre. Para ésto, la legislación nos remite a la parte relativa al derecho sucesorio (Art. 1638 a 1648 C.C.).¹²⁵

b). En relación con los hijos:

Los hijos de un matrimonio que ha sido declarado nulo, con independencia de la buena o mala fe de los cónyuges, serán considerados hijos de Matrimonio.

¹²³GIMENEZ García, Joaquín. Nulidad, Disolución y Separación en el Matrimonio Canónico y Civil, Anuario de la Escuela Judicial, V. XI, Madrid, España. 1974. p.479

¹²⁴Cfrr. art. 263 del C.C.

¹²⁵MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit. p.187

Para la cuestión de la guarda y cuidado de los hijos, la propondrán los cónyuges de común acuerdo al juez de la causa, el cual resolverá a su criterio tomando en cuenta las circunstancias del caso,¹²⁶ sin olvidar que si cambian estas circunstancias, el juez podrá modificar su determinación.

c). Efectos en relación con los bienes:

Declarada la nulidad, se procederá a la división de los bienes comunes de acuerdo a lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, salvo que sólo haya existido buena fe por parte de uno de los cónyuges, aplicándosele en este caso, la totalidad de estos productos. En caso de mala fe en ambos, los bienes productos se aplicarán a los hijos ¹²⁷

Las donaciones hechas por un tercero, pueden ser revocadas cuando su causa lo fue el matrimonio que se nulifica.

¹²⁶Cfrr. Art 263 del C.C.

¹²⁷Cfrr. Art. 261 del C.C.

5.- MATRIMONIOS ILICITOS VALIDOS Y LAS CAUSAS DE ILICITUD.

Existen ciertos requisitos legales en los matrimonios que aún no cumpliéndose la propia ley, determinan que el matrimonio no será nulo pese a su calidad de ilícito.

Así tenemos como causas de ilícitud, aquellas expresadas en los Artículos 264 y 265 del C.C. tales como:

- 1.- El matrimonio sin dispensa
- 2.- El vínculo tutelar
- 3.- El plazo de viudez
- 4.- El plazo de espera por causa de divorcio

En este entendido, resulta que un matrimonio que se contraiga sin obtener las dispensas de las mencionadas causas de ilícitud, será ilícito más no nulo y para poder celebrarlo lícitamente, bastará que antes de la celebración del mismo se acredite al Juez los motivos del mismo y la solicitud de dispensa.

EL DIVORCIO

DIVORCIO.

- 1.- Concepto.
- 2.- Antecedentes Históricos.
- 3.- El Divorcio en el Derecho Canónico.
- 4.- El Divorcio en el Derecho Mexicano.
 - I.- Derecho Precortesiano.
 - II.- Derecho Colonial.
 - III.- México Independiente.
- 5.- Regualción del Divorcio en el Código Civil Vigente.
- 6.- Las Medidas Cautelares.
- 7.- Efectos Patrimoniales del Divorcio.

1.- CONCEPTO.

El divorcio es el medio más común y usual en la disolución del matrimonio. La palabra divorcio deriva de la voz latina "divortium" que significa separar lo que estaba unido, tomar líneas divergentes.

Divorcio es la antítesis del matrimonio. Matrimonio significa unión, comunidad, encontrarse dos seres enlazados bajo el mismo yugo: con-yugal. Divorcio es el rompimiento del vínculo, de la unión.

El divorcio como institución es paralelo en antigüedad al matrimonio. Desde que las sociedades se organizaron jurídicamente, crearon la institución del matrimonio como la forma legal de fundar la familia y concomitantemente se instituyó el divorcio como la forma permitida de extinción del mismo. Podemos decir que en principio, el divorcio aceptado universalmente en todos los tiempos fue el de separación de los cónyuges. El divorcio vincular, el verdadero divorcio, fue y hasta

el muy reciente pasado siguió siendo una figura profundamente controvertida.

El divorcio que regularon todas las culturas sin oposición alguna es aquél que no rompe el vínculo, que únicamente extingue la obligación de convivencia entre casados pero en el que persisten las demás obligaciones, fundamentalmente la fidelidad.

2.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

La duración del matrimonio varía notablemente entre los diversos pueblos de la antigüedad y aún dentro de un mismo pueblo, ello obedece a normas de conducta subjetivas, morales y éticas de ambos o de uno de los contrayentes, pero sí es evidente, que como norma a través de la historia humana, el matrimonio no ha sido ni invariable ni eterno como lo demuestra la historia. No es menos cierto que en las edades primigenias, sólo se conocieron las formas más brutales de la

ruptura del vínculo de la convivencia con base en la arbitraria y prepotente autoridad marital, siendo a través del procedimiento del Repudio.

Así, podemos observar que en la legislación mosaica se aceptaba el repudio. Para el pueblo hebreo era posible al hombre repudiar a la mujer, solo bastaba seguir las reglas fijadas en el Deuteronomio en su Cap. XXI versos 1 y siguientes.

No obstante lo anterior, había casos en que la mujer podía repudiar al marido, esto por ejemplo en el adulterio, pudiéndose ver tal situación en el libro de los Jueces. Cap. XIX versículo 2.

El divorcio como tal en la legislación hebrea aparece con el Talmud, donde a diferencia del repudio en el que sólo hace falta la voluntad de uno sólo de los cónyuges, en el divorcio se requiere el consentimiento de ambos.¹²⁸

¹²⁸ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Voz DIVORCIO. T.9 Editorial Bibliográfica Argentina. 1982

En la legislación romana también existió el repudio antes que apareciera el divorcio legalmente afianzado. No fueron sino hasta el siglo III de la era cristiana que se dan los primeros casos de divorcio legal. Con anterioridad, sólo existía la repudiación de la mujer por el esposo ya que ésta estaba sometida a su "Manus".¹²⁹

Bajo el imperio de Justiniano se reconocieron cuatro tipos de divorcios: 1) El mutuo consentimiento. 2) A petición de un cónyuge invocando una causa legal. 3) La voluntad unilateral y sin causa legal con sanción para el cónyuge demandante y 4) El "Bona Cratia" que se fundaba en la impotencia, la cautividad prolongada o el voto de castidad.

A partir de Constantino empezó a difundirse el cristianismo, por lo que el divorcio se hizo más difícil, aunque no fue suprimido.

¹²⁹ IDEM.

En países orientales como Persia e India, la repudiación podía operar si la mujer no podía dar un hijo varón en un tiempo determinado. En China se reconocía el divorcio para el hombre cuando la mujer tenía muy malas cualidades. Sin embargo la repudiación era poco frecuente.

En el derecho musulmán, el matrimonio podía disolverse de cuatro maneras en vida de los cónyuges: 1) repudio de hombre, 2) divorcio obligatorio para ambos, 3) mutuo consentimiento y 4) el divorcio consensual retribuido.

3.- EL DIVORCIO EN EL DERECHO CANONICO.

El derecho canónico como derecho de la Iglesia Católica mantuvo siempre el sistema de la Indisolubilidad del matrimonio como un medio eficaz para dar una organización firme a la familia legítima. No obstante, en un principio tuvo que aceptar los principios de derecho romano y no fue sino hasta el

Concilio de Trento donde se estableció definitivamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial para la Iglesia Católica.¹³⁰

Es así que actualmente en el ordenamiento canónico, en el Canon 1118 se declara: "El matrimonio válido, rato y consumado no puede ser disuelto por ninguna potestad humana ni por causa alguna fuera de la muerte".¹³¹

El mismo Código establece ciertas formas de disolver el vínculo matrimonial. Estas son: el matrimonio no consumado y el matrimonio entre no bautizados.

Con respecto al primero, el Canon 1119 señala "El matrimonio no consumado entre bautizados o entre una parte bautizada y la otra que no lo está se disuelve tanto por la disposición del Derecho en virtud de la profesión religiosa solemne como por dispensa concedida por la Sede Apostólica

¹³⁰IDEM.

¹³¹CCfr. Código Canónico.

con causa justa a ruego de ambas partes o de una de ellas aunque la otra se oponga.¹³²

La otra forma de disolver el matrimonio consiste en el llamado Privilegio Paulino, expresado en el Canon 1120 1.- "El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque este consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio Paulino". 2.- Este privilegio no tiene aplicación de disparidad de cultos entre una persona bautizada y otra que no lo está".¹³³

Aparte de las dos causas señaladas que permiten la disolución del vínculo matrimonial y otorgan libertad a los excónyuges de contraer nuevo matrimonio, el derecho canónico regula el llamado divorcio-separación. Consiste en la separación de lecho, mesa y habitación con persistencia del vínculo.

¹³² IDEM.

¹³³ IDEM.

4. EL DIVORCIO EN EL DERECHO MEXICANO.

I.- Derecho PreCortesiano.

Poco se conoce de la organización jurídica de los pueblos pre cortesianos, del que más noticias se tienen es del pueblo azteca debido a la hegemonía tan severa que ejerció en la parte central del actual territorio mexicano. Es por esta razón que nos referiremos a ellos en forma particular.

Entre los aztecas, el vínculo matrimonial era susceptible de disolución durante la vida de los cónyuges, ya porque se tratara de un matrimonio temporal, cuya subsistencia estaba sujeta a la voluntad del hombre, ya porque hubiera causas que ameritaren la disolución.

El divorcio requería para su validez y para que produjera efectos de rompimiento del vínculo, que la autoridad judicial lo autorizara y que el que pidiera la autorización se

separara efectivamente de su cónyuge. Realizada la separación los hijos quedaban con el padre y las hijas con la madre. ¹³⁴

II.- Derecho Colonial.

Durante la colonia se aplicó el Derecho Español, el cual no conoció el divorcio vincular. En materia de divorcio rigió el Derecho Canónico que sólo permite el divorcio separación, esto es, la simple separación de los cónyuges pero sin disolver el vínculo matrimonial.

III.- México Independiente.

Aún después de alcanzada la Independencia de España, se siguieron utilizando las disposiciones españolas en el Derecho Privado; no obstante esto hubo algunas disposiciones importantes como son: "Ley del Matrimonio Civil de 1859" expedida por Juárez en la cual se desconocía el carácter sacramental del matrimonio para convertirlo en un acto regido

¹³⁴LOPEZ Austin, Alfredo. La Constitución Real de México-Tenochtitlán, Edit. UNAM; 1961. p.141

por las Leyes Civiles. "El Código Civil del Imperio Mexicano de 1866", expedido por Maximiliano.

Todas las legislaciones o proyectos legislativos del Siglo XIX en materia de divorcio tiene como semejanza un sólo tipo de divorcio: el divorcio separación.

Para el Distrito Federal surgió el primer Código Civil en 1870 que trajo la consecuencia de unificar la materia civil en todo el territorio de la República, pues con variantes ligeras en cada entidad federativa, sirvió de modelo a todas ellas para la elaboración de sus propios Códigos civiles. En este Código se establecía que el divorcio no podía pedirse sino transcurridos dos años del matrimonio y, en caso de decretarse se trataba de un divorcio-separación.

A los 14 años de vigencia fue derogado por el Código civil de 1884, el cual reprodujo los preceptos del Código anterior en cuanto a la naturaleza del divorcio, sus efectos y formalidades, reduciendo los trámites necesarios para la consecución del

mismo. Estos dos Códigos tienen en común en materia de divorcio el no permitir el vincular. 135

El Código de 1884 fue derogado parcialmente por la ley del divorcio vincular del 29 de Diciembre de 1914 y por la ley sobre relaciones familiares de 1917.

La ley de 1914 viene a remarcar una gran diferencia con el difícil proceso de implantación del divorcio vincular que se da en otros países, ya que en México no fue objeto de ninguna clase de deliberaciones, simplemente se impuso en forma sorpresiva y violenta por quiénes tenían las armas en las manos. Esta ley fue promulgada por Venustiano Carranza auto proclamado primer Jefe del Ejército Constitucionalista.

Esta ley en sus 2 únicos artículos expone: en el artículo 1º que se reforma la fracción IX del artículo 23 de la Ley del 14 de Diciembre de 1874, reglamentarla de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretada el 29 de Diciembre de 1873,

¹³⁵SANCHEZ Medal, Ramón. El Divorcio Opcional, Edit. Porrúa, México, 1974. p.16

estableciendo que "el matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado y en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o bien por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima."¹³⁶

El Artículo segundo dispone que: "entretanto se establece el orden constitucional en la República, los gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer, en los respectivos Códigos Civiles, las modificaciones necesarias, a fin de que esta ley pueda tener aplicación."¹³⁷

Tres años después la ley sobre relaciones familiares, también expedida por Venustiano Carranza, modera los preceptos de la ley de 1914 y limitó sus alcances.

¹³⁶Ley del Divorcio Vincular de 29/Dic/1914,
Edit. Fondo de Cultura Económica. México 1914.

En "Planes Políticos y Otros Documentos"

GONZALEZ Ramirez, Manuel. 1956

¹³⁷IDEM.

Esta Ley de 1917 se asemeja en la causales a el Código de 1884, más en esta ley son causal de divorcio vincular.¹³⁸

5.- REGULACION DEL DIVORCIO EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE.

El Código civil para el Distrito Federal, vigente desde el 2 de Octubre de 1932, regula el divorcio en los artículos 266 al 291 inclusive.

Podemos dividir los diferentes divorcios que admite la legislación civil mexicana según diversos criterios: a).- Desde el punto de vista de la autoridad ante la cual se tramitan puede haber divorcio judicial o divorcio administrativo, b).-Desde el punto de vista de las causas que lo originan puede haber divorcio necesario o divorcio voluntario.¹³⁹

¹³⁸MONTERO Duhalt, Sara. Op. Cit.p.212

¹³⁹PACHECO Escobedo, Alberto. Op. Cit. p. 158

No obstante que ya se permite el divorcio vincular se sigue permitiendo el divorcio separación, que consiste en el derecho de los cónyuges de concluir la cohabitación con el otro, con la autorización judicial y sin romper el vínculo matrimonial. Persisten en esta situación los demás deberes derivados del matrimonio tales como fidelidad, alimentos, etc.

Sólo existen dos causales para este tipo de divorcio-separación y son las señaladas en las fracciones VI y VII del artículo 267, también conocidas doctrinalmente como "causas eugenésicas" y, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 267, el divorcio separación no puede pedirse por mutuo consentimiento ni por ninguna otra causal distinta de las dos mencionadas anteriormente.

Las consecuencias jurídicas que produce el divorcio-separación son:

a) Extingue el deber de cohabitación y el débito conyugal.

b) Persisten los demás derechos y deberes del matrimonio.

c) Custodia de los hijos por el cónyuge sano.

En cuanto al divorcio vincular el Código Civil y el de Procedimientos Civiles establecen tres clases:

a) El Divorcio ante el oficial del Registro Civil.- Que sólo puede llevarse a cabo cuando los esposos son mayores de edad, no tienen hijos y de común acuerdo han liquidado la sociedad conyugal si bajo este régimen se casaron.¹⁴⁰

b) El Divorcio Judicial denominado voluntario.- Que es procedente cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges y habiendo procreado hijos, están de acuerdo en disolver el vínculo conyugal y para ello celebran un convenio que someten a la aprobación de un juez de 1ª instancia, todo en los términos que previenen los Artículos 634 al 682 del Código de

¹⁴⁰ Cfrr. Arts. 273 al 276 del C.C.

Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y 272 último párrafo, 273 al 276 del C.C.

c) El divorcio contencioso necesario.- Que puede pedirse por el cónyuge inocente cuando el otro ha cometido uno de los hechos que enuncian los Artículos 267 y 268 del Código Civil y que se consideran como causas de divorcio. 141

Las causales de divorcio según el Artículo 267 del Código Civil son:¹⁴²

1.- Adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

2.- El hecho de que la mujer de a luz a un hijo concebido antes del matrimonio y que sea desconocido legalmente por su marido.

¹⁴¹PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México, Edit. Porrúa. México 1981. p. 37

¹⁴² Cfrr. Art. 267 del C.C.

- 3.- La propuesta del marido de prostituir a su mujer.
- 4.- La incitación o la violencia para cometer un delito hecha por un cónyuge al otro.
- 5.- Los actos inmorales con respecto a los hijos.
- 6.- Ciertas enfermedades lesivas para la salud del cónyuge sano o de los hijos y la impotencia sobrevenida.
- 7.- La enajenación mental incurable.
- 8.- La separación injustificada del hogar conyugal por más de 6 meses.
- 9.- La separación con causa justa si se prolonga por más de un año, sin demandar el que abandona el divorcio.
- 10.- La declaración de ausencia o la presunción de muerte.

- 11.- La sevicia, las amenazas y las injurias graves.
- 12.- El incumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio.
- 13.- La acusación calumniosa de delito penado con más de 2 años de prisión.
- 14.- La comisión de un delito infamante con penalidad mayor de 2 años de prisión.
- 15.- El juego, la embriaguez o la drogadicción.
- 16.- Cometer contra el cónyuge, un delito que no tenga una penalidad superior a un año.
- 17.- El mutuo consentimiento.
- 18.- 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 artículo 268 señala la última causa de divorcio necesario: la demanda de nulidad o de divorcio que no fue probada y/o el desistimiento de la demanda.¹⁴³

El divorcio necesario se ventila en los juzgados familiares y en la vía ordinaria civil. Sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a él y dentro de los seis meses siguientes al día en que haya tenido noticias de los hechos en que se funde la demanda.¹⁴⁴

6.- MEDIDAS CAUTELARES:

Una vez admitida la demanda de divorcio el juez procederá a la separación de los cónyuges y asegurará los alimentos que debe dar el deudor al cónyuge acreedor y a los hijos. Dictará todas las medidas necesarias para que los cónyuges no puedan causarse daño en sus bienes propios o en los de la comunidad.

¹⁴³ Cfrr. Art. 268 del C.C.

¹⁴⁴ Cfrr. Art. 278 del C.C.

Si la mujer estuviera encinta dictará todas las medidas necesarias para asegurar los alimentos de la madre y del hijo cuando naciere y aquellas requeridas para evitar la suposición del parto y, pondrá a los hijos bajo el cuidado de la persona que hubieran designado de común acuerdo los cónyuges o bien de la persona que designe el actor en el juicio^{145,146} salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de 7 años deberán quedar al cuidado de la madre.¹⁴⁷

La reconciliación o la renuncia de los derechos hecha por el inocente, obligando al otro a reunirse con él (ella) ponen fin al litigio de divorcio siempre que fueren hechos antes de pronunciada la sentencia y de que ésta haya causado ejecutoria. Los hechos que originaron esa demanda no podrán ser invocados en un nuevo juicio.¹⁴⁸ También pone fin al Juicio de divorcio la muerte de uno de los cónyuges.

¹⁴⁵ Cfrr. Arts. 282 y 1639 del C.C. y 680 del C.P.C.

¹⁴⁶ PEREZ Duarte, Alicia Elena. Op. Cit. p.42

¹⁴⁷ Cfrr. Art. 282 último párrafo.

¹⁴⁸ Cfrr. Art. 280 y 281 del C.C.

En la sentencia, el juez deberá resolver la situación de los hijos y cuenta para ello con las facultades necesarias. Así pues, deberá obtener los elementos de juicio suficientes para atender al mejor interés de los mismos; en todo caso, tanto el padre como la madre continuarán teniendo las mismas obligaciones para con sus hijos, aunque pierdan la patria potestad y el juez, antes de resolver definitivamente sobre este asunto, tomará las medidas necesarias que considere benéficas para los hijos a petición de los abuelos, tíos y hermanos mayores, pudiendo modificar su decisión si el caso lo amerita.¹⁴⁹

7.-EFECTOS PATRIMONIALES.

Los efectos patrimoniales más importantes del divorcio son que el culpable, cuando lo hay, pierde lo "dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste."¹⁵⁰ debe liquidarse la sociedad conyugal si la había¹⁵¹ y

¹⁴⁹ Cfrr. Arts. 283, 284 y 285 del C.C.

¹⁵⁰ Cfrr. Art. 286 del C.C.

¹⁵¹ Cfrr. Art. 197 del C.C.

en los casos de divorcios voluntarios la mujer tendrá derecho a una pensión por un tiempo igual a la duración del matrimonio mientras permanezca divorciada.¹⁵²

Estas pensiones derivadas del divorcio no son realmente pensiones de alimentos, pues se deben independientemente de la necesidad del acreedor o de la posibilidad del deudor; se deben pues, por la sentencia y, en el caso de divorcio con causa, más parece una indemnización a cargo del culpable. En los casos de divorcio voluntario no puede decretarse una pensión a favor¹⁵³ del esposo a menos que se encuentre en estado de necesidad.

En virtud del divorcio, los cónyuges recobrarán su entera capacidad para contraer nuevo matrimonio¹⁵³ estableciéndose una serie de limitaciones temporales a ésta "entera capacidad".¹⁵⁴

¹⁵² Cfrr. Art. 288 del C.C.

¹⁵³ Cfrr. Art. 289 del C.C.

¹⁵⁴ PACHECO Escobedo, Alberto. Op. Cit. p. 163

CAPITULO III

EL DERECHO DE VISITA

EL DERECHO DE VISITA

- 1.- Concepto del Derecho de Visita.
- 2.- Clasificación y Naturaleza Jurídica del Derecho de Visita.
- 3.- Objeto del Derecho de Visita.
- 4.- Titulares del Derecho de Visita.
 - I.- Los Progenitores con ocasión de la crisis matrimonial.
 - II.- Derecho de Visita del hijo Extramatrimonial.
 - III.- Otros parientes y allegados como Titulares del Derecho de Visita.
 - IV.-El menor como posible Titular del Derecho de Visita.
- 5.-Contenido del Derecho de Visita.

I.- CONCEPTO DEL DERECHO DE VISITA

Podemos pensar como primera aproximación de lo que es el Derecho de Visita como "Ese Derecho o Facultad, protegida por la norma jurídica, de relacionarse entre sí ciertas personas, unidas por lazos familiares o afectivos, en situaciones marginales de la familia, bien por crisis del matrimonio, por tensiones o malos entendimientos entre los miembros de aquélla, o cuando no pueden desarrollarse de forma normal, tales relaciones por culpa de la crisis que impide la convivencia o de ese mal entendimiento y tensiones aludidas".¹⁵⁵

De esta anterior definición, podemos ver que el objetivo del derecho de visita es el de lograr que los seres humanos sigan teniendo relaciones pese a las crisis, malos entendimientos y tensiones, que puedan darse en el seno familiar y destruyan esta Institución llegando a desarrollarse

¹⁵⁵RIVERA Hernandez, Francisco, El Derecho de Visita, Teoría y praxis, Ed. Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España, 1982, p.33

normalmente y reintegrando ese orden a la sociedad, evitando así nuevas crisis en las generaciones siguientes.

También podemos observar, según Rafael Ruiz de la Cuesta, que la facultad o el poder comunicarse, ver a los hijos, convivir con ellos y en general relacionarse con los menores por alguno de los padres permanece, independientemente de una situación matrimonial, a los derechos y deberes derivados de la patria potestad.

En el caso de separación matrimonial en ese sentido amplio y aunque se acuerde la privación a uno de los progenitores del ejercicio de la mencionada patria potestad, cabe que el juzgador determine la facultad de visitar a los menores por el padre apartado de ellos, debiendo siempre tomar en cuenta que lo que debe prevalecer es el bienestar de los hijos aún por encima del de los padres.¹⁵⁶

¹⁵⁶Ruiz de la Cuesta, Rafael. Paxis Judicial de la facultad y Régimen de Visitas. Ed. EUNSA 1982, p. 262, Pamplona, España.

Hay algunos autores como es el caso de José Ramón San Román, que denominan a este derecho como "Derecho de Relación" o de "Comunicación", definiéndolo como "Aquel Derecho que corresponde al padre o a la madre para comunicarse y relacionarse con aquellos de sus hijos no emancipados o Incapacitados que, por una resolución Judicial o por la situación matrimonial de hecho, han sido confiados a la custodia, cuidados y potestad del otro cónyuge y por extensión, a otros parientes en determinadas circunstancias. Y como quiera que este derecho, al igual que los restantes derechos personales, familiares son tanto derecho como obligación, siendo inter dependientes, recíproca y en cierta manera correlativos, en igual medida corresponde a los hijos menores no emancipados o incapacitados para comunicarse con aquel de sus progenitores con el que no convive por motivos de crisis matrimonial, ya sea de hecho, ya sea haya planteado judicialmente. ¹⁵⁷

El Derecho de Visita, debe entender el concepto literal de visita o visita estrictu sensu, esto es, aquellas veces que el

¹⁵⁷SANDOVAL, José Ramón., Op.Cit. p.284

progenitor que vive separado del menor acude al hogar de este último a entrevistarse con él, platicar y convivir.

Además de las Visitas Stricto Sensu, debe de contener el derecho a la comunicación siendo esto la posibilidad de utilizar los medios adecuados son el teléfono, cartas, telegramas o mensajes dados por terceros.

Es importante resaltar que dentro del derecho de visita se debe contar con la facultad de tener a los menores en compañía del progenitor separado tratando de buscar relaciones de carácter más estable y total que se permiten mediante la estancia y convivencia del progenitor con sus hijos durante algún tiempo periódicamente. ¹⁵⁸

Una vez entendido, qué debe comprender el Derecho de Visita, analizaremos las tres situaciones distintas de la cuales puede provenir, siendo estas:

¹⁵⁸ RUIZ de la Cuesta Rafael. Op Cit. p.287

- a) Situaciones de Crisis Matrimonial.
- b) Paternidades Extra matrimoniales.
- c) Otros Parentescos.

a) Situaciones de Crisis Matrimoniales. - El Derecho de Visita nace como posibilidad de relacionarse los hijos con los padres, o viceversa cuando, por alguna situación como la separación de hecho, la separación acordada, la separación durante el trámite de un proceso judicial, la nulidad, el divorcio y la suspensión, pérdida o privación de la patria potestad respecto del hijo, se rompe la convivencia o el matrimonio, apareciendo entonces, la necesidad de esa mencionada relación a fin de lograr el sano desarrollo del menor en sus aspectos emocionales y afectivos y no interrumpir o bloquear la vocación de padre o madre, logrando así que, aunque sea sólo en apariencia o en determinados efectos, se continúe con una vida social y familiar.

b) Paternidades Extra matrimoniales. - Esto se refiere a los casos en que los hijos nacen fuera de la institución legal del matrimonio, pero que en ningún momento se duda respecto a la paternidad, o sea, que ésta ha quedado acreditada

Jurídicamente; pero refiriéndose entonces, a progenitores que no viven juntos y en donde el menor está bajo la guarda o custodia de uno solo de ellos y es el otro, quién va a ejercitar el derecho de visita.

c) Otros Parentescos: Esto se refiere a que el origen del Derecho de Visita son las relaciones que se dan entre el menor con otros pariente y allegados, como pueden ser en su caso los abuelos, tíos, hermanos, familiares, amigos íntimos, padrinos, los padres naturales del hijo, adoptado, etc.

2.-CLASIFICACION Y NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE VISITA.

El Derecho de Visita se inscribe entre los derechos personales, familiares y aún dentro de esta clasificación dentro de los que constituyen el haz de las relaciones paterno filiales.¹⁵⁹

¹⁵⁹ IDEM. p. 285

Al mismo tiempo, se llega a definir como un derecho de naturaleza o contenido puramente afectivo que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar ese fin.¹⁶⁰

Habitualmente se ha enmarcado su ejercicio dentro del derecho a la intimidad, que es más amplio en extensión y contenido, fundándose generalmente en una previa relación jurídica familiar entre el visitante y el visitado, o sea, entre los sujetos activo y pasivo del derecho.¹⁶¹

Las visitas de padres alejados de sus hijos son por un lado, una facultad que puede comprender la patria potestad, y en otros casos una facultad derivada de los lazos afectivos del menor con otras personas que no ejercen dicho derecho. Por otro lado, debe ser considerado constituyendo un régimen distinto en cuanto al contenido del mismo.

¹⁶⁰García Cantero, Gabriel. Entorno al Derecho de Visita, Ed. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. España, 1982. p. 247.

¹⁶¹IDEM. p.248

Es una facultad, si entendemos ésta por contraposición al "Derecho Subjetivo", ya que la misma debe entenderse como "la posibilidad de actuar que se concede a una persona por formar parte del contenido de una relación jurídica¹⁶², en cuyo concepto cabe destacar que la "facultad jurídica", aún de contenido de actuación libre, concedida y garantizada por el derecho, carece de independencia por estar siempre basada y unida a una relación jurídica del tipo padre - hijo y menor - familiar.¹⁶³

La visita es facultad, pues depende siempre de la relación jurídica paterno filial o familiar, y sólo puede ser ejercitada si el juez, encargado de la causa, discrecionalmente la concede, determinando también su contenido.

La visita se establece como un régimen, en cuanto a su contenido tiene carácter normativo para la situación jurídica

¹⁶²Ruiz de la Cuesta, Rafael. Op. Cit. p. 264

¹⁶³Ibid. p.265

concreta a que se refiere, ya que debe abordar toda la gama de supuestos (modo, forma, lugar y tiempo) en que se produce.¹⁶⁴

Es importante destacar que al considerar el Derecho de Visita como un derecho afectivo, lo que se permite a su titular, es manifestar sus sentimientos hacia su padre - hijo o familiar, según sea el caso, utilizando los medios necesarios tanto legales como materiales para alcanzar tal fin y quedando, como se mencionó anteriormente, dentro de los derechos a la intimidad que son más amplios en extensión y contenido que el simple ejercicio de la patria potestad.¹⁶⁵

3.- OBJETO.

El derecho de visita tiene por objeto el conjunto de relaciones varias que se dan entre los seres humanos y en este caso en específico entre los menores de edad o los incapacitados con sus progenitores y parientes y que comprende desde la visita estricto sensu, hasta la convivencia por periodos.

¹⁶⁴Ibid. p.266

¹⁶⁵Ibid. p.267

La finalidad que persigue este derecho es el fomentar y favorecer las relaciones humanas y la corriente afectiva entre los sujetos activos y pasivos del derecho, los cuales se encuentran separados por alguna de las causas citadas en el punto número uno de este capítulo.

Podemos decir que en última instancia lo que se busca es que no se agraven, para los sujetos involucrados en este tipo de crisis y sobre todo para el menor, las secuelas de esas separaciones y conflictos familiares de los que no es culpable y sí siempre, primera víctima directa o indirecta.

La razón de este derecho es que no se afecte y ampute el cariño, contacto, relación y comunicación, aunque sea de forma periódica con personas que le son muy próximas tanto humana como afectivamente y que por pleitos o conflictos de sus progenitores les separen de aquellas personas.

Esta figura o derecho no tiene otro objeto, no busca otros fines, no concede otros derechos o prerrogativas sobre el menor; no permite dirigir su vida ni gobernarlo o manejarlo o

tomar decisión alguna sobre su presente y su futuro sino que, lo que se busca en última instancia es que un padre no se convierta en un extraño para su hijo al cabo del paso del tiempo y ambos pueden disfrutarse al margen y por encima de aquellas querellas familiares disgregadoras.

Concluimos así que el objeto del derecho de visita son las relaciones humanas y afectivas entre dos seres humanos, una de ellas un menor y la otra generalmente su progenitor o su familiar, que sin que implique un derecho que afecte la patria potestad, sino la complementa y facilite el mejor desarrollo emocional de las personas involucradas que se ven en la necesidad de hacer uso de este derecho por razones de crisis y conflicto que les impide llevar una adecuada vida familiar.

4.- TITULARES DEL DERECHO DE VISITA.

El Derecho de Visita, por su propia naturaleza es un derecho que sólo pueden reivindicar y ejecutar determinadas personas como titulares del mismo.

De conformidad a lo expuesto dentro de este mismo capítulo en lo referente a las tres situaciones que pueden originar la existencia de este mencionado derecho podemos encontrar que los posibles titulares son:

I.- Los Progenitores con ocasión de la crisis matrimonial

II Los Progenitores de hijos extra matrimoniales

III Otros parientes y allegados;

I.- Los Progenitores con ocasión de la crisis matrimonial.

Cuando se dan la serie de conflictos que ponen en peligro la estabilidad familiar o bien provocan la disolución del vínculo matrimonial y ocasionan que los cónyuges vivan separados, provocan que el menor quede bajo la guardia y custodia de uno solo de ellos, es entonces que el otro aspira a continuar su trato y relaciones con dicho menor a fin de seguir siendo y representando el papel de padre o madre que tiene.

Es claro que tal padre es el sujeto activo principal, pero también lo es el padre al que queda confiada la guarda y custodia del hijo cuando debe ejercitarse su facultad de contra visita, esto es, cuando el menor esté conviviendo en periodos largos con el otro cónyuge.¹⁶⁶

Cabe destacar que existen varios supuestos que pueden dar origen a la existencia de este derecho. En tal virtud tenemos algunas situaciones que merecen una pequeña mención especial sin que esto signifique que con los aquí mencionados se agota toda la gama de supuestos posibles. Así tenemos:

a) Separación provisional de los cónyuges.- Este supuesto se refiere a la etapa y la duración de un proceso de nulidad o separación matrimonial. En nuestra legislación las fracciones II y IV del Art. 282 del Código Civil para el D.F. establecen que el admitirse la demanda de divorcio o antes si

¹⁶⁶Ruiz de la Cuesta, Rafael. Op. Cit. p. 267

hubiera urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

Fracción II... procede a la separación de los cónyuges de conformidad con el Código de procedimientos civiles.

Fracción IV... "Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pide el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fija el Código respectivo resolverá la conducente.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.¹⁶⁷

¹⁶⁷Cfrr. Art. 282 del C.C.

El Código de procedimientos referido, dispone en su Art. 213 "El juez determinará la situación de los hijos menores atendiendo las circunstancias del caso tomando en cuenta las obligaciones señaladas en el Art. 165 (relativo a los alimentos) del Código Civil, las propuestas de los cónyuges si las hubiera y lo dispuesto por la fracción VI del Art. 282 del mismo Código".¹⁶⁸

El artículo 214 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone que "La inconformidad de alguno de los cónyuges sobre la resolución o disposiciones decretadas, se tramitará en los términos del Art. 942 sin ulterior recurso."¹⁶⁹

El mencionado Art. 942 hace referencia a que 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 surgen entre marido y mujer, sobre la

¹⁶⁸Cfrr. Art. 213 del C.P.C.

¹⁶⁹Cfrr. Art. 214 del C.P.C.

administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención judicial.¹⁷⁰

Así entonces, observamos que una vez admitida la demanda se adoptarán las medidas necesarias a fin de determinar, en interés de los hijos, con cual de los cónyuges han de quedar los que se encuentran sujetos a la patria potestad de ambos y, es también en ese momento en que se debe establecer el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía el otro cónyuge.

En situaciones de esta índole, en principio no hay duda alguna sobre el derecho que tienen los progenitores a ver y comunicarse con sus hijos cuya guarda no les ha sido asignada salvo que, como se desprende de los artículos anteriormente citados, existan circunstancias graves y justificadas que provoquen que pueda ser denegado o restringido aquel derecho.

¹⁷⁰Cfrr. Art. 942 del C.P.C.

Salvo tales casos, el juez no puede negar tal derecho de visita y relaciones aunque en ninguno de los artículos mencionados se nombra así o se haga referencia alguna al mismo.

Este derecho de visita es ajeno a la patria potestad pues no se funda en estos casos en ella; ya que se confiere con independencia de a quién corresponda ésta.¹⁷¹ Es decir, ambos padres mantienen la patria potestad de sus menores hijos durante todo el tiempo que dure el proceso, pero al mismo tiempo se crea, en virtud de la separación existente, el derecho de seguir relacionándose los menores con su progenitor separado.

b) El Derecho de Visita en los casos de Nulidad del Matrimonio, Separación Judicialmente Declarada y Divorcio.-

En lo referente a este tipo de situaciones, resulta indudable que el ejercicio del derecho de visita en su totalidad

¹⁷¹RIVERO Hernandez, Francisco. El Derecho de Visita. Op.Cit. p.59

corresponde en todo caso a aquel de los esposos que, por sentencia firme, se hubiera visto privado de la convivencia estable o de la patria potestad sobre los hijos; distinguimos entre convivencia y patria potestad, porque ya se ha visto que en ocasiones alguno de los progenitores puede perder la patria potestad, pero ello no implica que pierda automáticamente el afecto o amor por sus hijos y por ende, el derecho a relacionarse con ellos y ejercer así el derecho de visita. 172

En el caso de la nulidad del matrimonio, es lógico pensar que los padres tienen ese derecho de manera natural, máxima que los hijos no tienen culpa alguna de tal situación y son tan beneficiarios y están tan necesitados o más que sus progenitores de seguir viéndose con éstos y mantener el calor de un afecto que está por encima de nulidades jurídicas.

Es importante resaltar que nuestra legislación civil en el art. 255 establece que el matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en

¹⁷²San Román, José Ramón. Op. Cit. p. 296

favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante el 1° y el 300° día después de la declaración de nulidad, si no se hubieran separado los consortes o desde su separación, en caso contrario.¹⁷³ En tal virtud, tras la nulidad del matrimonio, subsisten para los excónyuges los mismos deberes y derechos respecto de sus hijos, entre los cuales puede incluirse éste de seguir relacionándose con ellos. Si tienen que separarse de alguno de sus progenitores es porque éstos ya no pueden convivir juntos y los hijos tienen que ir con uno o con otro, pero pervive su relación paterno-filial y sobre todo, la misma realidad biológica subyacente y los mismos afectos.¹⁷⁴

Para mayor abundamiento, hacemos referencia a lo dispuesto por el art. 259 del citado ordenamiento jurídico que establece: "Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos

¹⁷³Cfrr. Art. 255 del C.C.

¹⁷⁴RIVERO Hernandez, Francisco. El Derecho de Visita. Op.Cit. p.61

del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo a las circunstancias del caso".¹⁷⁵

Como pueden existir circunstancias que hagan variar lo resuelto por el juez, el Art. 260 faculta al juez para que en todo tiempo pueda modificar dichas determinaciones, atento a las nuevas circunstancias y a lo dispuesto en los Artículos 422, 423 y 444 Fracción III del ordenamiento legal citado.

Para el caso de la separación judicialmente decretada y del divorcio, si bien es cierto que nuestro Código civil no habla nada respecto a este derecho, cabría reproducir lo dicho respecto a la nulidad.

Ahora bien, el Art. 273 del Código Civil establece qué requisitos debe contener el proyecto de convenio de divorcio por mutuo consentimiento y el art. 275 de mismo ordenamiento habla de la obligación del juez de tomar las medidas necesarias para asegurar la subsistencia y guarda de los hijos mientras se

¹⁷⁵Cfrr. Art. 259 del C.C.

sigue el juicio de divorcio. Por tanto, si el juez para la tramitación puede dictar este tipo de medidas, sin duda y con mayor razón procederá a reconocer esas situaciones y ese derecho de visita regulándolo cuando dicte la sentencia firme de separación.¹⁷⁶

Es claro que el hecho de que existan desavenencias entre los cónyuges no implica necesariamente la pérdida del afecto paterno filial y el juez no debe, en ningún momento, privar a los progenitores de la facultad de relacionarse con sus hijos ya que puede suceder que en ocasiones se lleguen a acrecentar las uniones entre estos aún al estar separados, tal vez como refugio de cariño y comprensión hacia los restos de lo que fue una familia. Por lo anterior, es 100% necesario que el derecho de visita sea regulado claramente en la sentencia de divorcio, de separación o de nulidad de una manera justa y en beneficio de ambas partes de la mencionada relación, siempre mirando como norte al mayor beneficio de los hijos que constituía y constituye el interés familiar más digno de protección y solicitud.

¹⁷⁶Puig Brautan, F. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV-1, p. 207. Barcelona, 1967

c) Separación de hecho de alguno de los cónyuges.-

Si hasta el momento parecía relativamente natural el no negar el derecho de visita y relaciones a uno de los progenitores cuando la separación tiene todavía algo de legal y jurídico, aquel derecho encuentra mayores obstáculos para ser reconocido a uno de los cónyuges en el caso de separación de hecho y que, sin ~~llegar a valorar positiva o negativamente la misma~~, la doctrina moderna ha reconocido que existe como realidad social innegable y hace clara distinción entre la separación de hecho provocada unilateralmente por un cónyuge y la separación convencional o acordada entre los mismos con o sin pactos por escrito¹⁷⁷

De lo anteriormente señalado, desprendemos que sería injusto negarle a uno de los cónyuges separado de común acuerdo o en forma unilateral, que continúe viendo y manteniendo amplias relaciones con sus hijos que han quedado de hecho, bajo la guarda y custodia del otro. El hecho de que dos

¹⁷⁷RIVERO Hernandez, Francisco. El Derecho de Visita. Op.Cit. p.64

personas se den cuenta de que no pueden vivir juntos, no implica necesariamente que dejen de quererse o dejen de querer a sus hijos; tampoco implica el querer dejar de cumplir con sus obligaciones como padre o madre.¹⁷⁸

II.-El Derecho de visita a el hijo extramatrimonial.

Nos referimos en este apartado al derecho que tienen los padres de hijos nacidos fuera del matrimonio, pudiendo suceder que sean hijos de dos personas que simple y llanamente no están casados o bien, ser hijos de una persona casada con otra diferente a su cónyuge (anteriormente llamados adulterinos).

Tanto el padre como la madre tienen derecho a relacionarse con sus hijos menores aunque no exista la patria potestad. Este derecho sin embargo tiene que matizarse, puesto que no es lo mismo ejercitar el derecho de visita cuando el hijo es extra matrimonial pero no está dentro del seno de otra familia que cuando sí lo está.

¹⁷⁸La Cruz Berdejo, José Luis. Derecho de Familia. Tomo I. p. 88 España, 1978.

En los casos en los que sí lo está, habría que distinguir si ese menor se presume hijo legítimo de la familia en la cual ha nacido o bien, fue declarado ilegítimo a través de una sentencia judicial.

En los casos en que se sepa que es un hijo ilegítimo, pero que no ha sido declarado en tal sentido mediante sentencia judicial, sería del todo impensable que se quiera ejercer el derecho de visita por parte del padre natural ya que nuestra legislación civil en su art. 324 establece presunciones respecto a la filiación de los hijos. Contra esas presunciones, no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento. Esto es, el hijo que nace dentro del seno de una familia se presumirá hijo de ésta salvo que el marido lo desconozca y que se declare tal situación a través de sentencia; por tanto, aunque sea para todo mundo sabido que el hijo no es del esposo de la mujer, el padre natural no podrá ejercer el derecho de visita si no hay un desconocimiento por parte del cónyuge de la mujer y una sentencia que así lo declare.

No sucede igual cuando ya existe esa declaración judicial; en este caso el padre natural podrá válidamente hacer efectivo el derecho de visita y con ello no se estaría faltando ni a la moral ni a la ley, ya que el presunto padre legal ha desconocido a el menor.

Cuando el menor no forma parte de otra familia sino que sus progenitores son personas sin vínculo previo, pero que no han querido contraer matrimonio entre ellos, el ejercicio de ese derecho es mucho más fácil puesto que la madre o el padre, dependiendo con quien esté el menor, no podrá oponerse justamente a tal ejercicio .

III. Otros parientes y allegados como titulares del derecho de visita.

Es fácil entender la existencia del derecho de visita cuando los que pretenden hacerlo valer son los que ejercen la patria potestad, pero puede suceder que el menor, así como alguna otra persona diferente a las antes mencionadas necesiten

o quieran seguirse relacionando entre sí, pudiendo incluir entonces como titulares de este Derecho, a los abuelos, hermanos, tíos; allegados familiares, etc., ya que de lo contrario, el no definirlos como posibles titulares pudiera traer consigo muchísimos problemas de Interpretación en la práctica.¹⁷⁹

Dada la corriente de mutuo afecto que puede existir entre tales personas y el menor sería Inhumano, en el caso de que el progenitor que tiene la patria potestad y por lo tanto el derecho de visita en primer plano se ausente, fallezca o se desentienda del menor, que se privará a aquellos de continuar con el régimen de visitas.

Es fácil comprender el porqué de la existencia de este derecho, ya que en la vida del menor existen otras personas con las cuales se relaciona o puede relacionarse que van ayudar a su formación y que pese a las crisis matrimoniales de sus padres seguirán queriéndolo.

¹⁷⁹RUIZ de la Cuesta, Rafael. Op. Cit. p.267

Es importante resaltar que en el caso de los allegados o amigos familiares, cabría decirse que debe tratarse de personas que han demostrado un gran afecto por el menor y que el ejercicio del derecho de visita puede ser benéfico para el niño. Así podemos pensar en los padrinos, nodrizas, sacerdotes o amigos íntimos de la familia. Es el juez y sólo él, el que valorando las situaciones concretas debe conceder o denegar tal derecho a estas personas.¹⁸⁰

En razón de que en nuestra legislación civil los padres naturales de un menor adoptado por otros conservan obligaciones como la de dar alimentos en caso de necesidad, es también pensable que en un momento dado, estos padres naturales tengan derecho a relacionarse con su hijo puesto que pueden reproducirse aquí para los padres por naturaleza, las mismas razones que hay para conceder el derecho de visita a todo padre respecto de su hijo que queda con el otro cónyuge en caso de separación; lo anterior puesto que sigue siendo hijo

¹⁸⁰RUIZ Hernández, Francisco. Op. Cit. p. 85

suyo en el más amplio sentido el que ha dado en adopción a un tercero aunque haya perdido la patria potestad.

Es más, para mayor abundamiento cabría considerar a los padres naturales dentro del rubro que citamos anteriormente, esto es, como el de allegados a el menor o la familia titulares del derecho de visita.

El Artículo 403 del Código Civil vigente establece: "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerán por ambos cónyuges".¹⁸¹

El anterior artículo en forma específica, establece que el derecho que en un momento dado tienen los padres de visitar a sus hijos se mantendría vigente aún cuando el menor sea adoptado por personas distintas.

¹⁸¹Cff. Art. 403 del C.C.

IV. El menor como posible titular del derecho de visita.

El menor es el primer interesado en las visitas y relaciones en cuanto a destinatario y protagonista del afecto que se pretende fomentar y proteger con ellas. Su interés es quizá el más relevante, el que se impondrá en caso de conflicto hasta el punto tal que puede llegar a constituir incluso el límite mismo del propio derecho de visita.¹⁸²

No obstante, en la legislación vigente no se reconoce al menor en forma expresa el derecho "natural" de relacionarse con sus padres y de poder llegar a exigir legalmente a los mismos el cumplimiento de esa obligación.

Podemos considerar que existe para el menor un derecho de idéntica naturaleza, fundamento y alcance, estando al mismo nivel que los padres o parientes de visitar a éstos o

¹⁸²Ibid. p. 86

exigir que le visiten; así, "el derecho compete tanto al cónyuge separado como a los hijos, sin que para estos exista ningún tipo de restricción. Si a los padres se les permite juntarse con sus hijos, a éstos se les da ocasión de convivir con sus hermanos emergiendo una vez más la idea de la familia y de la convivencia familiar".¹⁸³

5.- CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA

El contenido de un derecho es el ámbito de actuación que se concede al sujeto respecto del objeto de aquél, o dicho en otros términos, el poder o conjunto de poderes reconocidos al titular para satisfacción de los intereses jurídicos que el Derecho pretende proteger.¹⁸⁴

En este sentido, podemos observar que el derecho de visita debe ser establecido por el juez y en él se deben incluir todas aquellas posibilidades que la vida familiar y social, tan

¹⁸³Mendez, Ramón. Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Barcelona, España. 1974 p. 178 Ed. EUNSA.

¹⁸⁴RIVERO Hernandez, Francisco. Op. Cit.p.264

dinámica como particularizada en cada caso concreto, puede ofrecer a quienes están llamados a actuar y vivir ese derecho.¹⁸⁵ En tal sentido, dentro del contenido normativo que sobre el régimen de visita establece el juez debe comprenderse el modo, tiempo y forma del ejercicio .

Es claro que la ley no puede ni debe establecer un tipo normativo del contenido de visita para todos o gran número de casos y por ello debe dejar su determinación al criterio discrecional del juez o al acuerdo de los progenitores sancionado por la autoridad. ¹⁸⁶

Podemos decir que por definición y finalidad a que sirve, el objeto del derecho de visita versa sobre una serie de relaciones personales, entre su titular y el menor, y se traduce y ejercita por cuantas medidas puedan proporcionárseles.

¹⁸⁵SAN ROMAN, Juan Ramón, Op.Cit. p. 288

¹⁸⁶RUIZ de la Cuesta Rafael, Op. Cit. p. 264

Su contenido en sentido jurídico consiste precisamente en la posibilidad de obtener las facultades de exigir aquellas relaciones a través de los medios o modalidades pertinentes.

Claro está, que el mencionado contenido en un momento dado dependerá en cada caso de las peculiaridades de padres e hijos y de otras circunstancias que concurran en él, como pueden ser: el lugar de habitación de los titulares del derecho y el menor, religión, trabajo, etc. No obstante, como en muchas ocasiones no podrán ofrecer al Juzgador los criterios diferenciales del caso concreto, o este puede llegar a coincidir dentro de una modalidad de tipos, con otros muchos casos similares, el juez "a priori" deberá tener un criterio más o menos formado (por él) sobre el régimen necesario.¹⁸⁷

Debemos recordar que este derecho nació como la simple posibilidad del titular de ir a ver o visitar al menor en el domicilio de este, no obstante, se fue ampliando a la posibilidad de verse y reunirse unas horas "visitador y visitado" fuera del

¹⁸⁷IBID. p. 265

domicilio del guardador llegándose después a permitir formas de comunicación como las cartas, teléfono, noticias indirectas hasta llegar en un momento dado, a conceder a el titular de este derecho el poder reunirse con el menor durante varios días y alojarlo en su propio domicilio.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos que consagran este derecho lo concretan en tres formas de presentación:

- a) La visita "stricto sensu",**
- b) Derecho de Comunicación Indirecta o de correspondencia y teléfono y;**
- c) La convivencia o albergue del menor en casa del titular.**

a) Visitas en Sentido Estricto.-

La visita stricto sensu en casa del titular de la guarda del menor es la expresión mínima de aquel derecho a relacionarse con el mismo. Conlleva por otra parte no pocas dificultades prácticas más que jurídicas porque esas visitas impuestas las más

de las veces por el juez se sitúan en un clima conflictual que el recurrir a los tribunales no hace más que agravar.

En cuanto a la duración o frecuencia y el lugar de visita, refiriéndonos a si debe ser en la casa del titular de la guarda o en algún lugar en donde éste, se vea obligado a llevar y presentar al menor, queda a la discreción del juez según las circunstancias del caso, pudiendo en un momento dado autorizarse al visitador a prohibir la presencia de testigos, incluyendo al padre o la madre que lo tenga en su custodia salvo que esto sea necesario por alguna razón en especial, o bien exigir la presencia de un tercero (como puede ser un pariente o trabajador social) durante el tiempo que dure la visita.

b) Comunicación Vía Teléfono o Correspondencia.-

Es considerada como una prerrogativa ordinaria del visitador o beneficiario, en cuanto en una forma de relacionarse con el menor el comunicarse las partes de este derecho a través de cartas, teléfono o de forma indirecta.

En principio la correspondencia puede intercambiarse de cualquier forma, esto es, valiéndose de cualquier medio de comunicación al alcance y es obvio suponer que debe llevar implícito el secreto de la misma, que debe ser respetado por el titular del derecho de guarda o patria potestad; en consecuencia y salvo situación excepcional o circunstancias graves, éste último no podrá atribuirse el derecho de control de aquella correspondencia y menos interceptar el teléfono o las cartas, puesto que no se debe olvidar que el ejercicio del derecho de visita viene a ser en muchas ocasiones, una limitación o restricción de la patria potestad.¹⁸⁸

Puede ocurrir que en algunos casos este derecho de correspondencia se refiera a que el titular del mismo reciba noticias del menor de quien tiene la guarda en forma directa, o a través de otras personas cuando por ejemplo el menor sea de muy corta edad y por tanto no pueda mantener personalmente tal correspondencia; o bien, en los casos de menores que viven

¹⁸⁸RIVERO Hernandez, Francisco. Op. Cit. p. 101

en el extranjero, dificultandose así que se pueda ejercitar por quien tiene derecho a ello en forma típica o normal.

c) Convivencia o Estancias del Menor en Casa del Beneficiario.-

Se puede considerar a este tipo de visita como la forma más completa de dar satisfacción al derecho de relacionarse menor y beneficiario.

Es además la mejor forma de superar las dificultades y restricciones propias de la visita simple "stricto sensu", por cuanto que el contacto y comunicación que proporcionan estas últimas, además de insuficientes, suele ser incómodo para todos.¹⁸⁹

Si bien es cierto que las estancias prolongadas permiten profundizar en las relaciones entre el beneficiario del derecho de visita y el menor, ello obliga a manejar este tipo de

¹⁸⁹Ibid. p. 102

relaciones con particular cuidado, ya que el menor por decirlo así, sale del campo de vigilancia o control de quién lo tiene en custodia y volverá a éste, dependiendo de lo largo del período de visita, en visitador del menor en el domicilio del titular originario del derecho.

Cuestión de gran trascendencia y que genera un gran número de conflictos es la relativa al tiempo y duración de las estancias del menor.

En tal sentido pueden existir estancias de fin de semana, vacacionales de Navidad y verano, etc.

Es recomendable en un momento dado, que las partes se pongan de acuerdo o sean obligadas por el juez a tener una rotatividad en los períodos especiales de convivencia como pueden ser las épocas vacacionales.¹⁹⁰

¹⁹⁰RUIZ de la Cuesta, Rafael, Op. Cit. 266

Cabe resaltar que el uso y frecuencia de ésta forma de relación, dependerá en la práctica de variables jurídicas y de la vida real como pueden ser el parentesco que une al titular con el menor, circunstancias de edad, distancia entre la residencia habitual de uno y de otro, posibilidades materiales de albergue, posibilidades económicas, etc.

En todo caso, es el juzgador auxiliado por los titulares de los derechos de visita, de guarda y custodia así como de cualquier otra persona que pueda darle luz sobre la situación determinada, quien señalará el modo, forma, lugar y duración que tendrán estas estancias así como las cuestiones de entrega, gastos que se hagan, etc.; aunado a las limitaciones que en un momento dado puedan llegar a significar problemas o desacuerdos que pongan en peligro el ejercicio de este derecho.

CAPITULO IV.

**PROPUESTAS EN TORNO
AL
DERECHO DE VISITA.**

PROPUESTAS EN TORNO AL DERECHO DE VISITA

- 1.- Introducción.
- 2.- Omisiones del Derecho de Visita en la legislación mexicana.
- 3.- Propuestas de modificaciones y nuevos artículos a la legislación Civil vigente, para el establecimiento, defensa y reglamentación del Derecho de Visita.
- 4.- El establecimiento del Régimen de Visita.
 - a) Fijación del Derecho de Visita a través de Resolución Judicial.
 - b) El Convenio entre las partes como posible forma de determinación del Régimen de Visita.
Elementos que debe contener.
 - c) Intervención de los hijos en la determinación del Derecho y Régimen de Visita.

5.-Sobre la modificación del régimen, cómo se debe comparecer, quien puede mejorarlo y sugerencias para mejor proveer.

A) Procedimiento Actual.

b) Procedimiento Propuesto.

1.- INTRODUCCION.-

En el desarrollo del presente trabajo se ha tratado el tema del matrimonio. Esta Institución genera gran cantidad de Derechos y obligaciones entre los cónyuges y entre padres e hijos.

Una de las Instituciones que se originan del matrimonio cuando existen descendientes es la filiación y con ella la patria potestad.

En una relación matrimonial o familiar normal, la patria potestad se ejerce en forma conjunta por ambos padres y las relaciones con sus hijos se dan de manera natural y día a día.

Del mismo modo las relaciones con los abuelos, hermanos, tíos y amigos o allegados generalmente ocurren dentro de la misma familia y sin mayor problema.

Si bien este tipo de relaciones se dan generalmente en todas las familias, desgraciadamente existen crisis dentro de la vida familiar que en ocasiones la llegan a desintegrar totalmente.

Aunado a estas crisis, existen ocasiones en que por disposiciones o prohibiciones legales del matrimonio esta institución se nulifica o es declarada inexistente y por tanto, se separan los integrantes de la familia quedando los hijos al cuidado de alguno de los progenitores y siendo necesario que el otro progenitor, familiares y amigos se comuniquen y convivan con ellos en forma periódica o mediante convivencias temporales, esto es haciendo uso del "Derecho de Visita", derecho el cual tratamos en el capítulo 3° de éste trabajo en donde mencionámos el objeto, contenido, titulares y forma de protección, suspensión y extinción del mismo.

Acorde a todo esto, es necesario estudiar las disposiciones legales existentes y proponer sus posibles cambios, adiciones y actualización, a fin de poder garantizar y facilitar el ejercicio de este derecho.

Con el fin de poder seguir un orden lógico, trataremos de apegarnos a el orden numérico que tienen los artículos de nuestra legislación Civil vigente mencionando, como se encuentra actualmente la disposición legal y posteriormente la propuesta de modificación.

En algunas ocasiones cuando así se amerite, se dará una explicación de tales modificaciones, sus ventajas y garantías.

2.- OMISIONES DEL DERECHO DE VISITA EN LA LEGISLACION MEXICANA .

Dentro del capítulo III del Código Civil, denominado comúnmente "De los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio", encontramos disposiciones tendientes a solucionar los problemas que se originan en la vida familiar o matrimonial. Así tenemos que el artículo 168 del C.C. establece: " El marido y la mujer tendrán en su hogar, autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación del manejo de

los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar revolverá lo conducente".¹⁹¹

Considero que este artículo debe incluir dentro de su redacción un párrafo más que diga: "Cuando los cónyuges estén separados judicialmente o de hecho, se deberán regir o estar a lo dispuesto, en lo que se refiere a la formación y educación de los hijos así como a la administración de los bienes que a estos pertenezcan, a lo pactado en el convenio celebrado por las partes y/o la sentencia judicial que decreta tal separación.

La razón de esta modificación propuesta estriba en que como se ha dicho, pueden darse desavenencias entre los cónyuges sin que esto implique necesariamente la disolución del vínculo matrimonial y la pérdida de la patria potestad, por lo tanto, se intenta resaltar la facultad que tiene el cónyuge separado por mandato judicial o por una situación de hecho en la cual las partes han llegado a un acuerdo relativo a la forma de

¹⁹¹CCfr. art. 168 del C.C.

seguir cumpliendo con sus obligaciones y seguir gozando de sus derechos estando así al pendiente de la educación y formación de sus hijos y la administración de los bienes de éstos.

Dentro del capítulo IX "De los matrimonios nulos e ilícitos", es importante resaltar que en el artículo 255 se establece que si un matrimonio es contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo producirá todos sus efectos en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y 300 días después de la declaración de nulidad si no se hubieran separado los consortes, o bien desde su separación en caso contrario.¹⁹²

Este artículo es muy importante puesto que si la ley establece que los hijos de un matrimonio declarado nulo gozarán de todos los derechos civiles que tienen los hijos de matrimonios totalmente válidos, es lógico entender que los padres tendrán por esa simple razón, el derecho a la patria potestad y a decidir sobre su formación, educación, así como a la administración de

¹⁹² Cfrr. Art. 255 del C.C.

los bienes y a continuar con sus relaciones personales para el caso de que estos se encuentren separados.

El artículo 256 refuerza lo dicho en el párrafo anterior al establecer que si el matrimonio fue contraído de mala fe de parte de ambos cónyuges, el matrimonio producirá efectos civiles solamente respecto de los hijos. Esto es, aún en el caso de que los consortes hayan obrado de mala fe, los hijos siempre gozarán de la protección legal y por tanto del derecho a visitar o ser visitados por su progenitor separado.¹⁹³

Por su parte el artículo 258 establece: "Si la demanda de nulidad fuera entablada por uno sólo de los cónyuges, desde luego se dictarán las medidas provisionales que establece el artículo 282". A nuestro parecer este artículo debe mencionar que en la demanda al mismo tiempo de solicitar las medidas provisionales, se debe dar una propuesta respecto del régimen de visitas y comunicaciones que tendrá el cónyuge separado; quedando entonces:

¹⁹³Ccfr. Art. 256 del C.C.

"Si la demanda de nulidad fuera entablada por uno solo de los cónyuges, desde luego se dictarán las medidas provisionales que establece el artículo 282 disponiéndose claramente los derechos de visita y la forma en que el cónyuge o familiares separados mantendrán contacto y relaciones con los menores, según lo establecido en el artículo ____".

Con esta nueva redacción lo que se pretende es que queden a salvo las relaciones entre los familiares, amigos y el menor y que, no obstante que la demanda fue entablada por uno solo de los cónyuges, éste debe acompañar por lo menos, el proyecto de como va a dar cumplimiento a el Derecho de Visita del otro cónyuge. Lo anterior tiene como fin que cuando se dicte el auto donde se decreten las medidas provisionales establecidas en el artículo 282, se establezca claramente el o los regímenes de visita que se generen.

El artículo 259 del C.C. establece: "Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los

hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo a las circunstancias del caso."¹⁹⁴

Del mismo modo que en el artículo anterior, será recomendable que este artículo mencione que aquello que propondrán los progenitores al juez, no sólo sea la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos sino también respecto de las relaciones y la forma de llevarse éstas entre los hijos y el padre o la madre separados. Así mismo, si bien el juez resolverá a su criterio de acuerdo a las circunstancias del caso, deberá tomar en cuenta si los cónyuges llegaron a celebrar o no algún convenio y lo ratificaron ante la autoridad así como cualquier aportación o prueba que puedan dar las personas que en un momento dado llegen a tener interés en seguirse relacionando con el menor.

En tal sentido, cabría proponer como una posible nueva redacción la siguiente: "Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y

¹⁹⁴Ccfr. Art. 259 del C.C.

términos del cuidado y la custodia de los menores así como la forma en que se ejercerán las visitas a estos por parte del progenitor separado, familiares o amigos y allegados. El juez resolverá a su criterio tomando en cuenta lo pactado entre las partes, los informes de quienes pudieran tener interés y las circunstancias propias del caso.

Una vez que la sentencia de nulidad cause ejecutoria y que el padre y la madre propusieron la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos así como el régimen de visita mencionado y que ésta situación fue resuelta a criterio del juez, éste en todo tiempo, puede modificar tal determinación atentos a las nuevas circunstancias y a lo dispuesto en los artículos 422, 423 y 444 fracción III."

En el capítulo X del título V del Libro III se establece en el artículo 273 el procedimiento del Divorcio Voluntario. En este se dispone que los cónyuges que convengan en divorciarse por mutuo consentimiento, sean mayores de edad y tengan hijos, podrán recurrir al juez competente debiendo presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

-Designación de persona a quien se han confiado los hijos del matrimonio tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

-La casa que sirva de habitación a cada uno de los cónyuges y la cantidad que a título de alimentos debe pagar un cónyuge a otro.

-La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento de la liquidación de la misma.¹⁹⁵

Este tipo de divorcio no puede pedirse si no pasado un año de la celebración del matrimonio; mientras que se decreta el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, a quienes haya obligación de dar alimentos.

Es importante señalar que cuando dicten las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos, se regulen,

¹⁹⁵Ccfr. Art. 273 del C.C.

protejan y establezcan la forma, tiempo y medio en que el menor estará en comunicación con sus familiares o amigos. Esto es, que se defina perfectamente el Derecho de Visita .

De lo anterior concluimos entonces que el artículo 275 del Código Civil, debería decir: "Mientras que se decrete el divorcio, el juez autorizará la separación de los cónyuges de una manera provisional y dictará las medidas necesarias para asegurar la subsistencia de los hijos a quienes haya obligación de dar alimentos, así como las medidas necesarias para establecer y garantizar el régimen de visitas a los menores.

Además del procedimiento señalado tenemos como otro tipo de divorcio "El Divorcio Necesario", que es solicitado o demandado por uno de los cónyuges.

El artículo 282 establece cuales son las medidas provisionales que se deberán dictar al admitirse la demanda. La fracción II establece: "Proceder a la separación de los cónyuges...." y la fracción VI: " Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los

cónyuges pudiendo ser uno de estos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pide 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 grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre".

Al observar estas disposiciones que son las que regulan el cuidado y atención de los hijos, nos podemos dar cuenta de que en ningún momento se hace mención al derecho de visita, comunicación o relación entre el menor y el cónyuge que es separado del domicilio familiar.

Siendo así que en una situación de tal trascendencia, se está totalmente ignorando el bienestar del menor ya que si bien es cierto que son disposiciones relativas al cuidado y alimentos que se deben dar a los hijos, se olvida que para el crecimiento

integral y armónico de un niño es necesario que el mismo tenga un desarrollo económico, físico y afectivo simultáneo.

Por lo anterior habría que revisar los artículos referentes a las medidas provisionales en caso de separación de personas a fin de garantizar correctamente tal desarrollo.

Es por tal razón que sugiero que a el artículo 282 se le añada una fracción, la cual establecerá: "V.-Establecer claramente las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el cónyuge separado o los familiares del menor podrán tener acceso a éste, visitarlo en el domicilio del guardador o tener estancias con él según sean las circunstancias de cada caso."

Si bien es cierto que aparentemente el artículo 283 del C.C. establece que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos,¹⁹⁶ para lo cual el Juez gozará de las más altas facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad o su pérdida y limitación según

¹⁹⁶Ccfr. Art. 283 del C.C.

sea el caso y, en especial a la custodia y al cuidado de los hijos debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello, debiendo el Juez observar las normas del Código para los fines de llamar al ejercicio de la Patria Potestad a quién legalmente tenga derecho a ello en su caso o designar tutor, también es cierto que se refiere a la cuestión exclusivamente del ejercicio de la patria potestad y a la custodia y guarda de los hijos, pero no hace mención alguna al régimen de visitas ni dice que sucede cuando el que busca relacionarse con el menor no es el titular de la patria Potestad, como puede ser algún tío, hermano, amigo, etc.

Es plausible la disposición citada referente a la facultad que tiene el juez para resolver lo relativo a los menores obteniendo los elementos de juicio necesarios para ello. Esto, en virtud de que el juez debe siempre procurar en la medida de lo posible estar al pendiente de la situación de los menores y, si esta cambia y llega al conocimiento del juez, éste pueda tomar las disposiciones oportunas. De hecho, podemos afirmar que este artículo junto con el 422 del C.C. son los medios más efectivos para establecer alguna modificación, restricción o adición a lo

establecido respecto de los menores y sus guardadores o tenedores.

Si observamos el artículo 284 del C.C. parecería que a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores el Juez puede acordar cualquier medida que considere benéfica para los menores.¹⁹⁷ El juez podría modificar esta decisión atento a lo dispuesto por los artículos 422, 423 y 424 fracc. III del C.C... Pero si observamos a fondo, en la primera parte del citado artículo se dice que esto será "antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad", lo cual nos da a entender que la solicitud de los familiares o amigos así como la posibilidad de alguna modificación, solo esta referida a este derecho de Patria Potestad y a su régimen.

Ya dentro del título VI, en el capítulo segundo, observamos los artículos 303, 304 y 306 del C.C. los cuales establecen la obligación de dar alimentos entre padres e hijos y a falta de ellos los demás ascendientes o descendientes más

¹⁹⁷Ccfr. Art. 284 del C.C.

próximos en grado. Por esto es lógico pensar que si en un momento dado es obligación de tales parientes el dar alimentos, también sería justo el tener derecho a convivir, relacionarse y visitar en su caso, al acreedor alimenticio, máxime en los casos de crisis matrimonial.¹⁹⁸

A mayor abundamiento, podemos observar lo dispuesto por el artículo 285 del C.C. que dispone que "El padre y la madre aunque pierdan la Patria Potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos."¹⁹⁹

De esta forma, podemos llegar a ver que en el artículo 306 del C.C. los hermanos y demás parientes colaterales tienen obligación de dar alimentos mientras los menores llegan a los 18 años o mientras sean incapaces. Ahora bien, si de acuerdo al artículo 308 del C.C. los alimentos comprenden, comida, vestido, habitación y asistencia, y los gastos necesarios para la educación primaria y secundaria así como el proporcionarle algún oficio, arte o profesión honesta y adecuada a su sexo y circunstancias

¹⁹⁸Ccfr. Arts. 303, 304 y 306 del C.C.

¹⁹⁹Ccfr. Art. 285 del C.C.

personales,²⁰⁰ es decir dar los medios necesarios para su desarrollo personal, lógico es que ese desarrollo y circunstancias se reflejan también a lo afectivo por tanto, sería en un momento dado pensable que aquellos que tienen a su favor el derecho de visita puedan llegar a su vez a estar obligados a proporcionar alimentos en caso de necesidad, dando así una mayor protección a los acreedores alimentistas.

Para tal efecto propongo modificar los artículos 306 y 308 del Código Civil, quedando entonces de la siguiente manera:

Art. 306.- "Los hermanos y demás parientes colaterales a que se refiere el artículo anterior, así como aquellos que tienen en su favor el derecho de visita, tienen obligación de dar alimentos a los menores,..."

Art. 308.- "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los

²⁰⁰Ccfr. Arts. 306 y 308 del C.C.

gastos necesarios para la educación primaria y secundaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y de acuerdo a su sexo y circunstancias personales. Además en los casos de los menores o incapacitados, implican el auxilio y convivencia personal a fin de lograr un desarrollo emocional y personal integral."

Acordes a lo señalado por el art. 306 del C.C., sería necesario modificar el artículo 315 del citado ordenamiento jurídico, aumentando como sujetos con acción para pedir el aseguramiento de los alimentos a las personas que tienen a su favor el Derecho de Visita de algún menor o incapacitado,, quedando así:

"fracc. IV.- Aquel que tenga a su favor el Derecho de Visita del menor o Incapacitado."²⁰¹

Dentro del Capítulo IV del Título séptimo, observamos que, por el tipo de reconocimiento que se haga de los hijos se

²⁰¹Ccfr. Art. 315 del C.C.

puede requerir regular lo relativo a el Derecho de Visita; así dentro del tema del reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, los artículos 380 y 381 disponen:

Art. 380.- "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia y en caso de que no lo hicieran, el juez de lo familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor."

Art. 381.- " En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos ejercerá la custodia el 1° que hubiera reconocido, salvo que se conviniera otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de lo familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

Otra vez nuestra Legislación es omisa en la protección del Derecho de Visita, ya que si bien es cierto que habla de un

convenio respecto del ejercicio de la guarda y la custodia de los menores, no menciona para nada la facultad y necesidad de determinar las visitas , ni si éstas pueden ser hechas por otros parientes o amigos que no sean los padres que viven separados.

En tal sentido se propone una modificación o adición de dichos artículos para quedar de la siguiente forma:

Art. 380.- " Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia así como el régimen de visitas y convivencias por parte del otro o sus parientes; y en caso de que...".

Art. 381.- "En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiera reconocido, salvo que se conviniera otra cosa entre los padres, y siempre que el juez de lo familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público. En ambos casos, se debe especificar claramente el

Derecho de Visita que tiene el progenitor que no goza de la guarda, así como de los demás parientes y amigos, de relacionarse y convivir con el menor además de visitarlo en su domicilio".

Por otro lado, en el capítulo V del mismo título mencionado de nuestro Código Civil, encontramos el artículo 395 que dispone: "El que adopta tendrá respecto de la persona adoptada y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos.

El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción."²⁰²

En tal sentido, es lógico pensar que si los adoptantes pasan a ser padres para el menor y por tanto tienen los mismos derechos y obligaciones como si fueran sus padres naturales

²⁰²Ccfr. Art. 395 del C.C.

Incluyendo la patria Potestad, en caso de que existiera una crisis o separación en tal matrimonio, el adoptante que quedara sin la guarda y custodia del o los menores adoptados, tendrá derecho a visitarlos o comunicarse con ellos tal como lo haría su padre natural.

El Artículo 396 del C.C. refuerza esta idea al establecer que el adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.²⁰³

Así entonces tiene el pleno derecho a seguir relacionandose con su padre o madre adoptivo que este separado, derecho que estaría consagrado y protegido através de la figura Legal del " Derecho de visita ".

Cabría preguntarse qué disposiciones hay referidas a la relaciones que el adoptado pueda tener con sus progenitores o padres naturales y así encontramos el Artículo 403 que establece

²⁰³Ccfr. Art. 396 del C.C.

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

De este artículo podemos inferir que los padres naturales tienen en todo momento el derecho a seguir relacionándose con sus hijos sin que los adoptantes puedan oponerse sin justa causa al Derecho de Visita del que gozan.

Cabría destacar que si de todo lo mencionado se deduce que estamos pugnando porque amistades o allegados del menor tengan ese Derecho de visita, no creo que el límite que establece el Artículo 402 del Código Civil al decir que "Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado..."²⁰⁴ sea un impedimento para que los amigos o familiares del

²⁰⁴Ccfr. Art. 402 del C.C.

adoptante puedan gozar de las visitas y comunicaciones a que nos hemos referido.

En el Título Octavo, se habla de la Patria Potestad. El capítulo primero habla de los efectos de la misma respecto de la persona de los hijos; ahí encontramos el Artículo 413 que a la letra dice: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley y Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal."²⁰⁵

Es importante observar que en el citado artículo se habla de la guarda y educación de los menores, sujetándolas a resoluciones que se dicten por el Juez de acuerdo a una Ley de carácter penal. Así entonces podemos ver que la obligación de guardar, cuidar y educar a los hijos puede llegar, a estar sujeta a

²⁰⁵Cofr. Art. 413 del C.C.

modalidades plasmadas en una resolución judicial cuando el ejercicio natural se ve violentado por circunstancias especiales.

Cabría adicionar este artículo mencionado en lo referente a que en el que el ejercicio de la patria potestad queda sujeto en las modalidades propias de las resoluciones donde se fijará "la guarda, custodia, visitas y educación de los menores".

El Artículo 417 del C.C. refiere los casos en que los padres del hijo nacido fuera de matrimonio y que viven juntos se separen estableciendo que ambos continuarán ejerciendo la Patria Potestad. En caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el Juez continuará ejerciendola teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.²⁰⁶

Este artículo debería de incluir en su redacción, la mención del derecho de visita que se origina debido a esa separación, quedando entonces:

²⁰⁶Ccfr. Art. 417 del C.C.

"Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que viven juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este particular, el progenitor que designe el Juez teniendo siempre en cuenta los intereses del menor y las circunstancias del caso, debiendo acordarse lo relativo a la determinación del Régimen de Visitas."

Son importantes los artículos 422, 423 y 424 del C.C.. El primero de éstos menciona que a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.²⁰⁷

Cuando llegue a conocimiento de los "Consejos Locales de Tutela" que las personas de quien se trata no cumplen con esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponde. Considero que este tipo de acciones bien podría aplicarse al ejercicio del derecho de visita. Así entonces,

²⁰⁷Ccfr. Art. 422 del C.C.

cuando llega a conocimiento de los consejos locales de Tutela o al Ministerio Público en forma directa que no se está cumpliendo o permitiendo cumplir con el derecho de visita, éste último promoverá lo conducente.

El Artículo 423 del ordenamiento Civil menciona las facultades que tienen las que ejercen la patria potestad de corregir a los menores y la obligación correlativa de observar una conducta que sirva de buen ejemplo e éstos.²⁰⁸

Las autoridades en caso necesario, podrían auxiliar a los que ejerzan la Patria Potestad haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente. En este sentido, se podría entender que los que ejercen el Derecho de Visita deben también observar una conducta que sirva de ejemplo a los menores visitados.

Así mismo, las autoridades en caso necesario, deberán auxiliar a las personas titulares del Derecho de Visita haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el

²⁰⁸Ccfr. Art. 423 del C.C.

apoyo suficiente para asegurar y posibilitar el ejercicio del mencionado derecho cuando tal ejercicio se vea obstaculizado de algún modo.

Por su parte, el Artículo 424 dispone: "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho. En caso de irracional disenso resolverá el Juez".²⁰⁹

Creo que un cambio muy importante dentro de nuestra legislación en aras de proteger las relaciones del menor con su otro progenitor y familiares o allegados, debe de ser la posibilidad de que el menor pueda comparecer a juicio por derecho propio sin necesidad de que cuente con el consentimiento expreso de quien ejerce la patria potestad, ya que en un momento dado el actuar del menor puede ir en contra de la voluntad o los intereses de esta persona. También es necesario evitar que cuando exista el mencionado "irracional

²⁰⁹Ccfr. Art. 424 del C.C.

disenso", el menor o quien se vea afectado en el ejercicio del derecho de visita, estén sujetos a trámites complicados y engorrosos. Por lo anterior considero que basta con un simple escrito presentado por estas personas ante el Juez haciéndole saber tales situaciones o necesidades sin que sea necesario entonces algún requisito que pueda obstaculizar la defensa pretendida.

Así mismo podría en un momento dado aceptarse la ausencia del mencionado escrito si la comunicación se realiza compareciendo al local del juzgado.

Por lo expuesto se puede proponer que el Artículo 424 quede:

"El que está sujeto a la Patria Potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho, salvo que se trate de actos o acciones tendientes a establecer o proteger el derecho de visita. En caso de irracional disenso resolverá el Juez".

Dentro del Capítulo II de este mismo título encontramos el Artículo 427 que establece " La persona que ejerza la Patria Potestad representará también a los hijos en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la Ley lo requiera expresamente ".²¹⁰

Siguiendo en la idea expresada anteriormente relativa a que en un momento dado los menores pueden llegar a tener intereses opuestos a su progenitor que tiene la custodia y guarda en cuanto a los Derechos de Visita por parte de algún familiar o amigo, cabría hacer la aclaración de que en éstos casos el menor no necesita ser representado en juicio por quien ejerce la patria potestad o que lo tiene en su guarda. Entendemos que para este tema será muy difícil que llegue a existir un total acuerdo y por ende consentimiento entre los consortes, por lo cual se sugiere que el Artículo 427 diga: "Las personas que ejercen la Patria Potestad representarían también a los hijos en juicio salvo que se trate en cuestiones relativas al derecho de visita para las cuales

²¹⁰Ccfr. Art. 427 del C.C.

los hijos serán representados por sí mismos, por el Ministerio Público o por la persona que el menor y el Juez designe para tal efecto. En los demás casos quien ejerce la Patria Potestad representando al menor en juicio no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la Ley así lo requiera."

Cabe hacer notar que tratándose de cuestiones relativas al Derecho de Visita, el juicio terminará ya sea por sentencia que dicte el Juez o bien por convenio entre los progenitores separados.

Reforzando ésta idea, encontramos el Artículo 440 que establece que "En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el Juez para cada caso."²¹¹

²¹¹Ccfr. Art. 440 del C.C.

Es importante resaltar que la diferencia que existe en los artículos 410 y 440 propuestos, estriba en la posibilidad de que entrándose del Derecho de Visita el menor, dependiendo de su edad, pueda actuar por sí mismo en el juicio o nombrar a personas que lo hagan por él, siendo entonces obligación del juez subsanar las posibles deficiencias que pudiera llegar a tener el menor.

3.- PROPUESTAS DE NUEVOS ARTICULOS EN LA LEGISLACION CIVIL VIGENTE PARA EL ESTABLECIMIENTO, DEFENSA Y REGLAMENTACION DEL DERECHO DE VISITA.

Una vez que se han analizado las disposiciones legales actuales y se han propuesto algunas modificaciones en las mismas, sugeriré posibles artículos que faciliten la comprensión y regulación de la institución tema de esta tesis.

En lo relativo a la Patria Potestad sería conveniente incluir algunas modificaciones; para tal efecto se sugiere que dentro del

título Octavo del libro Primero, relativo a las personas de nuestro Código Civil vigente, se amplíe en un capítulo más en donde se mencionen las disposiciones relativas al derecho de visita.

Quedando entonces así:

TITULO OCTAVO

CAPITULO IV.

Del derecho de visita.

1.- "El Derecho de visita es la facultad que tienen los progenitores, abuelos, familiares, padres naturales, así como los allegados o íntimos amigos de relacionarse y convivir con un menor que se encuentre o no bajo su Patria Potestad y que por alguna razón o circunstancia no se encuentra sujeto a su guarda o custodia."

2.-" El Drecho de Visita consiste en:

I.- Comunicaciones escritas o telefónicas entre el menor y el beneficiario del derecho.

II.- Informes por terceras personas referentes al menor o al beneficiario.

III.- En visitas que haga el beneficiario al menor en el domicilio del guardador.

IV.- Convivencia o estancias del menor en casa del beneficiario."

3.- "El padre y la madre, aunque no ejerzan la Patria Potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores."

4.- "Durante el matrimonio o concluido este, los que ejercen la Patria Potestad y/o la guarda del menor, no pueden, en contra del interés de los menores, prohibir sin motivos legítimos, el ejercicio del Derecho de Visita por quienes cuenten con tal facultad. Si hay desacuerdo, corresponderá al Juez decidir sobre las modalidades de esas visitas o estancias, considerando las situaciones del caso.

Cuentan con tal facultad los abuelos, tíos, hermanos y demás familiares, los padres naturales, los que tengan la obligación de dar alimentos, etc., siendo este listado enunciativo más no limitativo. Excepcionalmente, el Tribunal puede conceder el Derecho de Visita a otras personas ajenas a la familia. Las relaciones con quienes reclamen este derecho deberán ser de beneficio o conveniencia para el menor o incapacitado."

5.- "En caso de muerte de alguno de los cónyuges, el esposo sobreviviente, investido de la Patria Potestad sobre los hijos menores del matrimonio, no puede, sin motivo legítimo, negar a los ascendentes o familiares del cónyuge premuerto el derecho de congenerar con sus nietos, padrinos, primos tíos, etc., relaciones consistentes en visitas y estancias; si hay desacuerdo, el Juez decidirá sobre las modalidades de esas relaciones previendo las medidas propias para salvaguardar el interés de los hijos y las prerrogativas de la Patria Potestad."

6.- "El Juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el cónyuge apartado de los hijos o la persona que ejercita el

Derecho de Visita podrá visitar y comunicarse con los menores e incapaces, así como tenerlos en su compañía. Este derecho podrá limitarse o suspenderse si se incumpliere grave o reiteradamente con los deberes impuestos por la resolución judicial, la obligación de alimentos o si se dieran circunstancias graves que así lo aconsejen. Las partes podrán celebrar convenios entre ellas a fin de determinar tiempo, forma, modo en que el padre o pariente alejado, o el ellegado podrá ver a los menores. Estos convenios deberán ser ratificados y sancionados ante el Juez."

7.- "El derecho de visita no es renunciabile ni prescriptible. Es nulo cualquier pacto en tal sentido."

8.- " El derecho de visita se suspende o limita por :

I.- La ausencia declarada en forma.

II.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión."

9.- "Son causales de suspensión o limitación del derecho de visita:

I.- Incumplimiento de los deberes impuestos por la resolución judicial.

II.- Circunstancias graves que pongan en peligro la seguridad física o emocional del menor.

III.- Llevar el visitador una vida y costumbres incompatibles con la presencia del menor.

IV.- No disponer el visitador de los medios económicos suficientes para cumplir con los deberes que las visitas implican.

V.- Cuando tal suspensión convenga para el mejor desarrollo físico, psicológico y emocional del menor.

VI.- Si el visitador se inmiscuye arbitraria y negativamente en la educación del niño o ejerce una influencia sobre éste contra su educador o guardador.

VII.- Por incumplimiento reiterado de las obligaciones alimenticias.

VIII.- Circunstancias o motivos particulares del caso que a juicio del juez así lo ameritan."

El derecho de visita no debe ser restringido o retirado sino cuando no es posible evitar de otra manera que el desarrollo del niño quede comprometido.

10.- "El derecho de visita puede suprimirse si el visitador realiza reiteradamente actos o conductas que hayan ameritado anteriormente la suspensión del derecho, así como por el incumplimiento constante y reiterado de las obligaciones alimenticias y las demás impuestas en la resolución judicial."

11.- "El derecho de visita se extingue por:

I.- Muerte del beneficiario, del menor o incapacitado.

II.- Concurrencia de la calidad de visitador y de guardador jurídico del menor.

III.- Terminación de la situación jurídica que dio lugar a este derecho.

IV.- Emancipación del menor.

V.- Alcanzar el menor la mayoría de edad o recuperar el incapaz su plena capacidad."

12.- "En casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o inexistencia del matrimonio, se deberá dar cumplimiento a las disposiciones relativas de los artículos, 262, 273 y 282 de este Código. " (Estos artículos de acuerdo a las propuestas de modificación señaladas).

4.- EL ESTABLECIMIENTO DEL REGIMEN DE VISITA.

Hemos estudiado en el transcurso de ésta tesis qué es el Derecho de Visita, quiénes son sus titulares, cuál es su objeto, etc.. Así mismo, hemos propuesto modificaciones a algunos artículos existentes de nuestra Legislación Civil y se ha sugerido también la creación de nuevas disposiciones legales que garanticen la eficaz determinación y ejercicio de tal derecho.

Se ha tratado de demostrar la importancia de la existencia del Derecho de Visita como el medio posible para continuar las relaciones paterno filiales o afectivas entre un menor sujeto a la Patria Potestad y su progenitor, pariente o íntimo allegado, que por alguna circunstancia no tiene la posibilidad de llevarlas a cabo dentro del seno familiar o de manera natural y espontánea.

He llegado a decir que el Derecho de Visita es un derecho limitativo del ejercicio absoluto de la Patria Potestad siguiendo las nuevas tendencias del derecho de las personas.

Al mismo tiempo he afirmado que se trata de un derecho colateral a dicha Patria Potestad ya que el Derecho de Visita no sólo existe entre las personas que no ejercen ese derecho de Potestad, sino que también se llega a dar la necesidad de tales visitas cuando sin limitar la Patria Potestad, dos personas que la ejercen se ven separadas por una situación jurídica o de hecho como podría ser la nulidad o inexistencia del matrimonio, la separación judicial o de hecho y el divorcio.

Corresponde ahora el momento de establecer cuál será la mecánica a seguir y los puntos a tomar en cuenta en la fijación y determinación de ese régimen de visitas, sea por parte de los interesados a través de un convenio, o bien por Sentencia Judicial.

Como hemos podido ver, el régimen del Derecho de Visita puede ser determinado a través de dos medios:

a).-FIJACION DEL DERECHO DE VISITA A TRAVES DE RESOLUCION JUDICIAL.

La resolución judicial estará basada en todo momento en los datos que las partes, el Ministerio Público o cualquier otro interesado aporten al Juez destacando que cada caso en particular tendrá características especiales que harán ese régimen distinto de cualquier otro.

El Juez puede valerse para dictar su determinación de cualquier medio de prueba o de conocimiento necesario a fin de

decidir con la mayor justicia y equidad posible.²¹² En tal sentido, podemos recomendar la asistencia de procuradores, trabajadores sociales, psicólogos, ministros del culto religioso que profese la familia, amistades o miembros destacados de la sociedad, a fin de que aporten datos u opiniones que auxilien al Juez en su determinación.

Es importante concientizar a la sociedad de la necesidad de formar a sus ciudadanos de manera integral; para lo cual son necesarias e imprescindibles las relaciones afectivas entre el menor y sus progenitores o familiares separados, que viven en una situación de crisis y que, al mismo tiempo, en tales relaciones se sigan principios válidos para toda la sociedad.

El menor ha sido afectado por una crisis matrimonial o familiar que lo obliga a expresar sus afectos de manera anormal, esto es fuera de la convivencia diaria y espontánea, viéndose sujeto a restricciones de modo, tiempo y lugar que pueden llegar a provocar reacciones negativas en su desarrollo. Por esto, al

²¹²Ccfr. Art. 278 del C.C.

destacar la función de médicos, trabajadores sociales o cualquier otra persona que pueda valorar o recomendar al Juez cuál debe ser el régimen más conveniente no sólo para los padres o beneficiarios del Derecho de Visita, sino ante todo para el menor, se hace uso de instrumentos o informes que velen por el mejor desarrollo infantil y social.

Es lógico suponer que debido a las cargas excesivas de trabajo que existen actualmente en los juzgados y a que la mayoría de las veces el Juez recibe información velada o manejada por los progenitores o interesados, éste muchas veces establece las obligaciones y derechos para con el menor de manera poco eficaz y no apegada totalmente a las verdaderas necesidades de las partes involucradas; además, se encuentra con gran dificultad para poder valorar situaciones especiales que lleguen a hacer necesaria la modificación o actualización del régimen de visitas.

Por tales motivos el auxilio de las personas interesadas y/o auxiliares ayudará al Juez a conocer de primera mano cuales son las verdaderas circunstancias del caso y por tanto poder decidir

el contenido del Derecho de Visita de una manera que satisfaga, en la medida de lo posible a todos los involucrados velando en primer término por el mejor desarrollo del menor.

Hay que hacer notar la dificultad que implica para el Juez el poder decidir con base en el sólo dicho de uno de los cónyuges que demanda la separación, mencionando la necesidad con o sin urgencia de que se dicten medidas provisionales mientras dure el Juicio, de hacerlo acertada y justamente.

De todo lo anterior se observa que en un momento dado al estar pidiendo medidas precautorias por uno solo de los cónyuges, se puede llegar a afectar gravemente la posibilidad de relacionarse libre y normalmente con los menores por el cónyuge al que se pide se le separe del hogar familiar, puesto que se llegan a tomar disposiciones sobre su persona y sus derechos sin haberlo oído previamente en juicio.

No obstante, este tipo de situaciones si bien son graves no son definitivas sino temporales y son en beneficio del mejor orden social, ya que llegará a pensar en dar oportunidad de

probar lo afirmado en la demanda en la que se solicitan las medidas precautorias, sería tanto como hacer un juicio dentro del juicio corriendo el riesgo de llegar a hacerse nugatoria la finalidad de la medida solicitada. Por lo tanto, lo verdaderamente trascendente será la determinación final en la que se resuelva de forma definitiva la situación que guardarán los cónyuges y los hijos en caso de separación.

Es importante además, resaltar que aunque se mencionó que se resuelve en forma definitiva la situación planteada siempre cabrá pensarse que al modificarse las circunstancias particulares del caso se podrá solicitar una modificación sustancial al régimen de visitas, siguiendo el procedimiento expuesto en el título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles para el D.F.

b) FIJACION DEL DERECHO DE VISITA POR CONVENIO ENTRE LAS PARTES.

De la misma manera que una Sentencia Ejecutoria establece el objeto y contenido del Derecho de Visita, las partes

pueden pactar entre ellas las formas en que se darán las comunicaciones con el menor. Si ese convenio es ratificado ante el juez, alcanzará el carácter de cosa juzgada obligatoria para las partes.

Manuel Borja Soriano nos dice en su libro *Teoría General de las Obligaciones* que "un convenio, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir modificar o extinguir obligaciones, pero que se llamará contrato a aquellos que producen o transfieren obligaciones y derechos."²¹³

Para los efectos de este tema, podemos considerar el Convenio regulador como "El acuerdo o propuesta de acuerdo, alcanzado por los consortes en crisis u ofrecido por uno al otro, tendiente a regular todas las cuestiones de la guarda, custodia y

²¹³BORJA Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa. 10ª edición. México 1985. p. 111

régimen de visitas, así como alguna otra cuestión periférica a los puros derechos y deberes conyugales. Este acuerdo también podrá ser alcanzado entre el guardador y el que pretenda gozar del Derecho de Visita".

En tal sentido, el sistema determinante del destino y domicillación de los hijos, así como las visitas por parte de quién se separa, en los casos de crisis matrimonial, (o bien cuando alguna de las personas ajenas a los cónyuges hace valer el derecho de visita), deberá someterse al siguiente orden de prelación:

- a) Lo acordado por los cónyuges y aprobado por el juez.
- b) Lo resuelto por el juez, en defecto del acuerdo regulador homologado por las partes.

Como podemos ver, el Código actual ha dejado de distinguir entre las edades o sexos de los hijos a los efectos de su guarda y eliminó también los problemas de buena o mala fe como fuente de sanción a los cónyuges. Pese a esto, no debemos olvidar que es desaconsejable separar a los niños menores de 7

años de sus madres, por la mejor aptitud de éstas para su cuidado²¹⁴ salvo que esto sea un peligro grave para el normal desarrollo de los hijos.²¹⁵

Tratándose del Régimen de Visita, podemos decir que cuanto más exacto y preciso sea al respecto el convenio regulador, menos probabilidades habrá de controversias o fricciones planteadas en el futuro entre las exconsortes o entre las personas separadas y los guardadores del menor o incapacitado.

Por ello, dentro del citado Convenio Regulador es recomendable y conveniente fijar los siguientes puntos:

1) visitas: días, horas y lugares de entrega y devolución de los hijos.

²¹⁴ENTRENA Klett, Carlos Ma. Matrimonio. Separación y Divorcio en la Legislación Actual. Ed. Aranzadi, 2ª edición Pamplona España, 1984 p. 561

²¹⁵ Cfr. Artículo 292 del C. C.

2) Comunicaciones telefónicas: su horario o número de ellas diario, semanal o mensualmente.

3) Comunicaciones por correspondencia: Obvio es que el padre o la madre que tenga la guarda no puede censurar la correspondencia cruzada entre el ascendiente ausente y el hijo pues equivaldría a violar la intimidad paterno-filial y podría traer consecuencias graves dentro de la presente situación como enfrentamientos interconyugales o situaciones de carácter penal.

4) Estancias: Entendemos bajo tal nombre las temporadas de convivencia entre el menor, hijo del matrimonio anulado, separado o divorciado y su progenitor ausente del domicilio familiar o bien del menor y la persona que pretende el Derecho de Visita; se trata, pues,, con ello de evitar la radical ruptura de la debida relación paterno-filial y/o afectiva. Normalmente se referirá a los periodos de vacaciones y a la determinación de con cuál de los padres o personas deben convivir los hijos en esas épocas.

Repetiendo lo antes dicho, cuánto más claro y preciso sea al respecto el convenio regulador, más beneficioso será para la paz ulterior de los exconsorte o sujetos de la relación guardador-visitante-visitado.

5) Cabría añadir un apartado de Modalidades, o Limitaciones a fin de lograr con el convenio, si no mejorar la situación de los padres, sí el no agravarla. En tal sentido se puede estipular por ejemplo: quién acompañe al cónyuge separado, quién no, qué lugares no son aptos para las visitas o estancias, actitudes que deben de tener para con el hijo los padres o vivtadores, temas en los que no es recomendable contradecir las indicaciones del otro progenitor o guardador, etc.

Esta misma estructura o requisitos del convenio que se utilizó tratándose del o los progenitores, es aplicable cuando se refiere al Derecho de Visita en que el titular es otro pariente o allegado.

C) INTERVENCION DE LOS HIJOS EN LA DETERMINACION DEL DERECHO DE VISITA.

Tanto en la determinación judicial del Régimen de Visita como en la redacción del convenio regulador, parece prudente que tanto los padres o el Juez tomen en cuenta el parecer de los hijos que disfruten del uso de la razón y siempre y cuando fuesen mayores de 12 años en lo referente a las convivencias, comunicaciones y visitas. No se debe olvidar que el hijo es el más afectado en las situaciones de crisis conyugal y que la adopción de medidas respecto a su destino, vacaciones, etc. sin oírle puede afectar a su personalidad y ser fuente de rebeldías o problemas incluso cuando tienen una edad en la que se auto califican como formados o independientes.²¹⁶

Cabe añadir que la vía del Convenio también es la mas apta para poder modificar el régimen existente de visitas, ya que son las partes y el menor quienes en un momento dado mejor se

²¹⁶ENTRENA, Carlos Ma. Op. Cit. p. 564

pueden dar cuenta de las carencias o necesidades del dicho régimen y proponer posibles soluciones.

Como único requisito se debe pedir la ratificación ante el Juzgador a fin de que él determine si es lo que más conviene al menor, si no hay cláusulas contrarias al Derecho, la moral o las buenas costumbres o bien le pueda hacer alguna modificación o adición que estime pertinente.

Aunado a los beneficios anteriormente mencionados, el convenio da una economía en tiempo solucionando así el grave problema que representa, en casos de urgencia, el tener que seguir el proceso judicial que el Código de Procedimientos Civiles establece en sus artículos 940 al 956.

5.- SOBRE LA MODIFICACION DEL REGIMEN DE VISITA, COMO SE DEBE COMPARECER, QUIEN PUEDE MEJORARLO Y SUGERENCIAS PARA MEJOR PROVEER.

Hemos estudiado que el Derecho de Visita puede ser establecido por Sentencia Judicial o Convenio de las partes. Así

mismo hemos visto que el régimen de visita variará dependiendo de las características particulares de cada caso.

Toca el turno de exponer cuáles son los procedimientos a seguir cuando solicitamos que el régimen de visitas establecido sea modificado.

Cabe señalar que las posibles causas que provocan la solicitud de modificación son una gama innumerable de casos, por lo que es lógico que el desarrollo del procedimiento variará en su curso más no en el fondo.

En la actualidad el Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal establece a partir del Artículo 940 el procedimiento a seguir cuando existen controversias de orden familiar.

Se pretende analizar las disposiciones actuales, sugerir cambios y mejorar y proponer nuevos procedimientos a fin de

dar garantía al ejercicio y disfrute del Derecho de Visita y otorgar una protección efectiva al menor, a su guardador o al visitador cuando así lo requiera.

A).- PROCEDIMIENTO ACTUAL.

Actualmente nuestro ordenamiento Jurídico Procesal establece el siguiente procedimiento:

El artículo 940 dispone que todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público.²¹⁷

El Artículo 941 determina que el Juez de lo familiar estará facultado

para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros.

²¹⁷Ccfr. Art. 940 del C.P.C.

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

En los mismos asuntos con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el Juez deberá exhortar a los interesados a lograr un advenimiento resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda acortarse la controversia o darse por terminada.²¹⁸

Por su parte el Artículo 942 menciona que no se requieren formalidades especiales para acudir al Juez de lo familiar cuando se solicite la declaración, preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo, así como el desconocimiento de una obligación. Esto tratándose de situaciones especiales entre las que encontramos las diferencias que surgen entre marido y mujer sobre la administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de mandos,

²¹⁸Ccfr. Art. 941 del C.P.C.

pudiendo ser esto tanto entre los padres como con los tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención Judicial.²¹⁹

Considero que estos tres artículos señalados son loables puesto que tienden en todo momento a no entorpecer la impartición de la justicia exigiendo formalidades innecesarias que puedan llegar a dilatar o hasta a evitar que se puedan hacer valer o ejercitar los derechos.

A partir de el artículo 943 del C.P.C. existe desacuerdo entre lo que establece el ordenamiento legal invocado y lo que propongo que pudiera llegarse a establecer a fin de dar una mayor celeridad y seguridad a las partes.

Actualmente el citado artículo 943 dispone que puede acudirse al juez de lo familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate.

²¹⁹Ccfr. Art. 942 del C.P.C.

Con las copias respectivas de esa comparecencia y de los documentos que en su caso se presenten se correrá traslado a la parte demandada, la que deberá comparecer en la misma forma en un término de nueve días. En tales comparecencias, las partes deberán llevar las pruebas respectivas; al ordenarse ese traslado, el juez deberá señalar día y hora para la celebración de la audiencia respectiva.

Será optativa para las partes acudir asesoradas y en este supuesto, los asesores necesariamente deberán ser licenciados en derecho, con cédula profesional. En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, se solicitará de inmediato los servicios de un defensor de oficio, el que deberá acudir, desde luego, a enterarse del asunto, disfrutando de un término que no podrá exceder de tres días para hacerlo por cuya razón se diferirá la audiencia en un término igual.²²⁰

El artículo 944 del multicitado ordenamiento Jurídico, establece que en la audiencia las partes aportarán las pruebas

²²⁰Ccfr. Art. 943 del C.P.C.

que así procedan y que hayan ofrecido sin más limitación que no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la ley.²²¹

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 945, la audiencia se practicará con o sin asistencia de las partes, el juez para resolver el problema que se le plantea, podrá cerciorarse personalmente o con el auxilio de trabajadores sociales de la veracidad de los hechos. Aquellos presentarán el informe correspondiente en la audiencia y podrán ser interrogados por el juez y por las partes.²²²

La valoración de las pruebas se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 402 de el mismo ordenamiento legal.

En el fallo se expresarán en todo caso los medios de prueba en que se haya fundado el juez para dictarlo.

El siguiente artículo señala que el juez y las partes podrán interrogar a los testigos con relación a los hechos controvertidos

²²¹Ccfr. Art. 944 del C.P.C.

²²²Ccfr. Art. 945 del C.P.C.

pudiéndose hacer todas las preguntas que juzguen procedentes con la sola limitación a que se refiere el citado artículo 944.²²³

El artículo 947 dispone que la audiencia se llevará a cabo dentro de los 30 días contados a partir del auto que ordene el traslado, en la inteligencia de que la demanda inicial deberá ser proveída dentro del término de tres días.²²⁴

Por su lado, el artículo 948 reglamenta que si por cualquier circunstancia la audiencia no puede celebrarse, esta se verificará dentro de los ocho días siguientes. Las partes deberán presentar a sus testigos y peritos. De manifestar bajo protesta de decir verdad no estar en aptitud de hacerlo, se impondrá al actuario del juzgado la obligación de citar a los primeros y hacer protestar su cargo a los segundos citándolos así mismo, para la audiencia respectiva, en la que deberán rendir su dictamen. Dicha citación se hará con el apercibimiento de arresto hasta de 36 horas de no asistir el testigo o el perito sin causa justificada y al oferente de la prueba de imponerle una multa hasta por el equivalente a 30

²²³Ccfr. Art. 946 del C.P.C.

²²⁴Ccfr. Art. 947 del C.P.C.

días de salario mínimo vigente en el D.F. para el caso de que el señalamiento del domicilio resultare inexacto o de comprobarse que se solicitó la prueba con el propósito de retardar el procedimiento sin perjuicio de que se denuncie la falsedad resultante. Las Partes en caso de que se ofrezca la prueba confesional, deberán ser citadas con el apercibimiento de ser declaradas confesas de las posiciones que se les articulen y sean calificadas de legales, a menos de que se acredite justa causa para no comparecer.²²⁵

El artículo 949 marca que la sentencia se pronunciará de manera breve y concisa en el mismo momento de la audiencia de ser así posible o dentro de los ocho días siguientes.²²⁶

El artículo 950 dispone que la sentencia pronunciada puede ser combatida mediante el recurso de Apelación que se interponga en la forma y términos previstos en el artículo 691 del citado ordenamiento Jurídico.²²⁷

²²⁵Ccfr. Art. 948 del C.P.C.

²²⁶Ccfr. Art. 949 del C.P.C.

²²⁷Ccfr. Art. 950 del C.P.C.

B).- PROCEDIMIENTO PROPUESTO:

A fin de dar una mayor agilidad a la exposición de este apartado, haré una relación de los artículos propuestos relativos a este tipo de controversias. Será el caso que algunos artículos quedarán exactamente como actualmente se encuentran en el Ordenamiento Jurídico, otros tendrán variaciones y se sugerirá que se adicionen algunos nuevos.

Para tales efectos, seguiré la misma disposición numérica que actualmente presenta el Código Procesal, más se insertarán los nuevos artículos propuestos por lo que el número que presenten variará con el procedimiento actual.

Artículo 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de Orden Público, por constituir aquella la base de la Integración de la sociedad.

Artículo 941.- El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia,

B).- PROCEDIMIENTO PROPUESTO:

A fin de dar una mayor agilidad a la exposición de este apartado, haré una relación de los artículos propuestos relativos a este tipo de controversias. Será el caso que algunos artículos quedarán exactamente como actualmente se encuentran en el Ordenamiento Jurídico, otros tendrán variaciones y se sugerirá que se adicione algunos nuevos.

Para tales efectos, seguiré la misma disposición numérica que actualmente presenta el Código Procesal, más se insertarán los nuevos artículos propuestos por lo que el número que presenten variará con el procedimiento actual.

Artículo 940.- Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de Orden Público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad.

Artículo 941.- El Juez de lo Familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia,

especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros.

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

En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento resolviendo así sus diferencias mediante convenio con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.

Artículo 942.- Las controversias a que se refiere este Título, comprenden cualquier solicitud de las partes en las que se pretendan discernir problemas o salvaguardar derechos de los padres, menores o titulares del derecho de visita, además de lo relativo a la guarda, custodia, alimentos y en general cualquier situación en la que se vea involucrada la familia como

Institución, así como la salvaguarda de su concepto, imagen e integridad.

• Artículo 943.- 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, del establecimiento del régimen de visita, o de las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre la administración de bienes comunes, educación de hijos, oposición de maridos, padres y tutores y en general todas las cuestiones familiares similares que reclamen la intervención Judicial.

Artículo 944.- Podrá acudirse al Juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia personal en los casos urgentes a que se refieren los dos artículos anteriores, exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate. Con las copias respectivas de esa comparecencia y de los documentos que en su caso se presenten se correrá traslado a la parte demandada, la

que deberá comparecer en la misma forma dentro del término de cinco días, apercibiendosele para el caso de no comparecer, que será tenida por contestada la demanda en sentido afirmativo y por perdido su derecho a ofrecer pruebas salvo las documentales. En tales comparecencias las partes deberán ofrecer las pruebas respectivas, nombrando peritos y testigos si fueren necesario.

Las partes podrán ofrecer y aportar las pruebas que así procedan y que hayan ofrecido, sin más limitación que no sean contrarias a la moral o esten prohibidas por la ley.

Artículo 945.- Las partes cuando consideren necesario o posiblemente necesario el perfeccionamiento de alguna prueba, la parte oferente desde su escrito inicial o de contestación, deberá ofrecer el medio de perfeccionamiento al momento de ofrecer tal prueba, aun en el caso de que la necesidad del perfeccionamiento dependa de un acontecimiento incierto.

Artículo 946.- Al ordenarse el traslado de la demanda, el juez deberá señalar día y hora para la celebración de la audiencia

respectiva, la cual deberá tener lugar dentro de los 20 días naturales contados apartir del día siguiente al del acuerdo de admisión de la demanda.

Artículo 947.- En la audiencia a que se refiere el artículo anterior, se desahogarán las pruebas que por su propia naturaleza no hayan sido ya desahogadas, se formularán alegatos y se resolverá en ese momento de forma definitiva.

Para el caso de que alguna de las partes o algun testigo no pudierá acudir de manera justificada al desahogo de la prueba confesional o testimonial, o bien sea necesario el perfeccionamiento de alguna prueba, el Juez bajo la más estricta responsabilidad, fijará por una sola vez nueva fecha y hora para que tenga verificativo la continuación de la audiencia. Este plazo nunca podrá ser mayor al de 10 días naturales.

Artículo 948.- Tratándose de alimentos, ya sean provisionales o los que se deban por contrato, por testamento o por disposición de la ley, el juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información que estime

necesaria, una pensión alimenticia provisional, mientras se resuelve el juicio.

Artículo 949.- La audiencia se practicará con o sin asistencia de las partes. El Juez para resolver el problema que se le plantea podrá cerciorarse personalmente o con el auxilio de procuradores, trabajadores sociales, psicólogos, ministros del culto religioso que profese la familia, amistades, miembros de la sociedad, el mismo menor cuando de él se trate el problema o cualesquiera otra forma, de la veracidad de los hechos y la necesidad de las medidas o modificaciones que se le solicitan. Estas personas presentarán el informe correspondiente en la audiencia, bajo pena de aplicarseles medidas de apremio o correccionales necesarias y podrán ser interrogados por el juez y por las partes pudiendo hacer todas las preguntas que juzgen procedentes con la sólo limitación de que no sean contrarias a la moral ni al derecho. Su valoración se hará conforme a lo dispuesto por el artículo 402 de este Código. En el fallo, se expresarán en todo caso los medios de prueba en que se haya fundado el Juez para dictarlo.

Artículo 950.- Las partes tendrán derecho a que en la audiencia a que se refiere el artículo 946 este presente su abogado patrono. Si una de las partes no acudiera acompañada de su abogado patrono y no renunciara expresamente a ese derecho, en ese momento se designará un defensor de oficio procediéndose al desahogo de la audiencia, pudiendo el juez otorgar un plazo hasta de 2 horas para que el defensor de oficio se imponga del expediente.

Artículo 951.- Podrán ser testigos cualquier persona de cualquier edad, que tenga conocimiento del hecho o situación que es controvertido. Sólo podrá tacharse a un testigo por:

- I.- Enemistad manifiesta y grave con la contraparte.
- II.- Haber sido condenado por falsedad en declaración ante autoridad judicial; y
- III.- Por retribución económica por la prestación del testimonio.

Artículo 952.- El Tribunal no citará testigos ni peritos, sólo elaborará los citatorios respectivos dejándolos a disposición de las partes. Es obligación expresa para las partes el presentar a sus

testigos o peritos apercibiéndoseles de que para el caso de que los mismos no se presentaran sin justa causa se declarará desierta dicha probanza, y apercibiéndose a los peritos o testigos de arresto de hasta 36 horas, por no comparecer sin causa justificada o no rendir en tiempo su peritaje y al promovente de la prueba, de imponerle una multa por el equivalente a 15 a 300 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal.

Dichas sanción será doble para el oferente de la prueba si se comprobare que se solicitó la prueba con el propósito de retardar el procedimiento.

Artículo 953.- No obstante lo dispuesto por el artículo anterior y sólo tratándose de Testigos o peritos hostiles a las partes, estas manifestarán las causas de por que consideran que tales personas son hostiles a la parte. El Juez bajo su más estricta responsabilidad, estudiará tales circunstancias y ordenara, en el caso de que lo determine procedente, la citación a través del Notificador del Juzgado de tales personas.

Para el caso de que se descubra que tal manifestación y solicitud fue con el único fin de alargar el procedimiento se impondrá al oferente de la prueba sanción consistente en arresto de 36 horas, además de la sanción establecida en el numeral inmediato anterior.

Contra la resolución del juez que no estime pertinente la citación del testigo hostil por parte del juzgado, no cabe otro recurso que el de Responsabilidad.

Artículo 954.- Para el caso de que se ofrecieren varios testigos y no se presentare uno o varios sin causa justificada, se procederá al desahogo del o de los que estuvieran presentes, declarandose decierta la prueba para los que no hubieren comparecido injustificadamente.

Artículo 955.- La apelación deberá interponerse en la forma y términos previstos en el artículo 691.

Cuando la tramitación del juicio se haya regido por las disposiciones generales del Código, igualmente se registrá por

estas disposiciones por lo que toca a los recursos; pero en todo caso, si la parte recurrente careciere de abogado, la propia Sala solicitará la intervención de un Defensor de Oficio, quien gozará de un plazo de tres días más para enterarse del asunto y a efecto de que haga valer los agravios o cualquier derecho a nombre de la parte que asesore.

Artículo 956.- Salvo los casos previstos en el artículo 700, en donde el recurso de apelación se admitirá en ambos efectos, en los demás casos, dicho recurso procederá en el efecto devolutivo.

Las resoluciones sobre alimentos que fueren apelados, se ejecutarán sin fianza.

Artículo 957.- Los autos que no fueren apelables y los decretos, pueden ser revocados por el Juez que los dicta.

Son procedentes en materia de recursos, igualmente los demás previstos en este Código y su tramitación se sujetará a las disposiciones generales del mismo y, además de los casos ya

determinados expresamente en esta Ley, para lo no previsto al respecto, se sujetará a las disposiciones generales correspondientes.

Artículo 958.- La recusación no podrá impedir que el juez adopte las medidas provisionales sobre el depósito de personas, alimentos y menores.

Artículo 959.- Ninguna excepción dilatoria podrá impedir que se adopten las referidas medidas. Tanto en este caso como en el del artículo anterior, hasta después de tomadas dichas medidas se dará el trámite correspondiente a la cuestión planteada.

Artículo 960.- Los incidentes se decidirán con un escrito de cada parte y sin suspensión del procedimiento. Si se promueve prueba, deberá ofrecerse en los escritos respectivos, fijando los puntos sobre que verse, y se citará dentro de ocho días, para audiencia indiferible, en que se reciba, se oigan brevemente las alegaciones y se dicte la resolución dentro de los tres días siguientes.

Artículo 961.- Para efectos de la tramitación de estos procedimientos relativos a las controversias del orden familiar, el tribunal a fin de dar cumplimiento inexcusable a los terminos señalados actuará de ser necesario en días y horas inhábiles.

Artículo 962- En todo lo no previsto y en cuanto no se opongan a lo ordenado por el presente capítulo, se aplicarán las reglas generales de este Código.

Con todos estos artículos y las modificaciones propuestas, lo que se busca es darle una mayor celeridad a este procedimiento, con el fin de que sea oportuno y benefico para las partes y el menor, además de en un momento dado, llegar a evitar situaciones de peligro entre los miembros de la familia o en sus relaciones.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES:

Una vez concluida la parte expositiva de este trabajo, podemos entender cual es la necesidad de tutelar el Derecho de Visita.

Podemos observar claramente que es una institución necesaria para el mejor desarrollo de los menores así como de los demás miembros de la familia incluyendo entre ellos a los parientes y amigos allegados a el menor, que se encuentran en situaciones de conflicto familiar.

Fue necesario analizar cuál es el origen de la familia para poder entender de donde surge este derecho. Así vimos que la manera natural y lógica de esto es a travez de el matrimonio; no obstante, pueden existir otro tipo de figuras como son la unión libre o el concubinato, que pueden llegar dar una idea de familia y ser fuente del citado Derecho de Visita.

En dicho análisis vimos cuáles son los requisitos necesarios del matrimonio, cuál es su reglamentación y sobre todo cuáles son sus efectos tanto patrimoniales como personales.

Posteriormente vimos cuáles son las circunstancias que pueden terminar con la vida en familia, así tenemos la inexistencia o nulidad del matrimonio, el divorcio o bien la separación de las personas en el concubinato o unión libre.

Una vez estudiadas las causas del rompimiento familiar y estudiados sus efectos patrimoniales y personales, encontramos que a raíz de esa separación surge la necesidad de continuar con las relaciones humanas y afectivas entre los padres e hijos y los demás miembros de la familia como son los abuelos, los hermanos, padrinos, amistades, etc.

Así mismo encontramos que nuestros actuales ordenamientos jurídicos tienen una laguna en la tutela del Derecho de Visita.

Por todo esto, surgió la necesidad de explicar qué es el Derecho de Visita, en que consiste, quiénes son sus titulares así como su forma de extinción o supresión.

Hecho lo anterior, pasamos a proponer modificaciones y adiciones a las disposiciones legales existentes, a fin de salvaguardar y reglamentar el ejercicio de tal Derecho.

Dentro de esta propuestas se trató también de dar un procedimiento agil y efectivo para la solución de las controversias del orden familiar; procedimiento que evite que por cuestiones de trámite o proceso se haga nugatorio tal ejercicio del Derecho o bien, que cuando sea resuelta la cuestión planteada ya no sea plenamente útil tal resolución, sea por que en el tiempo transcurrido la situación o circunstancia determinada cambió, o bien por que se produjo un daño de imposible reparación.

No obstante el aspecto jurídico propuesto, creo que es necesario que se tome en cuenta el aspecto humano de estos

problemas. No hay que olvidar que nos encontramos ante uno de los problemas más graves de la vida social del hombre.

De esto creo que será necesario no solo entender que el rompimiento familiar existe en nuestra sociedad y que tal rompimiento se presenta generalmente con la figura del divorcio. Este rompimiento en sí mismo no es justificable, pero es cierto que es un problema que se da y que hay que intentar resolver o por lo menos minimizar sus efectos a fin de que afecte a la sociedad lo menos posible.

Hay que entender que los más afectados por los rompimientos familiares son precisamente los hijos menores o incapacitados a quienes en ocasiones se llegan a ver como objetos y sus sentimientos, afectos o deseos no son tomados en cuenta. Cabría preguntarse: ¿Qué culpa tienen los hijos de las tonterías de los adultos?, ¿Por qué hay que arrancarles violentamente de la paz natural de un hogar? Hay que entender que los niños son seres humanos terriblemente necesitados de amor, confianza y respeto. Que no es justo que ellos carguen con

las frustraciones, los pleitos conyugales y las creencias buenas o malas de sus padres.²²⁸

Será necesario revitalizar los valores que todo hombre o mujer tienen y entender "que los mismos están dados por la naturaleza humana o mejor dicho, provienen del orden natural que Dios dispuso para las cosas.

Por valores debemos entender aquello que mantiene en pie a la sociedad, permite la unión de las familias, le da sentido a la amistad y al amor. Son aquello que hacen que el hombre sea verdaderamente un Hombre y no solo una bestia más.²²⁹

Tanto los hombres y las mujeres tienen una serie de valores y principios que actualmente se han ignorado pero sin que esto signifique que hayan cambiado, hace falta pues revitalizarlos y ponerlos en práctica.

²²⁸SANCHEZ, Carlos Cuauhtemoc. La Última Oportunidad. Ediciones Selectas Diamante. México, 1994. p.42

²²⁹SANCHEZ, Carlos Cuauhtemoc. Juventud en éxtasis. Ediciones Selectas Diamante. México, 1994. p.63

Tanto el hombre como la mujer deben de ser concientes a la brevedad posible o a la más tierna edad, de que ellos tienen un respeto por si mismos y que no es valido que nadie los vea como objetos o pasatiempos. Que sus cuerpos tienen una función determinada y respetable, y que en la medida que ellos se respeten se respetará a la sociedad y está los respetará e ellos.

Ambos, al momento de decidir unir sus vidas para formar una nueva familia deben ser consientes que con su ejemplo formarán a sus hijos y estos a su vez a sus demás decendientes.

Cuando se logre revitalizar a los valores que cada ser humano tiene a traves de una educación de los padres y de la escuela, observaremos, casi seguramente, que los índices de rompimientos familiares disminuirá notablemente puesto que hombres y mujeres realmente se unirán entendiendo cuál es la finalidad de tal unión. Se evitarán los matrimonios no deseados ya que el darse respeto a uno mismo evita las uniones libres o concubinatos y los famosos "matrimonios forzados".

Por otro lado y a fin de disminuir la necesidad de hacer uso del Derecho de Visita, es necesario que los miembros de las familias acepten sus obligaciones y sus responsabilidades, que acepten a su pareja tal cual es sin tratar de imponer su forma de ser sobre la otra persona. Que si en algún momento llegan a darse crisis familiares se luche por solucionarlas y no solo se busque la manera fácil y comodina de romper y separarse. Es falso que entre dos personas se pierda realmente el sentimiento de amor o afecto entre ellas, lo que se pierde son las actitudes, los hechos y los detalles. No se debe siquiera pensar en el divorcio o rompimiento definitivo de la familia sin antes dar a la familia la última oportunidad, pero no como se da una advertencia o amenaza egoísta, sino como una promesa de sacrificio total y trabajo incondicional para salvarlo.

No obstante, si apesar de haber hecho ese esfuerzo por revitalizar los valores y haber luchado por defender la integridad familiar se decide por el rompimiento de la familia, será necesario adquirir una nueva cultura o forma de seguir relacionandose entre los miembros de la institución que se desintegra.

Será lo mas conveniente el ser humanos en dicho trato, evitar utilizar a los hijos como medios de seguir atacandose entre los padres, jamas degradar a un padre frente a sus hijos y tratar de entender, que pase lo que pase, el otro cónyuge jamás dejara de ser el padre o la madre de sus hijos y que el atacarlo solo destruye a el menor. En ese mismo sentido podremos hablar de los hermanos, abuelos, amigos, padrinos, etc.

Hay que consentrarse en las cualidades de las personas que se van a visitar, ignorar los detalles que desagradan, justificarlos mentalmente y procurarse hacer una buena idea de el menor y las personas que viven con él o que lo visitan.

Logrando lo anterior, el visitado, el guardador o el visitador, dejan de estar a la defensiva y será lo más seguro que corresponda en tal sentido logrando entonces, que esta institución del Derecho de Visita logre los fines para los cuales fue creada.

Fue necesario proponer en esta tesis, personas diferentes a los que ejercen la patria potestad como titulares o sujetos del Derecho de Visita, ya que la familia no solo esta integrada por los padres y el hijo, sino también por los hermanos, parientes y amigos.

Por otro lado también se trato el caso de los hijos extra matrimoniales, ya que por la propia naturaleza humana se puede llegar a procrear sin estar dentro de una familia, cosa que no es en ningún momento loable ni aconsejable, pero que implica la necesidad que el menor, producto de esa unión, tenga la posibilidad de crecer y desarrollarse normalmente contando con el cariño y la relación de un padre o familia de la cual carecería si no se diera este derecho en esta clase de situaciones.

De acuerdo a los objetivos planteados al inicio de esta tesis, solo faltaría resaltar o concluir la necesidad de los jueces de velar por el mejor uso y ejercicio del Derecho de Visita.

Los jueces, como lo mencionamos en el último capítulo de este trabajo, deben de tener todas las facultades y los medios necesarios para poder velar realmente por la familia y por el

mejor desarrollo del menor. No es válido que argumenten exceso de trabajo o poco tiempo para cuidar estas cuestiones ya que es mucho más importante el buen desarrollo de un ser humano, que cualquier otra cuestión. Así mismo podrá y deberá hacer uso de cuanto recurso exista para lograr este fin.

Así mismo y a fin de facilitar al Juez esta función, se propone y recomienda dar una mayor aplicación y fuerza a la labor de personas como son trabajadores sociales, psicólogos, ministros de la religión que profese la familia, familiares y en general cualquier fuente que pueda dar luz al juzgador sobre cuál es la mejor resolución que beneficie a la familia o lo que quede de ella y en el último de los casos al menor.

De todo lo anterior **CONCLUYO:**

EL DERECHO DE VISITA ES UNA INSTITUCION QUE EXISTE EN LA PRACTICA PERO QUE NO ESTÁ REGULADA NI TUTELADA POR EL DERECHO POSITIVO.

EL DERECHO DE VISITA ES NECESARIO PARA PODER SEGUIR MANTENIENDO LAS RELACIONES FAMILIARES Y AFECTIVAS ENTRE LOS MIEMBROS DE UNA FAMILIA QUE SE DESINTEGRA.

EL DERECHO DE VISITA NO ES UNA INSTITUCIÓN EXCLUSIVA DE AQUELLOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD, SINO DE TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA INCLUYENDO A TERCERAS PERSONAS ALLEGADAS A LA MISMA.

EL DERECHO DE VISITA DEBE SER FLEXIBLE EN CUANTO A QUE SE DEBE PODER AJUSTAR A LAS DIFERENTES SITUACIONES DE LA VIDA DIARIA Y DE CADA FAMILIA.

EL DERECHO DE VISITA DEBE SER HUMANO, YA QUE LOS ASPECTOS QUE BUSCA VIGILAR Y TUTELAR SON DE GRAN TRACENDENCIA PARA LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA Y EN ESPECIAL DEL MENOR, TRATANDO CON ESTO DE EVITAR NUEVAS CRISIS FUTURAS.

EN EL EJERCICIO DE ESTE DERECHO DEBEN IR APAREJADAS CONDUCTAS DE RESPETO Y APOYO ENTRE EL VISITADOR Y EL

GUARDADOR, A FIN DE EVITAR CONFLICTOS ENTRE ELLOS Y SOBRE TODO EVITAR CONFLICTOS INTERNOS EN EL VISITADO.

PARA LA DETERMINACION DEL DERECHO DE VISITA ES NECESARIO BUSCAR AGILIDAD Y CERTEZA AYUDANDOSE DE TODO TIPO DE PRUEBAS Y PERSONAS QUE OFREZCAN UN MEJOR PANORAMA AL JUEZ Y SE LOGRE ASI LA MAYOR JUSTICIA Y HUMANIDAD POSIBLE, HACIENDO USO ADEMÁS DE CUANTO RECURSO Y/O MEDIO EXISTA PARA LOGRAR TAL FIN, PUDIENDO LLEGAR A EXIGIR O IMPONER CONDUCTAS POCO ORTODOXAS A LAS PARTES PERO QUE SIEMPRE TIENDAN A EL MEJOR DESARROLLO DEL MENOR Y DE LA FAMILIA.

BIBLIOGRAFIA

- 1.---CARLO Jemolo, Arturo. El Matrimonio, Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires, Argentina. 1954,
- 2.---HOFFNER R., Joseph. Matrimonio y Familia, Ediciones Rial, Barcelona, España. 1980,
- 3.---Dígesto, 23,3,1.
- 4.---IRIBARNE, Ramón. El Matrimonio Civil Comparado con el Canónico, EDIAR. Buenos Aires, Argentina. 1965.
- 5.---PINA Vara,Rafal de. Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Editorial Porrúa. México, D.F. 1977,
- 6.---MONTERO Duhalt, Sara. Derecho de Familia, Editorial Porrúa, México, D.F., 1990.
- 7.---GINER, Salvador, Sociología, Barcelona, España. Ed. Península, 1969,
- 8.---Tratado Elemental de Derecho Civil. T.I.P, Traducción de la 12va Edición francesa. Puebla, México. s/f.
- 9.---Códigos Civiles de 1870 y 1884.

10--Lev de Relaciones Familiares de 1917.

11.---ROJINA Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil
Editorial Porrúa. Tomo I. México D.F. Junio De 1977.

12.---BONNECASE, Julien, La Filosofía del Código de Napoleón,
aplicable al Derecho de Familia. Ed. CAJICA, Puebla, México. 1945

13.---PACHECO Escobedo, Alberto. La Familia en el Derecho Civil
Mexicano. Editorial Panorama. Segunda Edición. México; D.F,
1985

14.-NUEVO TESTAMENTO, San Pablo, Corintios 1.1.

15.---PEREZ Duarte y N., Alicia Elena, Derecho de Familia. Instituto
de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, D.F. 1990.

16.---Semanario Judicial de la Federación Editorial Mexicana,
Tomo XXV México, D.F.

17.---Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Editorial Porrúa, México, D.F. 1992

18.---IBARROLA D. Antonio de. El Derecho de Familia, Editorial
Porrúa, México, D.F., 1981.

20.--- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Ed. Reader`s Diges
México, S.A. de C.V. 15ª edición Tomo 11, México, 1981

21.---BAUDRY Lacantinerie. Precis de Droit Civil, Novena Edición.
V.3 1906-1909.

22.---BORJA Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones,
Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1985 10ª Edición.

23.--BACA, Rodolfo. Nulidades Matrimoniales. Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Año XXV, número 3 ene-jun. 1961, Córdoba, Argentina.

24.--MAZZINGHI, Jorge Adolfo. El Matrimonio Absolutamente Nulo Frente a los Terceros. La Ley, Revista Jurídica Argentina, T. 72, Sept. 1969

25.--GIMENEZ García, Joaquín. Nulidad, Disolución y Separación en el Matrimonio Canónico y Civil, Anuario de la Escuela Judicial, V. XI, Madrid, España. 1974.

26.--ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, T.9
Editorial Bibliográfica Argentina. 1982

27.--LOPEZ Austin, Alfredo. La Constitución Real de México-Tenochtitlán, Edit. UNAM, 1961.

28.--SANCHEZ Medal, Ramón. El Divorcio Opcional, Edit. Porrúa, México, 1974.

29.--Ley del Divorcio Vincular de 29/Dic/1914, Edit. Fondo de Cultura Económica. México 1914. En "Planes Políticos y Otros Documentos" GONZALEZ Ramírez, Manuel. 1956

30.--PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México, Edit. Porrúa. México 1981.

31.--RIVERA Hernandez, Francisco, El Derecho de Visita, Teoría y praxis, Ed. Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España, 1982,

32.--RUIZ de la Cuesta, Rafael. Praxis Judicial de la facultad y Régimen de Visitas. Ed. EUNSA 1982, Pamplona, España.

33.--GARCIA Cantero, Gabriel. Entorno al Derecho de Visita. Ed. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. España, 1982.

34.--PUIG Brautan, F. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV-1, Barcelona, 1967

35.--LA CRUZ Berdejo, José Luis. Derecho de Familia. Tomo I. España, 1978

36.--MENDEZ, Ramón. Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil. Barcelona, España. 1974 Ed. EUNSA.

37.--BORJA Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa. 10ª edición. México 1985.

38.--ENTRENA Klett, Carlos Ma. Matrimonio, Separación y Divorcio en la Legislación Actual. Ed. Aranzadi, 2ª edición Pamplona España, 1984

39.--SANCHEZ, Carlos Cuauhtemoc. La Ultima Oportunidad. Ediciones Selectas Diamante. México, 1994.

40.--SANCHEZ, Carlos Cuauhtemoc. Juventud en éxtasis. Ediciones Selectas Diamante. México, 1994.

41.--CODIGO CIVIL para el Distrito Federal en materia Comun y para toda la República en Materia Federal. Editorial PAC, S.A. de C.V. México, D.F. 1992.

42.- CODIGO PENAL para el Distrito Federal en Materia de Fuero Comun y para toda la República en materia de Fuero Federal. Edi. Porrúa. 52ª Edición México D.F. 1994

43.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES para el Distrito Federal. Méxicó 1988, Editorial Castillo Ruiz Editores S.,A. de C.V. 3ª Edición.

44.- PINTO Rogers, Humberto. La Familia Adoptiva en el Derecho Chileno. Tesis Profesional .