



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

LA PATRIA POTESTAD, LA CUSTODIA, EL DERECHO
DE VISITA Y SU DETERMINACION EN CASO
DE DIVORCIO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MARIA EUGENIA SANCHEZ SANCHEZ



DIRECTOR DE TESIS
LIC. JUANA INES CHAVARRIA CASTORENA

ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS MAESTROS:

Por ser fuente de enseñanza
y superación; por tan noble
labor desempeñada desintere-
sadamente, buscando solo con
ello la formación de mejores
profesionistas.

AL APRECIABLE JURADO:

Porque con la aplicación
de cada examen profesional
dejan huella imborrable en
la memoria de un nuevo
Licenciado en Derecho.

A MIS PADRES:

SALVADOR SANCHEZ REYES

Y

SARA GUILLERMINA SANCHEZ ESCOBAR

Por sus esfuerzos, apoyo y ejemplo, mi reconocimiento y eterno agradecimiento.

| HE CUMPLIDO |

A MI ADORADA HIJA:

FERNANDA VIANNEY OLVERA SANCHEZ

Por ser la razón mas importante de mi existencia, mi estímulo y Don de Dios.

A MIS HERMANOS:

MA. DE LOURDES SANCHEZ SANCHEZ

Y

JUAN GABRIEL SANCHEZ SANCHEZ

Porque a pesar de nuestras
diferencias; hemos sabido
permanecer unidos y apoyar
nos mutuamente.

A MI ESPOSO:

SR. LIC. DN. JORGE ALFONSO OLVERA M.

Por ser mi compañero y amigo
incondicional; por ser guía
para indicarme mi camino y luz
para iluminarlo, hoy Doy Gracias
a Dios por contar contigo y deseo
que siempre cuentes conmigo.

I N D I C E

P A G I N A

OBJETIVO

INTRODUCCION.

CAPITULO	I.	LA PATRIA POTESTAD.	1
	A)	EVOLUCION HISTORICA	2
		1.- Derecho Romano.....	2
		2.- Derecho Francés.....	5
		2.1 El Código de Napoleón.....	6
		3.- España y su Derecho.....	7
		4.- México Independiente.....	8
		4.1 Códigos Civiles de 1870 y 1884.....	9
		4.2 Ley de Relaciones Familiares.....	12
	B)	C O N C E P T O	15
		1.- Elementos Comunes.....	17
		2.- Definición Legal.....	17
		3.- Características.....	19
		4.- Naturaleza y Fundamento.....	21
	C)	LA PATRIA POTESTAD EN LA LEY	22
		1.- Sujetos.....	23
		1.1 De los hijos nacidos durante el matrimonio	24
		1.2 De los hijos nacidos fuera del matrimonio	25
		1.3 De los hijos adoptivos.....	28
		2.- Efectos	29
		2.1 Sobre la persona del menor no emanci- pado.....	29
		2.2 Sobre los bienes del menor no emanci- pado.....	32
		3.- Extinción, Pérdida y Suspensión.....	36
		3.1 Extinción.....	36
		3.2 Suspensión.....	37
		3.3 Pérdida.....	38
		3.4 Limitaciones a su ejercicio.....	42
		NOTAS DEL CAPITULO I	44

CAPITULO	II.	LA CUSTODIA.	46
	A)	ANTECEDENTES.	49
	B)	CONCEPTO.	50
	C)	CARACTERISTICAS Y FUNCIONES QUE COMPRENDE.	51
	D)	LA CUSTODIA DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO.	54
		NOTAS DEL CAPITULO II.....	56
CAPITULO	III.	EL DERECHO DE VISITA.	57
	A)	DERECHO COMPARADO.	58
	1.-	Derecho Francés.....	59
	2.-	Derecho Español.....	61
	3.-	Derecho Argentino.....	64
	4.-	Derecho Chileno.....	64
	5.-	Derecho Ecuatoriano.....	65
	6.-	Derecho Colombiano.....	65
	7.-	Derecho Cubano.....	65
	8.-	Derecho Mexicano.....	66
	B)	FUNDAMENTO.	68
	1.-	Teoría que lo funda en relación jurídica exterior al mismo.....	68
	1.1	El derecho de vigilancia.....	68
	1.2	Facultad desmembrada del derecho de guarda.....	70
	1.3	El abuso de la Patria Potestad.....	70
	2.-	Teoría que lo fundan dentro de la relación que une al menor y al titular del derecho.....	71
	2.1	El Parentesco.....	72
	2.2	La relación afectiva.....	72
	2.3	El interés del menor.....	73
	3.-	Postura Mixta o Ecléctica.....	73
	C)	NATURÁLEZA JURIDICA.	74
	1.-	Derecho propio y autónomo o límite a otros derechos.....	74
	2.-	Derecho Subjetivo o facultad Jurídica..	75
	3.-	Derecho-Deber, Derecho-Función.....	76
	4.-	Titular del derecho de visita.....	77

D) CONCEPTO.	78
E) CARACTERISTICAS.	79
F) SUJETOS.	82
G) CONTENIDO.	85
1.- Visita en sentido estricto.....	85
2.- Correspondencia.....	85
3.- Estancia del menor en casa de beneficiario.....	87
H) LIMITES.	87
1.- Responsabilidad que asume el que recibe al infante.....	88
I) CUMPLIMIENTO.	89
1.- Protagonistas del Derecho de Visita y sus respectivos intereses.....	89
J) MODIFICACION, SUSPENSION Y PERDIDA.	91
1.- Modificaciones.....	93
1.1 Hechos y causas aptos para la modificación.....	94
2.- Suspensión.....	94
2.1 Causas de suspensión.....	95
3.- Pérdida.....	96
4.- Extinción.....	97
NOTAS DEL CAPITULO III.....	99

CAPITULO IV. LA PATRIA POTESTAD, LA CUSTODIA Y EL DERECHO DE VISITA EN LOS CASOS DE DIVORCIO.	100
A) DETERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD DURANTE Y DESPUES DEL DIVORCIO.	101
1.- La Patria Potestad durante el juicio de divorcio.....	101
2.- La Patria Potestad después del divorcio	102
2.1 Divorcio Voluntario.....	102
2.2 Divorcio Necesario.....	103
B) DETERMINACION DE LA CUSTODIA DURANTE Y DESPUES DE DECRETADO EL DIVORCIO.	107

1.- La custodia durante el procedimiento de divorcio.....	108
2.- La custodia una vez decretado el divorcio.....	110
C) DETERMINACION DE LOS REGIMENES DE VISITAS Y SU EJERCICIO.	110
1.- Determinación convencional del régimen de visitas.....	111
2.- Determinación Judicial del régimen de visitas.....	114
3.- Algunos criterios para la determinación del derecho de visita.....	116
4.- El ejercicio del derecho de visita y el abuso del niño.....	118
4.1 El ejercicio del derecho de visita y la buena fé.....	118
4.2 Abuso de su ejercicio.....	118
4.3 Protección del derecho de visita.....	119
4.3.1 Defensa Preventiva.....	120
4.3.2 Defensa del derecho de visita vulnerado.....	120
4.3.3 Medios indirectos de defensa.....	121
4.3.4 Protección Penal.....	122
NOTAS DEL CAPITULO IV.....	123
CONCLUSIONES.....	124
BIBLIOGRAFIA.....	127
LEGISLACION.....	128
JURISPRUDENCIA.....	129

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

A través del ejercicio de la abogacía tiene uno la oportunidad de percatarse de aspectos de la vida cotidiana de la familia que para una persona común o no versada en el Derecho serán intrascendentes, pero para quienes hemos tenido la gran -- fortuna de iniciarnos en el estudio y práctica del Derecho, los hechos que observamos a diario adquieren una dimensión que, de otra forma, no hubiésemos reparado en ellos.

La elaboración del presente trabajo de investigación - representa para mí no sólo la posibilidad de obtener un título - profesional, significa cuando menos intentar aportar un criterio jurídico sobre un aspecto específico del Derecho, como en el caso lo es sobre las figuras jurídicas de la Patria Potestad, la - Custodia y el Derecho de Visita, figuras éstas cuyo tratamiento se ha hecho constante en la mayoría de los conflictos del orden familiar de que conocen los Tribunales. Este trabajo no pretende descubrir nada que no haya sido ya descubierto con relación a - las figuras que nos ocupan, buscamos solamente proponer algunas modificaciones legislativas que a nuestro criterio, perfeccionaría el manejo de estas instituciones cuando se presentan los - conflictos ante los jueces.

Como podrá observarse a lo largo de este trabajo, se - pone especial énfasis en la protección jurídica que debe dársele a los menores en tanto hijos de familia, pues en nuestra opinión, y esperamos que sea compartida por muchas personas más, en las - desavenencias conyugales los primeros y más perjudicados son los hijos y, curiosamente, se dice siempre que son los menos culpa--- bles de tales situaciones.

Las tareas que tenían encomendadas antaño los padres para con sus hijos, en la época contemporánea han venido a -- multiplicarse; lo que fue un poder absoluto del pater familias sobre todos y cada uno de los miembros de la familia, ahora se convierte en una función reconocida por el Estado para que a través de ella el propio grupo social logre los fines impuestos por el mismo y con ello la satisfacción de las necesidades tanto materiales como espirituales y, en general, el logro de las aspiraciones inherentes a la condición humana.

De este modo, la función de los padres de familia no se limita ya a la mera manutención de los hijos, trasciende -- más allá de la satisfacción de las necesidades físicas y demanda también un adecuado cuidado, educación y respeto por la persona misma del menor. Su necesidad de afecto es primordial para lograr su sano desarrollo y por ello no puede quedar tan so lo al arbitrio de los padres la manera de tratar a sus menores hijos, el Estado debe estar vigilante de que no se vean perjudicados intereses en los que toda la sociedad está involucrada y para ello el Derecho debe ser actualizado en cuanto las circunstancias lo demanden, la justicia no es sólo la aplicación abstracta de una norma.

CAPITULO I

LA PATRIA POTESTAD.

A) EVOLUCION HISTORICA.

Para poder realmente comprender una institución jurídica es primordial conocer sus antecedentes, es decir, saber cómo surge la institución, cómo va evolucionando a través de la historia y cuál es el fin que se busca que la misma cumpla es por ello que este trabajo de investigación deberá comenzar por dar una visión general del desarrollo que ha tenido la Patria Potestad a través del tiempo.

1.- Derecho Romano.

La institución de la Patria Potestad encuentra sus orígenes más remotos en el Derecho Romano, aún cuando su concepto y contenido hayan evolucionado sustancialmente.

La comunidad doméstica, es decir, la casa y todo lo que la componía es lo que en el Derecho Romano formaba la familia; su jefe y señor lo era el paterfamilias y sólo él gozaba de plena capacidad jurídica.

El carácter principal de esta autoridad es que no tiene por objeto la protección del hijo, sino el interés del jefe de familia. Así, las características principales de esta institución en Roma son:

- a) Las facultades de quien ejerce la patria potestad no se modifican ni por la edad ni por el matrimonio de quienes estén sometidos a ella;
- b) Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce, mientras esté sometido su autoridad no existe delante de la del abuelo paterno, y
- c) Por último, la madre no puede tener esta potestad.

Esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos tanto sobre la persona como sobre los bienes de los hijos.

El poder de señorío doméstico es ilimitado tanto dentro como fuera de la casa y hace a su titular responsable por toda la familia frente a terceros. Confiere un poder exclusivo de vida y muerte en el que no tiene nada que ver la jurisdicción ordinaria.

La patria potestad otorgaba el derecho de entregar a la potestad de otro a los sometidos a ella y hasta de venderlos en el extranjero como esclavos; del mismo modo, otorgaba plenos poderes sobre el patrimonio de los miembros de la familia: cuanto poseían o adquirían y aunque de hecho se les dejara disfrutarlo, ese patrimonio pertenecía al paterfamilias.

Los sometidos a la patria potestad carecían de capacidad jurídica, pues sólo eran miembros del paterfamilias y sólo podían adquirir para éste. Así, por ejemplo, aunque un determinado miembro de la familia pudiera celebrar legítimo matrimonio, su mujer y sus hijos no entran bajo su potestad, sino bajo la de su paterfamilias. Sólo el pater estaba facultado para hacer valer judicialmente los derechos que el hijo adquiriera, ya que las legis acciones sólo se podían ejercitar en nombre propio y el hijo siempre adquiría a nombre del paterfamilias.

Mientras que los actos de adquisición del sometido siempre favorecían al paterfamilias, éste no quedaba obligado por los compromisos que aquél contrajese. El paterfamilias sólo responde por la familia por razón de transgresiones, por daños cometidos - por cualquier miembro de la familia o por un esclavo o animal perteneciente a ella; en este caso debe resarcir los daños o entregar al culpable.

Estos poderes ilimitados del paterfamilias perduran durante toda la vida de éste y la de los sometidos a su potestad, -

cualquiera que sea la edad de éstos o de aquél e independientemente de la posición social o política del sometido.

Con posterioridad, se produjeron cambios para atenuar los desmedidos derechos del jefe de familia, mismos que se plasmaron en la Ley de las XII Tablas; en ellas se establecía que el filius familias que fuese vendido tres veces por su padre, se liberaba definitivamente del poder de éste, con ello se admitía la posibilidad de poner a las facultades del paterfamilias límites.

El modo ordinario para entrar a formar parte de la familia es el nacimiento. "Se hace miembro familiar el procreado en iustae nuptia por individuo varón de la familia, sea pater o filius."(1) Sin embargo, también existe otra forma muy importante de caer bajo la potestad paterna y es mediante la adopción; la adopción es una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas, adoptante y adoptado, relaciones análogas a las que se crean entre el hijo nacido en justas nupcias y el jefe de familia.

Como vemos, lo que daba origen a las relaciones jurídicas no era ni la procreación ni el parentesco, sino los vínculos de la patria potestad.

La patria potestad se extinguía por la muerte del pater o del hijo; excepcionalmente terminaba en vida del paterfamilias, cuando éste sufría la muerte civil por la pérdida de la libertad, de la ciudadanía o de su independencia familiar (arrogación), y cuando el sometido adquiría la calidad de virgen vestal, por pérdida de la ciudadanía o de la libertad, por entrar en la manus, por caer in causa mancipii y por adopción.

En estos casos la patria potestad se extinguía involuntariamente para someter al hijo a otra potestad, pero había además otro procedimiento: la emancipación, por medio de la cual el hijo se convertía en sui iuris en vida y con la voluntad del padre.

En la época del imperio, el Derecho helenístico tuvo - una gran influencia sobre el Derecho romano, haciendo brotar el - Derecho romano helenizado, que vino a cristalizar definitivamente en la compilación de Justiniano.

Con esta nueva concepción de las instituciones del Derecho romano, las relaciones entre la madre y sus hijos sufrieron un cambio radical: se les reconocieron derechos hereditarios recíprocos con arreglo al *ius civile* y se concedieron a la madre los mismos derechos de sustento y protección respecto a los hijos, derechos que anteriormente eran exclusivos del padre o pater.

La patria potestad se basaba en el matrimonio, pero ya - Marco Aurelio y Lucio Vero dispusieron en una rescripto que los hijos nacidos de un matrimonio putativo, es decir, de un matrimonio nulo de por sí que fuese considerado válido por al menos uno de los cónyuges, se equiparasen a los legítimos.

2.- Derecho Francés.

De acuerdo con el antiguo Derecho francés, en las regiones de Francia donde debía regir el Derecho escrito, se aceptó la patria potestad casi igual que en Roma, con la salvedad de que en Francia ésta existía hasta que los sometidos a ella cumplieran la mayoría de edad. Cuando el hijo era tratado con crueldad o le eran negados alimentos o inducidos al mal, los padres eran obligados a emancipar al hijo.

El Derecho francés reconoce tres causas de extinción de la autoridad paterna: 1a) La muerte del hijo; 2a) Su emancipación y 3a) La caducidad de la paternidad.

La primera causa de extinción es una consecuencia de un hecho natural del que pierde la vida, en cuyo caso al dejar de -- existir el que es sujeto de la patria potestad hace que se extinga ésta; la segunda causa dimana de un acto de naturaleza eminente

temente jurídica, pues la emancipación es el acto mediante el --- cual el menor de edad se liberaba de la autoridad paterna o de la tutela, adquiriendo por dicho acto la libre administración de sus bienes y de sus persona; la tercera causa es propiamente un caso de pérdida de la patria potestad que operaba de plano derecho, -- privando de ella a los padres indignos o autorizando a los tribunales a privarlos de ese derecho mediante sentencia.

2.1.- El Código de Napoleón (1834).

El ordenamiento napoleónico regulaba lo referente a la patria potestad dividiéndolo en dos partes: 1) El poder de los - padres sobre la persona de los hijos, y 2) Los derechos de los - padres sobre los bienes de los mismos.

En este Código se imponía la obligación a los hijos de afecto y respeto hacia los padres durante toda la vida. Asimismo, se marca un límite temporal a la autoridad paterna, la cual sólo duraría hasta la mayoría de edad o la emancipación. El hijo también tenía obligación de permanecer en casa del padre, para que éste pudiera hacer efectivo el derecho de guarda.

En cuanto al derecho de corrección, se le otorgaba al - padre cuando tuviera motivos de descontento grave de la conducta de su hijo, el derecho de imponer hasta un mes de encierro para - el menor, siempre con la posibilidad de reducir el tiempo del castigo; para que el padre pudiera hacer efectivo el encierro, tenía que acudir al Estado para que éste determinara el castigo. El padre, al imponer sus castigos, no podía causar heridas o maltratos graves a sus hijos, so pena de caer bajo la acción de la ley penal.

Por lo que respecta a los bienes, el padre tenía dere-- cho al usufructo de los bienes de sus hijos hasta que éstos cum-- plían 18 años o hasta que fuera emancipados. El padre, como usu--

fructuario de dichos bienes, tenía las mismas obligaciones que un usufructuario ordinario, además de tener a su cargo, la alimentación, sostenimiento y educación de los hijos. No tenía derecho al usufructo el padre o la madre en contra del cual se hubiera dictado la sentencia de divorcio.

El hecho de que la madre contrajera segundas nupcias, -- era una causa de extinción de la patria potestad en contra de ella.

Quedaban excluidos del usufructo legal de los padres, -- los bienes adquiridos por propio trabajo o en industrias separadas así como los adquiridos por donación o legado con cláusula expresa del donante o autor de la herencia de que los padres no tengan el usufructo de tales bienes.

3.- España y su Derecho,

La historia de España se forma con la integración de diferentes grupos, unos asentados pacíficamente en la península y -- otros invadiéndola; entre los primeros grupos de población de mayor importancia se cuenta a los iberos que, conquistados por los celtas, llegaron a formar el grupo de los celtíberos, cuyas características principales fueron: una estrecha solidaridad familiar -- basada no sólo en los vínculos de sangre, sino también en los lazos de adopción.

El pueblo fenicio, de origen semita, estableció colonias en la península (Cádiz y Málaga) poniendo así en contacto a los -- iberos con los pueblos del Mediterráneo.

Los visigodos, pueblo de origen indogermano, invadieron España estableciéndose en la península tendieron a unificar sus -- leyes no escritas y de ahí nació la Ley Romana Visigothorum o Bre viario de Alarico.

La familia se constituía principalmente en razón de los vínculos de sangre, cayendo en desuso el parentesco agnático. La

potestad marital y paterno del jefe de familia era absoluta y con características comunes a las de los pueblos que ejercían de igual manera este derecho; la emancipación de los hijos ocurría en el momento en que eran aptos para el servicio de las armas, a partir de lo cual se les consideraba guerreros y parte de la República: su régimen matrimonial era monogámico, celebrándose el matrimonio mediante la venta de la mujer al marido.

Por lo que respecta a la Ley Romana Visigothorum, podemos decir que ésta limitaba el abuso del derecho de potestad, sancionando severamente al infractor; establecía entre otras cosas que al fallecimiento de uno de los progenitores, los hijos quedaban al cuidado del que viviera y a falta de los dos, ejercerían la patria potestad sobre los menores, los hermanos mayores.

A raíz del descubrimiento de América y de la conquista de los naturales que la poblaban se efectuó la mezcla de dos culturas, resultado como primeras manifestaciones del Derecho en América las Bulas Inters Cetarea del Pontífice Alejandro VI, las cuales fueron seguidas por las Capitulaciones de Santa Fe, llevadas a cabo entre los Reyes Católicos y el conquistador Cristóbal Colón.

El Derecho en la Nueva España no fue más que la continuación del Derecho español en sus aspectos básicos con las naturales modificaciones que imponía el medio en que se legisó.

Hasta aquí los antecedentes extranjeros de la patria potestad que influyen en el tratamiento de esta figura para el Derecho mexicano, por lo que ahora veremos cómo evolucionó esta institución desde el primer código vigente en México.

4.- México Independiente.

El primer proyecto de código nacional en materia civil fue encargado por el gobierno de Benito Juárez en 1859, terminado

y publicado en 1861. Su autor fue Justo Sierra, quien se guió -- principalmente por el proyecto de Código español de García Goyena, mismo que ejerció una gran influencia en la redacción del Código -- Civil de 1870, primero que rigió en el Distrito Federal.

4.1.- Códigos Civiles de 1870 y 1884.

En ambos códigos esta materia comprendía tres capítulos -- el primero relativo a los efectos de la patria potestad respecto -- de la persona de los hijos; el segundo referente a los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, y el ter-- cero comprendía los modos de acabarse y suspenderse la patria po-- testad.

En los cuerpos legales en comento, se encuentra regulado el deber de los hijos de honrar y respetar a sus padres y demás -- ascendientes, independientemente de cuál sea su edad, estado o --- condición.

En cuanto a los sujetos pasivos de esta institución se estableció que éstos serían los hijos legítimos y los naturales legitimados o reconocidos, menores de edad no emancipados siempre y cuando existiera alguno de los ascendientes a quienes correspon-- diera ejercerla según la ley: a) el padre, b) la madre, c) el abue-- lo paterno, d) el abuelo materno, e) la abuela paterna y f) la -- abuela materna y se ejercía tanto sobre la persona como sobre los bienes del menor.

Quien ejercía la patria potestad era también el legítimo representante de los que estaban sujetos a ella y era el adminis-- trador legal de los bienes que le pertenecían.

El que ejercía la patria potestad tenía la obligación -- de educar convenientemente al menor y tenía, también, la facultad de castigarlo y corregirlo mesuradamente, para lo cual contaba --

con el auxilio de las autoridades cuando fueran requeridas para ello.

Para que un menor pudiera comparecer a juicio o pudiera contraer alguna obligación requería expreso consentimiento de quien ejercía la patria potestad.

Los padres tienen el derecho de representación de sus hijos para ejecutar los derechos de éstos, protegiendo sus intereses de los riesgos a que los expone su falta de experiencia.

Los bienes del hijo, mientras está sujeto a patria potestad, se dividían en cinco clases:

1. Bienes que procedían de donación del padre.
2. Bienes que procedían de donación de la madre o de los -- abuelos, aún cuando aquélla o alguno de éstos estuviera ejerciendo la patria potestad.
3. Bienes que procedían de donación de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la segunda - clase se hubieran donado en consideración al padre.
4. Bienes debidos a don de fortuna.
5. Bienes que el hijo adquiriera por un trabajo honesto, sea cual fuere.

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

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

Cuando el hijo tuviere la administración de los bienes por ley o por la voluntad del padre, se le consideraba respecto de la administración como emancipado. El usufructo de los bienes concedidos al padre llevaba consigo todas las obligaciones de los usufructuarios con excepción de la de afianzar.

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

El derecho de usufructo concedido al padre, se extinguía.

- 1o. Por la emancipación o mayor edad de los hijos;
- 2o. Cuando la madre contrae segundas nupcias.
- 3o. Por renuncia.

La renuncia del usufructo hecha a favor del hijo se consideraba como donación.

Los padres no tenían obligación de dar cuenta de su gerencia más que respecto de los bienes de que fueren únicamente administradores; asimismo, debían entregar a sus hijos, luego que éstos se emanciparen o llegaren a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecían.

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

- a) Por la muerte del que la ejercía, si no había otra persona en quien recayera.
- b) Por la emancipación.
- c) Por la mayor edad del hijo.

Se perdía cuando el que la ejercía era condenado a alguna pena que importara la pérdida de este derecho.

Los tribunales podían privar de la patria potestad al que la ejercía o modificar su ejercicio, si trataba a los que es-

taban sujetos a ella con excesiva severidad, no los educaba o les imponía preceptos inmorales, o les daba ejemplos o consejos corruptores.

Se suspendía:

- a) Por incapacidad declarada judicialmente.
- b) Por la ausencia declarada en forma.
- c) Por sentencia condenatoria que impusiera como pena esta -- suspensión.

Los padres conservaban su derecho al usufructo de los bienes del menor hijo si por demencia hubieran quedado suspendidos del ejercicio de la patria potestad.

La madre, abuelos y abuelas podían siempre renunciar a su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta, en cuyo caso recaería en el ascendiente a quien correspondiera según la ley; si no lo había, se proveía de tutor al menor conforme a derecho. El ascendiente que renunciaba a ejercer la patria potestad sobre un menor, podían recobrarla.

La madre o la abuela que diera a luz un hijo ilegítimo, que viviera en mancebía o contrajera segundas nupcias, perdía su derecho a ejercer la patria potestad.

4.2.- Ley de Relaciones Familiares.

Esta ley fue expedida por Venustiano Carranza en fecha 9 de Abril de 1917 y entró en vigor el 11 de mayo del mismo año; reforma con su capítulo XV, el Título VIII del Código de 1884, -- complementando sus preceptos, de tal forma que las disposiciones del Código de 1884 que no fueron reformadas o expresamente derogadas por esta ley, siguieron teniendo vigencia.

Su exposición de motivos con respecto a la patria potestad enuncia lo siguiente:

"...en cuanto a la patria potestad, no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre, y en defecto de éstos - por abuelo y abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer, que por razones naturales, se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre y -- ordinariamente le tiene más cariño, y que asimismo, por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído -- conveniente suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, la cual no es sino reminiscencia de -- los peculios que establecía el Derecho romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo -- cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo con los ascendientes que ejerzan la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración por sus -- trabajos, la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes;..."(2)

Ahora veamos qué es lo que dispone este ordenamiento y cuáles son las reformas que introdujo. Así sólo nos referiremos a los preceptos que fueron reformados en relación con los Códigos anteriores.

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

Aquí ya se establecen modificaciones en relación con los Códigos de 70 y 84, ya que como podemos apreciar en ambos se habla de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos, mientras que en la Ley de Relaciones se menciona a los hijos legítimos, los hijos legitimados, los naturales y los adoptivos, es decir se ejerce además sobre los hijos naturales legitimados o no y sobre los hijos adoptivos.

La patria potestad se ejercía de acuerdo a la Ley de Relaciones familiares:

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

Esta es otra modificación, ya que no concede mayor importancia al hombre que a la mujer como anteriormente se establecía, sino que los coloca en un plano de igualdad, ya que ésta es ejercida simultáneamente por el padre y la madre, siguiendo la misma regla respecto de los abuelos tanto paternos como maternos. Este artículo es concordante con la exposición de motivos que citamos con anterioridad, donde se pretende la igualdad de derechos entre hombre y mujer.

Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entraban al ejercicio de la patria potestad los que siguieran en el orden establecido. Si sólo faltaba una de las dos personas a que en el orden indicado correspondía este ejercicio, el que quedaba continuaría ejerciendo la patria potestad.

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

El padre o el abuelo, en su caso, representaban también a sus hijos o nietos en juicio; pero no podían celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no era con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo exigiera.

Los que ejercían la patria potestad tenían sobre los bienes de los hijos, mientras duraba su administración, la mitad del usufructo de los mismos.

En la Ley de Relaciones Familiares desaparecen las clases de bienes que podía adquirir el sujeto a la patria potestad y que se establecía en los Códigos anteriores, señalándose que quien ejerza la patria potestad tiene la administración y la mitad del usufructo de los bienes sin importar su procedencia, ni la forma en que se hubieran adquirido.

B) CONCEPTO.

Para iniciar diremos que patria potestad procede del latín "patrius" patria, "patrium" lo relativo al padre; y de "potestas" la potestad, el poder. (3)

Por considerarla la más elemental de las definiciones, por la función que cumple un diccionario general, el primer concepto que transcribiremos es el que se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española y que es éste:

"Patria Potestad es la autoridad que los padres tienen con arreglo a las leyes, sobre sus hijos no emancipados."(4)

En el Diccionario Jurídico Mexicano, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de nuestra máxima casa de estudios, encontramos el siguiente concepto:

"Institución que atribuye un conjunto de facultades y derechos a los ascendientes a fin de que puedan cumplir con las obligaciones que tienen para sus descendientes."(5)

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, define a la patria potestad como el:

"Conjunto de derechos y deberes que el padre y, en su caso a la madre, corresponden en cuanto a las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados."(6)

Como podemos observar, en ésta última definición todavía se hace mención de la distinción entre el padre y la madre, dándole preferencia al primero sobre la segunda; esto es debido al año en que fue elaborada y al sistema al cual va a aplicarse, pero definitivamente no es aplicable a nuestra legislación mexicana actual.

Para Rafael de Pina, la patria potestad asume el significado siguiente:

"Conjunto de facultades -que suponen también deberes- conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes -- según los casos), destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes."(7)

Esta definición ya es mucho más completa que la anterior, pues abarca los principales aspectos de la patria potestad y nos da una idea bastante clara de lo que por la misma se entiende.

El maestro Marcel Planiol la define como:

"El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales."(8)

En esta definición, por ser de Derecho francés y antiguo, no se hace mención de los abuelos, ya que éstos no intervinían en la institución en análisis, así como tampoco se hace mención de los adoptantes. Solamente se habla de derechos y facultades, sin tomar en cuenta que en esta figura deben estar contempladas también las obligaciones que conlleva.

Por su parte, el Licenciado Ignacio Galindo Garfias sostiene que la patria potestad es:

"La autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento -- del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no -- emancipados. De esta manera, aquélla autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad."(9)

Este autor habla de "autoridad atribuida a los padres", pero no es solamente una autoridad atribuida a los padres, sino -- también una obligación de los mismos; asimismo, únicamente habla de los padres, cuando debe hablar también de los abuelos y adoptantes.

1.- Elementos Comunes.

Como podemos notar de la lectura de las definiciones - anteriormente transcritas, encontramos en ellas elementos comunes, los cuales caracterizan a la institución en estudio y que son:

1) Es un deber-derecho, es decir, al mismo tiempo que concede derechos impone obligaciones, los cuales son analizados más adelante.

2) Estos deberes-derechos son concedidos por la ley, o sea que el contenido de la patria potestad se encuentra regulado -- por disposiciones legales para su cumplimiento.

3) Es una función atribuida a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados. Aquí nosotros podríamos agregar que en defecto de los padres, la función queda conferida a los abuelos.

4) La finalidad de esta institución se puede resumir como - la educación y protección de los hijos.

2.- Definición Legal.

Ni en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, ni en los códigos o leyes anteriores al de 1928, existe un artículo que nos diga expresamente lo que debe entenderse por patria -- potestad, pero en algunas de sus disposiciones se encuentran los elementos esenciales de esta figura jurídica.

Del artículo 412 se deriva cuáles son los sujetos pasivos de esta relación: "Los hijos menores de edad no emancipados..."

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

I. Por el padre y la madre;

II. Por el abuelo y la abuela paternos.

III. Por el abuelo y la abuela maternos."

Mientras que sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio se presentan dos supuestos:

El primero de los supuestos se refiere al caso en que -- los progenitores han reconocido al hijo habido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad. Y el segundo - caso en que los progenitores vivan separados, en tal supuesto se - observará lo dispuesto en los artículos 380 y 381.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten,

Así es como se encuentran establecidos los sujetos activos de esta institución.

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

Una vez analizadas las definiciones de algunos tratadistas y de ver el contenido de algunos artículos del Código Civil -- que podrían orientarnos hacia una definición, así como revisar los elementos comunes en los diversos doctrinarios, propongo un concepto propio, intentando abarcar sus principales aspectos:

"La Patria Potestad es la institución jurídica que comprende tanto las facultades como los deberes que tienen los padres (o adoptantes) y, en defecto de ellos, los abuelos, sobre la persona y los bienes de sus hijos (o nietos, en su caso) menores no emancipados, para lograr el desarrollo de los mismos, a través del sostenimiento, de la educación y asistencia, así como de su protección."

Las facultades y los deberes a que nos referimos en nuestra definición serán analizadas en su oportunidad; aquí simplemente

te mencionaremos cuales son éstas en nuestra opinión: Obligación de suministrar alimentos; deber de respeto y obediencia de los hijos; deber de los padres de educar a los hijos convenientemente; facultad de corregir y castigar a los hijos; deber-facultad de representación de los hijos; administración de los bienes de los hijos; obligación de los menores de vivir en el domicilio de los padres; guarda y custodia de los hijos.

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

También ya mencionamos que el objeto de esta institución son la persona y los bienes del hijo, así como que la finalidad - que se busca que la misma cumpla es lograr el desarrollo de los hijos a través del sostenimiento, de la educación, asistencia y protección de menores.

3.- Características.

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

B) Tiene el carácter de irrenunciable, pues quienes la ejercen no pueden renunciar a cumplir con los deberes que la misma impone.

Esta característica de irrenunciabilidad se encuentra sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis jurisprudencial:

"PATRIA POTESTAD, IRRENUNCIABILIDAD DE LA.- ...el cual es irrenunciable porque encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico -- que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que por el contrario, constituye una función -

"jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que ésta realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen por ello, en la idea de potestad junto al elemento del poder jurídico un elemento de deber o de obligatoriedad en el ejercicio. La regla del artículo 60. Del citado Código Civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos pero, en cambio, no lo es a aquéllas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciarse a esta potestad, ello se haría indudablemente contra el orden público y en perjuicio del tercero, entendiéndose como orden público el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho el del carácter tutelar de la patria potestad..."(10)

Con excepción al carácter de irrenunciabilidad, la ley prevé dos supuestos en los cuales las personas llamadas a ejercer la patria potestad, podrán disculparse de su cumplimiento. Estos casos son:

- a) Cuando tenga 60 años cumplidos, y
- b) Cuando por su mal estado habitual de salud, no pueda atender debidamente a su desempeño. (Art. 488 del Cód. Civil.)
- c) Son derechos personalísimos y, por lo tanto, indelegables e intransferibles.

Con respecto a esta característica, el maestro Galindo Garfias nos dice lo siguiente:

"La patria potestad considerándola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por un conjunto de derechos personalísimos inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente a quien corresponda el ejercicio de ella. Excepcionalmente la patria potestad se transmite y es en el caso de la adopción. En efecto, el artículo 403 del Código Civil establece que los derechos y las obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad que será transferida al adoptante; - salvo que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges. La patria potestad es intransmisible por la voluntad de los particulares sólo puede transmitirse como consecuencia de que el juez de lo familiar haya aprobado la adopción, como medida protectora del interés del adoptado."(11)

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

e) Es una obligación de tracto sucesivo, ya que requiere de una conducta constante para cumplir con su cometido.

f) Es imprescriptible, ya que los derechos y deberes -- que se derivan de ella no se extinguen con el transcurso del tiempo, o sea el hecho de que aunque determinado tiempo este derecho no sea ejercitado, no se pierde.

4.- Naturaleza y Fundamento.

En el derecho romano la patria potestad era considerada únicamente como una institución en favor del pater y a través de la cual se ejercía la potestad paterna. Esta figura fue evolucionando con el transcurso del tiempo, como se ha señalado ya, hasta llegar al Derecho moderno en el que se encuentra su justificación

en el bienestar de los hijos. El sentido de la patria potestad en el Derecho moderno se considera como una función social y como un conjunto de facultades dirigidas al cumplimiento de los deberes y obligaciones que la ley le impone; por ello es que la patria potestad ya no puede entenderse como un derecho de los padres sobre los hijos, sino como una función a aquéllos encomendada y en beneficio de éstos.

El titular tiene unas facultades que no conforman en sentido estricto un derecho subjetivo, sino más bien una potestad; como ya la vimos en la jurisprudencia transcrita anteriormente, porque el derecho subjetivo es de libre ejercicio y se da en beneficio de quien lo ostenta, mientras que las potestades son poderes - dirigidos al interés de otro y estrechamente ligados con el cumplimiento de tales deberes.

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

Este criterio lo encontramos sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis jurisprudencial:

"PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA .- La patria potestad no deriva del contrato de matrimonio, sino que es derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley; esto es, que la patria potestad se funda en las relaciones paterno-filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera del él."(12)

C) LA PATRIA POTESTAD EN LA LEY.

En el vigente Código Civil para el Distrito Federal el tema en estudio se encuentra dividido, al igual que en los códigos anteriores, en tres puntos: a) De los efectos de la patria potes--

tad respecto de la persona de los hijos; b) De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos y c) De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, por lo cual nosotros seguiremos el mismo orden, pero antes de entrar a estos temas es necesario analizar quién o quiénes son los sujetos que participan en la relación objeto de nuestro estudio.

1.- Sujetos.

Como se mencionó anteriormente, los sujetos de la patria potestad son activos o pasivos, atendiendo a si ejercen o se encuentran sujetos a la misma. Los sujetos activos pueden ser los padres, los abuelos paternos, los abuelos maternos o los adoptantes; mientras que los pasivos son los hijos menores no emancipados nacidos dentro o fuera del matrimonio o que han sido adoptados.

La distinción que hace el Código Civil de 1928 respecto a los hijos nacidos o bien fuera o bien dentro del matrimonio, consideramos que no encuentra justificación en vista de los criterios orientadores del legislador de dicho ordenamiento.

Al respecto, el Licenciado Miguel Alessio Robles nos comenta lo siguiente:

"Una de las tradiciones históricas que ya no fueron adoptadas por el legislador del Código Civil de 1928-1932, fue la que concebía distintos efectos y tratos civiles y sociales para los hijos antiguamente llamados naturales. Se consideró que el origen filial de unos y otros no debía acarrearles diferencia en cuanto a derechos civiles, tales como el derecho de heredar a los ascendientes y demás familiares o el derecho a recibir alimentos, ya que la búsqueda de las últimas consecuencias de la realidad social destinada a ser regulada normativamente, enseñaba que no era los hijos quienes debían sufrir las consecuencias de un hecho en el que en forma alguna había intervenido... El informe de la comisión Redactora

y Revisora del Proyecto del Código Civil, señala: "Por lo que toca a los hijos, se comenzó a borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozaran de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen..."(13)

1.1.- De los Hijos Nacidos durante el Matrimonio.

En el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, se encuentran señaladas las personas obligadas a ejercer la patria potestad sobre los hijos nacidos dentro del matrimonio:

- a) El padre y la madre;
- b) Los abuelos paternos, y
- c) Los abuelos maternos.

Es así como en este caso la patria potestad será ejercida por ambos padres o, en su defecto, por los abuelos paternos o los abuelos maternos según determinación del juez de lo familiar, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 418:

"A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso."

Este artículo fue objeto de una adición en el año de 1974, consistiendo dicha adición en la frase: "...en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso." Es decir, anteriormente no se le otorgaba la facultad discrecional al juez de decidir, a falta de padre y madre, a quién correspondería, sino que podríamos entender que dicho artícu

lo remitía para su determinación el artículo 420, el cual no fue reformado y a la letra dice:

"Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad - los que sigan en el orden establecido en los artículos ante riores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quie- nes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede con tinuará en el ejercicio de ese derecho."

En la práctica judicial, se sostienen opiniones encontra das respecto del artículo 418 en el sentido de si éste se refiere únicamente a los hijos nacidos fuera de matrimonio, pero, para la correcta interpretación del precepto legal en cita, debemos acu-- dir al principio de interpretación que reza que donde la ley no - distingue, no corresponde a su intérprete hacer distinción alguna por lo que es nuestra opinión que se refiere a los hijos nacidos - tanto dentro como fuera de matrimonio.

1.2.- De los Hijos Nacidos Fuera del Matrimonio.

De acuerdo con el artículo 415 del Código Civil, si los dos progenitores que han reconocido al hijo habido fuera del ma-- trimonio viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad; y en - caso de que vivan separados, nos remite a los artículos 380 y 381 que nos hablan de la custodia.

Art. 380.- "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos.-- reconozcan al hijo en el mismo acto convendrán cual de los -- dos ejercerá la custodia; y en caso de que no lo hicieran, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Minis terio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor."

El artículo 380 prevé el supuesto del reconocimiento simultáneo, mientras que el 381 se refiere al reconocimiento sucesivo:

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

Revisando los antecedentes de los artículos 380 y 381 del Código Civil, encontramos que hasta antes de 1971, año en que fueron reformados, se referían al ejercicio de la patria potestad y no a la custodia como lo hacen actualmente, pero desafortunadamente el artículo 415 no fue objeto de reforma y continúa remitiendo a los artículos precitados, no obstante que los mismos ya no se refieren a la patria potestad, pero aún antes de la reforma la redacción de los artículos en comento era totalmente infortunada y no evidenciaba sino la gran confusión de que fue presa el legislador, pues una de las características principales de la patria potestad lo es su irrenunciabilidad, característica que se ignora inexplicablemente al permitir que los sujetos activos puedan convenir sobre su ejercicio en los casos de reconocimiento de hijos, lo cual implica desde luego la renuncia de uno de ellos al ejercicio de la patria potestad.

Antes de la reforma, dichos artículos disponían:

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 sobre él la patria potestad; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor."

Art. 381.- "En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que --

"Se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público."

Al respecto, el Lic. Alessio Robles comenta:

"Los artículos 380 y 381 hablan originalmente de patria potestad; al reformarse estas disposiciones en el año de 1971 para adecuarlas en su redacción a la creación de los Juzgados de lo Familiar, se cambió dicho concepto por el de custodia. La razón que tuvo el legislador para reformar en este sentido las mencionadas disposiciones tuvo que ser en el sentido de equipar los efectos de ambas formas de filiación, ya que no puede pensarse que cometió un error de copia. La Exposición de Motivos nada dice y pudiera considerarse que por este hecho y en virtud de que los artículos 415 y 416 no fueron reformados en el mismo sentido, el legislador asimiló la custodia a la patria potestad. Sin embargo, por lo obvio de la reforma, nosotros consideramos con Galindo Garfias, que dicha reforma tuvo por objeto el privar exclusivamente de la custodia al padre que reconoció ulteriormente, pero no de los derechos y obligaciones que derivan de la patria potestad, lo que resulta en términos generales más justo y acorde con los fundamentos sociales y morales que soportan estas normas jurídicas."(14)

En conclusión, consideramos que si los progenitores que viven separados y reconocen al hijo, ya sea sucesiva o simultáneamente, ambos deberán ejercer la patria potestad y solamente deberán aplicar las reglas contenidas en los numerales 380 y 381 respecto a la custodia del menor.

Así pues, nos permitimos proponer una reforma de los preceptos en comento en los siguientes términos:

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

Art. 416.- "Derogado"

Art. 417.- "Cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio que viven juntos se separen, continuarán ambos ejerciendo la patria potestad, y se podrán de acuerdo sobre su custodia; si no lo hicieren esta última corresponderá a quien designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo."

1.3.- De los Hijos Adoptivos.

De la relación entre adoptante y adoptado también nace la institución de la patria potestad que es ejercida únicamente por el adoptante respecto del adoptado, tal como lo señala el artículo 419 del Código Civil.

Al respecto es necesario hacer mención del contenido de los siguientes preceptos:

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

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

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

En conclusión, la relación del adoptante y adoptado res-
 pecto de la patria potestad, se guía por las mismas reglas que pa-
 ra el hijo nacido dentro de matrimonio, con la notoriedad de que
 la patria potestad en el caso de la adopción se extingue en per-
 juicio de los parientes naturales.

2.- Efectos.

Para cumplir con el propósito y obligación de proteger
 y formar a los menores hijos, la ley confiere derechos y obliga-
 ciones que se dirigen tanto a la persona del menor como a los --
 bienes del mismo.

2.1.- Sobre la persona del menor no emancipado.

Por razón de método, comenzaremos con el análisis de --
 aquéllos derechos y obligaciones que afectan a la persona del me-
 nor.

En primer lugar, existe para los sometidos a la patria
 potestad un deber de respeto y obediencia, contenido en el artí-
 culo 411 del Código Civil y que señala;

"Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición,
 deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes."

Este deber, desde luego, no se extingue al terminar la
 patria potestad pues es connatural al hecho mismo de la procrea-
 ción.

En segundo lugar, esta institución obliga a los ascendientes que ejerzan la patria potestad a ministrar alimentos a los descendientes que se encuentren sometidos a la autoridad paterna.

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

El fundamento legal de esta obligación lo encontramos precisamente en el Capítulo II del Título Sexto del Libro Primero del Código Civil y que en su artículo 303 señala;

"Los padres están obligados a dar alimento a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado. "

Tratándose de la obligación de los ascendientes de proporcionar alimentos a los menores sobre los que ejercen la patria potestad, ésta reviste dos características especiales, que la distinguen de la obligación alimenticia que deriva del parentesco solamente:

I. La primera se desprende del contenido del artículo 319 del Código Civil, que a la letra dice:

"En los casos en que los que ejerzan la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad."

II. La segunda consiste en que la forma ordinaria en que los ascendientes deben cumplir con la obligación alimenticia, es manteniendo al hijo en el seno de la familia; en cambio, si deriva - del parentesco en general, se cumple normalmente con esta obligación asignando una pensión al acreedor alimentario (art. 309 del C.C.).

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

Para poder cumplir con dicho cometido, la ley otorga a los ascendientes que ejerzan la patria potestad, las facultades de corregir y castigar mesuradamente a sus hijos, para lo cual contarán, en caso necesario, con el auxilio de las autoridades, haciendo uso de amonestaciones y correctivos.

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

El abuso de este derecho acarrea la sanción penal establecida en el artículo 294 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"Las lesiones inferidas por quienes ejercen la patria potestad o la tutela, y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de las comprendidas en la primera parte del artículo 289, y además el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia."

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

Para facilitar el desempeño de sus facultades en el cumplimiento de los deberes que la patria potestad les impone, la --

ley obliga a los menores no emancipados a vivir en el domicilio de quienes la ejerzan, salvo permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Difícilmente se pueden trazar una división tajante entre las facultades y los deberes que impone la patria potestad, ya que unas y otros están íntimamente ligados y los unos no podrían darse sin las otras y viceversa. Así, para educar convenientemente al menor y cumplir con ese deber, se debe tener correlativamente la facultad de corregirlo mesuradamente asimismo, a este deber de educar se vincula la facultad de guarda y custodia, relacionado a su vez con la obligación y derecho del menor de no abandonar el domicilio de los ascendientes a cuya autoridad se encuentre sometido.

De la obligación de guarda y custodia, deviene la responsabilidad en que incurren quienes ejercen la patria potestad por los actos y, en su caso, daños que pudieren causar quienes están bajo su potestad.

2.2.- Sobre los bienes del menor no emancipado.

Como ha quedado asentado en líneas anteriores, la patria potestad se ejerce sobre los menores de edad no emancipados, quienes en tanto no alcancen la mayoría de edad, no pueden disponer libremente de su persona ni de sus bienes.

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

Los bienes del menor se dividen en dos clases: los que adquiere por su trabajo y los que adquiere de cualesquiera otra forma. De acuerdo con esta distinción, la ley les da diversos tratamiento a

unos y otros.

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

Respecto de los bienes que el menor haya adquirido por medios diferentes a su trabajo, así por ejemplo por herencia, legado, donación, etcétera, la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen al menor, mientras que la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a quienes ejerzan sobre él la patria potestad. Cabe hacer la aclaración de que quien le herede, legue o done, puede excluir a estas personas del usufructo de los bienes - objetos del acto jurídico de que se trate.

Existe un caso en que por ley, el padre no puede nunca disfrutar del usufructo ni tener la administración de los bienes - que el menor adquiere por herencia, y éste se encuentra previsto en el artículo 1320:

"En los casos de intestado, los descendientes del incapaz de heredar conforme al artículo 1316, heredarán al autor de la sucesión, no debiendo ser excluidos por la falta de su padre; pero éste no puede, en ningún caso, tener en los bienes de la sucesión, el usufructo, ni la administración que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de los hijos."

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

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

unos y otros.

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

Respecto de los bienes que el menor haya adquirido por medios diferentes a su trabajo, así por ejemplo por herencia, legado, donación, etcétera, la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen al menor, mientras que la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a quienes ejerzan sobre él la patria potestad. Cabe hacer la aclaración de que quien le herede, legue o done, puede excluir a estas personas del usufructo de los bienes - objetos del acto jurídico de que se trate.

Existe un caso en que por ley, el padre no puede nunca disfrutar del usufructo ni tener la administración de los bienes que el menor adquiere por herencia, y éste se encuentra previsto en el artículo 1320:

"En los casos de intestado, los descendientes del incapaz de heredar conforme al artículo 1316, heredarán al autor de la sucesión, no debiendo ser excluidos por la falta de su padre; pero éste no puede, en ningún caso, tener en los bienes de la sucesión, el usufructo, ni la administración que la ley acuerda a los padres sobre los bienes de los hijos."

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

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

Las causas por la cuales se extingue el derecho de usufructo en comento, se encuentran ennumeradas en el artículo 438:

"El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue:

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

Existen ocasiones en que por ley el hijo menor tiene la administración de sus bienes, y con respecto a ellos se le considera como emancipación; sin embargo, tiene las restricciones que marca la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

Esta restricción se encuentra prevista en el artículo -- 643.

" El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, - pero siempre necesita durante su menor edad.

- I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.
- II. De un tutor para negocios judiciales. "

El hecho de que se tenga la administración de los bienes - del hijo no da la libertad para que puedan disponer sin limitación - alguna de los mismos, la idea principal que informa y llena la facultad de administración, tratándose de la patria potestad, lo es la -- conservación de los bienes, por lo que los actos de disposición son claramente contrarios a esta idea; esta es la razón por la cual se necesita la autorización del juez de lo familiar para que los ascendientes que ejercen la patria potestad puedan enajenar o gravar de - alguna forma los bienes del menor y para realizar dichos actos deberá probarse la absoluta necesidad y que representa un beneficio para el menor.

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

No pueden:

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

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

Por último, señalaremos que las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de los bienes de los hijos; del mismo modo, los jueces están facultados para tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o disminuyan, y esta protección deberá ser solicitada por las personas interesadas, por el menor cuando hubiere cumplido 14 años o por el Ministerio Público en todo caso.

Quienes ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen. Tienen también la obligación de responder por los daños y perjuicios que se causen al menor por la mala administración de los bienes de éste, tomando en cuenta que el deber primordial es la conservación de los bienes del sujeto a la patria potestad, por lo tanto debe responder el -

administrador que cause daño al menor por no extremar las precauciones debidas.

3.- Extinción, Pérdida y Suspensión.

Nuestro Código Civil establece que la patria potestad - puede acabarse, perderse o suspenderse.

Rafael de Pina nos explica el contenido de estos conceptos de la siguiente manera:

"La patria potestad se acaba cuando, sin acto culpable de - quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales debe concluir; se pierde cuando por motivos en que aparece la culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes, dispone la ley su - privación, y se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no la pueden seguir desempeñando quien la ejerce, o - por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión."(15)

3.1.- Extinción.

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

- 1.- Por alcanzar la mayoría de edad.
- 2.- Por muerte de quien la ejerza, si no hay otra persona en quien recaiga,
- 3.- Con la emancipación derivada del matrimonio.

La primera causa es consecuencia de un hecho natural, y la mayoría de edad supone la aptitud del sujeto de manejarse por sí mismo y de poder disponer libremente de sus bienes y persona. La segunda causa es consecuencia del hecho natural del que pierde la vida, pues al dejar de existir el sujeto activo de ella, aquélla se acaba. Y la tercera viene a consecuencia de un acto jurídico,

como lo es el matrimonio y que necesariamente deviene en la emancipación del menor, liberándolo de la patria potestad y haciéndolo jurídicamente capaz de administrar sus bienes.

En estos casos la patria potestad desaparece en forma absoluta, ya que nunca podrá renacer y se extingue la institución misma con respecto a ese menor; sin embargo, en el caso segundo que se cita, aparece la figura de la tutela.

Con respecto a la fracción III supracitada, es de hacerse notar que en caso de que el matrimonio del menor se disuelva, - ello no lo hará sujeto nuevamente a la patria potestad, y así lo dispone el artículo 641 del Código Civil:

"El matrimonio del menor de 18 años produce de derecho la -- emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad."

Al lado de los casos que anteriormente han sido mencionados, hay situaciones que traen como consecuencia que la patria potestad se pierda o se suspenda.

3.2.- Suspensión.

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

- "I. Por incapacidad declarada judicialmente.
- II. Por la ausencia declarada en forma.
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión."

La primera causa de suspensión tiene lugar cuando la persona que la ejerce es declarada por sentencia ejecutoriada, incapaz en términos del artículo 450 del Código Civil. La suspensión en esta primera fracción debe durar hasta que desaparezca la causa que - la originó, debiendo ser motivo de una resolución judicial la desa-

parición de la causa.

A este respecto cabe mencionar lo que prescribe el artículo 465:

"Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo se les proveerá de tutor."

Mientras que el artículo 491 nos menciona quién debe -- ejercer este cargo de tutor:

"El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquél derecho."

En cuanto a la segunda causa de suspensión, ésta proviene de la desaparición del lugar de su residencia y el desconocimiento de una persona, transcurridos los plazos señalados por la ley sustantiva de la materia. Las circunstancias de desaparición del lugar de residencia de una persona y el desconocimiento de su paradero producen la declaración de ausencia y, por ende, la suspensión de la potestad paterna.

De la fracción III, del artículo 447, se puede deducir que la sentencia condenatoria se refiere a los previsto para los casos de divorcio, pues el artículo 283 del propio Código Civil dispone que el Juez puede suspender el ejercicio de ella según su arbitrio. Además, también cabe en este supuesto la comisión de un delito que no sea grave, pero que a juicio del juzgador pueda afectar al sujeto a la patria potestad y, a consecuencia de ello, el juez estaría en posición de imponer como pena al condenado la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

3.3.- Pérdida.

La pérdida de la patria potestad, por referirse a la persona que la ejerce, es una forma de extinción relativa, pues la --

institución no desaparece y si la pierde quien la ejerce es a manera de sanción, a resultas de ser condenado en los casos específicamente señalados por la ley.

Cuando estamos ante casos de pérdida de la patria potestad, los derechos que son afectados no desaparecen lisa y llanamente, sino que son sustituidos bajo distintas formas según el caso concreto y de acuerdo a lo previsto por la legislación; con base en ello, se tomarán las medidas correspondientes: apertura de la tutela, ejercicio de la patria potestad por los demás ascendientes, etcétera.

La restitución en el ejercicio de la patria potestad, es posible mediante el cumplimiento de ciertas condiciones previstas por la ley. Nuestro Código Civil vigente norma la pérdida de la patria potestad en sus artículos 444 a 446; el primero de ellos dispone los siguientes supuestos de dicha pérdida:

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

Aquí nuevamente nos encontramos con la facultad discrecional del juez prevista en el artículo 238 para decretar la pérdida al derecho de ejercer la patria potestad. Así también nos plantea el caso de los delitos, caso en el cual para decretar dicha pérdida es necesario que la persona de que se trate haya sido condenada dos o más veces por delitos calificados por la ley penal como graves.

Este supuesto se relaciona con los artículos 202 y 203 de nuestro Código Penal, mismos que establecen la prohibición de emplear a menores de 18 años en cantinas, tabernas, etc., aplicándoseles no sólo a quienes los empleen, sino también a los padres o tutores que consientan ello las sanciones respectivas; esta sanción se aumentará con la privación del derecho de la patria potestad cuando el delincuente sea ascendiente, padraastro o madrag

tra del menor.

El mismo ordenamiento punitivo sanciona el abandono de un niño incapaz de cuidarse con la pérdida de la patria potestad si el ascendiente es el sujeto activo del delito; de igual modo se encuentra previsto el abandono injustificado y la exposición de los hijos en los artículos 336 y 343.

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

Aquí sólo nos restaría hacer el comentario que el artículo 283 se refiere a las facultades que tiene el Juez de lo Familiar que conoció del juicio de Divorcio para que en la sentencia que en dicho juicio emita, resuelva sobre los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según sea el caso.

III. Cuando por las conductas depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;

Con respecto a esta causa los Tribunales Supremos de nuestro país han establecido lo siguiente:

"PATRIA POTESTAD, PERDIDA DE LA. CONDUCTA DEPRAVADA COMO CAUSAL.- La fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal sanciona a los progenitores con la pérdida de la patria potestad en el caso en que se les demuestre en juicio que observan "una conducta depravada" que ponga en peligro la moralidad del hijo; por lo tanto, cuando se demanda la aplicación de tal sanción en contra de alguno de ellos, es necesario justificar el peligro de corrupción que existe en perjuicio del que está sujeto a la patria potestad; de ahí se deduce que no es posible afirmar que se -

"da esa hipótesis cuando las costumbre que se le imputen al reo hayan acontecido con anterioridad al nacimiento del hijo y no se hayan seguido repitiendo con posterioridad al alumbramiento, precisamente por no haber nacido éste no pudo ser mal educado."(16)

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

Esta fracción atiende indudablemente al incumplimiento por parte de los padres de los deberes y obligaciones más elementales respecto de la persona de los hijos, o sea el atender a las necesidades básicas fundamentales de éstos -casa, vestido, sustento y asistencia en casos de enfermedad- señaladas por los artículos 303 y 308 del Código Civil.

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

"PATRIA PÓTESTAD, PERDIDA DE LA.- La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre los padres, y consiguientemente, las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen deben considerarse como de estricta aplicación, de manera que sólo cuando haya quedado una de ellas de modo indiscutible se surtirá su procedencia; sin que puedan aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores. "(17)

"PATRIA PÓTESTAD, PERDIDA DE LA.- Las disposiciones que contiene la ley civil sobre las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad son limitativas, restrictivas, y no ejemplificativas, por lo cual para que el juez pueda im--

"poner esta sanción a alguno de los progenitores es necesario que la causa que se alegue encuentre apoyo en algún -- dispositivo de la ley."(18)

No debemos dejar de mencionar que el artículo 445 del Código Civil establece con claridad que la madre o la abuela que contraigan segundas nupcias no pierden por ese hecho el derecho a ejercer la patria potestad. Ello no estaba contemplado de ese modo ni en los códigos anteriores ni en la Ley de Relaciones Familiares, situación que nos parece un acierto del Código Civil vigente. Sin embargo, en caso de que la abuela o la madre contraigan segundas nupcias, el nuevo marido no tiene derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos habidos en el matrimonio anterior (art. 446).

3.4.- Limitaciones a su ejercicio.

Esta institución, por el cúmulo de facultades y obligaciones que presenta, puede ser limitada en su ejercicio por decisión judicial, ya sea por causa de divorcio en los términos previstos en el artículo 283 o para evitar conflictos del orden familiar.

Se pueden limitar una o varias de las facultades que entraña la institución jurídica que nos ocupa, pero no así las obligaciones, ya que no se puede eximir del cumplimiento de ellas.

Nos permitimos, ahora, a citar el siguiente criterio jurisprudencial emitido en el Estado de Veracruz y que viene a ratificar lo que hemos señalado arriba:

"PATRIA POTESTAD. SUSPENSIÓN DE ALGUNO O ALGUNOS DE LOS DERECHOS QUE LA MISMA COMPRENDE.- La patria potestad comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejerce, tales como la guarda y custodia de los -

"menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la ley, de administrar sus bienes, de proporcionarles alimentos, etc. Cuando por virtud de resolución judicial se priva a una persona de la patria potestad, ésta pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumban, según se desprende del artículo 378 del Código Civil de Veracruz; sin embargo, debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, sin privar a los padres o abuelos de la patria potestad que ejerzan, suprimirles o restringirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende - como puede ser la privación de la guarda y custodia de los menores de la facultad de decidir relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc.; esto se desprende, entre otros, de los artículos 342 y 370 del ordenamiento antes mencionado."(19)

Notas del Capítulo I

- (1) INGLESIAS, Juan. "DERECHO ROMANO", 6a. ed., España, Ariel, 1979, p. 534.
- (2) Ley de Relaciones Familiares, Talleres Gráficos de la Nación, Edición Oficial, 1936, p. 3-6.
- (3) DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ABREVIADO, 7a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1957, T. VI, pp. 360 y 371.
- (4) DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA, 19a. ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1970, p. 1055.
- (5) Instituto de Investigaciones Jurídicas. "DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO", México, U.N.A.M., 1985, T. VII, p. 205.
- (6) CABANELLAS, Guillermo. "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL", Buenos Aires, Ed. Arayú, 1954, T. III, p. 105.
- (7) DE PINA, Rafael. "DICCIONARIO DE DERECHO", 7a ed., México, Porrúa, 1978, p. 300.
- (8) PLANIOL, Marcel. "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL", 12a. ed., México, Cajica. T. II, p. 251.
- (9) GALINDO Garfias, Ignacio, "DERECHO CIVIL", 5a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 668.
- (10) Amparo Directo 4434/73. Luis Correa Rosales. 15 de Noviembre de 1974. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Reynaldo Alor Campillo. Informe 1074. Tercera Sala, p. 50.
- (11) GALINDO Garfias, Ignacio. Op. cit., p. 126.
- (12) Amparo Directo 5391/72. Carlos Miguel Rocha Escudero. 12 de Julio de 1973. Unanimidad de 4 votos.- Ponente, Ernesto Solís López. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 55. Cuarta Parte. Julio, 1973. Tercera Sala, p. 47.
- (13) ALESSIO Robles, Miguel. "LA LLAMADA LEGITIMACION DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO Y TRES ERRORES LEGISLATIVOS EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA", en Revista de Investigaciones Jurídicas, año 9, número 9, (México, 1985), pp. 27-28.
- (14) Idem., p. 34.

- (15) DE PINA, Rafael. "DERECHO CIVIL MEXICANO", 2a. ed., México, Porrúa, 1983, Vol. I, p. 381.
- (16) Amparo Directo 5999/76. Pablo Colegio Camargo. 30 de Septiembre de 1977. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Carlos A. González Zárate. Informe 1977, Tercera Sala, p. 124.
- (17) Amparo Directo 4414/77. Leopoldo Fonseca Molina. 7 de Abril de 1970. 5 votos.- Ponente; Raúl Cuevas Wantecon.- Secretario: Gabriel Santos Ayala. Informe 1978. Tercera Sala. No. 108, p. 71.
- (18) Amparo Directo 5041/76. María Hernández Guzmán Vda. de Morales. 3 de Octubre de 1977. 5 votos.- Ponente; J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Carlos A. González Zárate. Informe 1977. Tercera Sala, p. 126.
- (19) Amparo Directo 2078/74. Victor Manuel Martínez Fernández. 15 de Agosto de 1975. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Jaime M. Marroquín Zaleta. Boletín Año II. Agosto, 1975. Núm. 20. Tercera Sala, p. 61.

C A P I T U L O I I

L A C U S T O D I A

La guarda o custodia del hijo menor de edad no emancipado es el atributo esencial de la patria potestad. Cuando la familia vive unida y antes del divorcio, el padre y la madre tienen de rechos y obligaciones que ejercen conjuntamente respecto de la cus todia, cuidado y otras circunstancias de sus hijos menores de edad. Son, en otras palabra, los defensores y guardianes naturales de sus hijos.

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

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

En mi criterio, cuando el ejercicio de la patria potestad es incompatible con el interés de la familia, de los hijos y de la sociedad, cuando el ejercicio de ese derecho no se compagina con las finalidades aludidas, que inspiran toda la normativa que regula la institución, cuando del ejercicio de ese derecho se causan perjuicios para el desarrollo físico y moral del menor, procede entonces determinar que sólo uno de los titulares del derecho a ejercer la patria potestad mantenga la guarda del menor o menores de que se trate, y la misma ley establece dicha posibilidad.

El legislador ha vuelto sus ojos hacia la antigua tradición judicial francesa y a la de sus antiguos parlamentos, que se reconocían con ese derecho de inspección y control sobre la patria potestad, y ha captado además un aspecto de la evolución de la pa-

tria potestad que es el siguiente: el código civil francés concebía la patria potestad como un derecho intangible y, en consecuencia, el padre en ejercicio de su autoridad no podía ser privado de ella en ningún caso, ni aún en los de extrema necesidad. Entonces el juez francés, ante los abusos en el ejercicio de las facultades que involucra la patria potestad y a la consumación de hechos perjudiciales en los hijos sometidos a tal poder que cada día exigían pronto remedio decide, con ese criterio, suspender al padre de la guarda de los hijos. De ese manera se respetaba la intangibilidad del derecho de patria potestad, titularidad y, al mismo tiempo, se procuraba proteger al menor contra tales circunstancias.

Más tarde, la doctrina, contemporánea al robustecer con las opiniones de los autores sobre la teoría del abuso del derecho ha fundado también allí también la suspensión de la guarda y nuevamente se justifica que el padre, sin perder la titularidad del derecho de patria potestad, puede ser suspendido de uno de sus atributos, en este caso la guarda, cuando lo ejerce con abuso de los poderes que la ley le confiere sobre los hijos. Todo ello es conforme, también con el principio jurídico de que quien puede lo más, privar a alguien de la titularidad de la patria potestad, puede lo menos, suspenderlo en uno de los atributos de aquélla.

Nuestra legislación vigente no hace otra cosa que consagrar esa posibilidad al permitir a los jueces, en interés del menor sujeto a patria potestad, colocarlo bajo la guarda de uno de los titulares del ejercicio de la patria potestad o bajo la guarda de parientes o aún de terceros, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Queda así claro que, en términos generales, las decisiones de los jueces consagran, mediante el derecho de guarda, la posibilidad de suspender de la misma a los padres que, sin cometer actos que configuren plenamente una causal de privación, ejecutan otros menos graves que no la justificarían, pero que al contrario

imponen la necesidad de aplicar una pena civil leve y con ello defender y proporcionar protección al menor de que se trate.

A) ANTECEDENTES.

El derecho del padre a la custodia estaba basado en la presunción de que estaba en mejor posición para cuidar y velar por sus hijos en caso de separación; el padre proveía ropa, alimentación, etc., y el hijo a su vez ayudaba a trabajar la tierra. La tradición dictaba que el padre era el guardián natural de sus hijos.

Con el correr del tiempo, se fue diluyendo el derecho absoluto del padre para obtener la custodia de los hijos menores; comenzó a otorgarse entonces la custodia a la madre cuando los hijos eran de tan tierna edad que necesitaban de los cuidados maternos de que la naturaleza les dotó.

Posteriormente, la custodia se podía otorgar a cualesquiera de los padres atendiendo al mejor interés del menor; esto podía realizarse mediante un acuerdo entre los padres o, en su defecto, mediante la propuesta, judicialmente valorada, que hiciera el cónyuge demandante del divorcio.

En el caso de la legislación mexicana, y hasta antes de 1954, se disponía que durante el proceso de divorcio los hijos menores de siete años debían quedar necesariamente bajo el cuidado de la madre, pero en ese año de 1954 el artículo 282 del Código Civil sufrió una reforma y se suprimió tal regla, pudiendo quedar los menores bajo el cuidado de cualquier persona que designen los cónyuges. Sin embargo, el 27 de Enero de 1983 dicho precepto volvió a sufrir una adición y se rescató la regla que antes se comentó.

"MENORES QUE DEBEN QUEDAR EN PODER DE LA MADRE.- Existe interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la edad que fije el Código Civil aplicable, porque es -- quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidado necesarios, de tal suerte que si no se está en los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado del menor de edad del cuidado de su madre, éste no podrá pasar a la custodia del padre que así lo solicite."(1)

B) CONCEPTO.

El término custodia "proviene del latín custos que significa guarda o guardián y ésta a su vez deriva del curtos, forma del verbo curare que quiere decir cuidar. Es, por lo tanto, la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado una cosa." (2)El término, aún concretándose al ámbito jurídico, expresa distintas acepciones; en el Derecho privado la custodia en su sentido lato, no es más que la obligación del deudor de cuidar la cosa debida. Pero en su acepción más técnica y precisa, constituye, tanto en el Derecho romano como en el moderno, el contenido típico del contrato de depósito.

El concepto de custodia, como tema y materia de este trabajo de tesis, lo es la de los menores, con finalidades propias -- dentro del derecho de familia y que atiende a determinados intereses fundamentales -- los del menor, los de la familia, los del orden social y público-- jurídicamente protegidos.

Planiol y Ripart nos dicen que en un sentido amplio "la guarda del hijo comprende todos los derechos que se ejercen sobre su persona, excepción hecha del derecho de hacerlo encarcelar. En sentido estricto, comprende el derecho de retener al hijo en el lugar escogido por los padres."(3)

El derecho de guarda puede definirse como el derecho - deber que asiste al padre para conservar al hijo a su lado, vigilarlo, educarlos y, en general, atender a su buena formación física, intelectual y moral. La guarda es a la vez un derecho y una obligación que constituyen el anverso y el reverso de una misma realidad.

En algunas legislaciones extranjeras, como en la argentina, se distinguen tres tipos de guarda: la guarda física, que comprende el cuidado de la persona del menor, la atención de su desarrollo personal o corporal; la guarda moral, que consistiría en la vigilancia y el cultivo de los principales valores del espíritu y, finalmente, la guarda intelectual, que se referiría a la preparación del menor para el posterior ejercicio de una profesión u oficio. Consideramos, sin embargo, que esta división no tiene razón de ser, ya que la persona que tenga la guarda del menor siempre realizará estos cuidados hacia la persona del menor.

C) CARACTERISTICAS Y FUNCIONES QUE COMPRENDE.

Este derecho tiene como base la instrucción y corrección de la persona del menor por parte de los padres o por un tercero cuando sea éste quien detente su ejercicio; el bienestar del infante es el elemento predominante en la determinación de la custodia.

En cuanto a sus características podemos decir que:

1. Es un derecho renunciabile, ya que cualquier persona a la que se otorgue la custodia de un menor puede renunciar o excusarse de su cumplimiento.

Es un derecho esencialmente renunciabile, pero la renuncia al mismo por parte de los sujetos activos del derecho en cuestión estará siempre limitada estrictamente por los intereses del menor de cuya guarda se trate, pues resulta por demás inapropiada que, ante la renuncia de dicho derecho se afecten volitiva e irre-

mediablemente las necesidades tanto materiales como emocionales que, en los momentos más importantes del desarrollo de cualquier ser humano resultan insustituíbles, necesidades que deben ser protegidas por el juzgador o, en su caso, por el legislador ante la irresponsabilidad de los padres o de aquéllos en quines recaiga la custodia de los menores.

2. Es subordinado, ya que está siempre condicionado al interés de los menores, por lo que cualquier convenio entre los padres a este respecto, quedará sujeto a que dicho interés se encuentre preservado.

3. Es un derecho intransmisible, ya que solamente el beneficiario de él puede ejercerlo, no puede delegarlo en un tercero.

Con relación a esto, surge la duda de saber si se está delegando el ejercicio de la custodia cuando los padres, con base en el artículo 421 del Código Civil, otorgan su autorización para que sus hijos salgan del hogar, por ejemplo para estudiar en el extranjero y en donde estarán bajo la custodia y cuidado de otra y otras personas. Es mi opinión que en realidad no se está delegando su -- ejercicio, es decir, la otra y otras personas no tendrán la custodia del menor, sino únicamente la obligación de vigilar y cuidar temporalmente de los menores, no es un derecho permanente.

4. Las decisiones judiciales sobre la custodia no son inmutables, ni pueden ser definitivas por exigirlo así la misma naturaleza de la institución, es decir por el contrario, son modificables y deben serlo en atención a necesidades imperiosas, pues de no ser -- así, la fijeza de tales resoluciones, justas en un principio, llegarían a ser absurdas e injustas si no se tomaran en cuenta los cambios que presentarán hechos o circunstancias posteriores, o si se encontrara comprometido el interés del menor.

La custodia es uno de los principales derechos, si no es que el más importante dentro de los atributos generales en el -

ejercicio de la patria potestad correspondientes a los padres, El derecho de guarda concede a su titular el derecho de instrucción y corrección en la persona del hijo; es una función conferida siempre en interés del hijo. Este derecho de guarda tiene como corolario las obligaciones de guardar, mantener y educar al hijo; corolario que no es sino el reverso de las atribuciones conferidas.

Entre las funciones que comprende, cabe mencionar: la vigilancia, o sea la fiscalización de los actos de los menores para evitar que corran riesgos o peligros de cualquier índole la corrección, es decir, la facultad de imponer sanciones acordes con la edad y de rigor suficiente como para preservar la autoridad paterna, la dirección de la conducta y de los valores. El derecho de guarda supone en sí, la necesidad de dirigir al hijo y velar por su instrucción y su formación.

Es un presupuesto lógico para ejercer el derecho de guarda contar con la tenencia del menor, ya que sin ella no pueden actualizarse los derechos y obligaciones que acarrea.

"GUARDA Y CUSTODIA.- NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCLADA DE LA POSESION.- Una de las prerrogativas de la patria potestad es la custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha guarda no se puede entender desvinculada de la posesión de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades."(4)

Nos parece que la tesis supracitada es inapropiada en el sentido de que utiliza el término "posesión material", sin tomar en consideración que las personas no pueden poseerse, pues por posesión se entiende el poder de hecho sobre una cosa o un derecho. Al respecto, el Código Civil para el Distrito Federal establece en sus artículos 790 y 794 lo siguiente:

Art. 790.- "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él."

Art. 794.- "Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación."

Entre los factores que deben ser examinados al momento de determinar el mejor interés del menor se encuentran: La preferencia del menor, su sexo, su edad, su salud mental y física, la habilidad de las partes para satisfacer debidamente las necesidades afectivas, morales y económicas del menor, el grado de ajuste del menor al hogar, la escuela y la comunidad en que vive, la -- interrelación del menor con las partes, sus hermanos y otros miembros de la familia, y la salud psíquica de las partes. Ningún factor es de por sí decisivo, hay que sopesarlos todos, para dictar la resolución más justa que satisfaga y proteja el bienestar e interés del menor.

D) LA CUSTODIA DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO.

Ya mencionamos que cuando los padres viven juntos, en especial cuando estén unidos en matrimonio, ambos ejercen el derecho de custodia por vivir todos en el mismo hogar. Sin embargo cuando un hijo nace fuera de matrimonio y sus padres no viven juntos se siguen diversas reglas:

a) En caso de reconocimiento simultáneo, en ese acto el padre y la madre convendrán quién 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. 380 del C.C.).

"MENORES DE EDAD, CUSTODIA DE LOS.- Cuando los padres que han reconocido en el mismo acto a un menor discuten a cual de ellos corresponde su custodia, no basta que demuestren el derecho que tienen a ejercer la patria potestad sobre el -

"niño y que tienen interés en alcanzar su custodia, sino que también es indispensable que acrediten que el convivir el niño con uno de ellos es lo que resulta a éste más provechoso, toda vez que el artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal, independientemente de señalar como elementos de esta acción el que los padres hayan reconocido al hijo en el mismo acto, que no vivan juntos y que no lleguen a convenir sobre su custodia, ordena al Juez resolver, después de haber oído el parecer del Agente del Ministerio Público y el de los progenitores, lo que creyere más conveniente a los intereses del menor."(5)

b) Tratándose de reconocimiento sucesivo, ejercerá la custodia el que primero lo hubiese reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

Por lo que toca al supuesto de hijos nacidos fuera de matrimonio que vivían juntos y se separan, hemos mencionado con antelación que debe ser aplicado lo preceptuado por el artículo 417 del Código Civil, numeral que, a juicio nuestro, deberá referirse más propiamente a la custodia y no, como lo hace, a la patria potestad.

Notas del Capítulo II

- (1) Amparo Directo 5057/73. Manuel Ramón Gil González. 3 de Marzo de 1975. 5 votos.- Ponente: David Franco Rodríguez. Semanario Judicial de la Federación.- Séptima Epoca. Vol. 75. Cuarta Parte. Tercera Sala, p. 23.
- (2) Instituto de Investigaciones Jurídicas. "DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO", México, U.N.A.M., 1985, T. II
- (3) PLANIOL, Marcel y Jorge Ripert. "TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES" (Trad. Mateo Díaz Cruz), La Habana, Ed. Cultural, 1964, Tomo I, p. 312.
- (4) Amparo Directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de Enero de 1988. 5 votos.- Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano.- Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba.- Precedente; Amparo Directo 73/87. Salvador Cordero Torner y otra. 4 de Abril de 1987. 5 votos.- Ponente: Jorge Olivera Toro.- Secretaria: Hilda Martínez González.
- (5) Amparo Directo 4699/77. Ezequiel Pantoja Castillo. 25 de Agosto de 1978. 5 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario.- Carlos A. González Zárate.

CAPITULO III

EL DERECHO DE VISITA.

"La desvinculación entre padres de menores de edad, sea por haber sido casados pero estar divorciados, en proceso de divorcio o separados de hecho, o sea por no haber matrimonio entre ellos, da lugar a un problema conexas con el del otorgamiento de la tenencia o guarda de los menores a uno de los progenitores: - el de la reglamentación de la comunicación entre aquél que no ejerce la tenencia y el menor."(1)

Hemos considerado oportuno ocuparnos en este apartado - del derecho de visita, en virtud de que resulta, a nuestro juicio, un tema recurrente en la problemática del derecho familiar.

Así, podemos observar que en la mayoría de los casos en que existe un conflicto del orden familiar, los primeros y más perjudicados son los hijos, ya que como atinadamente comenta el autor Sánchez Meda1, se les toma como botín judicial en virtud de que se les utiliza como un medio de presión o chantaje hacia la pareja, se le ponen impedimentos para poder ver a sus propios hijos, etcétera, además de que por su corta edad son los que menos preparados están para afrontar los problemas, y de que son los únicos que no tienen culpa de esa situación.

En los casos de divorcio, es necesario que la legislación relativa se ocupe primordialmente de los hijos, pues son éstos los más indefensos y los que, en consecuencia, requieren mayor protección; lo mismo los hijos nacidos en matrimonio que fuera de él.

A) DERECHO COMPARADO.

El derecho de visita es una resultante de la figura jurí

dica de que nos hemos ocupado ya en líneas anteriores: patria potestad, por lo que podríamos decir que el derecho de visita es de historia reciente, pues antiguamente vimos que la patria potestad se ejercía como un poder absoluto y, aún cuando fue evolucionando, sólo se limitaba en muy pocos casos ni se daban derechos a otras personas que no fueran el pater-familias.

1.- Derecho Francés.

Los primeros antecedentes del derecho de visita en Francia se dan en la jurisprudencia; fue admitido este derecho cuando los padres se divorciaban o se separaban, cuestionando que si unos de los cónyuges tenía el ejercicio de la patria potestad ¿qué derechos tenía el otro progenitor?

El problema se planteó con mayores dificultades respecto de los abuelos. Los tribunales franceses, hasta mediados del siglo -XIX, se mostraron reticentes y varias "Cours d'appel" (Cortes de apelación) se negaron a autorizar a los abuelos a visitar a sus nietos contra la voluntad del padre, razonando que ello suponía un atentado inadmisibles contra los derechos de la patria potestad.

Sin embargo, la "Cour de Cassation" (Corte de casación) - francesa cambió de orientación y abrió un nuevo camino en una sentencia del 8 de julio de 1857, en donde se reconoce aún el principio de que el padre puede prohibir a sus hijos la visita de personas cuya influencia pueda ser negativa para la formación del menor; pero después, afirma la misma sentencia que ese derecho no es discrecional, y que a menos que haya motivo graves y legítimos, la prohibición no procede, ya que el padre no puede oponerse a las relaciones de sus hijos con los abuelos de éstos.

Los tribunales franceses fueron aceptando poco a poco esa posición, y desde entonces numerosas decisiones han sido en el sentido de admitir un derecho de visita con alcance cada vez mayor, no sólo a favor de los abuelos, sino de otros parientes y, en algunos casos, a otras personas.

El primer precedente a nivel legislativo se da en el proyecto elaborado por la Société d'Etudes Legislativos en el año de 1935, que proponía añadir al artículo 373 del Código de la materia los siguientes párrafos:

"En caso de muerte del padre o de la madre, el esposo sobreviviente, investido de la patria potestad sobre los hijos menores del matrimonio, no puede, sin motivo legítimo negar a los ascendientes del cónyuge premuerto el derecho de conservar con sus nietos relaciones consistentes en visitas y estancias; si hay desacuerdo, el tribunal decidirá sobre las modalidades de esas relaciones previendo las medidas propias para salvaguardar el interés de los hijos y las prerrogativas de la patria potestad.

Durante su matrimonio, los esposos no pueden, en contra del interés de sus hijos, prohibir sin motivos legítimos todas las visitas, incluso breves estancias de estos últimos en casa de sus abuelos. Si hay desacuerdo, corresponderá al tribunal decidir sobre las modificaciones de estas visitas o estancias."

Efectivamente este criterio fue adoptado por los órganos legislativos franceses y el 4 de Junio del año de 1970 es objeto de reforma la disposición relativa, para quedar como sigue:

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

La reforma en materia de divorcio introducida en Francia por la ley del 11 de Julio de 1975 y decreto de aplicación del 5 - de Diciembre de 1976, reconoció al cónyuge a quien no correspondiera la guarda de los hijos matrimoniales un derecho de visita y albergue, cuyo régimen debía ser fijado por el juez o por convenio de los esposos homologado por el primero, derecho éste que sólo podría ser negado por motivos graves.

2.- Derecho Español.

La primera sentencia a este respecto es de fecha 9 de Junio del año de 1909, recaída en un incidente derivado de un pleito de divorcio, en el que la esposa solicitó el traslado a Madrid de sus hijos para poder verlos, ya que el padre de los menores se los había llevado a Villafranca de los Barros y se les había prohibido que recibieran visitas y cartas de su madre. El juez requirió al marido para que situara a los hijos en poder de persona o colegio de su confianza en Madrid para que pudieran ser visitados por su madre todos los días festivos. Esta sentencia fue recurrida por el padre y el tribunal falló a favor de él, manifestando que la madre tendría derecho a visitarlos sólo si el padre consentía en ello.

Posteriormente, hubo otra sentencia de fecha 24 de Junio de 1929, con un planteamiento similar al anterior y que el tribunal resolvió diciendo que la determinación no es en favor ni del padre ni de la madre, sino que tiene que tomar en cuenta la conveniencia de los niños, "es de derecho natural, como nacido de amor materno, el que la madre vea a su hijo, y por eso el juzgador de instancia le concede este derecho, dos días a la semana y durante varias horas."

La Ley de Divorcio del 2 de Marzo de 1932, al regular - los efectos del divorcio en cuanto a los hijos, establecía en el segundo párrafo del artículo 20 que:

"El cónyuge que no los tenga en su poder conserva el derecho de comunicarse con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos."

Los tribunales españoles conceden este derecho de visita al padre o a la madre que no tenga la guarda o custodia del hijo en casos de crisis matrimoniales, independientemente de a quien corresponda la patria potestad.

Otra resolución importante es la del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia, del 15 de Diciembre de 1939. Se inicia la controversia con la denuncia del abuelo materno de una menor huérfana de madre el padre se hallaba preso y la niña estaba en poder de sus abuelos paternos y éstos negaban toda comunicación de la niña con los abuelos maternos. El Tribunal acordó que los abuelos maternos tuvieran comunicación con la niña argumentando lo siguiente:

"Estimando que ni el padre de la menor, ni los abuelos paternos pueden oponerse a no mediar justo motivo que en este caso no existe, a que la menor sostenga trato y relaciones con los abuelos maternos, sin incurrir en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, máxime teniendo en cuenta que la madre de dicha menor ha muerto y que es lógico y natural el cariño que los abuelos maternos sienten por su nieta, en quien ven la representación de la madre, y por otra parte es también natural que si la ley impone a los abuelos, no obstante la muerte de la hija, obligaciones de diferente carácter para con los nietos, tengan en justa correspondencia el derecho de tratarlos y de poder vigilar la salud moral y física de la nieta."

Como vemos, el fundamento jurídico de esta sentencia se

encuentra en el abuso del ejercicio de la patria potestad, y en el daño a los sentimientos del infante.

En cuanto al actual Código Civil español, podemos citar los siguientes preceptos:

Art. 90.- "El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menor, a los siguientes extremos:

A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos."

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

Art. 103.- "Admitida la demanda (de nulidad, separación o divorcio), el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes;

1a. Determinar, en interés de los hijos, con cual de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que se podrá comunicar

con ellos y tenerlos en su compañía."

Art. 161.- "El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos -- menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial."(2)

3.- Derecho Argentino.

En el año de 1975 se incorpora al Código Civil argentino el artículo 376 bis, que dispone:

"Los padres, tutores o cuidadores de los menores o incapaces o quienes tengan a su cuidado personas menores de edad, enfermos o imposibilitados deberán permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos; si se dedujese oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados el juez resolverá en trámite sumario lo que corresponda, estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso."

El derecho argentino ha concedido el derecho de visita a los padres de hijos extramatrimoniales cuando no viviendo juntos, se concede la tenencia a uno de ellos, lo mismo que a los abuelos.

4.- Derecho Chileno.

El Código Civil chileno en su artículo 227 a la letra -- dice:

"Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos, con la frecuencia y libertad que el juez estimare conveniente."

Esta norma ha sido ampliada y complementada por las disposiciones de la ley número 16.618:

- a) Cada vez que el juez confiare la tenencia a un tercero, deberá establecer en la resolución respectiva la de admitir que el menor sea visitado por el que carece de la tenencia, determinando la forma del ejercicio de este derecho (art. 48 de la Ley 16.618).
- b) En casos calificados de oficio o a petición de parte, el juez podrá disponer que el derecho de visita se haga extensivo, en la forma y condiciones que determine, a los ascendientes o hermanos legítimos del menor, debiendo ser individualizados (art. 48 inc. 2 de la ley 16.618).
- c) La persona que en juicio fuere condenada a hacer entrega de un menor y no lo hiciere en el plazo fijado por el Tribunal, o infringiere las resoluciones que determine el régimen de visitas, será sancionado (art. 66 de la ley 16.618)."

5.- Derecho Ecuatoriano.

El Código Civil de Ecuador establece en su artículo 286 lo siguiente:

"No se prohibirá al padre o madre de cuyo cuidado hubieren - sido sacados los hijos, visitar a éstos con la frecuencia y libertad que el juez estime conveniente."

6.- Derecho Colombiano.

Por su parte, el Código Civil colombiano, en su artículo 256 dispone:

"Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare conveniente."

7.- Derecho Cubano.

El Código de Familia de Cuba, en su artículo 90 es categórico al señalar que:

"El tribunal dispondrá lo conveniente para que áquel de los - padres al que no se le confiera la guarda y cuidado de los - menores, conserve la comunicación escrita y de palabra con ellos, regulándolo con la periodicidad que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores. El incumplimiento de lo que se disponga a ese respecto podrá - ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda y cuidado, sin perjuicio de la responsabilidad de or den penal que se origine por tal conducto.

"Excepcionalmente, cuando las circunstancias lo requieran, podrán adoptarse disposiciones especiales que limiten la co municación de uno o de ambos padres con el hijo e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente."

8.- Derecho Mexicano.

En nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal no se encuentra alguna disposición que prevea el derecho de visita, pero en la práctica se maneja, sobre todo en los convenios de di- vorcio voluntario, así como también en los casos de nulidad de ma- trimonio y de hijos nacidos fuera de matrimonio cuyos padres no - vivan juntos o que viviendo juntos, posteriormente se separen.

El artículo 273 del Código Civil, en sus fracciones I y II, fija lo que el convenio de divorcio voluntario debe contener en relación a los hijos. La primera parte previene que deberá designarse la "persona a quien sean confiados los hijos del matrimo nio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio." Ahora bien, los progenitores a quienes no se les - otorga la custodia ¿qué derechos tienen en relación a sus hijos?

Nos permitimos ahora citar algunos de los criterios ver- tidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con relación - al tema que nos ocupa:

"Si a la madre se le concede el derecho y guarda de su menor hijo, debe ejercitar los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, que de acuerdo con los artículos 422 y 423 del Código Civil del Estado de Guerrero, comprenden - la obligación de educarlo convenientemente, de corregirlo y castigarlo mesuradamente con una libertad que no tiene más límite que el notorio perjuicio físico o moral de dicho menor. El padre, por su parte, tiene derecho de visitar al hijo, de comunicarse y tratar con él, vigilando prudentemente el cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia a cargo de la madre, sin pretender una intromisión constante y absoluta que no es lógico, ni siquiera en los casos en que el matrimonio subsiste."(3)

Y el mismo tribunal, sobre el derecho de los abuelos se ha manifestado en el siguiente sentido:

"Es indiscutible que conforme a los artículos 414, 420, 445 y 446 del Código Civil del Distrito Federal, a la muerte del padre de los menores, la patria potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de éstos y solamente a ella corresponde - la guarda y custodia de los mismos. Sin embargo el abuelo, en el caso del paterno, no sólo tiene derecho, sino también obligación de tener relaciones con sus menores nietos, proporcionarles afecto, consejos y cooperar con la madre de los mismos a su debida formación; derecho y obligación que se funda no sólo en la naturaleza de las relaciones paterno filiales que existieron entre el abuelo y su hijo, y entre él y los menores, sino también en la necesidad de que dichos menores tengan el apoyo tanto de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la patria potestad, así como el de su abuelo paterno, a falta del padre; relaciones que el Código Civil, - del Distrito Federal reconoce al señalar en el artículo 414 a los abuelos como una de las personas que deben ejercer la patria potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en - el artículo 303 al establecer su obligación de proporcionarles alimentos a falta o imposibilidad de aquéllos, y el artículo 1609 al consagrar su derecho a heredar por estirpe, en la sucesión legítima de los abuelos. Luego, el que el abuelo paterno tenga relaciones con sus nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no sólo debe ser reconocido por el juez a quo, sino también, para hacerlo efectivo, dicho juzgador debe reglamentar la for-

ma en que han de efectuarse las relaciones entre el abuelo y nietos, tomando en consideración todas las circunstancias - que se relacionan con el caso, haciendo uso, inclusive, de los medios de prueba que le faculta el artículo 495 del C.P.C. del Distrito Federal, para determinar con ello la forma que más beneficie a los menores."(4)

Observemos que no está este derecho debidamente reglamentado, pero no es desconocido ni por la jurisprudencia ni por la práctica misma; en tales circunstancias, resulta necesario regular su existencia en el propio Código Civil.

B) FUNDAMENTO.

En el orden doctrinal se distinguen dos tipos de razonamientos para fundamentar el derecho de visita: por una parte, aquellos que lo fundan en una figura o relación jurídica ajena o exterior al mismo, es decir, que se basan en elementos externos a la relación, no encuentran su explicación en la relación misma, sino que buscan la justificación en situaciones externas; y por otra parte, las teorías que lo basan o justifican dentro de la relación que une al menor con el visitador, ya que les bastan los elementos constitutivos del mismo para justificarlo.

1.- Teorías que lo fundan en relación jurídica exterior al mismo.

1.1.- El derecho de vigilancia.

Algunos lo basan en el derecho de vigilancia que compete a uno de los cónyuges respecto del ejercicio de la custodia que corresponde al otro sobre los hijos comunes asignados a éste último; esto es, ven al derecho de visita como un derecho de fiscalización a la actuación del guardador del menor como un medio para controlar

o reprimir y, hasta cierto punto, para presionar al custodio.

Para Planiol-Ripert-Roust: "...el padre o la madre que se ve privado de la guarda del hijo (en caso de divorcio), conserva un derecho de vigilancia que se ejerce habitualmente bajo la forma del derecho de visita, del derecho de correspondencia con los hijos y del derecho de velar por la instrucción del niño y su educación religiosa."(5)

Nosotros consideramos que el derecho de vigilancia va dirigido a un control por parte de uno de los progenitores de la gestión en el ejercicio de la patria potestad o de la guarda jurídica por parte de quien la detenta y se funda en la existencia de una idéntica relación jurídica y humana de cada uno de los progenitores con los hijos, con idénticos derechos y obligaciones que no cesan por la separación conyugal.

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

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

1.2.- Facultad desmembrada del derecho de guarda.

En Francia han relacionado el derecho de visita con la patria potestad, de la cual provendría y sería una especie de parte residual o facultad desmembrada; en tanto que en la doctrina alemana consideran que el citado derecho constituye un resto del cuidado de la persona del hijo que queda al cónyuge privado de su guarda.

No estamos de acuerdo con esto, ya que aún cuando están estrechamente relacionados, la patria potestad y el derecho de visita se puede dar un favor de personas ajenas a las que ejercen la patria potestad, como podría ser el caso de los hermanos o de alguna otra persona que se encuentre relacionada con el menor, o incluso en los casos en que el progenitor haya perdido la patria potestad.

El derecho de visita pretende favorecer las relaciones humanas y afectivas entre dos personas; este derecho tiene un fin muy distinto al de la patria potestad, que consiste, como ya vimos, en el cuidado de la persona y los bienes del menor, mientras que el derecho de visita tiene con fin mantener contacto con el menor.

1.3.- El abuso de la Patria Postestad.

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

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

- 1o. Ejercicio de un derecho;
- 2o. Ausencia de utilidad para el titular de ese derecho;
- 3o. Intención nociva, y
- 4o. El perjuicio efectivamente ocasionado a otro.

Al centrar esta teoría el fundamento del derecho y de la acción del peticionario en el abuso de la patria potestad, no acaba de justificar en donde se encuentra el interés jurídicamente protegido.

Junto al abuso por parte de quien niega tales relaciones aparece una pretensión a las mismas, pretensión que acaba imponiéndose y que el Derecho protege con valor diferenciado de la posición jurídica del titular de la patria potestad, es decir que el derecho de visita no se otorga en función del comportamiento de quien depende la patria potestad, sino que es una figura independiente de aquélla.

2.- Teorías que lo fundan dentro de la relación que une al menor y al titular del derecho.

No es preciso salir de dicha relación, personal y jurídica, piensan algunos, para encontrar razones que justifiquen la procedencia de las visitas y comunicación entre el beneficiario de la misma y el menor en quien se concretan. En varios terrenos cabe situar estas razones.

2.1.- El parentesco.

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

Considero que la causa y auténtica justificación del derecho de visita hay que buscarla más allá, ya que es anterior a valoraciones jurídicas tipo parentesco o patria potestad, hay que buscarla en la relación afectiva que pueda existir entre el menor y quien pretende ejercer este derecho. En algunos casos debe ser procedente otorgar el citado derecho a personas que no tengan parentesco con el menor, tal como podría ser el caso de los llamados "padrinos", que de algún modo han compartido la vida de éste.

2.2.- La relación afectiva.

Otro sector doctrinal pone el acento únicamente en la relación afectiva que une a los padres con sus hijos; el derecho de visita encontraría su fundamento en el afecto que une a aquéllos, mismo que se busca salvar y cuidar frente al riesgo que corre en situaciones anormales de la familia o personales de los interesados.

Considero que esta posición es susceptible de crítica, ya que lo afectivo es demasiado abstracto y subjetivo, además de no ser una categoría jurídica; este criterio puede dar lugar a peticiones abusivas y precisa de otros puntos de referencia a la hora de prueba en cuanto elemento básico y justificador de la pretensión.

2.3.- El interés del menor.

Aunque hasta ahora no ha sido a petición suya como se ha concedido el derecho de visita, el menor y su interés lo condicionan: si no le conviene al menor, no ha lugar a él, es denegado al peticionario o suspendido si resultara perjudicial para el mismo.

3.- Postura mixta o ecléctica.

En nuestra opinión hay dos situaciones primordiales que debemos tomar en cuenta: hay por una parte, el derecho innegable y la necesidad indiscutible de proporcionar al menor un haz de relaciones y vivencias, un entorno humano, espiritual y afectivo, que trascienda más allá de lo puramente individual y de la simple relación jurídica o biológica, relaciones que no deben interrumpirse en situaciones excepcionales o de crisis familiar, ni ceder ante actitudes egofistas o estrechas de quienes pretenden monopolizar el mundo de las relaciones humanas del menor. De otro lado, está la relación afectiva que en todos estos casos unen al beneficiario con el menor y que nuestra institución y esas relaciones a que da lugar entre los mismos, pretende salvar y proteger en circunstancias adversas para aquélla.

El fundamento último del derecho de visita vendría a ser una especie de imperativo categórico por virtud del cual no se puede negar al padre o a la madre seguir relacionándose con su hijo -y de éste con aquéllos- tras la separación, divorcio o nulidad del matrimonio y quedar éste con el otro progenitor; y del mismo modo en el caso de los hijos habidos fuera de matrimonio, con la única limitante que dicha relación y comunicación no resulte nociva para el menor. De igual forma se fundamentaría el derecho de cualesquier

persona que sienta un cariño auténtico por el menor y que pueda -
ayudar a su desarrollo físico, intelectual y/o emocional.

C) NATURALEZA JURIDICA.

Varias cuestiones se pueden plantear en torno al tema de la naturaleza jurídica de la figura cuyo estudio nos ocupa, tales como: ¿Se trata de un derecho propio de su titular, o un mero límite a derechos o poderes ajenos? ¿estamos en presencia de un verdadero derecho subjetivo, o es sólo una facultad jurídica o posición jurídica desgajada de un derecho superior o más amplio?

Estos son los supuesto que analizaremos a continuación.

1.- Derecho propio y autónomo o límite a otros derechos.

Para la doctrina que justificaba el derecho de visita en el abuso del derecho del padre que denegaba las visitas a los abuelos, la pretensión del visitador no se presentaba tanto como un derecho suyo, sino como algo que el titular de la patria potestad no podía negar, frente al cual las visitas eran una restricción a su poder preminente.

Actualmente esta teoría no es aceptada: si el titular de la patria potestad o quien lo tenga en su custodia no puede negar ciertas relaciones del hijo con su otro progenitor no es porque se prohíba su abuso, sino porque esa persona tiene un derecho autónomo para visitarlo y relacionarse con él.

Estimamos que el derecho de visita es un derecho autónomo a aquél que pudiera tener quien ejerce la patria potestad o detenta

la custodia del menor; no es, por tanto, un límite a otro derecho, ni menos está supeditado a él, sino que es un derecho propio que busca tanto la satisfacción del beneficiario como la del menor.

2.- Derecho subjetivo o facultad jurídica.

Para conocer la naturaleza jurídica del derecho de visita conviene determinar si se trata de un derecho subjetivo o de una facultad.

Para De Castro, facultad es: "La posibilidad de actuar concedida a una persona, por formar parte del contenido de una relación jurídica, que tiene entre otros caracteres, y a diferencia del derecho subjetivo, el de carácter de independencia, por estar siempre basadas y unidas a una relación jurídica, a la cual queda vinculada, dependiente, mientras no se independice formando un derecho subjetivo."(6)

El derecho subjetivo para Beinarnd Windscheid es: "Un poder o señoría de la voluntad, reconocido por el orden jurídico; por derecho subjetivo entiéndase la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular. Tal facultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa, y pone a disposición de otro sujeto el imperativo que continúe dicha orden."(7)

En el Derecho alemán la doctrina considera al derecho de visita como una facultad. Las doctrinas francesa e italiana consideran al derecho de visita como un derecho autónomo. En el derecho español se le considera un derecho subjetivo. Nosotros, por nuestra parte, consideramos al derecho de visita como un derecho subjetivo

y no como una mera facultad, ya que no es una facultad que derive de la patria potestad del derecho de guarda, sino que es la posibilidad de exigir su cumplimiento frente a quien detenta la custodia.

3.- Derecho-deber, derecho-función.

En el derecho de visita prevalece el interés del menor, que es a la vez límite y punto de referencia del régimen de visitas.

Existe en el derecho de familia un concepto nuevo y diferente llamado derecho-deber, derecho-función o simplemente función.

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

El derecho de visita entraría, según la clasificación de Ferrara, en los llamados "derechos con fin altruista que no sirve precisamente al interés exclusivo del titular sino al de otros, y cuyo ejercicio no queda a su arbitrio sino que se convierte en un deber ético frente a las personas subordinadas." (8)

Todas las actuaciones del beneficiario son funcionales, sólo pueden ser ejercidas en vistas a la realización del fin. Si el propósito del titular se apartara del fin, el régimen de visi-

tas puede ser modificado, suspendido y hasta suprimido.

El derecho de visita se concede con la finalidad de favorecer las relaciones humanas y afectivas del titular y el menor, y en última instancia se otorga para procurar un mejor desarrollo del menor.

4.- Titular del derecho de visita.

Se dice que el titular del derecho de visita es el menor no sólo para reclamar frente a quien lo custodia relaciones con otros parientes y allegados, sino para mantenerlas con el otro progenitor que no tenga la custodia. Como consecuencia, el sujeto pasivo del derecho de visita es la persona que custodia al menor y ejerce la patria potestad; ella es la persona obligada frente a la que ejercita la posibilidad de actuar o de exigir.

En cuanto al derecho que tiene el menor para reclamar y obtener relaciones personales con uno de sus progenitores, puede añadirse que las obligaciones de los padres no terminan con alimentarlo materialmente cuando no puede tenerlo en su compañía, sino que su progenitor tiene también la obligación de darle cariño, su presencia personal y respaldo espiritual, y si esto no es posible por la interrupción o por la separación, no por esta razón han terminado las obligaciones espirituales y el hijo tiene derecho a pedir las a su progenitor. El que tiene la custodia no tiene derecho a monopolizar las relaciones del menor, ni puede convertirse en la única persona con la que el menor tenga relación; si el menor desea comunicarse o relacionarse con sus abuelos, o con el otro pro-

genitor, el titular de la patria potestad o de la guarda del menor, no debe impedirlo.

"Siendo cierto que el menor es titular de este derecho, no podemos desconocer que tanto el progenitor que no tiene la cus todia, los abuelos y otros parientes, tienen la posibilidad de exi gir ver al menor y convivir con él en cierto y determinados momentos. De aquí se desprende que este derecho responde a deberes jurídicos que tienen recíprocamente el menor y sus parientes.

"Podemos decir que este deber jurídico consiste en la con vivencia que debe haber entre parientes, en especial entre padres e hijos, como resultado de una relación jurídica que responde a una relación interpersonal originada por la filiación. Si existen estos deberes de convivencia recíprocos entre padres e hijos, unos y otros tienen tanto el derecho para exigir del otro el cumplimiento de su 'deber jurídico': este derecho es el que se ha denominado "de visita".(9)

De esta manera, podemos concluir que los titulares del de recho de visita los serán tanto el menor, como aquéllas personas - que tengan lazos afectivos con dicho menor y que, al mismo tiempo, no le causen ningún perjuicio.

D) CONCEPTO.

En virtud de la gran escasez de doctrina sobre el tema - que nos ocupa, no citaremos definiciones de diversos autores, ya que tales definiciones no existen, en todo caso se concretan a hablar sobre su regulación, naturaleza, características, etcétera. No obstante la dificultad de definir este derecho, daré aquí un -

concepto personal.

En términos generales, podría decir que el derecho de visita es aquél derecho que corresponde al padre o madre (o a los abuelos u otros parientes) para comunicarse y relacionarse con aquéllos de sus hijos menores o incapacitados que por resolución judicial o por situación de hecho, han sido confiados a la custodia del otro cónyuge.

Igual derecho corresponde a los hijos menores no emancipados o incapacitados para comunicarse con aquél de sus progenitores con el que no convive; siendo extensivo este derecho respecto de otras personas que sin tener ninguna relación de parentesco, sostengan con el menor relaciones afectivas benéficas para el menor, por ejemplo, padrinos, o respecto de aquéllos que siendo parientes jamás podrá recaer en ellos el ejercicio de la patria potestad.

E) CARACTERÍSTICAS.

a) Relativo: Es un derecho relativo en función de las personas entre quienes se establece la relación jurídica y de las circunstancias de cada caso.

Esta relatividad le deviene de su finalidad y motivación; una misma situación objetiva puede dar lugar, entre distintos interesados, a la concesión o a la denegación de tal derecho, o a un régimen de visitas muy distinto en unos casos y en otros. La mera modificación de las circunstancias puede importar una modificación del régimen y aún la suspensión o supresión de las visitas.

b) Subordinado: Aun cuando es un derecho recíproco, está siempre subordinado al interés del menor, quien es el más necesitado de protección. Aún cuando quien desea ejercer el derecho de

visita ponga todo su empeño para que se le conceda, si de su ejercicio puede resultar algún perjuicio para el menor, el juez no debe otorgarlo; antes y primero que nada se debe atender a lo que más le conviene al menor, lo que puede ser mejor para su educación y desarrollo.

c) Independiente de su origen causal: El derecho de visita es concedido por encima de y al margen de los motivos que dieron lugar a la separación entre el menor y la otra persona interesada en la relación interpersonal y jurídica, y al margen de las querellas y enfrentamientos entre visitador y titular de la guarda del menor. Ello lo prueba sobre todo el que este derecho corresponde de incluso al cónyuge culpable en caso de divorcio.

d) Personalísimo: Es un derecho personalísimo de su titular, en cuanto que es concedido para fomentar el afecto y la relación personal del beneficiario, y solamente de él con el menor en quien se concretan las visitas. Este carácter conlleva una consecuencia: el que supone un mal uso y desvirtuación del derecho de visita la actitud del beneficiario que en lugar de emplear el tiempo de las estancias del menor que le son concedidas para convivir las al lado de éste, lo aprovecha para dejar al niño con otros parientes o enviarlo a otro lugar, por ello cuando así se actúa puede y debe haber lugar a la modificación, suspensión o supresión de tal derecho.

e) Inalienable: El derecho de visita es intransmisible, - ya que le es concedido al beneficiario no sólo por y para él, sino para fomentar la relación afectiva que le une con el menor, quien es igualmente interesado; el derecho de visita sirve tanto o más al menor que al peticionario.

Es también indelegable ya que el padre no puede delegar en otra persona alguna de las relaciones, comunicaciones o visitas a él concedidas.

f) Renunciable: Es un derecho esencialmente renunciabile, sin embargo en cuanto que es concedido en beneficio del menor, el beneficiario no puede renunciar a él salvo que haya una causa justificada y que además no perjudique a éste.

g) Imprescriptible: No hay posibilidad jurídica de adquirirlo o perderlo por el simple transcurso del tiempo, por tanto, por más tiempo que una persona esté sin reclamarlo, no lo pierde y puede pedirlo cuando quiera. Lo mismo podría decirse del no ejercicio del derecho durante cierto tiempo, una vez que le ha sido concedido y tampoco prescribe por ello.

h) Recíproco: Se da tanto en interés de los progenitores o de las personas con relaciones afectivas con el menor, como en interés de éste último. Aún cuando el interés del menor debe siempre prevalecer, también debe atenderse a las necesidades del beneficiario, a su derecho de convivir con la persona que quiere, como sería con su propio hijo, su hermano, su nieto, etcétera.

i) Temporal: Este derecho subsiste únicamente mientras los hijos sean menores de edad no emancipados o estén incapacitados. Cuando los hijos cumplen la mayoría de edad están en la posibilidad de decidir sobre sus relaciones interpersonales y ya no les puede ser impuesta la presencia o la convivencia con una determinada persona, aún siendo ésta su propia madre o su padre.

j) Revisable: La sentencia o el convenio en el cual se pactó el derecho de visita siempre se puede revisar, ya que puede haber modificaciones si cambian las circunstancias. Estas resoluciones o pactos nunca adquieren la calidad de cosa juzgada y siempre estarán sujetas al principio *rebus sic stantibus*, es decir que lo que hoy es bueno para el menor, puede dejar de serlo en otro tiempo y viceversa.

F) SUJETOS.

Los elementos personales del derecho de visita se dividen en dos: 1) Sujetos activos y 2) Sujetos pasivos.

Los sujetos activos son:

- a) El padre o madre privado de la custodia del hijo;
- b) Los abuelos;
- c) Los hermanos y otros parientes;
- d) Personas allegadas al menor, y
- e) El menor mismo.

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

a) El padre o madre privada de la custodia del menor.- En principio no existe ninguna duda sobre el derecho que tiene todo progenitor para ver y comunicarse con los hijos cuya guarda no le ha sido asignada, a menos que concurren circunstancias graves y justificadas (mismas que habrán de ser acreditadas y valoradas por el juez), en cuyo caso podrá ser denegado o restringido aquél derecho; en tal caso, la discrecionalidad del juzgador sólo puede alcanzar a las modalidades del ejercicio del mismo (tiempo, modo y lugar).

El hecho de que alguno de los progenitores tenga la guarda del menor es perfectamente compatible con la facultad del otro, aunque sea el culpable de la separación, de visitarlos, comunicarse con ellos y aún tenerlos en su compañía por períodos determinados, siempre que ello no redunde en perjuicios para los hijos.

b) Los abuelos.- Debido a que los abuelos están muy ligados jurídica y moralmente con sus nietos, no se les puede negar el derecho de visita para con sus nietos, máxime cuando esta prohibición afecte a los nietos.

Sobre este caso en particular existe un precedente favorable emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sentencia de fecha 4 de Julio de 1983, misma que ha quedado transcrita en páginas anteriores.

c) Los hermanos y otros parientes.- Este sería el caso, - por ejemplo, de hijos mayores de edad, por consiguiente libres de patria potestad y que no viven en la casa de sus padres, con respecto a sus hermanos menores sujetos al régimen de guarda. Pero - también podría ser el caso de dos menores de edad, uno bajo la guarda del padre y el otro bajo la de la madre.

Estimamos, asimismo, que para efectos de determinar qué parientes pueden aspirar a obtener un régimen de visitas y relacionarse con un niño, la cuestión no debe centrarse en el grado de parentesco, sino en otros datos y circunstancias tales como el cariño, la convivencia anterior con la persona del menor, etcétera. Podrá, por tanto, concederse a ciertos parientes más lejanos cuando se haya negado o podría negarse a otros más próximos del menor en quienes no concurren estos motivos y circunstancias.

d) Personas allegadas al menor.- En el Código Civil español se menciona la relación de los hijos con parientes y allegados. Aquí cabría preguntarse ¿quiénes son los allegados? A pesar de ser antigua esta palabra, podemos mencionar, entre otros, a los llamados padrinos, los avunculados que tienen relación estrecha con el menor y aún, por ejemplo, educadores y las "nanas".

No consideramos que sea necesario exigir requisitos o circunstancias excepcionales, pero sí han de tenerse en cuenta las razones que alegue el que pretenda relacionarse con el menor, antecedentes y, sobre todo, el interés del niño y el posible impacto que podrá tener en él la concesión o, en su caso, la denegación de las visitas, valorando todo ello en el ambiente familiar, afectivo y psicológico en que éste se encuentre.

e) El menor mismo.- El menor es el primer interesado en las visitas y relaciones en cuanto destinatario y protagonistas del afecto que se pretende fomentar y proteger con ellas. Es el sujeto principal en la relación jurídica paterno filial, la cual se establece en su beneficio; es por esto quien más interés tiene para exigir este derecho de visita.

El principal interesado y beneficiario o perjudicado por este derecho es el menor, por lo que se puede decir que el menor es el principal titular del derecho de visita y tiene el derecho de exigir su debido cumplimiento.

En cuanto al sujeto pasivo de esta relación, ya dijimos que será la persona que detente la guarda o custodia del menor y será frente a esta persona ante quien se ejercerá el derecho en comento.

G) CONTENIDO.

El contenido del derecho de visita es el conjunto de relaciones, comportamientos y conductas que unen a los protagonistas de aquella institución jurídico-familiar.

Como hemos visto, el derecho de visita ha ido evolucionando, no sólo en cuanto a las personas que pueden ejercitarlo, sino también en su contenido: nació como un simple derecho concedido a uno de los titulares para ver el menor en el domicilio de éste; - luego se amplió para verse y reunirse unas horas fuera del domicilio del menor; posteriormente se permitieron formas de comunicación como cartas, teléfonos, etcétera; por último, ahora se concede para reunirse con el menor durante varios días, alojándose éste en el domicilio del titular del derecho, o llevárselo de vacaciones.

Se podría decir que el derecho de visita presenta tres formas diversas;

- a) La visita (stricto sensu).
- b) Un derecho de comunicación indirecta o de correspondencia.
- c) La convivencia del menor en casa del pariente o allegado.

1.- Visita en sentido estricto.

La institución en estudio empezó a recibir este nombre en la jurisprudencia francesa, precisamente porque la primera manifestación de tener acceso al menor quien pretendía relacionarse con él fué visitándolo en la residencia o domicilio del titular de su guarda. Sólo más tarde se permitió que fuera el menor quien se desplazara.

ra a casa del beneficiario y finalmente fueron permitidas las estancias temporales del menor en casa y compañía del beneficiario.

La expresión mínima de este derecho podría ser la visita "stricto sensu" que se da sólo en el domicilio del menor. Este tipo de visita es impuesta las más de las veces por el juez y presenta como inconveniente que ninguno de los protagonistas queda insatisfecho. El titular de la custodia está obligado a soportar la presencia del visitador y éste no se siente en un ambiente grato para relacionarse con el menor. Fue debido a esto que con el tiempo se permitió que las visitas se llevaran a cabo trasladando al menor a casa del beneficiario.

2.- Correspondencia.

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

En relación a esta materia puede plantearse la duda de que si el custodio del menor está obligado a dar noticias sobre el niño al beneficiario. En términos generales se podría responder afirmativamente, ya que si el visitador por algún motivo estuviere impedido para visitar al menor o mantener correspondencia con él, se podría obligar al guardador que le comunicara noticias sobre su hijo.

3.- Estancia del menor en casa del beneficiario.

Esta es tal vez la forma más habitual y completa para - ejercitar el derecho de visita. En México, es aceptada en los convenios que formulan los cónyuges al divorciarse por mutuo consentimiento, o al proponerlo al juez en el divorcio contencioso, o bien cuando éste así lo decide por no haber acuerdo entre los progenitores.

La regulación de este ejercicio preferentemente se hará por medio de un pacto entre los cónyuges; a falta de pacto, competará a los tribunales dicha regulación.

En términos generales se puede decir que ni importa el - lugar de reunión con el menor, normalmente es en el domicilio donde habita éste; pero en los casos en los que se presume que puede resultar una influencia negativa para el menor por el lugar donde se realiza dicha visita, o que el visitador pretendiera sacar al menor del país, se deberán tomar las medidas necesarias.

H) LIMITES.

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

Si el visitador hace mal uso de su derecho de visita y en lugar de pasarlo con el hijo, lo lleva a la casa de los abuelos o de otros parientes para que pase con ellos las vacaciones, o si lo manda al extranjero, se le puede suspender de este derecho por haber desviado su fin.

No obstante que en México se acostumbra que ambos progenitores participen en la educación del menor, y así se hace constar en los convenios que se celebran, parece conveniente que la legislación decida esta situación que genera en la práctica no pocos conflictos. Es natural que quien tiene la custodia resuelva sobre aspectos de educación, salud y vida diaria del menor, el que sólo tiene el derecho de visita carece de la información que el otro tiene, consecuencia razonable es que a éste se le limite el ejercicio de la patria potestad.

El visitador debe respetar la personalidad y las relaciones que tenga el menor, no podrá impedir que durante el tiempo que el menor viva con él se comunique con quien tiene su custodia, ni con cualesquiera otras personas que mantengan una relación con él, a no ser que exista un motivo justificado para ello.

1.- Responsabilidad que asume el que recibe al infante.

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

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

I) CUMPLIMIENTO.

Ya hemos visto quiénes son los sujetos del derecho de visita, ahora toca proponer conciliar los intereses de todos - los que intervienen en esa relación jurídica.

1.- Protagonistas del Derecho de Visita y sus respectivos intereses.

a) El visitador: El demandante del derecho de visita basa su pretensión, generalmente, en el afecto que le tiene al menor y en que para manifestarlo y protegerlo necesita mantener relaciones regulares con él.

Sin embargo, la realidad demuestra que con frecuencia no son precisamente altruistas ni puramente afectivas las motivaciones del beneficiario, sino que al menor se le está utilizando como un mero instrumento cuando existe conflicto entre quien tiene la custodia y el visitador. En tales circunstancias, es el juez de lo familiar quien debe resolver sobre el régimen de visitas.

b) El titular del derecho de guarda del menor: Es necesario - tomar en cuenta al titular de la custodia, quien puede tener un - fundado temor de que las relaciones del visitar perjudiquen al menor. Un problema fuente de temores se relaciona con la formación integral del menor, ya que puede ser motivo de disputa la forma - de educar y los principios a inculcarle.

Aunque quien tiene la custodia no mantiene el monopolio de las relaciones del infante, tiene la primacía en la educación de éste y el visitador no debe intervenir para enseñarle lo con-

trario, pues sólo crearán confusión en el menor.

c) El menor y su interés: La doctrina francesa y la psicología se han ocupado de estudiar el tema relativo al interés del niño. La tendencia tradicional coloca el interés del niño en la perfección de su educación concebida por el progenitor e impuesta al niño por quien dirige su vida la voluntad y opinión del niño no son tomadas en cuenta.

Otra identifica el interés del menor con sus gustos y deseos. Así, el derecho de visita se acomodaría al interés del menor.

Una tercera posición, la ecléctica, toma en cuenta la educación del menor y la voluntad y necesidad del mismo, pero el interés del menor va en función de la edad y personalidad, ya que no es lo mismo un menor de 7 años que un adolescente.

¿Quién debe decidir sobre el interés del menor? De ser posible los padres, ya que son ellos los que conocen a su propio hijo y saben cuáles son sus necesidades; sino pueden éstos ponerse de acuerdo, será el juez de lo familiar quien decida, estudiando cada caso en particular,

d) La voluntad del menor en relación con su interés: Mientras una persona es menor de edad, está limitada su capacidad; tiene capacidad de goce más no de ejercicio, casi todo lo relativo a su persona y a sus bienes será resuelto y actuado por sus representantes legales, que son quienes ejercen la patria potestad, más esto no indica que la voluntad del menor sea intrascendente.

No se puede fijar una regla general en cuanto a la edad a partir de la cual puede ser oído el menor, ya que esto dependerá de la madurez psicológica y de criterio propio con que pueda hablar el menor, sin influencia de otra persona.

e) Conciliación de todos los intereses en juego: ¿Podría hablarse de un interés prevalente? La generalidad de la doctrina se inclina por la supremacía del interés del menor, en cuanto es el menos culpable de ciertas situaciones (crisis matrimoniales, desavenencias familiares, divorcios, etc.) y la parte más vulnerable, amén de sujeto especial de protección por el ordenamiento frente a quienes saben y pueden defenderse mejor.

Parece evidente que la conciliación de todos los intereses en juego, cuando y hasta donde ello sea posible, es misión principal y eminente de los tribunales, por las especiales características de esta materia, donde no hay lugar a principios rígidos y ha de ponderarse con atención las circunstancias objetivas del caso, más las particularidades de los 3 protagonistas, individualmente considerados, y los de cada uno en relación con los otros dos.

J) MODIFICACION, SUSPENSION Y PERDIDA.

Al hablar sobre las características del derecho de visita vimos que es un derecho relativo, es decir que si las circunstancias cambian, el régimen de visitas puede ser modificado, suspendido y hasta suprimido. Por lo tanto, las resoluciones que acuerdan y regulan el derecho de visita son siempre provisionales y revisables.

Así, el artículo 90, penúltimo párrafo, de Código Civil español se establece que: "... las medidas que el juez adopte en efecto de acuerdo a las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias." Y el artículo 94 añade: "El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar y suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial."

En México, ante la ausencia de disposición especial, es posible aplicar lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que en su párrafo segundo a la letra dice: "Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente."

En nuestra opinión y con el objeto de sistematizar el estudio de este aspecto del derecho de visita, podemos distinguir tres hipótesis relativas al caso: 1) modificación del régimen de visitas por alteración del mismo; 2) suspensión (temporal) del derecho de visita, y 3) supresión o pérdida (definitiva) del derecho de visita.

La aparición de hechos nuevos o circunstancias graves pueden obligar a modificar, limitar o suspender el derecho de visita; los motivos, además de ser graves, legítimos y actuales deben

ser plenamente probados por la persona que los alegue.

Esas circunstancias graves o causas justas pueden ser de muy diversas índole, referidas unas veces al presunto beneficiario y otras al menor. Entre las referidas al demandante de las visitas podríamos citar las que puedan comprometer la salud física o moral del menor, que lleve una vida con vicios, que intente corromper al menor, etcétera. Y por lo que respecta al menor, pueden serlo la salud delicada de éste y que por tanto sea incompatible su traslado o visita, que exista una aversión respecto del aspirante de las visitas, así como que éstas sean totalmente desaconsejables por su efecto nocivo para el niño.

En todo caso, dichas razones y circunstancias deben ser debidamente valoradas por el juez, tomando en cuenta las consecuencias que pueda acarrear su resolución.

1.- Modificaciones.

Toda concesión del derecho de visita y del régimen correspondiente tienen una vigencia rebus sic stantibus; variadas las circunstancias que existían en su nacimiento, el régimen inicial debe variar también. Si el ejercicio de este derecho pretende predominantemente el beneficio del menor, del mismo modo cuando sus intereses se vean afectados se puede obtener una modificación en su régimen.

Aquí hay dos puntos a considerar: a) los hechos y causas que pueden resultar suficientes para modificar el régimen de visitas y b) en qué sentido puede producirse tal modificación.

1.1.- Hechos y causas aptos para la modificación.

Sobre este tema cabe distinguir dos tipos de hechos 1) La aparición de nuevas circunstancias graves y 2) El incumplimiento de los deberes impuestos por resolución judicial.

En cuanto a la alteración sustancial de las circunstancias podemos decir que para que haya lugar a pedir y acordar una modificación al régimen, el hecho que se invoque debe ser, por una parte, nuevo en cuanto a no conocido o no haberse podido tomar en cuenta al establecer el régimen inicial y, además, debe ser suficientemente serio y grave para dar lugar a ese cambio.

A manera del ejemplo, podemos señalar el caso del traslado del visitador al extranjero o a otra ciudad y que haga imposible las visitas del fin de semana, originándose como posible solución una o más estancias largas al año. También cuando hay cambio de domicilio, ya sea del visitador o del menor, se tendría que modificar los horarios, formas de visita, etcétera.

En cuanto al incumplimiento de los deberes impuestos por resolución judicial, pueden estar los señalados por el juez al regular el régimen: días, horas, lugar de cumplimiento, condiciones del mismo, personas que deben o que no pueden acompañarlos, etcétera.

2.- Suspensión.

La suspensión del derecho de visita, supone una privación temporal de las relaciones personales de su titular con el menor. En alguna ocasión la suspensión puede venir precedida de la -

adopción de alguna medida que modifique el régimen de visitas, -- cuando en su desarrollo hayan aparecido determinadas circunstancias que así lo aconseje. En otros casos, la suspensión puede ser el prelude de la pérdida del derecho si la gravedad de las causas exige la adopción de tal medida por ser la primera ineficaz o insuficiente.

Entre la suspensión y la pérdida hay una línea no bien demarcada que queda al arbitrio del juez.

2.1.- Causas de suspensión.

Los motivos de la suspensión pueden ser muy variados, - relativos una vez con el beneficiario y otras con el menor.

Los motivos relacionados con el beneficiario pueden ser ajenos a su voluntad o derivados de su culpabilidad. Si hubiésemos de pensar o de dar una norma con cierta pretensión de generalidad, podríamos pensar en lo establecido en el artículo 274.2 del Código Civil suizo, que preve:

"Si las relaciones personales comprometen el desarrollo del niño, si los padres que las mantienen violan sus obligaciones, si no se ha cuidado seriamente del hijo, o si existen otros - justos motivos, el derecho a mantener esas relaciones puede ser denegado o retirado."

¿podría ser suficiente motivo para la suspensión de las - visitas el incumplimiento por parte del beneficiario de las obligaciones que a él competen? En este caso nos referimos a la situación en que el visitador deja de pagar la pensión alimenticia a que está obligado. Consideramos que un incumplimiento no justifica al otro, ya que no son obligaciones que funcionen a modo de prestación y -

contraprestación; lo correcto sería que cada parte exigiera de la contraria el cumplimiento de lo que a la otra le corresponde, y si aún así no paga la pensión, exigirlo judicialmente utilizando los medios que el Derecho establece.

3.- Pérdida.

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

Existen algunos doctrinarios que señalan que se trata de un derecho sagrado y que, por tanto, no es posible su supresión, pero la mayoría de los tratadistas opinan que el derecho de visita se puede perder definitivamente por alguna causa grave o por el temor de que la situación sea irreversible.

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

Los tribunales alemanes son estrictos en la calificación de los hechos por los cuales procede la pérdida; se estima como medida excepcional y la aplican sólo cuando no existe otro recurso -- para proteger al niño.

Los alemanes también lo aplican para el caso en que el -visitador indispone gravemente al menor contra el titular de la custodia, o cuando la conducta de aquél durante las visitas amenaza su estabilidad espiritual por culpa de algún vicio o actitud negati

va, o cuando ha cometido algún delito del que fuera víctima el me
nor.

En Francia procede la supresión del derecho en cuestión por motivos graves el juez debe estudiar cuidadosamente las causas de cada caso concreto, procurando siempre el interés del menor.

La supresión se puede dar con efectos preventivos, es decir antes de que se produzca el daño, si existe el temor de que éste sea irreversible.

También puede proceder por el incumplimiento de los deberes impuestos por resolución judicial o pactados en el convenio.

La valoración de las causas y la adopción de esta medida debe ser debidamente estimada por el juez en cada caso concreto, - teniendo siempre en cuenta el interés del niño.

4.- Extinción.

Una de las características que mencionamos del derecho de visita, es el de ser temporal, se extingue por varias causas, entre las que se encuentran:

a) Por muerte el derecho de visita se extingue por la muerte del beneficiario o del menor en quienes se concretan las visitas y las relaciones interpersonales y jurídicas.

b) Por concurrencia de la calidad de visitador y de guardador jurídico del menor. Ello ocurre cuando por cualesquier causa se transfiere al beneficiario de las visitas la guarda del menor.

c) Por terminación de la situación jurídica que dió lugar a este derecho: ejemplo de esto sería la reconciliación de los progenitores separados, esto incluiría a los padres no casados legalmente pero que se hallaban separados ó el hecho de que el hermano regrese al domicilio paterno.

d) Por la mayoría de edad; es la causa más frecuente de terminación del derecho de visita, ya que al mayor de edad, dueño ya para disponer de su persona, no se le puede exigir convivir con otras personas, ni estar sujeto a relaciones que no acepta voluntariamente.

e) Por emancipación derivada del matrimonio: por la misma razón esgrimida en el inciso que antecede, ya que el acto del matrimonio pone a los contrayentes, aún siendo menores de edad, en aptitud para disponer libremente de sus personas.

Notas del Capítulo III.

- (1) Enciclopedia Jurídica Omeba, Ancafo, S.A., Buenos Aires, 1976, Toma XXVI, p. 744.
- (2) Código Civil, Colección Textos Legales (Boletín Oficial del Estado; Madrid: 1983), p. 43.
- (3) Amparo Directo. 3818/1978. Martha Contreras. Febrero 14 de 1979. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Maestro Mariano Azuela. Tercera Sala, Séptima Época, V. II, Cuarta Parte, p. 67.
- (4) Amparo Directo. 2026/83.- Constantino Díaz Villa.- 4 de Junio de 1984. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Héctor Gutiérrez de Velasco.
- (5) PLANIOL, Marcel y Jorge Ripert. "TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES" (Tr. Mateo Díaz Cruz). Ed. Cultural, La Habana, T. II, 1990, pp, 534 y 535.
- (6) Citado por Francisco Rivera Hernández en "EL DERECHO DE VISITA, Ensayo de Construcción Unitario (Teoría y Praxis)". Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982, p. 226.
- (7) Citado por Eduardo García Maynez en "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", 38a. ed., Porrúa, México, 1986, p. 37.
- (8) Citado por Rivera Hernández, Ob. cit., p. 231.
- (9) SANCHEZ ASCENCIO, Manuel. "EL DEBER JURIDICO, LA FAMILIA EN EL DERECHO", Porrúa, México, 1984, p. 329.

C A P I T U L O I V

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

A) DETERMINACION DE LA PATRIA POTESTAD DURANTE Y DESPUES DEL DIVORCIO.

Para la sociedad reviste particular trascendencia la situación de los hijos habidos dentro de un matrimonio que se disuelve, independientemente del interés propio de los cónyuges. Importa a la ley en forma preponderante preservar la unión familiar, empero, si el divorcio sobreviene, es preciso que la atención se dirija primordialmente hacia los hijos menores de edad.

De conformidad con nuestra legislación vigente, existen dos tipos de divorcio: el administrativo y el judicial; el primero de ellos se tramita ante el Juez del Registro Civil, en tanto que el segundo ante un Juez de lo Familiar. A su vez, el divorcio judicial se subdivide en voluntario y necesario, según la causa que le dé origen.

El divorcio administrativo no será materia de estudio -- del presente trabajo de tesis, en virtud de que uno de los requisitos de procedencia de éste es el hecho de que no existan hijos del matrimonio cuya disolución se solicita.

Ahora bien, en relación al divorcio judicial, éste se encuentra regulado por el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, las fracciones I a XVI y XVIII relativas al necesario, y la fracción XVII en cuanto al voluntario.

1.- La Patria Potestad durante el juicio de divorcio.

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

cionada institución y sólo en forma provisional, por lo tanto, lo más conveniente será el no alterar el régimen de la patria potestad sino en lo más indispensable; la situación estable nacerá al momento de dictarse sentencia definitiva.

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

2.- La Patria Potestad después del divorcio.

Son diferentes el tratamiento y las consecuencias que se producen según se trate de divorcio necesario o voluntario, por lo que para su estudio lo dividiremos siguiendo dicho criterio.

2.1.- Divorcio voluntario.

En el divorcio por mutuo consentimiento, por regla general, ninguno de los cónyuges perderá la patria potestad sobre sus hijos. Anteriores a las reformas de 1983, el artículo 283 del Código Civil establecía las reglas conforme a las cuales se debía determinar la situación de los hijos, pero no se hacía referencia a la fracción XVII del artículo 267, es decir a los casos de divorcio voluntario, por lo que el Juez no podía determinar la pérdida o suspensión de la patria potestad, sino que únicamente se dictaminaba sobre la custodia; a raíz de la mencionada reforma, se le otorgaron al Juez las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a la patria potestad, sin hablar de divorcio voluntario o necesario, por lo que actualmente el Juez puede suspender o decretar la pérdida de la patria potestad en los dos tipos de divorcio judicial.

Como su nombre lo indica, en esta clase de divorcio exige una voluntad mutua para disolver el vínculo matrimonial. Con fundamento en el artículo 273 del Código Civil, los cónyuges están obligados a presentar al Juez un convenio en el que se contemple, entre otros aspectos, el relativo a la persona a quien serán confiados los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio no obstante que dicho convenio lo formulan de común acuerdo los esposos, éste deberá apegarse a las disposiciones expresas de la ley. Al ser la patria potestad una institución irrenunciable, no pueden las partes pactar sobre la misma, por lo que sólo en los casos en que el Juez lo considera necesario podrá determinar modificaciones al ejercicio de la patria potestad al momento de dictar sentencia, ya sea suspendiéndola o decretando su pérdida.

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

2.2.- Divorcio necesario.

En cuanto al divorcio necesario la situación difiere considerablemente, pues en estos casos siempre existirá un cónyuge culpable.

La suspensión y la pérdida de la patria potestad implican una verdadera sanción para quien deja de ejercerla; por otra parte, altera esencialmente la relación natural entre padres e hijos.

Una de las innovaciones más notables del derecho familiar, producto de la reforma de 1983, ha sido precisamente el radical cambio en el tratamiento de la patria potestad en relación con los casos de divorcio. Previamente, el tema del divorcio con tencioso o necesario se hallaba dominado por la idea de culpabilidad de uno de los cónyuges, que no sólo aparejaba consecuencias frente al otro, sino además frente a los hijos: la culpabilidad en el divorcio traía consigo la pérdida de la patria potestad.

El anterior artículo 283 del citado Código tenía tres - normas fundamentales para resolver sobre la pérdida o suspensión de la patria potestad. Dichas normas hacía referencia a las causa les de divorcio de tal forma que cuando el divorcio provenía de las causales previstas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, IX y XV del artículo 267, los hijos quedaban bajo la patria potes- tad del cónyuge no culpable; si los dos fueren culpables, queda- ban bajo la patria potestad del ascendiente que correspondiera, y si no había se le nombraba tutor. La segunda regla hacía referen- cia a las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XV del mismo artículo y los hijos quedaban bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el culpable recuperaba la patria potes- tad; se trataba realmente de un caso de suspensión. Por último, en las causales previstas en las fracciones VI y VII, que tratan de - enfermedades crónicas o incurables y de enajenación mental, los - hijos quedaban en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservaba los derechos sobre la persona y bienes de los hijos. Es decir, el legislador evitó cuidadosamente que en esta materia tan - delicada pudiera decidir el juez según su criterio.

Sin embargo, la modificación al artículo 283 del Código Civil cambia radicalmente y el juez "gozará de las más amplias - facultades para resolver todo lo relativo a los derechos, obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los - fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor."

Actualmente el juez goza de libertad para resolver en qué casos procede condenar a alguno de los progenitores a la pérdida de la patria potestad; en qué otros procede sólo la suspensión, así como determinar cuándo la recupera; también puede resolver a sólo limitar el ejercicio de algunos derechos del progenitor responsable, quien conservará la patria potestad; en qué otros procede sólo la suspensión, así como determinar cuándo la recupera; también puede resolver a sólo limitar el ejercicio de algunos derechos del progenitor responsable, quien conservará la patria potestad restringida; también puede decidir que ambos - progenitores conserven la patria potestad, pero que los hijos queden bajo la custodia y el cuidado de alguno de ellos.

"PATRIA POTESTAD, DECISION RESPECTO A LA, EN CASO DE DIVOR-- CIO NECESARIO.- Conforme al artículo 283, sección primera, del Código Civil para el Distrito Federal, antes de su reforma, la declaración de divorcio sustentada en el artículo 267, fracción VIII, motiva que la patria potestad quedara a favor del cónyuge inocente. Sin embargo, con motivo del Decreto publicado en el Diario Oficial de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, que entró en vigor noventa días después, la referida disposición fue modificada y, en esa virtud, fue suprimido el sistema de determinación del ejercicio de la patria potestad sobre la base de la inocencia o culpabilidad de los cónyuges en el divorcio y, en su lugar, se le otorgaron a los juzgadores las más amplias facultades para resolver las cuestiones inherentes a la patria potestad." (1)

Consideramos que ésta es una de las innovaciones más notables en el Derecho Familiar, pero no por ello deja de ser peligroso el otorgarle a los jueces tan amplias facultades, ya que existe una gama de problemas que pueden redundar en contra de la institución jurídica que nos ocupa. Como ejemplo, podemos citar el hecho de la gran carga de trabajo que exige de nuestros tribunales una rápida y muchas veces no perfectamente valorada resolución aunado a lo anterior, debemos llamar la atención sobre la correcta formación profesional y humana que deben poseer nuestros jueces - en tratándose de una materia tan delicada pero que, debido a tantas circunstancias, es difícil que el profesionista adecuado llegue a desempeñar la función de juez.

Es cierto que los jueces deben tener facultades discrecionales para analizar las controversias, gozar de un amplio poder de investigación y no estar sometidos a fórmulas procesales - predeterminadas, pero no es menos cierto que nuestra legislación carece de disposiciones que puedan coadyuvar a los fines mismos - que debe perseguir el Derecho, las valoraciones básicas de justicia, seguridad y bien común, ya que a ella escapan una serie de fenómenos sociales que se suscitan en la práctica.

Consideramos acertada la reforma de 1983, sin embargo - pugno porque a través de la legislación se den lineamientos, de manera ejemplificativa y no taxativa, de los casos y circunstancias en los cuales el juzgador debe decretar la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad. El Juez de lo Familiar, ya que tutela intereses especiales, necesita estar revestido de amplias facultades, las cuales deben ser objeto de cierta reglamentación a fin de que, sin perjudicar su poder discrecional, se garantice a las partes la seguridad que debe ser norma de todo proceso y, con-

siguientemente, el bien común y la justicia, como valores que persigue el Derecho.

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

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

Debemos recordar que cualquier resolución en esta materia podrá ser modificada, atento a lo dispuesto por el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal:

"Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio y suspensión de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente al Código Civil para el Distrito Federal."

B) DETERMINACION DE LA CUSTODIA DURANTE Y DESPUES DE DECRETADO EL DIVORCIO.

Es manifiesto el sin número de problemas a resolver que se plantean al pronunciarse el divorcio, problemas que revisten gran trascendencia cuando al aspecto de la guarda se refieren, dado que la situación anterior no puede continuar siendo la misma para

los hijos una vez que se haya decretado el divorcio.

Es la custodia de los menores de una importancia vital en los casos de divorcio, puesto que constituye la disputa principal en la mayoría de éstos. Las facultades del juez en esta materia son amplísimas, puesto que el único límite que tiene al fijar las medidas conducentes, ya sean provisionales o definitivas, es el interés de los hijos.

1.- La custodia durante el procedimiento de divorcio.

Durante el procedimiento de divorcio el juez debe dictar ciertas medidas provisionales, ya sea al momento de admitirse la demanda o antes en casos de urgencia, para proteger la persona de los cónyuges, sus bienes y, particularmente, a los hijos menores.

Art. 275.- "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 hay obligación de dar alimentos."

En relación al divorcio voluntario se dispone lo siguiente:

Art. 273.- "Los cónyuges que se encuentran en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

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

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

Asentamos en líneas precedentes que en el año de 1983 - el Código Civil para el Distrito Federal sufrió una reforma en esta materia; entre otras modificaciones se rescató la regla de que los hijos menores de siete años, salvo peligro grave para su normal desarrollo, deben quedar bajo el cuidado de la madre:

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

VI. Poner al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieran designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente los hijos. El juez, previo el procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente.

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

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

"GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE SIETE AÑOS.- SALVO PELIGRO PARA SU NORMAL DESARROLLO, DEBE OTORGARSELE A LA MADRE.- Establece el artículo 282, fracción VI, último párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal que salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. Por tanto, si no se acredita fehacientemente que ésta incurre reiteradamente en conductas u omisiones que afectan el normal desarrollo de su hijo menor, debe otorgársele su custodia definitiva."(2)

2.- La custodia una vez decretado el divorcio.

Al momento de dictarse sentencia el juez necesariamente deberá fijar la situación de los hijos, tal como previene el artículo 283 ya mencionado.

Sobre el particular podemos citar el siguiente criterio jurisprudencial:

"DIVORCIO, GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES EN CASO DE FACULTAD DEL JUEZ PARA DETERMINAR A QUIEN CORRESPONDE LA.- El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, otorga al juzgador las más amplias facultades para decidir entre otras cuestiones, respecto a la guarda y custodia de los menores hijos de los divorciantes; y de ahí que si en el caso de que se trata al ejercer esas facultades atiende a los elementos de prueba que obren en autos y llega a la convicción de que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores durante el procedimiento, no resulta nociva a éstos, esa determinación resulta legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa del divorcio, salvo que esa causa por su naturaleza implique por sí misma, que esa conducta sea manifiestamente contraria a la formación, educación e integración social afectiva de los menores." (3)

Como referencia a los matrimonios nulos, el artículo 259 del Código Civil reza:

"Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán las formas y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso."

C) DETERMINACION DE LOS REGIMENES DE VISITAS Y SU EJERCICIO.

Como en todo conflicto de intereses, cabe pensar, en principio, que sean los propios involucrados los que resuelvan sus diferencias en primer lugar, y que en su defecto habrá de recurrir

se a la autoridad judicial competente. Pero la especial naturaleza de la materia que tratamos exige una atención particular a los problemas surgidos en el ámbito familiar.

1.- Determinación convencional del régimen de visitas.

En principio parece sano y útil que las personas directamente involucradas lleguen de común acuerdo y a satisfacción de - ambas, sin ignorar a la persona e interés del menor, a establecer un régimen de visitas, y lo cumplan sin crearse recíprocos problemas. Pueden llegar a esa solución recogiendo desde el primer momento en un acuerdo escrito, o perfilando el régimen de visitas a base de experimentarlo primero concordando voluntades y conveniencias de todos, para luego suscribir los pactos correspondientes, - relativos a esa materia únicamente o bien, en el marco más amplio de otros asuntos comunes.

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

Colin y Capitan sostiene que "toda convención concerniente al ejercicio de la patria potestad es nula en derecho francés, pues se trata de una materia de orden público, ya sea ese convenio entre el padre y la madre o con un tercero."(4)

Se argumenta también que las relaciones entre los ascendientes con el menor no es un derecho, sino un deber, con el cual

no se puede negociar; así también se dice que tanto el derecho a tales relaciones, como la patria potestad que él cercena, serían derechos de la personalidad y, como tales, estarían excluidos de convenciones entre particulares. Sin embargo, frente a esas razones se oponen otras, y en general se acaba por aceptar su juridicidad, aunque con ciertas limitaciones. La jurisprudencia francesa, tras la reforma del 4 de Junio de 1970, permite el acuerdo regulador en cuanto al derecho de visita de los abuelos, a quienes les ha sido reconocido como un verdadero derecho, más no respecto de otras personas, que sólo pueden obtenerlo por reconocimiento judicial.

En relación a esta materia, observamos que en México estos convenios son legítimos cuando se someten a la consideración del Juez de lo Familiar y éste los aprueba.

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

Aunque el Código Civil no hace referencia a este derecho en forma expresa, en la práctica es usual que se establezca su régimen, se pacte quien tiene la custodia y qué derechos tiene el progenitor que no la tiene; así como el cómo y cuándo el que no tiene la custodia puede ver y convivir con el menor, es decir, lo relativo al derecho de visita.

No obstante que el convenio es fuente de derecho y obligaciones, lo mismo que la sentencia judicial, conviene que en el Código Civil se reglamente lo relativo al derecho de visita, para que tanto los convenios como las sentencias puedan atenerse a su referencia y mandato legal.

En materia de convenios, los progenitores lo celebran y lo presentan al juez quien, previa vista al Ministerio Público, resolverá sobre la aprobación, modificación o rechazo del mismo, atendiendo primordialmente al interés del menor y secundariamente al de los cónyuges puede acontecer que éstos no se pongan de acuerdo, caso en el cual deberán acudir al Juez de lo Familiar - expresando sus puntos de vista para que éste resuelva lo conducente. Es común en la práctica que el juez colabora con los progenitores en la elaboración del convenio.

Conviene precisar la naturaleza jurídica del convenio - que los progenitores hacen con respecto a esta materia. En primer lugar diremos que se trata de un convenio de orden público en virtud de que todo lo relativo al derecho de familia tiene ese carácter; así ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en concreto por el contenido del artículo 940 del Código Adjetivo de la materia, que a la letra dice:

"Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad."

Adicionalmente a la característica de orden público podemos mencionar que el convenio, al ser presentado y aprobado por el Juez de lo Familiar, adquiere la categoría de sentencia definitiva. El artículo 376 del Código de Procedimientos Civiles señala que si insisten los cónyuges en su propósito de divorciarse y no se logra la conciliación, en la segunda junta el juez, oyendo el parecer - del Ministerio Público "dictará sentencia en que quedará disuelto el vínculo matrimonial y decidirá sobre el convenio presentado"; - es decir, el convenio forma parte de la sentencia.

No obstante que en principio la sentencia ejecutoria no admite su modificación ni recurso alguno, en asuntos del orden familiar el artículo 94 de la ley adjetiva de la materia, dispone que las resoluciones dictadas pueden alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias bajo las cuales se dictaron.

Todo lo anterior hace referencia a los hijos habidos en matrimonio. Conviene también resolver el derecho de visita respecto de los hijos habidos fuera de matrimonio. Para ello, debemos establecer las reglas que determinan la custodia según el momento en que se haga el reconocimiento, y también las reglas que resuelvan según si los progenitores viven juntos o no, y lo que suceda cuando viviendo juntos se separaran. En estos casos, nuestro Código Civil sólo hace referencia a la custodia, que como ya hemos mencionado, se establece que la tendrá el primero que lo reconozca; si viven juntos, ambos la tendrán, y si se separan, deberán decidirlo de común acuerdo, en caso de conflicto será el Juez de lo Familiar quien lo determinará. En estos casos, se deben aplicar estas reglas para decidir también sobre el derecho de visita.

En virtud de que con estas visitas se busca el beneficio del menor, es recomendable que cuando el hijo tenga la edad conveniente y juicio suficiente, deberá oírsele.

2.- Determinación judicial del régimen de visitas.

En caso de que quien detenta la guarda de los menores le niegue al otro progenitor el derecho de ver y convivir con ellos, puede solicitarle a la autoridad judicial su intervención a efecto de hacer valedero dicho derecho.

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

Cuando no haya convenio que alcance aprobación judicial, será el juez quien ha de proveer y determinar las medidas a adoptar en relación con los hijos por lo que hace al régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

En los casos en que ha de decidir a este respecto, el Juez tiene un gran poder configurador de este derecho, y goza también de gran discrecionalidad en la determinación del régimen de visitas. Pero discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad y, - por tanto su decisión debe ser adoptada en función de la serie de datos de que disponga y que sean relativos a la propia finalidad del derecho de visita y de los intereses en juego, particularmente el del menor. En función de estos elementos el Juez determinará el modo y lugar de las visitas, estancias, comunicación y cualquier otra forma de relación entre visitador y menor, así como la reciprocidad y forma de aquéllas, las alternativas posibles, hipótesis a contemplar, precauciones a adoptar, restricciones en su caso y todo lo demás que las circunstancias impongan.

Otra situación en que debe intervenir el Juez en relación con el régimen de visitas, es para conocer las modificaciones al mismo, cuando se alteran sustancialmente las circunstancias bajo las cuales se había establecido el régimen de visitas vigentes.

Toda regulación del régimen de visitas, sea que se haya establecido por convenio aprobado por el Juez o, en su defecto, por determinación judicial, su contenido es revisable en cuanto sobrevengan circunstancias que así lo exijan.

3.- Algunos criterios para la determinación del derecho de visita.

a) El Sexo: No parece, en principio, que tenga que afectar - las relaciones entre el padre y el hijo. Únicamente en algún caso determinado puede acontecer que el sexo sea determinante de una - variación del régimen de visitas.

b) La Edad del Hijo: La edad si puede condicionar este tipo de relaciones. Si el niño es muy pequeño, de algunos meses resulta evidente que las relaciones tienen que limitarse a las visitas; y estas visitas tendrán que realizarse en el lugar donde se encuentre el niño.

Si el hijo es un poco mayor, pero aún de algunos años de edad solamente, la relación podrá comprender las visitas y las estancias, pero éstas deberán tener un carácter muy limitado. Así, a medida que el niño sea mayor, podrá ir aumentando progresivamente la duración de las estancias.

c) Enfermedades Físicas y Transtornos Mentales: La enfermedad, tanto orgánica como psíquica, puede condicionar este tipo de relaciones; así por ejemplo, tenemos que si la enfermedad del menor no le permite salir y trasladarse del domicilio, ello no repercutirá necesariamente en la comunicación de éste con su visitador, pero - sí por lo que hace a las visitas y las estancias, situación que -

puede acarrear desacuerdo entre los cónyuges al oponerse el que tiene la guarda del menor para que se realice la visita en su domicilio.

Si la enfermedad del menor le permite moverse del domicilio, pero exige cuidados especiales, este supuesto no parece afectar, normalmente, a las visitas. Sin embargo, si esos cuidados no pueden serle prestados al hijo en el domicilio de quien tiene derecho a visitarlo, en este caso sí afectaría a las estancias, que no podrán prolongarse por más tiempo que el que no resulte perjudicial para el hijo.

Las enfermedades psíquicas plantean problemas más delicados. Si el enfermo es el menor, seguramente que la relación con su visitador le resultará benéfica, pero esta relación tendrá que limitarse a las visitas. Las estancias, al sacar al hijo de su ambiente habitual, seguramente habrá riesgos para el menor, por lo que en este caso es aconsejable el dictámen de un perito en psiquiatría antes de decidir sobre el particular. Si el enfermo es el visitador, habrá que examinar si el trato de éste con el menor puede resultar perjudicial. Para un hijo ya mayor, la relación puede no resultar peligrosa, por ello, si la relación es benéfica para el padre y no es peligrosa para el hijo, dicha relación deberá mantenerse, pero aún en este supuesto se impone oír el consejo de un especialista.

d) El Ambiente Moral: Aun cuando es difícil determinar el contenido y alcances de la moral social, existe un conjunto de principios y normas de conducta que son aceptados por la comunidad en lo general. Cuando la relación entre el menor y el visitador contraviene dichos principios y normas o se presume tal circunstancia, es conveniente acudir al Juez para que sea él quien determine si -

tal presunción resulta cierta, para que con base en ello determine si ha lugar a modificar o, en su caso, suspender el régimen de visitas vigentes.

4.- El ejercicio del derecho de visita y el abuso del niño.

4.1.- El ejercicio del derecho de visita y la buena fé.

El derecho de familia está marcado con un fuerte contenido ético y por ello es necesario que en el ejercicio de estos derechos, y en concreto en el derecho de visita, se actué de buena fé. Esta debe existir entre el titular del derecho y el custodio del menor; este último tiene ciertas obligaciones que debe cumplir de buena fé para facilitar las visitas.

Ejercer este derecho conforme a las exigencias de la buena fé supone usarlo con cierto desprendimiento de intereses personales: por ejemplo actuar y concertar con el otro (visitador y guardador respectivamente) en todo punto conflictivo y en interés y a mayor provecho del infante, colaborar en la educación del niño, no predisponerlo en contra del otro, etc.

4.2.- Abuso de su ejercicio.

El abuso en el ejercicio del derecho de visita puede comprender aquel ejercicio en que el beneficiario o visitador emplea las visitas y relaciones con el menor para ejercer un control de la patria potestad o guarda que compete al contrario, o cuando se pretende influir sobre el menor para desviar el cariño que éste profesa naturalmente a su guardador, o cuando se inmiscuye indebidamente en la formación intelectual o de otro tipo con orientaciones contrarias a toda lógica y moral, sin que exista motivo suficiente

para ello. En el mismo sentido puede calificarse la actitud del -
visitador que el lugar de tener consigo al menor, lo deja en manos
de algún tercero durante el tiempo que tiene derecho a la estancia
co él.

También puede considerarse, a juicio nuestro, los sigui
entes actos como abuso del derecho de visita: que el visitador -
pretenda inculcar al niño un concepto negativo respecto de su cug
todio; el retraso en la devolución del menor o la no devolución -
del mismo al custodio, o bien el hecho de que habiéndose estable-
cido un horario para que el visitador recoja al menor, lo haga
con retraso o no lo busque.

La forma de solucionar estos problemas podría ser condi
cionando las visitas y apercibiendo al visitador con medidas judi
ciales de apremio y, aún más, apercibirlo con modificar o suspen-
der el derecho que le asiste si persiste en el abuso.

4.3.- Protección del derecho de visita.

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

Puede haber conflicto cuando el que tiene la custodia -
del menor no facilita o impide las visitas y, por otro lado, cuan
do el visitador hace mal uso del derecho que le asiste. En la vida
cotidiana son frecuentes estos conflictos y se observa que quien -
tiene la custodia (provisional o definitiva) niega de hecho el de-
recho de visita al otro progenitor. Los argumentos o pretextos son
de diversa índole: enfermedad del menor; su corta edad que no ha-
ce conveniente que lo vea su otro progenitor; que las visitas po--

nen nervioso al menor; que el visitador no pasa a la hora fijada; que no lo devuelve a la hora convenida, etcétera. Los pretextos -no causas válidas- son innumerables.

Esta penosa realidad exige estudio de la problemática y la solución en la ley. Además, el juez debe tener la posibilidad de depositar la custodia en otro pariente del menor -abuelos o tíos- para que de esta manera se facilite el derecho de visita que el progenitor niega al otro.

4.3.1.- Defensa preventiva.

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

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

4.3.2.- Defensa del derecho de visita vulnerado.

Como otra forma de protección del derecho de visita vulnerado y para hacer cumplir este derecho al rebelde, hay quienes proponen la ejecución "manu militari".

En algunos tribunales, como los alemanes, suizos, italianos

y franceses usan el siguiente procedimiento: el menor es llevado a la fuerza, sacándolo así del ámbito del custodio que se niega a entregarlo y se pone a disposición del progenitor que tiene el carácter de visitador. Pero este procedimiento aunque parece muy eficaz, tiene límite y representa ciertos peligros. Dentro de los límites está la dificultad de ejecución que es el caso en que el custodio oculta al menor el hecho de que en virtud de tratarse de un procedimiento forzoso, se corre el riesgo de que el niño comience a tener cierta aversión por el progenitor que provoca esta situación.

4.3.3.- Medios indirectos de defensa.

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

a) El resarcimiento de los perjuicios: Hay casos en los que no es posible la "manu militari" y entonces lo que procede es el resarcimiento del perjuicio; no obstante, la dificultad en estos casos es la de evaluar precisamente no sólo los perjuicios materiales, sino también los morales.

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

No se trata de una decisión unilateral de suspender la pensión alimenticia, sino que la parte perjudicada acuda ante el

Juez y sea éste quien decida si ha lugar o no a suspender el pago de esta obligación a la persona que dolosamente incumpla con lo que le compete para hacer efectivo el régimen de visitas.

c) La posibilidad de atribuir la guarda y cuidado del menor al titular del derecho de visita vulnerado. Esta defensa se puede dar en el caso de que ningún otro medio de defensa funcione; lo que se puede hacer es una revisión y reorganización de las relaciones entre los interesados y se puede llegar al caso de entregar la custodia del menor al visitador.

La resistencia injustificada de las partes para hacer posible el derecho de visita vulnera un derecho reconocido legalmente, por lo que ante la irrazonable actitud de quien incumple no parece quedar otra opción que la modificación de la medida inicial relativa a la situación de los hijos derivada de un problema de carácter conyugal.

4.3.4.- Protección penal.

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

En México, es posible la aplicación de los medios de apremio previstos en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que contempla el arresto de quince días para obligar al culpable a cumplir la determinación judicial que exigiera permitir al visitador ejercer el derecho que le asigte. No obstante, por la propia naturaleza del derecho de visita parece difícil sancionar su incumplimiento, pero su importancia amerita contemplar medios que hagan posible su efectivo ejercicio y respeto a quien le asiste.

Notas del Capítulo IV.

- (1) Amparo Directo. 588/86.- Roberto Sierra García.- 2 de Mayo de 1986. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Eduardo López Reyes.
- (2) Amparo Directo. 8362/87.- Concepción Perla Bellot Campos.- 15 de Diciembre de 1987.- 5 votos.- Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Ma. Estela Ferrer McGregor Poisot.
- (3) Amparo Directo. 1956/88.- Carlos Gómez Vázquez.- 7 de Septiembre de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente Rafael Corrales González. Secretario: Neófito López R.
- (4) COLIN y Capitant, Julliot. "CURSO DE DERECHO CIVIL", París, 1977, T. I, p. 1547.

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

PRIMERA.- Los orígenes de la patria potestad los encontramos en el Derecho Romano, en donde era concebida como una institución otorgada exclusivamente en beneficio del pater familias, concediéndole un poder absoluto sobre sus filius, negándoles a estos últimos cualquier derecho y personalidad e imponiéndoles la obligación de sumisión, obediencia y servidumbre en favor del pater.

SEGUNDA.- En el Derecho moderno, la patria potestad ha dejado de ser lo que en el Derecho Romano, para venir a concebirse - como una función que el Estado reconoce a los padres respecto de los hijos menores de edad no emancipados, en beneficio de éstos en lo inmediato y en lo mediato a favor de la sociedad toda, pues - constituye uno de los medios tendientes a la consecución de los fines del propio grupo social. Se entiende ahora como un complejo de facultades y suma de deberes, ya no es un señorío el ejercicio de la patria potestad, sino una misión de alto contenido social, - jurídico y moral.

TERCERA.- Podemos definir a la patria potestad como la institución jurídica que comprende tanto las facultades como los deberes que tienen los padres -naturales o adoptivos- y, en defecto de ellos los abuelos y las personas que la propia ley establezca, sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados, para lograr el desarrollo de los mismos, a través del sostenimiento, de la educación y asistencia, así como de su protección, - actualizando los supuestos enmarcados en la ley para el ejercicio de la misma.

CUARTA.- Aun y cuando la intención del legislador del Código Civil de 1928, según se desprende de la exposición de motivos, fue la de eliminar las diferencias existentes y molestas entre los hijos antiguamente llamados naturales y los legítimos, las disposiciones aprobadas no han sido suficientes para lograr ese noble objetivo, por lo que ahora resulta necesario revisar el contenido de los artículos relativos y si ello se considera prudente proceder a su reforma.

QUINTA.- Al regularse lo relativo al ejercicio de la patria potestad en tratándose de los hijos nacidos fuera del matrimonio, considero que se cometió un error involuntario en su tratamiento cuando nos remite a las disposiciones que regulan la custodia de los menores, sin tomar en cuenta los principios que sustentan a la institución de la patria potestad, como son su carácter de irrenunciable y que es de orden público, motivo por el que me atrevo a proponer reformas a los artículos 415, 416 y 417 en los términos en que ha quedado asentado en el inciso C del Capítulo I de este trabajo de tesis.

SEXTA.- Se propone reformar el contenido del artículo 427 del Código Civil para el Distrito Federal, que textualmente establece:

"La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiere expresamente."

En este caso dicho artículo debería referirse al administrador de los bienes del menor, pues resulta obvio que el progenitor que no ejerza la patria potestad, jurídicamente no hay necesidad de tomarle parecer respecto a la administración de los bienes del menor.

SEPTIMA.- La custodia puede definirse como el derecho-deber que asiste a uno de los progenitores para conservar al hijo a su lado, vigilarlo, educarlo y, en general, atender su formación física, intelectual y moral.

OCTAVA.- El otorgamiento de la custodia de los hijos a uno de los cónyuges, no implica la pérdida de la patria potestad para el otro, pues el progenitor que no la tiene conserva el derecho de mantener contacto con sus menores hijos, mismo que se actualiza a través del ejercicio del derecho de visita, que los jueces deben regular de conformidad con las circunstancias de cada caso en lo particular, atendiendo prioritariamente al interés del menor.

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

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

DECIMOPRIMERA.- El aspecto principal que se debe cuidar en los casos de divorcio, es lo relativo a la situación de los hijos menores de edad no emancipados, por ser éstos los que mayor protección requieren.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALESSIO Robles, Miguel; LA LLAMADA LEGITIMACION DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO Y TRES ERRORES LEGISLATIVOS EN MATERIA DE DERECHO DE FAMILIA, en Revista de Investigaciones Jurídicas, año 9, número 9, (México; 1985).
- 2.- CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1954.
- 3.- COLIN Y Capitant, Julliot, CURSO DE DERECHO CIVIL, Paris, 1977.
- 4.- DE PINA, Rafael, DERECHO CIVIL MEXICANO 2a. ed. México, Porrúa 1983.
- 5.- DE PINA, Rafael, DICCIONARIO DE DERECHO, 7a. ed. México, Porrúa 1978.
- 6.- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ABREVIADO, 7a. ed; Madrid, Espasa-Calpe, 1957.
- 7.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA, 19 ed, Madrid, Espasa-Calpe, 1970.
- 8.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA; Ancafo, S.A., Buenos Aires, 1976, Tomo XXVI.
- 9.- GALINDO, Garfias Ignacio, Derecho Civil, 5a. ed. México, Porrúa, 1983.
- 10.- GARCIA, Maynez Eduardo, INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO, 38a ed. Porrúa, México, 1986.
- 11.- IGLESIAS, Juan. DERECHO ROMANO, 6a. ed. España Ariel, 1979.
- 12.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, México, UNAM, 1985.
- 13.- PLANIOL, Marcel; TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL, 12a. ed, México, cajica.
- 14.- PLANIOL, Marcel y Jorge Ripert, TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES, (Trat. Mateo Díaz Cruz), La Habana, Ed. Cultura 1964 Tomo I.

- 15.- RIVERA, Hernández Francisco, EL DERECHO DE VISITA, Ensayo de construcción unitaria (Teoría y Praxis) Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1982.
- 16.- SANCHEZ, Ascencio Manuel, EL DEBER JURIDICO, LA FAMILIA EN EL DERECHO, Porrúa, México, 1984.

LEGISLACION.

- 1.- Ley de Relaciones Familiares, Talleres Gráficos de la Nación, Edición Oficial, 1936.
- 2.- Código Civil, Colección Textos Legales (Boletín Oficial del Estado; Madrid; 1983).
- 3.- Código Civil, para el Distrito Federal, 63a. ed. México, Porrúa, 1995.

JURISPRUDENCIA

- 1.- AMPARO DIRECTO 4434/73. Luis Correa Rosales, 15 de Noviembre de 1974. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Reynaldo Alor Campillo. Informe 1074. Tercera Sala.
- 2.- AMPARO DIRECTO 5391/72. Carlos Miguel Rocha Escudero, 12 de Julio de 1973. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Ernesto Solís López. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 55. Cuarta Parte, Julio 1973. Tercera Sala.
- 3.- AMPARO DIRECTO 5999/76. Pablo Colegio Camargo. 30 de Septiembre de 1977. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Carlos A. González Zárate. Informe 1977. Tercera Sala.
- 4.- AMPARO DIRECTO 4414/77. Leopoldo Fonseca Molina, 7 de Abril de 1970, 5 votos.- Ponente: Raúl Cuervas Wantecon, Secretario: Gabriel Santos Ayala, Informe 1978. Tercera Sala, No. 108.
- 5.- AMPARO DIRECTO Maria Hernández Guzmán Vda. de Morales. 3 de Octubre de 1977, 5 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Carlos A. González Zárate. Informe 1977. Tercera Sala.
- 6.- AMPARO DIRECTO 2078/74. Victor Manuel Martínez Fernández. 15 de Agosto de 1975. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario: Jaime M. Marroquín Zaleta. Boletín Año II. Agosto 1975, Núm. 20. Tercera Sala.
- 7.- AMPARO DIRECTO 5057/73. Manuel Ramón Gil González, 3 de Marzo de 1975. 5 votos.- Ponente: David Franco Rodríguez. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol. 75. Cuarta Parte. Tercera Sala.
- 8.- AMPARO DIRECTO 8236/86. Manuel Armas Vazquez y otra. 12 de Enero de 1988. 5 votos.- Ponente: José Manuel Villagordoza Lozano. Secretario: Agustín Vidapilleta Trueba.- Precedente: Amparo Directo 73/87. Salvador Cordero Torner y otra. Secretaria: Hilda Martínez González.
- 9.- AMPARO DIRECTO 4699/77. Ezequiel Pantoja Castillo, 25 de Agosto de 1978. 5 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario.- Carlos A. González Zárate.

- 10.- AMPARO DIRECTO 3818/1978. Martha Contreras, Febrero 14 de 1979. Unanimidad de 4 votos Ponente: Maestro Mariano Azuela. Tercera Sala. Séptima Epóca, V. II, Cuarta Parte.

- 11.- AMPARO DIRECTO. 2026/83. Constantino Días Villa.- 4 de Junio de 1984. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Gloria León Orantes, Secretario: Héctor Gutiérrez de Velazco.