

114
24



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN".**

**"EL DERECHO QUE TIENEN LOS PADRES A
VISITAR A SUS HIJOS MENORES CUANDO ES
LIMITADA SU PATRIA POTESTAD Y CUSTODIA"**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FELIPA GARCIA LOPEZ

ASESOR: LIC. JUANA INES CHAVARRIA CASTORENA



ACATLAN, EDO. DE MEXICO.

JULIO DE 1997

**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 DIOS

Gracias por permitirme llegar a una de mis metas más anheladas.

A MI MADRE

Quiero agradecerte mi existencia y logros como persona y como estudiante, me enseñaste que los obstáculos no se deben tomar en cuenta cuando la finalidad es la superación.

A MI PADRE

Te agradezco por todo el apoyo económico y moral que siempre me has brindado.

A MIS AMIGOS

Pues la amistad sincera es el tesoro de mayor valor en el mundo y porque no olvidaré los momentos que pasamos juntos.

A MIS MAESTROS

A quienes dan su tiempo y conocimientos
dedico este triunfo, haciéndolo más suyo
que mío por la forma en que han comparti-
do.

A MI ASESORA

LIC. JUANA INES CHAVARRIA CASTORENA

Un especial reconocimiento porque -
gracias a su dedicación y conoci- --
mientos realicé el sueño de mis pa-
dres y el mío propio.

INDICE

	Pág.
Introducción	1

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO

1. Derecho Precolonial	3
2. La Colonia	5
3. México Independiente	7
a). Código Civil del Estado de Oaxaca de 1828	8
b). Código Civil de 1868 del Estado de Veracruz Llave ...	10
c). Código Civil de 1870 del Distrito Federal y Territo - rio de Baja California	17
d). Código Civil de 1884 del Distrito Federal y Territo - rio de Baja California	21
e). Ley de Relaciones Familiares de 1917	22

CAPITULO II

LA PATRIA POTESTAD

1. Diversos conceptos	26
2. Patria potestad sobre los hijos	29
2.1. Cuidado personal del hijo	32
2.2. Patria potestad de hecho	36
2.3. La representación del hijo	37
3. Administración de los bienes del menor	39
3.1. Bienes excluidos de la administración	41
3.2. Administración de los bienes del hijo	41
3.3. Representación legal	41
3.4. Emancipación por voluntad del padre	43
4. Personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad	45

a). Progenitores	45
b). Ascendientes	46
c). Adoptantes	47
4.1. Hijos nacidos fuera de matrimonio	47

CAPITULO III

LA PATRIA POTESTAD Y SUS EFECTOS

1. La patria potestad sobre los hijos nacidos dentro de matrimonio	53
1.1. Deber de obediencia	55
1.2. Deber de asistencia y habitación	56
1.3. Deber de educación	57
2. Representación del hijo	57
3. Administración de los bienes del hijo	58
4. Extinción de la patria potestad	59
4.1. Pérdida de la patria potestad	60
4.2. Suspensión de la patria potestad	68
5. La patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio	68
6. Custodia de los hijos nacidos fuera de matrimonio ..	68
a). Situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio cuando los padres vivan separados	72
b). Situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio cuando los padres vivan juntos	74
7. Ejercicio de la patria potestad cuando los progenitores se separan	77
8. Patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio cuando los progenitores son menores de edad...	78

CAPITULO IV

LA REGULACION DEL DERECHO DE VISITA

1. El derecho de visita	84
a). Concepto	85
b). Características	86
c). Sujetos	89
d). Contenido	91
e). Límites	93
f). Extinción	96
f.1). Modificación	97
f.2). Suspensión	98
f.3). Pérdida	94
2. Protección legal	100
a). Derecho Constitucional	100
b). Sancionado por la ley penal	101
c). Defensa	102
c).1. Antes de ser vulnerado	103
c).2. Cuando ha sido vulnerado	104
c).3. Medios indirectos	105
d). Regulación en el Código Civil	106
CONCLUSIONES	113
BIBLIOGRAFIA	117

INTRODUCCION

Durante los años que tuve la oportunidad de asistir a las aulas de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán y gracias a las cátedras de Derecho Civil que fueron impartidas por mis Profesores, se despertó en mí la idea de realizar el presentetrabajo de investigación y reflexión jurídica que tiene como finalidad llamar la atención de los estudiosos del Derecho sobre las figuras jurídicas de la Patria Potestad, Custodia y el Derecho de Visita.

En la elaboración de esta tesis se propone una serie de reformas legislativas sobre los temas ya mencionados, que tienen sólo la intención de ayudar a los estudiosos de nuestra área y dotar de una visión general que describa antecedentes de la Patria Potestad en el Derecho Mexicano, haciendo hincapié en la propuesta legislativa del Derecho de Visita, parte medular en el desarrollo de esta investigación. Asimismo, se observará el tratamiento jurídico de los hijos nacidos del matrimonio y de los hijos nacidos fuera de matrimonio reconocidos, en relación a las figuras jurídicas primeramente indicadas y, desde luego, se aborda la actual facultad discrecional concedida al juzgador para decidir sobre la pérdida y suspensión del ejercicio de la Patria Potestad.

La labor del legislador ha sido siempre la de regular la realidad social e inducir conductas que atribuyan a la paz social y a la superación colectiva e individual, por lo que sin sostener a toda costa que se posee la verdad absoluta al respecto, se ---

proponen reformas a algunas disposiciones del Código Civil vigente para el Distrito Federal, a efecto de que se imparta una mejor -- Justicia que se apege a la realidad, que es como lo demanda la -- sociedad.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO

1. Derecho precolonial.

En el territorio mexicano estuvieron asentados diversos grupos indígenas, que al ser conquistados por los españoles aplicaron casi en su totalidad las leyes de España en virtud de que México fue su colonia.

Sin embargo, el derecho indígena influyó en gran medida en la época de la colonia, pues permitió que rigiera principalmente por sus usos y costumbres, siempre y cuando no se opusiera a la religión católica ni a las Leyes de Indias.

Los aztecas tenían organizada la autoridad paterna como institución jurídica dentro de la ciencia del Derecho. Los conocimientos se transmitían por tradición de padres a hijos, de esta forma, las ideas y consejos mejoraban su vida haciéndola más productiva y exitosa.

La autoridad del padre tenía efectos colectivos, no así en el Derecho Romano que era de efectos individuales, en el que el padre tenía absoluto dominio sobre los hijos para beneficio personal, el ejercicio de la patria potestad era un derecho exclusivo, esto es, de efectos individuales. A diferencia del Derecho Romano, los aztecas poseían un derecho en el que se concedía facultad de mando -- sobre sus hijos, no solamente al padre, sino a la madre y en for -

ma extensiva a los hermanos, según su grado descendente.

Nuestra institución era de efectos colectivos porque los beneficios que alcanzaban con una buena dirección sobre los hijos pertenecían a toda la familia y la sociedad. De ahí que la corriente jurídica en el Derecho Náhuatl fuera colectiva.

El jefe de familia náhuatl no era del tipo déspota y tirano - como el romano, no puede llamársele magistrado doméstico como se dice del padre de los tiempos clásicos del Derecho Romano.

Como dice el Doctor Lucio Mendieta y Núñez: "La patria potestad fue un poder muy grande, pues el padre podía vender a sus -- hijos como esclavos, cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos y el matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre era - tenido como ignominioso". ¹

En efecto, no podía disponer el progenitor de la persona de su hijo, de su vida; mucho menos sin la intervención de las autoridades.

No detentaba el padre náhuatl la facultad de educación a los hijos en su sola persona, la compartía con su cónyuge quien a su vez, hacía lo suyo, cumplía con el deber que le estaba encomendado como madre de sus hijos. El padre tenía el mando titular, pero no el absoluto, sin tener la vanidad del padre romano de sentirse - único en su potestad.

Los nahuatlés hacían participar a sus hijos del mando doméstico. Los mayores se encargaban de educar a sus hermanos menores y, así, el padre desempeñaba la principal responsabilidad moral de toda la familia, sin embargo, en la práctica la madre y sus hijos colaboraban con el padre, con su alto sentido del deber para hacer la educación de los hijos más fácil.

Al llegar al México Independiente nos encontramos que las anteriores legislaciones fueron escasas en Derecho Civil, principalmente; no obstante en la legislación agraria nos encontramos con algunas reminiscencias referentes al Calpulli.

2. La Colonia.

Debemos recordar que el Derecho Colonial en la Nueva España, se integró con:

- a).-- Las Leyes españolas que tuvieron vigencia en su territorio.
- b).-- Las Leyes directas para todas las Colonias de España en América.
- c).-- Las Leyes expedidas especialmente para ella.

Las Leyes españolas fueron híbridas ya que España fue un pueblo conquistado e invadido varias veces, entre ellos por los fenicios, los cartagineses, romanos y árabes; claro que estos pueblos lograron influir con sus leyes en la legislación española.

En la época de Alfonso X fueron dictadas unas leyes con marcada influencia romano canónica, completándose con la jurisprudencia

de esa época, más tarde se le agrega el Ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI y las Ordenanzas Reales de Castilla que fueron dictadas por los Reyes Católicos.²

Las Siete Partidas tienen gran importancia para el Derecho -- Mexicano, en virtud de que tuvieron vigencia en nuestro país.

Encodificando en la Ley Tercera, Título 17, Partida IV; nos encontramos con que el poder paternal no es como el que tiene el -- señor con sus esclavos ni semejante a la jurisdicción de los casig -- trados, ni a la sumisión que se le debe al Obispo.

La potestad aquí es tratada como ligamento de reverencia, de -- sumisión y de castigo que debe tener el padre sobre su hijo.

Las Leyes Segunda y Octava del Mencionado Título no permitían a la madre entrar al ejercicio de la patria potestad y autorizaban al padre para que lo vendiera, en caso de miseria extrema.

Aunque estas leyes no le dieron el derecho al padre de vida o muerte sobre su hijo, como en el Derecho Romano, debemos mencionar que, además, la patria potestad no terminaba con la mayoría de -- edad, ni en caso de matrimonio.

Más tarde, en las Leyes de Toro, precisamente en la 47 se -- ordenó que quedaran libres o emancipados de la patria potestad los que se casaran de acuerdo con la iglesia.

Para evitar contradicciones de diferentes legislaciones habidas en el reino, se ordenó en época de los Reyes Católicos en 1505, la elaboración de las Leyes de Toro, a éstas se le añadieron otras leyes, de esta forma, se le llamó la Nueva Compilación.

Como ya habíamos mencionado, en la Nueva España se aplicaron las Leyes de la Metrópoli, de acuerdo al Ordenamiento de Alcalá con respecto a las Leyes de Toro y demás recopilaciones, más tarde fueron aplicadas los Fueros Juzgos y los Fueros Reales, aunándose las Leyes de las Siete Partidas; los Fueros Municipales no se aplicaron en la Nueva España por ser inoperantes.

Una de las leyes creadas especialmente para la Nueva España y el resto de sus Colonias fueron las Leyes de Indias espedidas en la época de Isabel la Católica y recopiladas por Carlos II en 1680, estas leyes contenían principalmente disposiciones de Derecho Público y las leyes que aplicaban supletoriamente a éstas eran las de Castilla.

El Rey Carlos III en 1786 dió en Madrid la Real Ordenanza que contiene disposiciones de organización judicial, política y administrativa como fue el ordenar el establecimiento de un ejército. Esta ley fue especial para la Nueva España.

3. México independiente.

Después de la consumación de la independencia se continuó aplicando el Derecho Colonial, sobre todo, en materia Civil, ---

utilizándose las Partidas.

a). Código Civil del Estado de Oaxaca de 1828.

El Código Civil del Estado de Oaxaca de 1828, primero en la República Mexicana en el México Independiente, contiene ya principios normativos respecto de la patria potestad, aunque surgido de la influencia del Código de Napoleón, en su Título Décimo "De la Patria Potestad" y en sus artículos 232 y 233 expresa: "que los -- hijos permanecen bajo la patria potestad hasta su mayoría de edad o emancipación y sólo el padre ejerce esta autoridad paternal --- durante el matrimonio o por muerte o ausencia de éste, la ejercerá la madre y en el artículo 240 dice: "el padre, durante el matrimonio o por muerte de uno de los cónyuges, el que sobreviva tendrá el usufructo de los bienes de los hijos hasta que éstos lleguen a la mayoría de edad o emancipación".

En este Código encontramos una disposición en la cual el hijo aunque se encuentre bajo la patria potestad del padre o la madre, éstos no pueden usufructuar sus bienes, según se establece en el artículo 243 de dicho ordenamiento que a la letra indica: "No gozará el padre ni la madre del usufructo de los bienes de sus hijos - que adquirieran por una industria o trabajo que ejerciesen separadamente de sus padres", igualmente se niega ese usufructo a los que ejerzan la patria potestad cuando los bienes fueron dados o legados al hijo, también se toma ya en cuenta en este Código que los padres no podrán gozar del usufructo de los bienes del hijo contra quienes se haya pronunciado el divorcio.

Referente a los efectos de la patria potestad sobre la persona de los hijos se concluye que se otorgó a los padres dos tipos - de derecho y una obligación.

- a).- El derecho de vigilarlo.
- b).- El derecho de corregirlo.
- c).- La obligación de educarlo.

a).- El derecho de vigilarlo se deriva de lo ordenado en el artículo 234 y dice que: "el sujeto a la patria potestad no puede dejar la casa paterna sin licencia del que la está ejercitando, -- quedando exceptuado cuando es para alistarse en la milicia, siempre y cuando haya cumplido dieciséis años; de donde se deriva el control absoluto que debe tener el padre sobre el hijo para su -- vigilancia".

b).- El derecho de corregirlo se deriva de lo estipulado en los artículos 235, 236, 237 y 238 del Código en estudio; señala el derecho de corrección que tiene el que ejerza la patria potestad y quién debe de corregirla con penas correccionales, sin cometer -- excesos de crueldad y cuando cometiesen faltas que merezcan un -- castigo más serio podrían hacerlos arrestar por el lapso de tiempo de uno hasta tres meses, con la ayuda de la autoridad, quedando en libertad del padre o la madre el disminuir el tiempo de arresto y sólo cuando fuere hijo legítimo del presente matrimonio, quedaba a criterio de la autoridad dar o negar la orden de arresto, derecho que puede ejercerlo quien esté en el ejercicio de la patria potestad.

c).- La obligación de educarlo se desprende de lo ordenado en los artículos 241 fracción II, derivada del usufructo que pueden tener los padres sobre los bienes de sus hijos.

En este Código solamente se señala que pueden ejercer la patria potestad el padre y a falta o ausencia de éste, la madre, -- exceptuando también de su ejercicio a cualquiera de ellos cuando se ha pronunciado sentencia de divorcio en contra, siendo omiso -- sobre quién ejercerá la patria potestad a falta de ambos padres, -- aunque esta situación se trata de resolver con la tutela. También encontramos en este Código una forma de emancipación distinta de la que se obtiene con el matrimonio, es la de que el menor no cargo puede ser emancipado por el padre, o en su defecto la madre, al cumplir el hijo los dieciocho años, que se hará con la declaración del padre o de la madre, misma que es recibida por un alcalde y -- autorizada por un escribano o por dos testigos. Asimismo, encontramos en este Código otra forma de extinción de la patria potestad -- muy distinta de las que mencionan otros Códigos; ésta es distinta en virtud de que se obtiene la emancipación sin haber cumplido la mayoría de edad y sin haber contraído matrimonio, que son las formas comunes de obtener la emancipación.³

b). Código Civil de 1868 del Estado de Veracruz Llave.

Habiendo quedado establecido con anterioridad que el primer Código Civil en México fue el de Oaxaca, entraremos en su Título -- Séptimo relacionado a la patria potestad, materia de nuestro estudio, dispone en sus artículos 342 y 343 que los hijos menores de edad que no hayan sido emancipados estarán bajo la patria potestad

mientras exista alguno de los ascendientes que puedan tenerla. Esta patria potestad se ejerce sobre los bienes y personas de los - hijos legítimos y naturales reconocidos.

Encontramos ya en este Código, de manera expresa, quienes son las personas que sucesivamente pueden ejercer la patria potestad - en el orden siguiente: El padre, a falta de éste, la madre; a falta de ambos, por el abuelo paterno, en su falta, por el materno; a falta de ambos por la abuela paterna y a falta de ésta, la abuela materna.

De los efectos de la patria potestad respecto de la persona - de los hijos concluimos que se otorgó a quienes ejercen la patria potestad:

- a). El derecho de vigilarlo.
- b). El derecho de corregirlo.
- c). El derecho de representarlo en juicio, autorizarle o darle su consentimiento para contratar.
- d). La obligación de educarlo.

a). El derecho de vigilarlo está establecido en el artículo - 345 del Código Civil de 1868, que a la letra dice: "Mientras estuviere el hijo bajo la patria potestad, no podrá dejar voluntariamente la casa del que la ejerce, sin permiso de éste o decreto de la autoridad pública competente".

Esto es aceptable, pues es necesario tener un control absoluto de todos y cada uno de los actos del menor, sólo es posible --

teniendo a su lado en vigilancia constante al niño.

Entendiéndose tácitamente que si el menor deja voluntariamente el domicilio de quien ejerce la patria potestad, éste puede -- recurrir a la autoridad para que lo reintegre a dicho domicilio y solamente puede abandonarlo mediante un decreto de la autoridad -- competente cuando tuviere causas para dictarlo. Teniendo con ello el que ejerciera la patria potestad todos los derechos y ayuda -- necesarios para cumplir debidamente con ese derecho, ya que quien ejercía la patria potestad podía hasta ordenar o hacer arrestar al menor de acuerdo con las faltas cometidas, pero siempre tenía ese derecho cuando a pesar de los castigos que le proporcionaba, no -- eran suficientes, pues el padre debía castigarlo mesuradamente e en forma templada.

b). El derecho de corregirlo nos lo señala el artículo 347 del Código Civil de Veracruz de 1868 que se refiere a la facultad de -- corregir y castigar a los hijos templada y mesuradamente, situación en que contará con el auxilio incondicional del Juez para imponerles medios de corrección como castigo por las faltas graves que -- cometiesen, este derecho lo puede ejercer cualquiera de las personas que esté en ejercicio de la patria potestad, situación que es idéntica a las mencionadas en el Código Civil de Veracruz de 1868, el cual analizamos anteriormente, viniendo a ser la misma una innovación en este Código respecto del Código de Napoleón y las Partidas, existiendo sólo algunas restricciones respecto al ejercicio -- de correcciones, como es el caso, cuando la madre contrajera segundas nupcias y el hijo es de los habidos en los anteriores Matrimo-

nios.

c). El derecho de representarlo en juicio o autorizarle su consentimiento para contratar lo señala el artículo 353 del Código Civil de Veracruz de 1868 y nos dice que los hijos que estaban -- bajo la patria potestad no pueden contratar ni hacer acto alguno -- judicial o extrajudicial sin el consentimiento del que la ejerza, de donde se desprende que el que está sujeto a la patria potestad tiene la capacidad de goce, pero no de ejercicio y para poder contraer obligaciones es necesaria la autorización de quien ejerce la patria potestad, o sea, el derecho de representar a los menores en juicio, pues éstos, por su minoría de edad no pueden por sí solos ejercitar sus derechos.

d). La obligación de educación señalada en el artículo 346 -- del Código Civil de Veracruz de 1868 consistía en que el padre a su arbitrio dirigía la educación del menor, es decir, que le imponía una carrera, aunque no la ejerciera y luego cuando fuese mayor tomara otra. Encontramos en este artículo una confusión en donde -- el legislador dice que el que tiene al hijo bajo su patria potestad dirige su educación y puede educarle para la carrera que le destina, decimos confusión porque por educar entendemos desarrollar las facultades intelectuales, dirigir y encaminar la inclinación del menor; no imponerle carrera alguna.

De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos, el Código Civil de Veracruz de 1868 nos dice en su -- artículo 354: "el que ejerce la patria potestad es legítimo repre-

sentante de los que están en ella y administrador de bienes que le pertenecen según las prescripciones de este Código y en el artículo 355 dice que los bienes del hijo, mientras están bajo la patria potestad se dividen en tres clases:

- 1a. Bienes cuya propiedad administrativa y usufructo corresponden al que ejerce la patria potestad.
- 2a. Bienes cuya propiedad es del hijo y la administración y usufructo bajo del que tiene la patria potestad.
- 3a. Bienes que corresponden en propiedad, usufructo y administración al hijo.

De este ordenamiento se desprende que hay una limitación respecto a los bienes obtenidos por el menor, sea por su trabajo o por haber recibido dichos bienes como donación o a título lucrativo, aunque limitándose también en cuanto al ejercicio de disposición de esos bienes, ya que, aún cuando le corresponde la propiedad, administración y usufructo de esos bienes, no puede enajenarlos siendo bienes inmuebles sin el consentimiento de quien ejerce la patria potestad o por comparecer en juicio, aún tomándose en consideración lo preceptuado por el artículo 356 del mismo Código que dice que respecto a esos bienes que tenga la administración, se le considerará en cuanto a ella como emancipado.

Reglamentando también este Código en su artículo 360 que -- quien ejerce la patria potestad no podrá enajenar los bienes inmuebles del hijo, ni gravarlos, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, esto con previa autorización del Juez competente. De donde decimos que este Código como una innovación en --

México, protege absolutamente al menor de los abusos o dilapidaciones que pudiera hacer quien está en el ejercicio de la patria potestad, pues a mayor abundamiento vemos que el artículo 361 del Código que se comenta dice: "Cuando el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serán representados éstos en juicio por un procurador nombrado judicialmente para cada caso", de donde se desprende que dicho Código Civil previó profundamente situaciones que se podían presentar en el ejercicio de la patria potestad -- respecto a los bienes de los sujetos a ella.

De igual forma, encontramos en el Código Civil de Veracruz de 1868 los modos de acabarse o suspenderse la patria potestad.

En su artículo 362 enumera los modos de acabarse la patria potestad:

- 1o. Por la muerte de los padres o del hijo.
- 2o. Por emancipación.
- 3o. Por la mayor edad del hijo.

En el artículo 363 se encuentran las causas por las que el padre perdería la patria potestad, las enumera de la siguiente forma:

- 1a. Cuando se ha condenado a alguna pena que lleve consigo la pérdida de este derecho.
- 2a. Cuando declarado el divorcio, tenga lugar la pérdida de la patria potestad.

La primera causa se relaciona con alguna pena impuesta por -

una autoridad del orden penal, o sea, dependiendo del tipo de delito cometido; en cuanto a la segunda causa, dependerá de la causal que dió motivo al divorcio, anísimismo, observamos en el artículo - 364 las facultades que le dan a los tribunales para privar al padre de la patria potestad o modificar su ejercicio, entendiéndose que esta facultad se le da a los tribunales cuando hay causas en que el padre se excede en el ejercicio de la patria potestad o dé malos ejemplos que sean contrarios a la formación moral del menor.

En el artículo 365 de este Código en comento, se estipula que las causas o motivos por los que puede suspenderse la patria potestad son:

- 1o. Por la incapacidad declarada judicialmente.
- 2o. Por la ausencia declarada en forma.
- 3o. Por haber sido condenado a alguna pena que lleve consigo esta suspensión.

Deducimos que la suspensión sólo procede por interdicción -- declarada judicialmente o ausencia; la tercera tiene relación -- directa con una pena impuesta; por último, el artículo 370 de este Código nos dice: "que la patria potestad es renunciable por las -- mujeres a quienes corresponde el ejercicio de la misma, lo cual -- es un error visto desde el punto de vista jurídico, pues dicho -- ejercicio debe ser renunciable por la sola voluntad de quien le -- siga en el orden establecido sean todas las mujeres y al renunciar dicho cargo, el menor quedaría abandonado aunque podía recurrir a la tutela, pero no debe llegar a ello mientras exista quien pueda ejercer la patria potestad sin impedimento alguno.

El Licenciado Benito Juárez en el año de 1859 con la influencia de la legislación caxaqueña que de igual forma dió origen a las Leyes de Reforma promulgadas en Veracruz, encargó a Don Justo Sierra un Proyecto de Código Civil que fue terminado y publicado en 1861. Justo Sierra se inspiró en el Proyecto de Código de García Goyena de nacionalidad española, éste a su vez, tomó el Código de Napoleón como fuente en el año de 1804.

El proyecto de Justo Sierra tuvo influencia en el Código -- Mexicano de 1870 que entró en vigor el 10. de marzo de 1871, este Código Civil tuvo antecedentes en el Derecho Francés, Portugués, y como es lógico, en el del Jurisconsulto Florencio García Goyena y en el Derecho Romano; así como del Código de Cerdeña, Austria y - Holanda.

c). El Código Civil de 1870 del Distrito Federal y Territorio de Baja California.

El Código de 1870 que dispone en sus artículos 390 y 391 que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria -- potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quien corresponda ejercerla, según la ley, esta patria potestad se ejerce sobre la persona y sobre los bienes de los hijos legítimos o reconocidos.

Referente a los efectos de la patria potestad en la persona de los hijos, concluimos que se otorgó a los padres tres derechos y una obligación:

a). El derecho de vigilarlo.

- b). El derecho de corregirlo.
- c). El derecho de representarlo en juicio y darle su consentimiento para contraer obligaciones.
- d). La obligación de educarlo.

a). El derecho de vigilarlo estaba en el artículo 394 del Código Civil de 1870, el cual nos dice que mientras el hijo está -- sujeto a la patria potestad no podrá dejar la casa del que la está ejerciendo sin permiso de éste o decreto de la autoridad competente; esto es comprensible en virtud de que la educación se entiende como el desarrollo de las facultades morales, intelectuales y -- físicas del menor.

Por lo tanto, es necesario que quien ejerza la patria potestad deba tener un control completo de todos y cada uno de los actos del menor, haciendo así más eficaz el control, por lo que el -- sujeto a la patria potestad debe permanecer al lado del que la -- ejerce.

El menor sólo podía abandonar el domicilio con permiso del -- que ejerce la patria potestad o de la autoridad competente, sobreentendiéndose que si el menor abandonaba el domicilio, el que ejerce la patria potestad podrá recurrir a las autoridades competentes -- para que sea reintegrado el menor a su casa, en caso en que éste -- reciba malos tratos, la autoridad administrativa pondrá en aviso -- al C. Agente del Ministerio Público para que procediera conforme a sus facultades.

Este derecho de vigilancia atribuya al padre o al que ejerciese la patria potestad todos los derechos necesarios para obtener la debida formación moral e intelectual en beneficio del menor.

b). Los artículos 396, 397 y 398 de este Código nos señalan el derecho de corrección que tiene el padre, que consiste en corregir y castigar a los hijos mesuradamente, situación en que las autoridades lo auxilian en forma moderada cuando sean requeridas para ello. Este derecho de corrección puede ser ejercido en defecto del padre por el ascendiente a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad de acuerdo con el artículo 392, situación que tiene relevancia, en virtud de la innovación que tiene el Código que analizamos en referencia a las Partidas y al Código de Napoleón.

c). Este Código consigna en su artículo 399 el derecho de representar a los menores en juicio y darles su consentimiento para contraer obligaciones, derecho que se daba a quienes ejercían la patria potestad, pues el menor al no tener capacidad de ejercicio, sólo de goce, no podía ejercitar por sí mismo sus derechos, en situación de su minoría de edad.

d). La obligación de educación señalado en el artículo 395 del Código apuntado consiste en la orientación racional del desarrollo de las facultades intelectuales y morales de la persona sujeta a la patria potestad, comprendiendo también el aspecto físico, no obstante que muy a la ligera este Código de 1870 en el artículo citado nos señala que el que tiene el hijo bajo la patria

potestad le incumbe la obligación de educarlo convenientemente, -
pues no es correcto que únicamente se refiera al aspecto intelec -
tual porque además de éste, los que ejercen la patria potestad --
deben proveer la educación moral y física del menor.

El artículo 392 del Código que comentamos dispone que la pa -
tria potestad debe ser ejercida por las personas que se señalan a
continuación:

1. El padre.
2. La madre.
3. El abuelo paterno.
4. El abuelo materno.
5. La abuela paterna.
6. La abuela materna.

El artículo 393 señala la forma en que cada una de las seis -
personas enunciadas ejercen la patria potestad al disponer que --
sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemen -
te entrarán al ejercicio los que le sigan en el orden establecido.

Consideramos que la patria potestad es una institución de --
auténtico beneficio social, ya que en la sociedad recaen los bene -
ficios de la misma, al dar protección al menor de edad para que -
cimiente el futuro de ciudadanos mejores que sean útiles a la --
sociedad y al país.

La patria potestad, institución tanto al que la ejerce como -
al menor, debe ser irrenunciable, sin embargo, en el Código de --

1870 en comento, permitía a nuestro juicio, un absurdo jurídico, - pues la madre como los abuelos podían renunciar su derecho a la patria potestad, designándole al menor un tutor, situación que nos señalan los artículos 424 y 425.

Es de importancia señalar que los artículos 426 y 427 nos -- indican que la madre o abuela viuda que da a luz un hijo ilegítimo de igual forma, si éstas contrajeran segundas nupcias; pierden por ello la patria potestad, situación absurda, pues el cariño por los hijos o por los nietos; así como de éstos por sus ascendientes, no pueden estar regulados por un Código redactado e ideado en el frío escritorio de un legislador.

El legislador de 1870 ya apunta en el artículo 417 que: "Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa o les impone preceptos inmorales o les da ejemplos y consejos corruptores".⁵

d). Código Civil de 1884 del Distrito Federal y Territorio de Baja California.

Hemos de referirnos sinceramente a este Código, puesto que habiendo tenido el anterior de 1870 únicamente catorce años de vigencia, éste de 1884 fue promulgado por el General Manuel González, - rigiendo a partir del 1o. de junio de 1884, el cual deroga por -- completo toda legislación civil dictada con anterioridad; no obstante ello, no introduce reformas de consideración en la materia - objeto de nuestro estudio, sin embargo, podemos señalar que en su

artículo 397 no amplía el ejercicio de las facultades que la ley concede a los padres, así como el auxilio de las autoridades que deben prestar a los mismos para el ejercicio de su cometido, orden de ideas que hemos señalado.

e). Ley de Relaciones Familiares de 1917.

El encargado del Poder Ejecutivo, Primer Jefe del Ejército - Constitucionalista, General Venustiano Carranza; el 9 de abril de 1917 promulga la Ley sobre Relaciones Familiares que viene a modificar en mucho el Derecho de Familia, por lo mismo el Código de -- 1884.

Entre las modificaciones importantes podemos señalar el equilibrio que existe entre el hombre y la mujer, pues con anterioridad, tanto en México como en gran parte de legislaciones extranjeras, la mujer venía siendo relegada a un plano de inferioridad; - con respecto a los derechos que el hombre venía ejerciendo, sobre todo, por lo que respecta a nuestro tema de estudio, dando un paso importante en lo relativo a la protección de los menores como se - puede ver a manera de ejemplo en la adopción, no obstante, que no es institución motivo específico de este trabajo mencionaremos que en el Código de 1870, así como en el de 1884 no existía la institución jurídica de la adopción, que viene a ser incorporada a -- nuestra legislación, precisamente por esta Ley sobre Relaciones - Familiares, institución por medio de la cual encontraron una nueva forma de vida de la que carecían los adoptados.

Por lo que respecta a nuestra institución de la patria potes-

tad, el Capítulo Décimo Quinto de la Ley de referencia denominado "De la Patria Potestad", artículos 238 y 246 de la Ley sobre Relaciones Familiares correspondientes a los artículos 363 y 373 del Código Civil de 1884, introdujo esencialmente las siguientes variaciones:

1. Dispuso que la patria potestad se ejerciera sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los legitimados, de los naturales y de los adoptivos; permitiendo así que sus beneficios se extendieran a todos los hijos.
2. Suprimió la designación de hijos espurios, equiparándolos así para todos los efectos legales con los hijos naturales.
3. Modificó el orden en que las personas deban asumir la patria - potestad, disponiendo que ésta se ejerza:
 - a). Por el padre y la madre.
 - b). Por el abuelo y la abuela paternos.
 - c). Por el abuelo y la abuela maternos, igualando así los derechos del hombre y la mujer.
4. Suprimió la renuncia que podía hacer la madre del ejercicio de la patria potestad dejando que los abuelos y las abuelas pudieran voluntariamente abstenerse de ejercerla, tal como lo señalaban los Códigos anteriores.⁷

Para culminar el presente Capítulo Eduardo Pallares nos indica que: "La Potestad es el dominio, poder, jurisdicción o facultad

que se tiene sobre una cosa o sobre las personas".⁸

NOTAS DEL CAPITULO I

- 1 Mendieta y Núñez Lucio. El Derecho Precolonial. Instituto de Investigaciones Sociales. Universidad Nacional Autónoma de México, México. 1995. p. 99.
- 2 García Máynez Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho. México. Edit. Porrúa S.A. 1991. pp. 60 y 61.
- 3 Código Civil del Estado de Oaxaca 1928, Apéndice de Oaxaca - Cuna de la Codificación Iberoamericana del Doctor Raúl Ortiz Urquidí. México. Edit. Porrúa S.A. 1984.
- 4 Código Civil del Estado de Veracruz Llave 1868-1869. Imprenta el Congreso, Veracruz, México.
- 5 Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, José María Lozano, ordenado en forma de Diccionario. Imprenta del Comercio.
- 6 Código Civil de 1884 del Distrito y Territorio de Baja California. Manuel Mateos Alarcón, concordado y anotado. México 1985.
- 7 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. Manuel Andrade, -- Información Aduanera de México. México, 1989.
- 8 Pallares Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. México. Edit. Porrúa S.A., 1996, p. 609.

CAPITULO II
LA PATRIA POTESTAD

1. Diversos conceptos.

Etimológicamente el vocablo patria potestad significa patria: Pater, padre y potestas: potestades, potestad, poder; quiere decir poder del padre.

La patria potestad tiene su origen en la filiación. Es una - institución establecida por el derecho con la finalidad de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación está legalmente comprobada, ya sea de hijos nacidos dentro de matrimonio, hijos nacidos fuera de matrimonio o hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores cuya filiación ha quedado legalmente establecida, consanguínea o civil.¹

Nos permitimos ahora, citar el siguiente criterio jurisprudencial que viene a ratificar lo anteriormente señalado:

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 se funda en las relaciones paterno filiales, independientemente de que éstas nazcan dentro del matrimonio o fuera de él.²

Julian Bonnacase nos da la siguiente definición: "es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros respecto a los hijos menores --

considerados tanto en su persona como en su patrimonio".³

Louis Jossierand afirma que la patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores no emancipados para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben en lo que concierne a la manutención y educación de dichos hijos.

La patria potestad dice Ambrosio Colin y H. Capitan: "es el conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre --- sobre la persona y los bienes de sus hijos mientras éstos son --- menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que están obligados".⁴

Castán Vázquez sostiene que: "es el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole".⁵

Podemos mencionar que las anteriores definiciones nos dan la visión de que patria potestad es el conjunto de derechos que la ley otorga a los padres y demás ascendientes sobre los hijos no emancipados para el cumplimiento de los deberes de crianza y educación a que están obligados.

Por su parte, la Licenciada Sara Montero Duhalt aporta el siguiente concepto de patria potestad: "es la institución deriva-

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

El anterior concepto de patria potestad consideramos que es suficientemente preciso acerca de lo que en la actualidad entendemos por esta institución, por lo que para el presente estudio estamos de acuerdo con él, con la modificación de que se trata de una institución pública, dando a entender claramente que es irrenunciable, modificable y se extingue únicamente en los casos previstos en la ley, sin que pueda intervenir en forma alguna la voluntad de los particulares.

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

PATRIA POTESTAD. IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA-
Los derechos que derivan de la patria potestad no son renunciables, pues las disposiciones legales que la rigen son de indiscutible interés público de acuerdo con lo que previene el artículo 80. del Código Civil.7

El artículo 448 del Código Civil vigente para el Distrito Federal nos indica que la patria potestad no es renunciable por aquellos a quienes corresponda ejercerla, pero pueden excusarse: Cuando tengan más de sesenta años y cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño. La irrenunciabilidad deriva de su propia naturaleza porque su ejercicio es de interés público.

En la actualidad la institución de la patria potestad ya no es un poder absoluto y tampoco es ejercido exclusivamente por el padre, sino también por la madre y demás ascendientes, no es considerado como un poder sobre los hijos, es una verdadera protección para los menores no emancipados y tiene un doble contenido: el patrimonial y el personal.

2. Patria potestad sobre los hijos.

La patria potestad es una institución que se ha venido fortaleciendo con el transcurso del tiempo en beneficio del menor no emancipado, que es ejercida por los padres conjunta o separadamente, según se presente el caso, y en otras ocasiones por los ascendientes a quienes les corresponda tal ejercicio.

El ejercicio de la patria potestad, además de recaer sobre la persona del hijo, también recae sobre sus bienes, mismos que deberán ser administrados por el padre o la madre que la ejerzan.

Los hijos deben honrar y respetar a sus padres, éstos últimos deben cuidar, alimentar y educar a sus hijos, procurando que tengan una buena formación física e intelectual para que tengan un desenvolvimiento adecuado y puedan valerse por sí mismos cuando tengan la edad requerida para ser mayores de edad o cuando queden emancipados.

Estas funciones de protección y formación del menor están comprendidas en las obligaciones que tiene el padre con respecto -

al hijo, pero éste a la vez tiene el derecho de corregirlo, como --
partedel conjunto de deberes y derechos que atribuye la patria --
potestad.

Los padres que ejerzan la patria potestad deberán actuar de --
mutuo acuerdo en todas las decisiones trascendentales que pongan --
en peligro los intereses del menor.

La patria potestad constituye una de las bases de la familia --
y es parte integrante del estado de las personas por lo que no --
puede ser ampliada y tampoco reducida por voluntad de los interes --
dos, sobre todo, no puede ser objeto de renuncia por parte del --
ascendiente. Pero puede excusarse su cumplimiento como lo señala
el artículo 448.

La irrenunciabilidad deriva de su propia naturaleza porque su --
ejercicio es de interés público. La familia, la sociedad y el Esta --
do tienen interés en la adecuada formación personal de los menores, --
también el artículo 6o. del Código Civil para el Distrito Federal --
dice que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no ---
afecten el interés público directamente, cuando la renuncia no --
perjudique derechos de terceros.

Los menores no emancipados, como hemos venido señalando, es --
tán bajo la potestad de sus padres quienes la ejercen conjuntamen --
te, pero si se suscitara alguna diferencia o conflicto entre los --
padres y no logran ponerse de acuerdo sobre lo que exige el --
interés del menor, podrá acudir uno, o ambos, ante el Juez de lo --

Familiar para exponerle el conflicto que ha surgido, éste tratará que los esposos se pongan de acuerdo y tomen la decisión adecuada para el bienestar de su hijo.

La patria potestad será siempre ejercida en beneficio del menor, cuidando de él y educándolo de la mejor forma posible para que tenga una correcta formación de acuerdo a su edad.

Para que los padres e hijos tengan una mejor relación, los primeros deben procurar oír a sus hijos antes de adoptar decisiones que les pueden afectar, esto sería con el fin de tener una mayor comunicación entre ambas partes.⁹

De esta manera se podrá tener una relación más armónica, esta medida sería una forma de evitar perjuicios al menor, pues si el padre no platica con el hijo para ver cuáles son sus inquietudes no podrá tomar las decisiones atinadas en beneficio del menor que está desarrollándose; por lo antes expuesto, sería una manera de procurar una provechosa relación entre padres e hijos que beneficiaría a los últimos.

La patria potestad debe orientar la actividad educativa y la formación intelectual, moral y física del hijo, para hacer de éste un sujeto jurídicamente capaz, pues la patria potestad sustituye la actual incapacidad del menor no emancipado en el ejercicio de sus derechos, en la participación en la vida jurídica y en sus relaciones con terceros. En general responde del cuidado de los intereses del menor en las relaciones en que deba intervenir.¹⁰

2.1. Cuidado personal del hijo.

El cuidado personal comprende el derecho de determinar las relaciones personales del hijo, con efector a favor y en contra de terceros, dándole protección y procurando satisfacer sus necesidades, tanto materiales como intelectuales; en suma debe velar el que ejerce la patria potestad por la formación corporal, sentimental y social del menor, atendiendo a su edad y capacidad. También deberá procurarle los medios adecuados para su buen desarrollo.

Concretamente la asistencia que el padre debe proporcionar al hijo consiste en que tenga un alojamiento bajo el mismo techo para que la función que ejerce el ascendiente sobre el menor no emancipado se encuentre próxima a él, en su misma residencia.¹¹

Los que ejercen la patria potestad, como se ha mencionado, tienen la obligación de dar alimentación y proporcionar vestido, así como asistencia médica, en caso que lo requiera el menor que está bajo su cuidado.

En cuanto a la educación del menor no emancipado, los ascendientes que ejerzan la custodia deberán proveer al hijo de los medios necesarios para que el niño pueda educarse, la autoridad intervendrá cuando los ascendientes descuiden sus deberes de educación.¹²

Con respecto a esta causa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Estado de Veracruz, ha emitido la siguiente tesis --

Jurisprudencial:

PATRIA POTESTAD.- SUSPENSIÓN DE ALGUNO O ALGUNO 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, etcétera. 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 les 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 la custodia de los menores de la facultad de decidir relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etcétera; esto se desprende, entre otras, de los artículos 342 y 370 del ordenamiento antes mencionado. 13

El titular de la patria potestad deberá vigilar la educación del menor, tomando en cuenta sus aptitudes e inclinaciones, para estos efectos deberá tomarse en cuenta la opinión del hijo. Una mayor convivencia con él permitirá un mejor entendimiento que aprovechará al menor y acarreará una atmósfera familiar más placentera.

El artículo 422 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, señala que cuando llegue al conocimiento de los Consejos Locales de Tutela, que las personas que ejercen la patria potestad no cumplen con sus obligaciones de educar convenientemente, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda y sean adoptadas las medidas necesarias. Pueden hasta perder la patria potestad de acuerdo a la fracción III del artículo 444, por abandono de sus deberes de educarlo de forma positiva.

El hijo no emancipado debe permanecer en el hogar y no podrá dejar la casa de su progenitor sin permiso de éste porque está bajo su guarda y debe cuidar de su seguridad, así lo establece el -- artículo 421.

Lo anterior se encuentra sustentado por los Tribunales Supremos de nuestro país, en criterio jurisprudencial:

GUARDA Y CUSTODIA.- NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCLADA DE LA POSESIÓN.- 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. 14

También el titular de la potestad tiene el derecho de determinar las relaciones personales del hijo, es decir, las amistades -- que tienen los menores, no deben ser perjudiciales para su educación y buenas costumbres. 15

Los titulares de la potestad tienen la obligación de respetar la intimidad de sus menores hijos, absteniéndose de revisar, dar lectura a su diario íntimo y correspondencia. No obstante el artículo 174 del Código Penal vigente para el Distrito Federal no sanciona penalmente al padre que abra la correspondencia dirigida al hijo.

El progenitor debe proporcionar alimentos al hijo como función, pero esta obligación no desaparece por la mayoría de edad, así lo ha dispuesto y resuelto la Suprema Corte de Justicia.

Considerando que la filiación es el nexo más fuerte del parentesco y atendiendo a que la patria potestad consiste en el cuidado personal del menor, sus padres están obligados a darles alimentos de acuerdo a sus posibilidades.

Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad, como lo señala el artículo 308. Respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos, adecuados a su sexo y circunstancias personales.

El deber de vigilancia hace responsables a los padres por los daños y perjuicios que puedan causar los menores que están bajo su potestad, si los daños se han causado por falta de una adecuada vigilancia.¹⁵ De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1919 del Código Civil para el Distrito Federal, los que ejerzan la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que están bajo su potestad.

Sin embargo, los padres no son responsables por los daños -- causados por los menores que estén bajo su potestad si prueban que les ha sido imposible evitarlos, probando que han ejercido una -- adecuada vigilancia sobre el menor, así lo establece el artículo -- 1922 del mismo ordenamiento civil.

El progenitor que no tenga al hijo bajo su custodia estará -

obligado a proporcionarle alimentos y podrá conservar la relación personal con el hijo, siempre que no haya sido privado de la patria potestad. Pero cuidará que la relación que existe entre el padre que tiene la custodia y el niño no perjudique o dificulte su educación y desarrollo.

Se puede dar el caso de que el hijo sea mal influenciado por el padre que no tenga la custodia para ocasionar problemas al que la ejerza, lo que sería nocivo para la educación y formación del menor. En estos casos, se puede acudir al Juez de lo Familiar para que se limite o excluya esta facultad, cuando así lo exija el bienestar del menor no emancipado.

Cuando el hijo necesite asistencia médica, estando sujeto a potestad, el titular de la misma deberá proporcionarle la asistencia y medicamentos necesarios para que se restablezca.

2.2. Patria potestad de hecho.

El ejercicio de la patria potestad de hecho se da en casos del ascendiente que es privado de la patria potestad y la sigue ejerciendo, en que no existe una verdadera relación jurídica de filiación entre el hijo y el progenitor porque el hijo no ha sido reconocido o tampoco se ha producido la declaración de paternidad o maternidad y ejercen materialmente las funciones inherentes a esta calidad jurídicamente imperfecta,¹⁷ se puede dar que alguien no es padre biológico de un menor y actúa como si lo fuera, como el padrastro, el concubino o el amante del padre o madre del menor.

El artículo 378 del Código Civil dice: la mujer que cuida o ha cuidado la lactancia de un niño a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como su hijo y a proveído a su educación y subsistencia, puede contradecir el reconocimiento que haga o quiera hacer el presunto padre. Es una verdadera potestad de hecho.

En la realidad diaria se presentan situaciones en las que -- personas que no son progenitores de un menor, realizan actos característicos de la patria potestad, en virtud de que anumen el ejercicio de dicha institución.

2.3. La representación del hijo.

Dicha representación corresponde a las relaciones jurídicas -- que debe realizar el hijo.

El deber de representar al hijo recae sobre la persona que -- ejerza la patria potestad porque el menor no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o los que ejerzan aquél derecho y con autorización judicial cuando la ley lo requiera así por controversia, de esta forma lo -- establece el artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal.

Lo anterior se encuentra sustentado en la siguiente tesis -- jurisprudencial emitida por la Suprema Corte de Justicia de la -- Nación:

MENORES.- Los menores no pueden comparecer en juicio, ni ejercitar ninguna acción civil o penal, sino por conducto de la persona que legalmente los representa o sea, por conducto de quien ejercita - sobre ellos la patria potestad o la tutela. 18

El deber que tienen los padres de representar a sus hijos -- menores de edad no emancipados, en principio es irrenunciable, pero tiene ciertas limitaciones, como señalaremos más adelante.

El menor está limitado por no tener capacidad de ejercicio. - La persona o personas que ejercen la patria potestad subsanan esta falta de capacidad jurídica. El deber de representación es un atributo que corresponde a dicha institución.¹⁹

Los accedientes como representantes legales del menor desempeñan una función y un deber jurídico. Este atributo ofrece un -- carácter marcadamente jurídico sobre el contenido patrimonial y - personal del hijo.

Las personas que ejercen la patria potestad y custodia como - legítimos representantes del menor no emancipado tienen la administración legal de sus bienes, según el artículo 425 del Código Civil; también representarán a los hijos en juicio y para celebrar - arreglos sobre la terminación del juicio deben sujetarse a lo que dispone el artículo 427 del mismo ordenamiento civil.

En el deber de representación, los progenitores deben obrar - en nombre y beneficio del hijo, procurando su bienestar económico y moral.

Cuando los padres vivan separados y se haya solicitado el divorcio, el progenitor bajo cuya custodia se encuentra el hijo, puede ejercer la representación y reclamación de alimentos en contra del otro progenitor. En caso de que ambos progenitores sean privados de la custodia y ésta recaiga en otro ascendiente, el titular de ésta ejercerá la acción para reclamar alimentos. ²⁰

La representación personal se extiende a los actos judiciales y a los de carácter extrajudicial, ya que el padre es el representante legal de sus menores hijos sujetos a patria potestad, representación que tiene tan amplias facultades como corresponde a esta función, que para algunos autores es de derecho natural sin más limitaciones que las establecidas por la ley.

La representación tiene amplitud en su ejercicio, sin embargo, también tiene limitaciones en beneficio del menor no emancipado.

3. Administración de los bienes del menor.

La persona que ejerza la patria potestad y custodia administrará los bienes del menor y lo representará en toda clase de actos y contratos, en juicio y fuera de él.

Los bienes del menor no emancipado se dividen en dos clases: los que adquiere por su trabajo y los bienes adquiridos por otro título, según lo indica el artículo 428 del Código sustantivo de la materia; los primeros bienes pertenecen en propiedad, administración y usufructo al menor. En los segundos, la propiedad y la mi-

tad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a la persona que ejerza la patria potestad y custodia, así lo establecen los artículos 217, 429 y 430 del Código Civil.

Si los menores adquieren bienes por herencia, legado o donación, se estará a lo dispuesto en el artículo 430 del ordenamiento sustantivo.

Las personas que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes inmuebles y los muebles preciosos que -- pertenezcan al hijo, sólo si es por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, previa autorización del Juez competente. -- Cuando el juez autorice a los titulares de la potestad para que enajene o venda algún bien del menor, tomará las medidas necesarias para que utilice el dinero en beneficio del patrimonio del menor para que no sea perjudicado. En caso de que el titular de -- de la patria potestad cause daño a los bienes del menor responderá por los actos perjudiciales cometidos.²¹

Como ya hemos mencionado anteriormente, el titular de la -- patria potestad debe cuidar el patrimonio del menor, tomando las medidas de hecho y de derecho encaminadas al mantenimiento, inversión y aumento del Patrimonio, mediante los negocios que tiene a su cargo, por el hecho de ser el representante legal del menor no emancipado.

3-1. Bienes excluidos de la administración.

Quando el hijo ha recibido bienes por donación o legado con la condición formal de que sus padres no usufructúen de ellos, la ley respeta esa voluntad del donante o testador, según el artículo 430 del ordenamiento civil sustantivo, siempre que se establezca como condición expresa; la ley temió privar al hijo de una liberalidad que alguien quisiera concederle sin que sus padres se beneficien de ella.

22

3-2. Administración de los bienes del hijo.

En resumen, los padres tienen la legítima administración y el usufructo de los bienes que pertenecen al menor no emancipado, conforme a las prescripciones de este Código Civil en el artículo 425.

La patria potestad que ejercen los padres sobre el hijo produce efectos sobre la persona del hijo, y de ella derivan otras consecuencias como son las de carácter patrimonial.

23

El administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración, así establecido por el artículo 426 del Código Civil para el Distrito Federal.

3.3. Representación legal.

Hemos observado con anterioridad que el titular de la patria potestad es el representante legal, pero su actuación es limitada, a pesar de que la representación reviste un carácter de generalidad, sin embargo, está limitada en gran número de negocios jurídicos que el titular de la patria potestad no puede celebrar o sólo puede hacerlo con la intervención de la autoridad judicial. En cambio, en la representación voluntaria no se requiere la intervención de la autoridad judicial, ya que ésta existe entre personas capaces jurídicamente de suscribir actos jurídicos.

La representación del titular de la patria potestad tiene por objeto la conservación del patrimonio del menor y esta finalidad excluye toda clase de operaciones aventuradas de dudosa realización o de éxito incierto.²⁵

Esta diferencia se explica porque la representación legal es necesaria, mientras que la voluntaria no es así porque representa a una persona capaz y no tiene ninguna limitación, salvo las convenidas expresamente por los contratantes.

Ahora bien, estas facultades administrativas sobre los bienes del menor son para evitar que se perjudiquen los intereses del mismo. Hay actos que pueden afectar gravemente los intereses del menor, como los de disposición.²⁶

La ley considera que las personas idóneas para administrar los bienes del hijo son los progenitores por ser ellos los que educan y proporcionan un establecimiento al hijo. Para compensar

estos deberes los primeros tienen derecho a la mitad del usufructo con lo cual también se contribuye a sufragar los gastos que implica el cuidado personal del hijo, ²⁷ de esta forma lo estipula el artículo 319 del Código Civil.

Es un mandatario el titular de la patria potestad y como tal tiene derechos y obligaciones, entre ellas administrar libremente los bienes del menor, cuando se trata sólo de negocios de mera --
administración de bienes muebles e inmuebles. ²⁸

Como sabemos, los negocios jurídicos de administración son -- los que tienen por finalidad la conservación de los bienes, gozarlos y usarlos; según su propio destino, sin gravarlos ni enajenarlos, pudiendo dar en arrendamiento los inmuebles, cultivar los fundos, continuar la explotación de una empresa o mina, colocar dinero a interés, etcétera, ya que son negocios de administración, ²⁹ con las limitaciones señaladas en el artículo 436 del Código sustantivo.

3.4. Emancipación por voluntad del padre.

Cuando por ley o voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considera respecto de la administración como emancipado, con las restricciones que establece la ley -- para enajenar, gravar, hipotecar bienes raíces, según lo señalado por el artículo 435 del Código Civil.

Es aconsejable que el titular de la patria potestad proce --

diendo con la debida cautela y con buen grado de responsabilidad -
 le entregue bienes al hijo para que éste los administre, con el -
 objeto de que cuando se emancipe esté preparado para el manejo de
 sus bienes. ³⁰

Antes de la modificación que introdujo la Ley de 28 de enero de 1970 al Título X, Capítulo I, del Libro Primero, que se refiere a la emancipación voluntaria o expresa cuando el menor hubiere --
 llegado a los dieciocho años. La reforma modificó sustancialmente el mecanismo que establecía la ley respecto a esto, al sustituir --
 en el artículo 646 la mayoría de edad de veintiún años por dieciocho. Como el sistema de la emancipación voluntaria quedaba automáti-
 camente sin efecto por esta reforma, se derogó el artículo 642 que la contenía.

No se alteró la redacción del artículo 435 que estaba íntima-
 mente relacionada con aquél, de modo que ha quedado en parte vigen-
 te el sistema de la emancipación voluntaria con la modalidad espe-
 cial de que sólo es atributo del padre concederla.

Non asalta la duda si esta emancipación es posible después de haberse cambiado el mecanismo de la ley sobre la materia. En espe-
 cial en lo referente a la edad, el artículo 435 no fija límite --
 alguno. En cambio, cuando estaba vigente el artículo 642 podía --
 armonizarse con el que estaba comentando dándole una solución --
 similar a la contenida en el artículo 642 o sea, al cumplir los --
 dieciocho años de edad el menor. ³¹

En la actualidad ha quedado este artículo 435 sin el respaldo de una norma que permita al intérprete dar una solución analógica a la disposición imprecisa y vaga del artículo 435.

Por lo demás, si llegamos a la conclusión de que puede otorgarse al hijo esta emancipación voluntaria o expresa que contempla el artículo 435, aparece como una injusticia notoria que sólo se otorga esta facultad al padre y no a los demás ascendientes que ejerzan la patria potestad.

Consideramos que debe modificarse este artículo 435 en el sentido de que debe establecerse una edad mínima que podría ser de -- dieciséis años y conferir esta misma facultad a la madre y a los que ejerzan la patria potestad, así como a los tutores, que debe -- señalarse el procedimiento que en la práctica se debe seguir para dar esta capacidad al menor; si debe extenderse escritura pública, si la administración debe ser ampliada o restringida, etcétera.

La verdad es que este artículo 435 no es sino un resabio del sistema de emancipación voluntario que contemplaba el artículo 642 disposición que al ser derogada debió también derogar al artículo comentado.

4. Personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad.

a). Progenitores.

La patria potestad debe ser ejercida por el padre y la madre, en virtud de que comprende un conjunto de derechos y deberes im -

puestos a los ascendientes, que son ejercidos sobre la persona y bienes del hijo menor, para cuidarlos y dirigir su educación, así como para procurar su asistencia, en la medida que su estado de -
 minoridad lo requiera. ³²

Los hijos menores no emancipados están bajo la patria potestad de su padre y su madre, si éstos viven juntos.

b). Ascendientes.

Respecto a los hijos nacidos dentro de matrimonio los artículos 414 y 418 del Código Civil establecen que además de los progenitores, ejercerán la patria potestad los abuelos que señale el Juez de lo Familiar. Por la redacción misma del artículo 414 podemos concluir que los abuelos sólo podrán intervenir en la patria potestad de sus nietos cuando se trata de hijos de matrimonio y porque los artículos 415, 416 y 417 que se refieren a la patria potestad de los hijos que nacen fuera de matrimonio, no se refieren a los abuelos, podríamos pensar que el legislador los omitió deliberadamente. Sin embargo, algunos autores opinan que por analogía podríamos concluir que también los abuelos de los hijos nacidos fuera de matrimonio podrían ejercer la patria potestad sobre los nietos, siempre que pudiera acreditarse el lazo de parentesco.

Esta tesis se encontraría reforzada por los informes de la Comisión Redactora del Código Civil que dejaron en claro que entre los hijos nacidos dentro y fuera de matrimonio no existiría diferencia alguna; además el artículo 1622 del Código sustantivo da -

categoría legal a los ascendientes "ilegítimos" al decir: los ascendientes aún cuando sean ilegítimos tienen derecho a heredar a sus descendientes reconocidos.

c). Adoptantes.

Conforme al artículo 419, la patria potestad sobre el hijo - adoptivo la ejercerán conjuntamente y de forma única las personas que lo adopten, así el artículo 402 dice que los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limita al adoptante y al adoptado.

Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad - que será transmitida al adoptante, de acuerdo a los artículos 395, 396 y 403 del Código Civil vigente.

La tutela está supeditada a la falta de quienes puedan ejercer la patria potestad y, en consecuencia, existe derecho a desempeñar la tutela, sólo entanto que exista la necesidad de ella, por no haber ascendientes del menor. Por tanto, si llega a resolverse legalmente que hay un ascendiente a quien corresponde la patria - potestad sobre los menores, se extingue la tutela.

4.1. Hijos nacidos fuera de matrimonio.

Quando los padres reconocen a un hijo ejercerán conjuntamente la patria potestad, según el artículo 415 del Código Civil.

Si el padre y la madre no viven juntos y reconocen al hijo en

el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a las partes y al Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor, dice el artículo 380 del mismo ordenamiento legal, pero observemos que dicho artículo hace referencia a la custodia y no a la patria potestad.

Los artículos 380 y 381 en su texto original decían: "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. El artículo 381 decía: "En caso de que el reconocimiento se efectuó sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se convinieren 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 el Ministerio Público".

Por ley que fue publicada en el Diario Oficial el 24 de Marzo de 1971 se modificó la redacción de los artículos anteriores y se reemplazó la frase patria potestad por custodia.

¿Quiere esto decir que los progenitores de un hijo nacido fuera de matrimonio cuando los padres no viven juntos, no ejercen la patria potestad sobre sus hijos?

Podríamos concluir que de la simple lectura de este texto, el legislador no tuvo el propósito de privar a los progenitores del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos reconocidos pues el artículo 416 reconoce categóricamente que los padres están facultados por ley para ejercer la patria potestad en sus hijos; si la modificación hubiera sido de otra forma habría dejado a estos hijos sin representación legal debiendo designarle un tutor para que los representara.³⁵

Los artículos 380 y 381 contemplan un aspecto relevante que no ha sido debidamente considerado en la legislación. Es el que se refiere a la custodia del hijo o sea, al cuidado personal, que es uno de los atributos de la patria potestad. En la práctica es necesario hacer el distinción: la patria potestad comprende el cuidado personal del hijo, la administración de sus bienes y la representación; la custodia sólo es el cuidado personal.

En cuanto a lo establecido en el artículo 381 en que corresponde la custodia del hijo al que primero lo hubiere reconocido, opinamos que en la generalidad de los casos esta custodia corresponderá a la madre porque el artículo 360 establece respecto de ella que la filiación se produce por el sólo hecho del nacimiento, de modo que es un reconocimiento que se produce al nacer el hijo.

Posiblemente el único caso de excepción en que podría el padre reclamar la prioridad en el reconocimiento existiría en el artículo 364 que dispone que puede reconocerse al hijo que no ha nacido y al muerto que ha dejado descendencia.

NOTAS DEL CAPITULO II

- 1 Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas y Familia. México. 14a. ed. Edit. Porrúa S.A. 1995.
- 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, p. 47.
- 3 Bonnacore Julian. Elementos de Derecho Civil p. 427.
- 4 Ambrosio Colón y H. Capitan. Curso Elemental de Derecho Civil, traducción de la segunda edición, traducida por Demófilo de Buen, tomo segundo, Volumen I. Madrid, 1952 p. 19.
- 5 Castán Vázquez José María. Editorial Revista de Derecho Privado. La Patria Potestad. Madrid, 1960, p. 29.
- 6 Montero Duhalit Sara. Derecho de Familia. México. Edit. Porrúa S.A. 1984, p. 49.
- 7 Sexta Época. Cuarta Parte. Vol. LXXVII p. 110 A.D. 5824/61 Rodolfo Martínez Ramírez. Unanimidad de 4 votos. Jurisprudencia. Poder Judicial de la Federación. Tesis de Ejecutorias 1917-1985. Apéndice del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala, México. 1985, p. 607.
- 8 Castán Vázquez José María. La Reforma de la Patria Potestad en el Derecho Francés. Anuario de Derecho Civil, tomo XXIV, fascículo III, Julio-Septiembre, 1971, p. 983.
- 9 De la Valdega María. Notas sobre la Titularidad en el Ejercicio de la Patria Potestad, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense, nueva época primavera, Madrid, 1981, p. 101.
- 10 Castán Vázquez José María. La Llamada Patria Potestad de Hecho. Revista de Derecho Privado, Octubre. Madrid, España, 1978, p. 842.
- 11 Pau Pedrón Antonio. La Nueva Regulación Alemana sobre la Patria Potestad. Anuario de Derecho Civil, Tomo XXV, fascículo III, Julio-Septiembre, Madrid, España, 1982, p. 727.

- 12 Pau Pedrón Antonio op. cit. p. 727.
- 13 Amparo Directo 2078/74 Víctor Manuel Martínez Fernández. 15 de agosto de 1975. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.- Secretario: Jaime M. Marroquín Zuleta. Boletín Año II. Azoteo, 1975, Núm. 20. Tercera Sala, p. 61.
- 14 Amparo Directo 2336/86 Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1986. 5 votos.- Ponente: José Manuel Villa - gorda Lozano.- Secretario: Agustín Urdapilleta Trucba.- Precedente: Amparo Directo 73/87. Salvador Gordero Tegner y otra. 4 de abril de 1987. 5 votos.- Ponente Jorge Cilia Vera Toro.- Secretaria: Hilda Martínez González.
- 15 Pau Pedrón Antonio op. cit. p. 730.
- 16 Pau Pedrón Antonio op. cit. p. 739.
- 17 Castán Vázquez José María op. cit. p. 842.
- 18 Goroztieta Ignacio. Tomo XX, p. 1039. 14 de mayo de 1977.
- 19 López Pérez Jerónimo. El Deber de Representación en la Patria Potestad: Flexibilidad. Edit. Revista de Derecho Privado. Diciembre, 1979. España, p. 1151.
- 20 Pau Pedrón Antonio op. cit. p. 737.
- 21 Galindo Garfias Ignacio op. cit. pp. 706-707.
- 22 Ripert Boulanger. Tratado de Derecho Civil, según el Tratado de Planchet, Tomo III, De las personas. Segunda Parte, vol. II. La Ley. Buenos Aires, p. 342.
- 23 Ripert Boulanger op. cit. p. 341.
- 24 Ambrosio Colín y H. Capitan op. cit. p. 81.
- 25 Valencia Zea Arturo. Derecho Civil, Tomo IV. Derecho de Familia. Edit. Tilsa. Bogotá, 1970, p. 372.
- 26 Espin Cánovas Diego. Manual de Derecho Civil. Vol. IV. Familia. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1956, p. 289.
- 27 Valencia Zea Arturo op. cit. p. 355.
- 28 Valencia Zea Arturo op. cit. p. 374.
- 29 La obligación del padre consiste en intervenir en el patri-

- monio administrativo, es decir, en su empleo productivo.
Henrich Lehmann op. cit. p. 340.
- 30 Valencia Zea Arturo op. cit. p. 389.
- 31 Cruz Ponce Lisandro. Apuntes en Clase de Derecho Civil
IV. Familia. 1980.
- 32 Galindo Garfias Ignacio op. cit. p. 689.
- 33 Cruz Ponce Lisandro. Apuntes en Clase de Derecho Civil
IV. Familia. 1980.

CAPITULO III
LA PATRIA POTESTAD Y SUS EFECTOS

1. La patria potestad sobre los hijos nacidos dentro de matrimonio.

Hemos visto que la patria potestad es un conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras éstos son menores no emancipados.

La patria potestad de los hijos nacidos dentro de matrimonio tiene su origen en el vínculo matrimonial y por consiguiente son considerados hijos de matrimonio que están sujetos a la patria -- potestad de sus padres.

El padre y la madre que ejercen conjuntamente la patria potestad deben obrar de consuno y el administrador de los bienes del hijo debe requerir el consentimiento expreso de su consorte para los actos importantes, de acuerdo al artículo 427 del Código Civil.

La patria potestad es un deber y un atributo familiar, ya que las facultades que se le confieren a los progenitores están constituidas por un conjunto de derechos personalísimos que deben -- desempeñar en beneficio del menor no emancipado.

Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición -- deben honrar y respetar a sus padres, artículo 411 del ordenamiento civil vigente.

Los derechos de la patria potestad son de orden público y no pueden ser modificados por convenciones particulares hechas en el contrato de matrimonio por los padres del menor o con un tercero.

La potestad comprende los deberes de guarda, corrección, alimentación, educación, representación y administración de los bienes del hijo; en todo lo que pueda beneficiarle en su persona y bienes, para su correcta formación intelectual, así como moral y física, mientras el hijo se encuentra bajo la potestad de sus progenitores. ¹

Mientras estuviere el hijo bajo la potestad de sus padres -- no podrá dejar la casa sin el permiso de ellos o de autoridad competente, artículo 421 del Código Civil, porque la guarda supone como consecuencia necesaria la educación de la persona del hijo dentro del hogar.

La función protectora y formativa del hijo impone a los padres el deber de suministrarle alimentos, artículo 303 del Código Civil y éstos comprenden: la comida, el vestido, la habitación, - la asistencia médica en casos de enfermedad, educación, oficio o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Los padres que ejercen la potestad sobre sus hijos tienen la obligación de educarlos convenientemente, artículo 422 del mismo ordenamiento legal, también tendrá la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen

ejemplo.

El domicilio legal del menor se encuentra sometido a la potestad de los padres, es el mismo que el de éstos, artículo 31, fracción II del Código Sustantivo.

Los que están sujetos a la patria potestad no pueden comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin el consentimiento de sus progenitores.

El marido y la mujer resolverán de común acuerdo todo lo conducente a la formación y educación de los hijos de igual forma, la administración de los bienes que pertenezcan a los menores. En -- caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conveniente, artículo 168 del ordenamiento civil.

1.1. Deber de obediencia.

El deber de obediencia supondrá concretamente el cumplimiento por el hijo de las órdenes lícitas dadas por los padres en el ejercicio de las facultades de que gozan éstos últimos.

No existirá, sin embargo, el deber de obedecer las órdenes - del padre o de la madre que se pueden reputar contrarias a derecho o constituyen extralimitaciones de las facultades que gozan éstos. El hijo no está obligado a obedecer órdenes corruptoras ni ejecu-
2
tar actividades peligrosas.

1.2. Deber de asistencia y habitación.

El deber de convivencia que tienen los padres en cuanto a convivir con sus hijos, es natural como consecuencia de la patria - potestad.

La obligación de los padres de guardar a los hijos se deriva de la patria potestad como medio de cumplir la función que ésta - entraña, artículo 421.

La obligación de asistencia normalmente debe ser cumplida por el padre y la madre en el ambiente idóneo, dentro del núcleo familiar es, en efecto, el lugar más adecuado para que viva el hijo.

El padre y la madre que ejercen la patria potestad tienen la obligación de convivir con sus hijos, teniéndolos en su compañía - dentro del hogar, por lo tanto, los menores deben habitar en el -- mismo techo.³

Los padres están obligados a costear el sostenimiento de sus hijos menores, lo señala el artículo 303, cuando el hijo no tiene recursos económicos y aún después de su mayoría de edad o emancipación tiene derecho a ser alimentado, pues la obligación de los alimentos subsiste mientras existe el estado de necesidad, así lo ha declarado la Suprema Corte de Justicia:

ALIMENTOS PARA HIJOS MAYORES DE EDAD Y OBLIGACION DE PROPORCIONARLOS.- La obligación de proporcionar alimentos a los hijos mayores de edad no desaparece por el sólo hecho de que éstos lleguen a esa

edad, en virtud de que su necesidad no se satisface automáticamente por la sola realización de esta circunstancia. 4

ALIMENTOS, ACCION DE, POR EL HIJO MAYOR DE EDAD.- La acción de solicitar alimentos se vincula con la calidad de hijo en relación con quien está obligado a proporcionarlos, no siendo la mayoría de edad un impedimento para que el obligado siga proporcionándolos, siempre que se acredite la necesidad de ellos; por tanto corresponde al hijo mayor de edad intentar en su beneficio esta acción. 5

1.3. Deber de educación.

Los padres deben proporcionar a sus hijos la instrucción que los prepare para el ejercicio futuro de una profesión u oficio como lo señala el artículo 308; el padre y la madre tienen que hacer los gastos necesarios para la educación primaria y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales, como lo señalan además, los artículos 343 fracción II, 384, 390 fracción I, 413, 422, 538 y 541 del Código Civil.

En la educación, los padres deben inculcar a los hijos un espíritu cívico que los convierta en personas de provecho para la sociedad.

A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

2. Representación del hijo.

Hemos mencionado anteriormente que el padre y la madre son legítimos representantes de sus hijos, artículo 425 del Código

Civil. En la vida jurídica los hijos necesitan ser representados y es natural que los representantes sean sus padres. Para los progenitores el representar a sus hijos constituye, como las demás funciones de la patria potestad, un derecho y un deber.⁶

Siendo la representación de los hijos un deber de los padres, éstos no pueden renunciarla.

Señala el artículo 427 que los padres serán representantes de los hijos en juicio, pero no podrán celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley así lo requiera.

Como podemos observar la ley busca siempre proteger al menor no emancipado que se encuentra bajo la potestad de sus progenitores, cuidando que el interés del menor no sufra menoscabo alguno.

3. Administración de los bienes del hijo.

Con antelación mencionamos que los progenitores tienen la legítima administración de todos los bienes que pertenecen al menor no emancipado, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 425 y demás relativos del Código Civil.

El que administre los bienes debe ser nombrado por acuerdo, entre ambos, sin embargo, no actuará de manera independiente porque consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá expresamente su consentimiento, aún cuando así se necesite.

La patria potestad ejercida por los padres produce efectos jurídicos en la persona del hijo menor, así como en sus bienes materiales, en virtud de que dicha institución rige las consecuencias de carácter patrimonial.

4. Extinción de la patria potestad.

La patria potestad no es renunciable, pero pueden excusarse los ascendientes cuando tengan sesenta años cumplidos o cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño, artículo 448 del Código Civil.

La patria potestad se extingue con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; con la emancipación derivada del matrimonio. Por la mayoría de edad del hijo, artículo 443. De este artículo se desprende que el hijo mientras sea menor de edad y no esté emancipado, a falta de sus padres ejercerá la patria potestad los abuelos que el Juez de lo Familiar elija, artículo 418 del Código Civil.

A su vez, el artículo 414 enumera quién ejercerá la patria potestad de los hijos nacidos dentro de matrimonios:

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

Consideramos que al dar las más amplias facultades al juzgador para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inhe-

rentes a la patria potestad en para disminuir los casos de la pérdida de la misma, así como su limitación o suspensión porque el juzgador debe allegarse de elementos de juicio para emitir su resolución, limitándolo a la observancia de las normas establecidas -- por el propio Código Civil para decidir a quién llamará al ejercicio de esa potestad.

Por otra parte, consideramos que el aspecto negativo del artículo 418 y 414 radica en el hecho de que se restringe al juzgador a seguir en el orden discriminatorio de llamar en su caso, al ejercicio de la patria potestad según el orden establecido por la propia ley, siendo primero a los abuelos paternos y dejando después a los abuelos maternos; lo cual trae como consecuencia un detrimento en el Derecho Familiar, creemos que se debe cambiar el orden establecido en el artículo 414 del ordenamiento ya referido, en el sentido de ejercer la patria potestad en primer lugar los padres y -- después llamar a su ejercicio a la pareja de abuelos, sean paternos o maternos indistintamente, siempre y cuando se elija a la pareja de abuelos más apta; cuidando que dicha elección sea en beneficio de los hijos menores para que tengan un hogar y protección económica y moral.

4.1. Pérdida de la patria potestad.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículo 444 enumera las causas por las que se pierde la patria potestad:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por deli-

- tos graves;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone - el artículo 283;
- III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o anadono de sus padrea se pudiera comprometer la - salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando - esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

La pérdida de la patria potestad según las fracciones del -- artículo inmediato anterior transcrito obedece a razones de orden moral y legal. La fracción I comprende dos situaciones: La primera exige la existencia de una sentencia firme que imponga expresamente la pérdida de ese derecho y la segunda que la conducta del que ejerce la potestad no sea contraria a las normas jurídicas puer si es una conducta constitutiva de infracciones delictuosas debe privársele de ese derecho.

La fracción II nos remite al artículo 283 del Código Civil - vigente que a su vez, nos indica:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos - Para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para -- resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según - el caso, y en especial, a la custodia y al cuidado de los hijos, - debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente Código para los fines de -

llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor".

La conducta indebida de los padres, los malos tratos o el -- abandono de los deberes para quienes están sujeta a la patria -- potestad que comprometan la salud, la seguridad o la moralidad de éstos, aún cuando tales hechos no sean sancionados penalmente, -- constituyen el caso de pérdida de la patria potestad, previsto por la fracción III del artículo en comento.

La fracción IV de dicho artículo presume dos situaciones que originan la pérdida de la patria potestad, una es la exposición - del hijo, es decir, la acción de dejar al menor recién nacido en - algún lugar público a las puertas de una iglesia o en otro sitio; la otra situación es la del abandono de quien ejerce la patria -- potestad, de sus obligaciones por más de seis meses respecto del sujeto a la autoridad paterna.

El artículo 265 del Código Penal vigente para el Distrito -- Federal indica: "Al que por medio de la violencia física o moral - realice cópula con persona de cualquier sexo se le impondrá pri -- sión de ocho a catorce años..."

En relación al artículo 265 tenemos al 266 bis del ordenamien -- to penal nos dice: "Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo - cuando:

IV. El delito fuere cometido por la persona que tiene el ofen

dido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada".

Asimismo, la fracción II de este artículo 266 bis nos menciona que: "Cuando el delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo o por el padrastro o amasío de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos - en que la ejerciere sobre la víctima".

En los casos de divorcio debemos tomar en cuenta lo que disponen los artículos 283, 284 y 285 del Código Civil. Así también se pierde la patria potestad cuando la costumbre de carácter depravado de los padres, malos tratamientos o anadono de sus deberes -- pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal, artículo 267 fracción V, 1316 fracción VI del mismo ordenamiento civil.

Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses, artículos 414 fracción IV y 1316 fracción VI del ordenamiento ya mencionado.

En una ejecutoria que dictó la Suprema Corte de Justicia dispuso que: "La pérdida de la patria potestad es una sanción de notoria excepción, toda vez que lo normal es que la ejerzan siempre --

los padres y consiguientemente, las disposiciones del Código Civil que establecen las causas que la imponen deben considerarse como - de estricta aplicación, de manera que solamente cuando haya quedado probado una de ellas de modo indudable se surtirá su procedencia; sin que pueda aplicarse por analogía ni por mayoría de razón; por su gravedad de sanción trascendental que repercute en los hijos menores.⁷

La siguiente tesis jurisprudencial ratifica y amplía el criterio comentado:

PATRIA POTESTAD. 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, razón por la cual para que el juez pueda imponer esta sanción a alguno de los progenitores es necesario que la causa que se alegue encuentre apoyo expreso en algún dispositivo de la ley. Es necesario, para que proceda la pérdida de la patria potestad, que el abandono espiritual en que se deja a uno de los hijos traiga como consecuencia la existencia de un peligro a su moralidad. 8

Respecto al artículo 283 del Código Civil, Sara Montero Dubalt comenta lo siguiente: "Este artículo se refiere a la pérdida o -- suspensión de la patria potestad derivada de las causas de divorcio, mismas que que no deben recaer en las relaciones de padres a hijos, toda vez que los que se divorcian son los cónyuges, tomando en consideración que un individuo puede ser mal cónyuge, adúltero, etcétera; pero puede ser al mismo tiempo un padre responsable y amoroso, al que no debe privársele de la patria potestad, que implica el interés en todo lo que se refiere a la formación y contacto con el hijo, sin embargo, le parece que no fue conveniente otorgarle amplias facultades para resolver todo lo relativo a la pa --

tria potestad, a su pérdida, suspensión o limitación, cuando existe todo un Capítulo en el Código Civil relativo a estas cuestiones.⁹

Para Chávez Asencio la redacción del artículo 283 es sumamente peligrosa al considerar que desgraciadamente no puede quedar al arbitrio judicial algo tan importante como lo es la patria potestad.¹⁰

Manuel Chávez Asencio continúa diciendo respecto al artículo 283 que: "La patria potestad que ejercen los padres sobre sus hijos emana del hecho de la engendración y no del acto jurídico del matrimonio y sólo en casos excepcionales que la misma ley prevé puede el juez condenarlos a su pérdida".¹¹

Eduardo Pallares menciona que: "Los juristas determinan que hay dos tipos de divorcio, llamándole a uno de ellos divorcio sanción, por imponer al cónyuge "culpable" diversas penas, entre las que se incluyen la pérdida de la patria potestad que no es siempre conveniente en relación a los hijos, toda vez que en varios y a pesar de que uno de los cónyuges haya incurrido en determinada causa de divorcio tiene la capacidad necesaria para ejercer correctamente las facultades que dimanen de la patria potestad".¹²

Para Pacheco Escobedo Alberto: "La sentencia de divorcio fija en la situación de los hijos, el artículo 283 otorga facultades al juez para resolver todo lo relativo a la situación jurídica de los hijos; pudiendo condenar a uno o ambos de los divorciantes a perder la patria potestad, o quedar ésta suspendida, sin que ello --

implique que se le dispensa la obligación de alimentarlos, pues -
 ésta deriva de filiación y no del matrimonio que ya no existe".¹³

Para concluir el presente comentario coincidimos con la opi-
 nión del autor Alberto Mayagotia que manifiesta lo siguiente: "An-
 teriormente el cónyuge culpable perdía la patria potestad sobre -
 sus menorehijos. En virtud de la redacción del artículo 283, abo-
 ra se concede la facultad al Juez de lo Familiar de condenar o no
 al cónyuge culpable a perder dicha patria potestad.¹⁴ Este crite-
 rio se encuentra sustentado en la siguiente tesis jurisprudencial
 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS MENORES HIJOS, TRATANDOSE DE
 DIVORCIO NO PUEDE CONSIDERARSE COMO PENA IMPUESTA AL CONYUGE CUL-
 PABLE LA.- Si bien es cierto que conforme a la fracción II del --
 artículo 279 del Código Civil para el Estado de Chiapas, la patria
 potestad debe concederse al cónyuge que no haya dado motivo al --
 divorcio (siempre y cuando los padres no hayan convenido quién de
 ellos debe ejercerla y que los menores no se hallen en período de
 lactancia), también lo es que lo establecido por esa fracción del
 dispositivo en comento, de ninguna manera puede considerarse como
 una pena impuesta al consorte que dio causa al divorcio, pues de -
 considerarse así tal sanción afectaría injustificadamente los dere-
 chos del hijo, que ninguna culpa tiene que alguno de los padres -
 haya sido responsable de la disolución del vínculo matrimonial. 15

Respecto a la pérdida de la patria potestad proponemos la --
 adición del siguiente artículo:

Artículo N.- La patria potestad es irrenunciable, puede sus-
 penderse y terminarse, pero nadie puede ser privado de ella, como
 sí de la custodia.

Siempre habrá la posibilidad de recuperar ésta, pero para que

ello acontezca es del todo indispensable que el juzgador llegue al pleno convencimiento, mediante la valoración de las pruebas que al respecto se le aporten; circunstancias que en el caso concurren, examen que tenga por conveniente escuchar que la recuperación de la custodia es absolutamente benéfica para el menor, sobre todo y en caso por la emienda de la conducta del interesado, cuidará el Juez de razonar fundadamente el fallo que dicte sobre el particular.

Existen dos argumentos amplios que en nuestro concepto apoyan la abolición de la pérdida de la patria potestad:

- a).- Que ésta es excesiva. En efecto debe ser muy duro para un padre o madre saber que ya no lo son, pues prácticamente a esto equivale privarlos de la patria potestad.
- b).- Lo que es todavía más grave e injusto es privar a los hijos de sus padres sin que tengan culpa alguna y menos de la conducta de éstos últimos. Por todo esto, pensamos que se debe privar a los padres como sanción a su conducta relativa, de la custodia de sus hijos, y aún así, no debe privárseles definitivamente de dicha custodia, siendo esta la razón de la parte final del precepto propuesto que establece la posibilidad de recuperación de aquella, cuando sea absolutamente benéfica al hijo y el interesado haya emmendado, en su caso, su conducta.

4.2. Suspensión de la patria potestad.

La patria potestad se suspende por: incapacidad declarada -- judicialmente, ausencia declarada en forma y por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión, artículo 447 del Código Civil.

5. La patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio se apoya al igual que la de los hijos nacidos dentro de matrimonio, en el vínculo de la filiación.

El concepto de patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio es el mismo que se ha dado con anterioridad para los hijos matrimoniales, ya que es una función ejercitable en beneficio del hijo no emancipado.

La potestad está constituida por un conjunto de deberes que recaen sobre los progenitores para su cumplimiento, ella debe desempeñarse en protección y beneficio del hijo y es de interés público.

6. Custodia de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

El artículo 380 indica: "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren,

el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministro Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

En concordancia con lo indicado por el artículo 380, los Tribunales Supremos de nuestro país han establecido lo siguiente:

MENORES DE EDAD NO HABIDOS EN MATRIMONIO, CUSTODIA DE LOS. Cuando los padres que han reconocido en el mismo acto a un menor discuten a cuál 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. 17

Por su parte, el artículo 381 menciona: "En caso de que el reconocimiento se efectuó 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 del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

La Suprema Corte, a continuación, nos resuelve sobre el reconocimiento sucesivo de hijos habidos fuera de matrimonio:

RECONOCIMIENTO SUCESIVO DE HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO, EFECTOS DEL, EN RELACION A LA PATRIA POTESAD Y A LA REFERENCIA DE ELLOS.-- Como las menores Luz Izelda y María Celia Vargas se en --

encuentran reconocidas sucesivamente por sus padres J. Trinidad Vargas y Virginia Nava de Duarte, según se ha visto, para determinar quién de los dos ejerce la patria potestad sobre las citadas menores, debe tenerse presente el contenido del artículo 436 del Código Civil para el Estado de Jalisco que señala: En el caso de que -- el reconocimiento se efectuó sucesivamente por los padres que no -- viven juntos, ejercerá la patria potestad el que primero lo 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 el Ministerio Público. Por ello, si no existe -- prueba de que viven juntos los progenitores de las menores Luz -- Inelda y María Celina Vargas, sino por el contrario, al estar acreditado que la quejosa se encuentra unida en matrimonio con persona diversa al padre de sus menores hijas, se establece la presunción de que viven separados; y como tampoco se encuentra acreditado que ambos padres hubieren convenido en quién sea la persona que ejerce la patria potestad sobre las citadas menores, es claro que, conforme al precepto legal citado, ni fue el señor J. Trinidad Vargas quien primero reconoció a las menores, a él corresponde el ejercicio de la patria potestad y no a la quejosa, razón por la cual -- ésta no se encuentra legitimada para representar a las menores y deducir la acción que intentó, como bien lo resolvió la sala responsable; más aún como tampoco justificó la quejosa que ejerza la patria potestad sobre las citadas menores a consecuencia de que el padre de aquéllas por alguna circunstancia hubiere dejado de ejercerla, conforme al último párrafo del artículo 470 del citado Código Civil, si la sala responsable resolvió que por no estar legitimada la quejosa era improcedente la acción que intentó, aún por -- consideraciones diversas, es de concluir que la sentencia reclamada no infringe las garantías individuales en perjuicio del peticionario lo que determina la negativa del amparo solicitado. 18

Características. La patria potestad es imprescriptible, ya -- que los derechos y deberes no se extinguen por el transcurso del tiempo, además estos derechos y deberes se encuentran fuera del -- comercio porque afectan directamente el interés público, artículo 6o. del Código Civil.

Es intransmisible la patria potestad por voluntad de los particulares, sólo puede ser transmitida por medio de adopción, cuando el Juez de lo Familiar haya aprobado la adopción la ejercerá -- únicamente la o las personas que lo adopten, artículos 392, 400 y 419 del multicitado ordenamiento.

Por su propia naturaleza es irrenunciable porque su ejercicio es de interés público y el Estado, la sociedad y la familia tienen interés en la formación y desarrollo de los menores emancipados.¹⁹

Derecho de corrección. La facultad de castigar físicamente al hijo la otorgaba el artículo 423 que decía: "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente. Por ley dictada el 31 de diciembre de 1974 se eliminó el derecho de castigar a los hijos y el artículo 423 quedó de la siguiente manera: "Para los efectos del artículo anterior los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo".

El Código Penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 295 nos indica: "Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infligiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.

El artículo 288 del ordenamiento penal nos dice que las lesiones son : heridas, escoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras y toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si son efectos producidos por causa externa.

a). Situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio cuando los padres vivan separados.

Quando los padres no vivan juntos y reconocen al hijo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 416 del Código Civil, ambos ejercerán la patria potestad sobre el hijo, pero cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

El próximo criterio jurisprudencial emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación otorga beneficios al menor nacido fuera de matrimonio:

PATRIA POTESTAD, INTERES DE LOS HIJOS HABIDOS FUERA DE MATRIMONIO, PARA EL EJERCICIO UNICO DE LA. -- Tratándose de conflicto entre padres por los hijos nacidos fuera de matrimonio, en el que se pide el ejercicio exclusivo de la patria potestad para uno de éstos, cuando vivían juntos y se separaron, en caso de que no se pongan de acuerdo, el juez deberá tener en cuenta los intereses de los hijos; pero estos intereses no necesariamente se identifican con la capacidad económica de uno de los progenitores para decidir que queden bajo su única patria potestad, sino que en cada caso deben examinarse circunstancias muy diversas, tales como la edad y el sexo de los hijos, así como las consecuencias que han existido antes y después del estado de separación, con el objeto de que el juzgador pueda conocer cuál de los dos progenitores han tenido mayor cuidado por ellos, es decir, en qué forma directa o indirecta han atendido a la subsistencia y educación de los hijos y en qué medida han estado pendientes de su salud y seguridad. No basta que los padres tengan importantes recursos económicos y sociales, si estos recursos no se ponen a disposición de los menores con el objeto de que puedan disponer de una vivienda mejor, de alimentos suficientes para su desarrollo, de servicios médicos y medicinas para cuidar la salud y de buenas escuelas para que tengan una esmerada educación, pero sobre todo debe tenerse en cuenta cuál de los dos padres tiene mejor conducta para que los hijos puedan tener una sólida y buena moral, ya que la ley se preocupa por el bienestar de los menores, pero no sólo en el orden espiritual. En este orden de ideas, el juzgador debe entender que los intereses de los hijos requieren que la patria potestad se entregue al padre o a la madre que haya demostrado mayor desempeño material y moral por ellos, al que haya estado más pendiente de su subsistencia, seguri

dad y educación y al que les presente un ambiente agradable para su formación con el objeto de que no se deteriore su personalidad. Para ello la autoridad jurisdiccional debe examinar objetivamente estas circunstancias que precisan los intereses de los hijos, para poder designar en estos casos, cuál es el progenitor que conviene a ellos que ejerza la patria potestad. 20

La custodia de menores de siete años nacidos fuera de matrimonio corresponde a la madre, así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

CUSTODIA DE MENORES NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO, DEBEN APLICARSE A ELLOS LAS MISMAS NORMAS LEGALES ESTABLECIDAS PARA LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DE MATRIMONIO.- El examen de los preceptos 282 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal, de que los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, salvo que exista peligro para el normal desarrollo de los hijos, constituye una regla general que debe observarse para decidir lo relativo a la custodia de los menores de siete años, tanto en el caso de los hijos procreados en el matrimonio como fuera de él, pues es indiscutible que en ambos casos los menores de edad requieren en la misma medida de la madre, ya que por razones naturales, culturales y sociales la mujer es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con mayor eficiencia, esmero y cuidado necesarios, sin que haya motivo alguno para decidir que la custodia de los hijos menores de siete años nacidos fuera de matrimonio deben regirse de un modo distinto al que corresponde legalmente para los menores de edad habidos en matrimonio, en tanto que en donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición. Además de lo anterior, es necesario considerar que por encima del interés particular del padre o de la madre en obtener o conservar la custodia de los hijos menores de siete años nacidos fuera del matrimonio, debe prevalecer el interés superior de la sociedad y del Estado de velar por los intereses del menor, orientado en el sentido de conseguir de manera más eficaz el normal y adecuado desarrollo del menor, objetivo que se puede lograr cuando se cumple con el mandato legal de que el menor de siete años debe quedar bajo la custodia de la madre, pues ésta fue la edad límite que el legislador ordinario estimó necesaria para procurar la relación, protección y vigilancia directa de la madre hacia el menor que se encuentra en este supuesto, salvo que, como también lo prevé el legislador en el artículo 282 parte final del Código sustantivo de la materia de estar el menor al cuidado de la madre exista peligro grave para su normal desarrollo. 21

Sin embargo, otra tesis emitida en el Estado de Chiapas por los Tribunales Supremos, indica que la edad límite para que los

menores se encuentren bajo su custodia de la madre es la de cinco años:

HIJOS MENORES DE CINCO AÑOS, AUN EN CASO DE DIVORCIO LOS MENORES - DE EDAD DEBERAN QUEDAR BAJO LA GUARDIA Y CUSTODIA DE SU PROGENITORA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). - De conformidad con lo establecido por el artículo 256 del Código Civil, aún tratándose de divorcio, las hijas e hijos menores de cinco años, se mantendrán al cuidado de la madre, hasta que cumplan esa edad; por tanto, si un menor cuenta con una edad inferior a la señalada en el precepto legal citado, es procedente que se considere que la guardia y custodia de éste corresponda a su progenitora, en virtud de que dada su edad necesita de cuidados y atenciones especiales para subsistir. 22

La custodia puede desempeñarse por una persona en forma independiente o puede ocurrir que el que ejerza la patria potestad tenga la custodia exclusiva excluyendo al otro progenitor. Si ambos progenitores viven separados, ambos pueden ejercer la patria potestad y sólo uno puede ejercer su custodia. Esta es la situación que contemplan los artículos 380 y 381.

La verdad es que el legislador no había hecho una distinción entre la patria potestad y la custodia, que son dos cosas diferentes, la patria potestad confiere al que la ejerce la facultad de representar al menor, de administrar sus bienes, de educarlo y de cuidar de su persona, o sea, que la patria potestad comprende la administración, la representación y la custodia.²³ La custodia viene a constituir el cuidado de la persona.

b). Situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio cuando los padres vivan juntos.

Cuando los progenitores viven juntos y han reconocido al hijo

nacido fuera de matrimonio, ejercerán ambos la patria potestad, - artículo 415 del ordenamiento civil. Esto quiere decir que ambos - progenitores ejercerán la patria potestad, pues los dos están conviviendo con el hijo y por lo tanto, tomarán de común acuerdo todas las decisiones que puedan beneficiar al hijo para que tenga un -- buen desarrollo físico, intelectual y moral, adecuado a su edad; - también actuarán en su nombre con las limitaciones que impone la patria potestad.

Como hemos venido diciendo, la patria potestad es una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de -- edad, no emancipados, relación que nace de la filiación y cuando - los progenitores viven juntos se desempeña mejor esta función en beneficio del hijo, pues está bajo el cuidado y representación de ambos progenitores.

Mencionamos anteriormente que en el ejercicio de la patria - potestad debemos distinguir entre la custodia y las demás facultades que la ley otorga a los ascendientes e inclusive puede darse - el caso de la custodia no ejercida por alguno de los progenitores o abuelos, sino un tercero que puede ser familiar o extraño, artículo 282 fracción VI del Código Civil.

Custodia proviene del latín *custos* que significa guardar o guardian y éste a su vez, deriva de *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar. Es por tanto la acción y el efecto de --
 24
 custodiar o sea guardar con cuidado una cosa.

La acepción civil que tuvo en Derecho Romano: significó una clase especial de diligencia que debía aplicar al deudor de cuidar la cosa debida como un "bonus pater familias". En general era clase especial de diligencias debía emplearse en todo caso en el cuidado de una cosa ajena, a fin de conservarla y vigilar de tal manera que no pudiera perderse, ser robada o sustraída por terceros.²⁵

La custodia dentro de la estructura social constituye una de - las razones principales para el Derecho de Familia, respecto a la - patria potestad que es una de sus atribuciones para el mejor desempeño de ésta.

Definimos la custodia como el derecho deber que tiene el padre para vigilar, educar y conservar al hijo; con el objeto de encaminar su formación física, intelectual y moral, de una forma positiva.

El cuidado personal del hijo comprende esencialmente el deber de cuidar, educar, vigilar y determinar la residencia del hijo para desempeñar mejor este cuidado, éste no podrá dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de ellos o decreto de - autoridad competente, pues teniendo a los hijos bajo el mismo techo podrán desempeñar mejor esta función, artículo 421 del Código Civil.

En los asuntos relativos a la educación, los que tienen la custodia tendrán en cuenta las aptitudes e inclinaciones del menor - para que tenga un mejor aprovechamiento y desarrollo.²⁶

El cuidado personal del hijo también comprende el bienestar -

corporal del hijo, su alojamiento, alimentación, vestido y asistencia médica en caso necesario, en virtud de que todo lo antes mencionado es indispensable para que el niño tenga un buen desarrollo físico e intelectual.

7. Ejercicio de la patria potestad cuando los progenitores se separan.

La separación de los progenitores puede privar a uno de éstos del ejercicio de la patria sobre sus hijos menores no emancipados, así como de la custodia, según el caso concreto. La Ley de 27 de diciembre de 1983 modificó el Código Civil al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, el juez dictará las medidas provisionales que señala el artículo 282 fracción VI, colocando a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de ellos. 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 procedimiento que fije el Código respectivo resolverá lo conducente. Esta custodia es provisional mientras dura el juicio de divorcio.

El artículo 283 otorga toda clase de facultades al Juez para que resuelva los problemas que se susciten en cuanto a patria potestad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el siguiente criterio jurisprudencial en que se otorgan dichas facultades al juzgador:

FALTA PAGINA

No. 78

nor. Para que sus actos sean eficaces es necesario que tenga plena capacidad jurídica. Con respecto a los menores casados, el legislador les ha otorgado plena capacidad jurídica. Con respecto a los menores casados, el legislador les ha otorgado plena capacidad jurídica, con ciertas limitaciones, en los artículos 641 y 643; de manera que los hijos de estos menores emancipados pueden ser representados legalmente por sus padres sin inconveniente alguno. No ocurre lo mismo con los progenitores menores de edad de los hijos que nacen fuera de matrimonio porque éstos por su propia incapacidad están a su vez sujetos a la patria potestad de sus padres o a la tutela de otra persona, sujeta a la patria potestad o a la tutela de otra persona, asumir la representación de su hijo? La verdad es que los artículos 415, 416 y 417 son categóricos en orden a que los hijos nacidos fuera de matrimonio están sujetos a la patria potestad de los progenitores que lo han reconocido. Sobre esta materia no existe duda al respecto, la duda aparece cuando el reconociente es menor de edad ¿Puede éste ejercer la patria potestad que la ley le asigna?

Los artículos 465 y 491 del Código Civil solucionan parcialmente el problema cuando se trata de progenitores sujetos a la tutela; dice el primero de los artículos citados: 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. Agrega el segundo: El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad será también tutor de ellos, si no hay ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.

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

Estos dos artículos, al parecer, se encuentran en contradicción, pues mientras el primero de ellos establece que los hijos de los incapacitados quedarán bajo la patria potestad de los abuelos y a falta de éstos, se les designará un tutor, el artículo 491 dispone que el tutor del incapacitado será a su vez tutor de los hijos de su pupilo.

Otro problema que se plantea es el caso de la mujer menor de edad que de acuerdo con el artículo 60 del ordenamiento civil, — está obligada a inscribir el nacimiento del hijo y ese acto importa el reconocimiento de acuerdo con el artículo 77 y para reconocerlo debería tener la edad para contraer matrimonio más la edad del hijo y obtener la autorización de su representante legal para reconocerlo.

Supongamos que una niña de doce años tenga un hijo, no podría reconocerlo por la edad, pero la Ley le obliga a inscribir el nacimiento, recordemos que el artículo 360 establece que la filiación con respecto a la madre que acredita con el nacimiento.

El menor de edad puede reconocer a su hijo habido fuera de matrimonio con la autorización de su representante y hecho el reconocimiento existe una relación de filiación y el menor no emancipado ¿ejercerá la patria potestad sobre su hijo? ²⁸

El Código Civil Español ha considerado esta situación en su artículo 157 que dice: "El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y a falta

de ambos, de su tutor, en caso de desacuerdo, con la del Juez". Esta disposición ha venido en parte, a resolver el problema que hemos planteado en este Capítulo y consideramos conveniente solucionar este aspecto paterno filial, estableciendo en nuestra legislación una disposición igual a la española o bien, dando una solución integral, otorgando la calidad de emancipado al menor que -- reconoce un hijo nacido fuera de matrimonio.

NOTAS DEL CAPITULO III

- 1 Pau Pedrón Antonio. La Nueva Regulación Alemana sobre la Patria Potestad. Anuario de Derecho Civil. Tomo XXV. Fascículo III. - Julio-Septiembre. Madrid, España, 1982, p. 727.
- 2 Castán Vázquez José María. La Patria Potestad. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1960, p. 172.
- 3 Castán Vázquez José María op. cit. p. 183.
- 4 Amparo directo 845/77. Rosa María Martínez de la Cruz y otras. 27 de octubre de 1977. Unanimidad de votos.
- 5 Amparo directo 882/95.- Evangelina Figueroa Umaña.- 13 de septiembre de 1995.- Unanimidad de votos.- Ponente: Raúl Solís - Solís.- Secretario: Pablo Rabanal Arroyo.
- 6 Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte -- General. Personas y Familia. 14a. ed. México. Edit. Porrúa S.A. 1995. op. cit. p. 705.
- 7 Amparo directo 4414/77. Leopoldo Fonseca Molina 7 de abril de de 1978. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.
- 8 Amparo directo 5041/76. María Hernández Guzman Viuda de Morales 3 de octubre de 1977. 5 votos.- J. Ramón Palacios Vargas.
- 9 Montero Duhat Sara. Derecho de Familia. División de Universi-
dad Abierta. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, p. 42.
- 10 Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Edit. Porrúa S.A. 1994, pp. 83 y 84.
- 11 Chávez Ascencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Conyugales. Edit. Porrúa S.A. México, 1995, pp. 520 a 531.
- 12 Fallares Eduardo. El Divorcio en México. México. Edit. Porrúa S.A. 1984, pp. 106 y 107.
- 13 Pa hoco Escobedo Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexi-
cano. Edit. Panorama S.A. Edit. México, 1991, pp. 162 y 163.
- 14 Mayagoitia G. Alberto. Matrimonio y Divorcio. Edit. Panorama - S.A. Edit. México, 1984, p. 57.
- 15 Amparo directo 641/92. Dolores Balbuena Balbuena. 21 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: José Emigdio Díaz López.
- 16 Galindo Garfias Ignacio, op. cit. p. 604 a 695.

- 17 Amparo directo 4699/77. Ezequiel Pantoja Castillo. 25 de agosto de 1978. 5 votos.- Ponente: J. Ramón Palacios Vargas. Secretario.- Carlos A. González Zárate.
- 18 Amparo directo 4082/79. Virginia Nava Duarte. lo. de julio de 1980. 5 votos.
- 19 Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. 8a. ed. México. Edit. Porrúa S.A. 1993, pp. - 89-90.
- 20 Amparo directo 5412/74. Luz María Mendoza Arrequin. 28 de -- octubre de 1977. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Raúl Lozano Ramírez.
- 21 Amparo directo 280/95.- Armando Flores Jiménez.- 25 de mayo - de 1995.- Unanimidad de votos.- Ponente: Guillermo Antonio - Muñoz Jiménez.- Secretario: Alejandro Sánchez López.
- 22 Amparo en revisión 136/95. Amílcar Hernández Pérez. 8 de ju - nio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velan - co Santiago. Secretario: Stalin Rodríguez López.
- 23 Cruz Ponce Lisandro. Apuntes en Clase. Derecho Civil IV Fami - lia, 1980.
- 24 Carreras Maldonado María. Diccionario Jurídico Mexicano II - C-CH. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad -- Nacional Autónoma de México, 1983, p. 383.
- 25 Carreras Maldonado op. cit. p. 383.
- 26 Pau Pedrón Antonio op. cit. p. 738.
- 27 Amparo directo 1956/88.- Carlos Gómez Vázquez.- 7 de septiem - bre de 1988.- Unanimidad de votos.- Ponente: Rafael Corrales González.- Secretario: Néfito López R.
- 28 Cruz Ponce Lisandro. Apuntes en Clase. Derecho Civil IV Fami - lia, 1980.

CAPITULO IV
LA REGULACION DEL DERECHO DE VISITA

1. El derecho de visita.

A modo introductorio, cabe hacer mención que en la investigación del Derecho de Visita no existe amplia bibliografía, por lo que en algunos apartados haremos aportaciones propias.

Es necesario que sea regulado en el Código Civil vigente para el Distrito Federal el derecho de los padres a ver, visitar o tratar a sus hijos menores no emancipados, en virtud de que traerá -- como beneficio la convivencia de los niños con su progenitor que no tiene la custodia, pues en la mayoría de las ocasiones, los -- menores son los más afectados sentimentalmente de las desaveniencias surgidas entre los padres.

El derecho de visita corresponde al progenitor que no detenta la custodia de sus menores hijos. Este derecho se encuentra íntimamente ligado a la patria potestad, la cual es irrenunciable para -- ambos padres, exige a éstos el ejercicio de todos los derechos, -- deberes y obligaciones en beneficio de los niños menores.

Ambos progenitores tienen la obligación de darle cariño y calor humano, presencia y respaldo moral a sus hijos; aún cuando se encuentren separados o divorciados, pues estas situaciones no son razón suficiente para que la relación sentimental termine. Asimismo, el padre o madre que detente la custodia no debe negar las --

relaciones afectivas del menor, ni debe considerarse como exclusiva en la que giren las mismas.

a). Concepto.

Podemos entender el derecho de visita como aquél que le corresponde al progenitor o progenitora para continuar con las relaciones sentimentales, morales y afectivas con sus hijos menores de edad - cuando la situación de hecho o una resolución judicial han determinado que la custodia de los niños sea conferida al otro cónyuge.

Siendo cierto que el menor es titular de este derecho no podemos desconocer que tanto el progenitor que no tiene la custodia, - los abuelos y otros parientes tienen la posibilidad de exigir ver - al menor y convivir con él en ciertas 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 convivencia que debe haber 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 incumplimiento de su deber jurídico: este derecho es el que se ha denominado de visita".¹

Consideramos que el derecho de visita es un deber jurídico - que consiste en la convivencia que debe haber entre padres e hijos,

este derecho es extensivo para los abuelos, tíos y otras personas, siempre y cuando la relación sea benéfica para el menor.

b). Características.

El derecho de visita tiene las siguientes características:

1. Es relativo.

Es un derecho relativo en función de las personas entre quienes establece la relación jurídica y las circunstancias del caso.

Esta relatividad le deviene de su finalidad y motivación; una misma relación objetiva puede dar entre distintos interesados la - concesión o denegación de ese derecho o a un régimen de visitas - distinto en unos y otros casos.

2. Es subordinado.

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

3. Es independiente de su origen causal.

El derecho de visita es concedido por encima y al margen de - los motivos que dieron origen a la separación entre el menor y la otra persona interesada en la relación interpersonal y jurídica, - no tiene que ver con las querellas y enfrentamientos entre el titular de la guarda del menor y el visitador. Ello prueba que este - derecho puede corresponder al cónyuge culpable en caso de separa--

ción matrimonial.

4. Personalísimo.

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

Este carácter conlleva una secuencia negativa cuando el que -
ejercita el derecho de visita, en lugar de convivir con el menor -
lo deposita en casa de otros parientes durante el tiempo concedido
para el que no detenta la custodia del niño.

5. Inalienable.

Es intransmisible el derecho de visita, pues le es concedido
al beneficiario exclusivamente para él y con la finalidad de fomen-
tar la relación afectiva que le une al menor quien igualmente es -
interesado; el derecho de visita favorece tanto o más al menor que
al que lo visita.

Es también inalienable en virtud de que el beneficiario no -
puede delegar en otra persona las relaciones, comunicaciones o --
visitas a él concedidas.

6. Renunciable.

Es un derecho esencialmente renunciable, sin embargo, en cuan-
to es concedido para beneficio del menor, el beneficiario no puede
renunciar a él, salvo que haya causa justificada y sin causar --

perjuicio al menor.

7. Imprescriptible.

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

8. Recíproco.

Se otorga en interés de los progenitores o de las personas - con relaciones afectivas con el menor, así como en interés del propio menor, aún cuando el interés del menor es siempre prevaleciente, también debe atenderse a las necesidades del beneficiario, a su derecho de convivir con la persona que él quiere.

9. Temporal.

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

10. Revisable.

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

e). Sujetos.

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

Los sujetos activos son:

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

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

1. El padre o la madre privado de la custodia del menor.

En principio, no hay duda alguna sobre el derecho que tiene - todo progenitor a ver y comunicarse con los hijos cuya guarda no - le ha sido asignada, a menos que concurren circunstancias graves y justificadas, en cuyo caso, puede ser negativo o restringido ese derecho.

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

El derecho de visita es un derecho natural vinculado a la -- calidad de madre o padre y éstos no dejan de serlo ni de querer a sus hijos por el hecho de haberse dado cuenta que no pueden vivir

juntos, de forma que estos deberes que se tienen para con los hijos se siguen cumpliendo al margen de la convivencia conyugal.

2. Los abuelos

Debido a que los abuelos están muy ligados jurídica y moralmente a sus nietos, es lógico pensar que no les puede ser negado el derecho de visita, salvo que la relación sea perjudicial para los niños.

3. Los hermanos y otros parientes.

Es el caso de hijos mayores de edad fuera de la patria potestad y que no vivan con sus padres, mismos que desean frecuentar a sus hermanos menores sujetos a patria potestad. Otro caso es cuando dos menores, uno de los cuales ha quedado bajo la guarda del padre y el otro bajo la guarda de la madre.

4. Personas allegadas al menor.

En estos casos debe ser el Juez quien decida el alcance del término allegado, y de esta forma, resolver si se tiene o no el derecho de visita.

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

5. El menor mismo.

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

En cuanto al sujeto pasivo de esta relación, se ha mencionado que será la persona que detente la guarda o custodia del menor y debe permitir su ejercicio.

d). Contenido.

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

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

El derecho de visita se presenta en tres formas:

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

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

1. Visita en sentido estricto.

La expresión mínima del derecho de visita podría ser la visita en sentido estricto que se da solamente en el domicilio del menor. Este tipo de visita impuesta, la mayoría de las veces, por los jueces, presentando como inconveniente que ninguno de los progenitores queda satisfecho. 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.

2. Correspondencia.

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

3. Estancia del menor en casa del beneficiario.

Esta es la forma completa y habitual para ejercitar el derecho de visita. En México se actualiza a través de los convenios que celebran los cónyuges al divorciarse por mutuo consentimiento o al proponerlo al Juez en el divorcio necesario, o bien, éste así lo decide cuando no existe acuerdo entre las partes.

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

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

e). Límites.

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

Si el visitador hace mal uso de su derecho de visita se le puede suspender este derecho por haber desviado su fin.

El visitador solamente deberá tener una relación afectiva con el menor, no deberá intervenir con la educación del mismo ni tampoco podrá enseñarle otro tipo de principios religiosos si van contra quien tiene la custodia.

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

1. Responsabilidad que asume el receptor del infante.

Se puede decir que el derecho de visita es un derecho deber del titular. Por un lado se tiene derecho a visitar al hijo, sea en el domicilio del menor o fuera de él y llevarse por una temp

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

2. Protagonistas del derecho de visita y sus respectivos intereses.

El visitador. El demandante del derecho de visita basa su pretensión generalmente en el afecto que profesa el menor, quien para manifestarlo y protegerlo necesita mantener relaciones regulares con él.

En casos de conflicto, el Juez debe resolver sobre el régimen de visitas.

El titular del derecho de guarda del menor. Es necesario tomar en cuenta al titular de la custodia, quien puede tener un fundado temor en que las relaciones del visitador perjudiquen al menor.

Aunque el que conserva la custodia no tiene el monopolio de las relaciones del niño tiene la primacía en la educación. El visitador no puede intervenir para enseñarle lo contrario al menor, pues se crearía confusión en éste.

El menor y su interés. El más interesado en esta relación jurídica es el menor, ya que es a él a quien afectarán o no dichas visitas.

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

La voluntad del menor en relación con su interés.

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

En relación a la participación del menor existen dos teorías:

La primera estima que el menor debe ser escuchado antes de tomar una decisión sobre su destino y sobre el régimen de visitas, siempre y cuando por su edad y madurez pueda tomar la decisión sin que alguien haya influenciado su pensar.

No se puede fijar una regla general en cuanto a la edad, a partir de la cual debe ser oído el menor, pues esto dependerá de su madurez psicológica y espiritual. También debe tomarse en cuenta el grado de independencia y criterio propio con que pueda hablar y decidir el menor sin recibir ninguna influencia.

La segunda teoría relega la importancia de tomar en cuenta al menor.

Consideramos que en todo caso debe tomarse en cuenta la opinión del menor, analizando debidamente si no se trata meramente de una decisión caprichosa, a fin de aceptar lo más benéfico para sus intereses personales.

Conciliación de todos los intereses en juego. Cuando sea fácil conciliar y dar satisfacción a todos los interesados, el problema queda resuelto. En caso de conflicto, la generalidad de la doctrina se inclina por la supremacía del interés del menor, en cuanto que no es culpable de las situaciones problemáticas que viven sus progenitores y él es la parte más vulnerable.²

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

f). Extinción.

La extinción del derecho de visita se da por muerte del beneficiario o del menor, por concurrir la calidad del visitador y de guardador, por la mayoría de edad y por emancipación.

El derecho de visita es un derecho relativo, si las circunstancias cambian, el régimen de visitas puede ser modificado, suspenso y hasta suprimido.

En nuestro país, ante la ausencia de una disposición especial, es factible aplicar el artículo 94 del Código de Procedimientos -

Civiles vigente para el Distrito Federal, que contiene como principio general, la posibilidad de modificar la relación paterno filial dentro de la cual se encuentra el derecho de visita.

La aparición de hechos nuevos o circunstancias graves en perjuicio para el menor pueden obligar a modificar, limitar o suspender el derecho de visita. En el orden práctico, la dificultad surgirá cuando se determine cuál puede ser la causa justa o situación grave por la que se pueda variar el citado derecho. Además de graves, los motivos deben ser serios, legítimos y actuales, asimismo, deben ser plenamente probados por la persona que los alegue.

En todo caso, esas razones y circunstancias deben ser debidamente valoradas por el Juez, tomando en cuenta las consecuencias - que se podrían acarrear.

f.1. Modificación.

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

Cuando los intereses del menor se ven afectados se puede obtener una variación en el régimen citado.

Son dos los puntos que hay que considerar: Los hechos y causas graves que pueden resultar suficientes para modificar el régimen de visitas y en qué sentido se puede producir tal modificación.

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

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

Por lo que toca a los deberes que se incumplan pueden estar -- los impuestos por el Juez, relativos a los días, horas, lugar de -- cumplimiento, condiciones del mismo, personas que deben o que no -- pueden acompañarlos, etcétera.

f.2. Suspensión.

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

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

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

Consideramos que la suspensión del derecho de visita tiene - carácter de temporal.

f.3. Pérdida.

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

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

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

La valoración de las causas y la adopción de esta medida es - cuestión a analizar por el Juez que en cada caso concreto sea asignado, teniendo en cuenta primordialmente el interés del infante.

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

2. Protección Legal.

Quando existe conflicto porque el progenitor que detenta la custodia no permite las visitas o cuando el visitador hace uso incorrecto del derecho que posee. Estos problemas son muy frecuentes, una manera de defenderse es que el titular que considere su derecho atacado, puede acudir ante el Juez de lo Familiar para que resuelva lo conducente, aunque debemos mencionar que en la mayoría de los casos hace falta una eficacia para resolver satisfactoriamente estos supuestos.

En verdad se necesita un estudio profundo y que la ley ofrezca soluciones a la problemática existente. Incluso, consideramos que el Juez debe aplicar la asignación de la custodia a otros parientes cercanos al menor, para que éstos den facilidades al visitador en su derecho y de esta forma, pueda realizar su ejercicio de tal derecho.

a). Derecho Constitucional.

Podemos observar a lo largo del análisis del derecho de visita que parece difícil sancionar su incumplimiento, aún cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4o. sexto párrafo, manifiesta la garantía de este derecho a las partes, al mencionar que: "Es deber de los padres preservar el -

derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental".

Consideramos que es importante lograr un buen desarrollo físico e intelectual de los niños que, incluso, nuestra Ley Fundamental menciona deber de los padres llevar a cabo esta tarea, estén divorciados o no, sin embargo; insistimos en que los medios jurídicos - para sancionar el incumplimiento del derecho de visita deben ser - realmente eficaces.

b). Sancionado por la ley penal.

Sólo previa determinación judicial, en caso de divorcio, que indique la pérdida de la patria potestad; se configuraría el delito de subtracción de menores. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la siguiente tesis en relación a lo comentado:

SUBSTRACCION DE MENORES. REQUISITO PREVIO PARA SU CONFIGURACION. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).- Para configurar el delito de referencia, de acuerdo con lo que señala el artículo 283 del Código de Defensa Social, es necesario que el padre o la madre que se apodere de sus hijos menores de catorce años de edad, previamente por virtud de una resolución judicial haya perdido el ejercicio de la patria potestad, o bien que por una determinación de esa - naturaleza carezca de la guarda y custodia de los mismos. 3

De lo anterior deducimos que cuando no hay tal resolución judicial y un cónyuge hace denuncia de hecho por el delito de Substracción de Menores al otro progenitor, no se configura dicho -- delito porque los dos detentan la patria potestad, sea que vivan -- juntos o separados, sin divorciarse, pues el Juez de lo Familiar es el Único facultado para determinar la pérdida de la custodia a través de resolución judicial.

La legislación penal vigente para el Distrito Federal en su artículo 295 nos indica que:

"Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infliera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el Juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos".

En este artículo podemos observar que en caso de que se infirieran lesiones a los menores, se puede privar o suspender de la patria potestad o custodia a los progenitores.

La ley penal no sanciona el incumplimiento del ejercicio del derecho de visita, por lo que propones que se legisle este incumplimiento, encuadrándolo como delito para el progenitor que no permita la visita, quien abusa de que tiene la custodia del menor no emancipado.

c). Defensa.

El conflicto lo encontramos, generalmente, cuando el que tiene la custodia del menor impide la realización de las visitas o también, cuando el beneficiario hace uso incorrecto de su derecho de visitar.

En la vida diaria se observan estos problemas con frecuencia, el progenitor que detenta la custodia del menor o menores, en su caso, niega el derecho de visita al otro padre. Es necesario mencionar que ambas partes involucradas tienen protección jurídica; pueden acudir ante el Juez de lo Familiar cuando consideren que su derecho correspondiente ha sido afectado, el Juez, por su parte, -

prevendrá con las medidas de apremio al que custodia al menor o al que abusó de su derecho de visita, pero estos medios no son suficientes y eficaces en la práctica.

A continuación enumeramos algunas medidas de defensa del derecho de visita.

c).1. Antes de ser vulnerado.

En este punto podemos indicar que en la sentencia definitiva, el Juez de lo Familiar puede apercibir al detentante de la custodia con la supresión del derecho de guarda cuando impida la realización de las visitas del que no detenta ese derecho.

En caso de convenio que regule el régimen de visitas, el Juez y las partes involucradas pueden estipular una cláusula penal, así como indicar el arresto a que es acreedor quien no permita el acceso a los menores, según lo preceptúa el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal.

Además de estas medidas, estimamos pertinente que se regule sobre las medidas provisionales que se encuentran preceptuadas en el artículo 282 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, sobre el derecho de visita, pues a quien se le otorga la custodia ejercerá la patria potestad directamente, teniendo una mayor convivencia con los hijos, lo que no sucede con el progenitor al que no se le otorgó la custodia. Por estas circunstancias proponemos que se agregue una fracción más al artículo 282.

La fracción propuesta sería la número VII.

VII. Durante el procedimiento, el cónyuge que no detente la custodia de los menores no emancipados, tendrá el derecho a visitarlos y convivir con ellos. El cónyuge que tiene la guarda, por su parte, tiene la obligación de permitir el acceso del otro progenitor para que ejercite su derecho de visita.

Esta fracción, una vez agregada a este artículo 2º tendrfa su correlativo procedimental en el supuesto de que sea violado, en el artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que a la letra dice:

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

c).2. Cuando ha sido vulnerado.

Algunos autores consideran que la ejecución manu militari es eficaz cuando el derecho de visita ha sido vulnerado, en virtud de que quien tiene la custodia niega al menor. La ejecución manu militari consiste en lo siguiente: El menor se saca por la fuerza de su hogar en que vive con el que detenta su guarda, quien no permite al visitador que lleve a cabo su derecho. Este procedimiento se utiliza en tribunales alemanes, suizos, italianos y franceses.

Nuestra postura a este respecto es que es un procedimiento -

violento que afecta psicológicamente al niño o niños, pues hay gritos, llanto, miedo; que trastorna su ámbito de felicidad y tranquilidad que le ofrece su hogar, además, podrían creer que el progenitor que irrumpe de esta manera en su casa es el malo de la historia y se puede terminar el lazo amoroso que lo une a él. Por estos motivos no recomendamos este procedimiento para ejercer el derecho de visita.

c).3. Medios indirectos.

Los medios indirectos de defensa son los siguientes: El resarcimiento de perjuicios, la suspensión de la pensión alimenticia, la atribución de la custodia del menor al padre que no la detentaba.

El problema en el resarcimiento de perjuicios es, precisamente, la evaluación de los mismos, puesto que deben valorarse los morales y materiales.

En la medida de la suspensión de la pensión alimenticia es indispensable indicar que la decisión no se toma unilateralmente, sino que la parte que considera afectado su derecho acude ante el Juez de lo Familiar y es éste quien provee la suspensión del pago a la persona que intencionalmente no cumple con lo pactado en el convenio o lo resuelto en la sentencia a efecto de que se realice el régimen de visitas.

En último término encontramos la posibilidad de atribuir la guarda al titular del derecho de visita, cuando su derecho ha sido

vulnerado, el Juez puede determinar la atribución, en vista de que el otro progenitor no acata de ninguna manera su obligación de permitir la relación afectuosa de sus menores hijos con el padre que no tiene la custodia.

Aún cuando se encuentra enlistada al final, consideramos que la pérdida de la custodia es la medida más importante y eficaz, -- pues el que detenta la custodia no deja que se ejercite el derecho de visita y el Juez, después de analizar la problemática del caso, decide sancionarlo con dicha pérdida.

d). Regulación en el Código Civil.

Parte medular del presente trabajo de investigación en virtud de que no existe legislación en el Código Civil vigente para el - Distrito Federal, procederemos a desarrollar este inciso.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que ha sido un -- acierto el hecho de reformar nuestro Código Civil en lo relativo a la regulación de la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, quitando la dependencia de ésta pérdida, suspensión o - limitación a las causales probadas en juicio, dejando ahora, a discreción del Juez de lo Familiar facultades para resolver, según el caso concreto, todo lo relativo a los derechos y obligaciones inh^{er}entes a la patria potestad, pérdida, suspensión o limitación de - la misma y, en especial, a la custodia y cuidado de los hijos, deci^{di}endo para ello con los elementos de juicio necesarios.

Por otro lado, es importante mencionar que se debe regular con

mayor humanidad y justicia el problema de la patria potestad, que si bien es cierto ha sido regulado por las reformas del Código Civil, también es cierto que no pocos dramas, sufrimientos y en algunos casos, hasta muertes, se producen debido a la errónea interpretación, según nuestra opinión, de la patria potestad que la sentencia de divorcio decreta su pérdida al cónyuge culpable, condenándolo de tal forma, que pierde todo derecho respecto a sus hijos, hasta el derecho de verlos y tratarlos, siendo tal condena grave y trascendental para la vida del cónyuge culpable y de los hijos.

Por lo anterior, consideramos que debe darse otro enfoque a esta interpretación, respecto a la condena de la pérdida de la patria potestad, ya que viola la ley natural, misma que no la establece, expresa ni tácitamente algún precepto legal. Compartiendo la opinión del Maestro Eduardo Pallares acerca de la condena de la patria potestad:

"Es una pena trascendental, de las que prohíbe el artículo 22 de la Constitución mexicana, ya que hiere no sólo al cónyuge culpable, sino también a seres inocentes, de manera que en muchos casos, los hijos son arrancados de los brazos de su madre en una edad temprana, cuando más necesitan de ella".⁴

Consideramos que sería un logro el hecho de regular el derecho de visita que tienen los padres sobre sus menores hijos, en el caso de que a uno de ellos no se le otorgue la custodia o guarda, derecho que, según nuestra opinión, no forma parte de la patria potestad. Asimismo, el hecho de perder o ser condenado a perder la patria potestad no implica consecuentemente perder el derecho de

visita, ni que el cumplimiento del derecho de visita trae implícito el cumplimiento de los derechos y obligaciones de quien ejerce la patria potestad, pues según nuestro criterio, el derecho de ver a los hijos no forma parte de la patria potestad, ni nace o se deriva de ella.

Además es importante señalar que el derecho de ver a los hijos es un derecho recíproco que aún no tiene fundamento en la ley y sí en el Derecho Natural porque cuando los hijos alcanzan cierta edad, que no es la mayoría de años, es imposible evitar que vean, convivan o traten al padre.

Es frecuente que el progenitor al que se le confirió la guarda y custodia de los hijos menores, se siente con mayores derechos que el otro, por lo que este último no tiene acceso a ver a sus hijos y convivir con ellos. Por su parte, el menor o menores tienen naturalmente el derecho de convivir con el progenitor que le proporcione según su edad y sexo la ayuda necesaria no sólo material, sino fundamentalmente espiritual a través del cariño y la ternura indispensable para su mejor instrucción educativa, a fin de que pueda desarrollarse y formar su propio carácter. Estas son algunas razones por las que proponemos la legislación del Derecho de Visita que tienen los padres sobre sus hijos menores no emancipados, cuando se limita su patria potestad y custodia.

La reforma a seguir debe ser clara y concisa, a fin de que no se preste a interpretaciones erróneas y no se llegue a privar al ascendiente, condenándolo a la pérdida de la patria potestad y de

los demás derechos que tiene un padre para su hijo.

Al regular el derecho de visita, consideramos que también es importante imponer alguna sanción o aplicación de ciertas medidas de apremio o correcciones disciplinarias que menciona el Código - de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en sus artículos 62 y 63 en contra del progenitor que no permita las visitas a los hijos menores, a fin de que respete el derecho natural de que goza todo progenitor.

Nuestra proposición respecto a la regulación del derecho de visita es la siguiente: Aumentar dos párrafos que se incluirían - en el actual artículo 285 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal dentro del Capítulo X denominado del Divorcio. La adición propuesta se enunciaría así:

Artículo 285.- ... El padre o la madre que no detente la custodia por determinación judicial, no perderá por ese hecho el derecho que tiene a visitar a sus hijos menores no emancipados, para - verlos, tratarlos, orientarlos. Por su parte, el que posee la guarda de sus menores hijos tienen la obligación de permitir el ejercicio de dicho derecho al otro progenitor.

En caso de que el padre que detente la custodia no cumpla con la obligación mencionada, el Juez de lo Familiar podrá emplear las medidas de apremio que juzgue eficaces. Si el padre insiste en no permitir ejercitar el derecho de visita el Juez podrá modificar - dicha atribución y decidir la pérdida de la custodia de sus menores

hijos, asignándola al padre que no la tenía conferida.

Del análisis de esta propuesta de adición al artículo 285, - encontramos:

1. El derecho de visita se fundamenta en el Derecho Natural que nace de padres a hijos por una relación de filiación, entendiéndose a ésta como la relación entre dos personas, siendo una, padre o madre de la otra, lo cual constituye un estado de por vida, por lo que podemos decir que a ninguno de los padres se les puede privar del derecho que tienen de ver a sus menores niños.

2. El hecho de que los padres no tienen la custodia no significa que no puedan ver a sus hijos, además, la pérdida de la patria potestad no tuvo nada que ver con la relación con los niños, sino fue una relación entre cónyuges que no funcionó por causas que atañen exclusivamente a los padres, no por culpa de los hijos menores. La pérdida de la patria potestad no quiere decir que los padres no los puedan tratar, todo lo contrario, no están privados de mantener relaciones sentimentales con sus hijos.

3. Esta propuesta otorga al padre que no tiene la custodia - el derecho de visitar a sus hijos menores, convivir con ellos, ver su crecimiento, ayudarlos moralmente en caso de que tengan algún problema y también, esta propuesta obliga al padre que detenta la custodia a permitir las visitas a los hijos, por parte del otro progenitor. Consideramos que así se evitan problemas para el menor cuando observa peleas violentas entre sus padres, que trae como consecuencia que los niños se sientan culpables de algo que no son

y crezcan con sentimientos de miedo y culpa. Así se establecen derechos y obligaciones para ambos progenitores, en relación con el ejercicio del derecho de visita.

4. En caso de que se incumpla el derecho de visita por causa atribuible al padre que tiene la custodia al no permitir el acceso a los niños, existe el Capítulo expreso en el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, denominado de las Controversias del Orden Familiar, a fin de hacerse respetar este derecho. Independientemente de que el Juez de lo Familiar, mediante petición de parte, pueda aplicar correcciones disciplinarias en contra del progenitor que no permita que el otro vea a sus menores hijos.

5. Consideramos que la propuesta de una solución eficaz cuando el que detenta la custodia insiste en su conducta de no permitir al otro progenitor ejercer su derecho a visitar a sus niños menores, al sancionarlo con la pérdida de la custodia.

6. Respecto a esta propuesta de reforma de adición al Código Civil y las anteriores propuestas realizadas es que en dicho Código quedaría regulado de manera clara y concisa el derecho que tiene el padre o madre, en su caso, convivir y visitar a sus hijos cuando no tienen la custodia; evitando más problemas entre los exconyuges y sus hijos, pues los afectados gravemente en su desarrollo integral son los menores. Lo anterior porque en la actualidad la figura jurídica del derecho de visita no se encuentra regulada en el Código Sustantivo de la materia y comete muchas injusticias el padre que viola este derecho natural al privar al otro progenitor de ver a sus menores hijos.

NOTAS DEL CAPITULO IV

- 1 Sánchez Asencio Manuel. El Deber Jurídico. La Familia en el - Derecho. México. Edit. Porrúa S.A. 1984, p. 329.
- 22 Rivera Hernández Francisco. El Derecho de Visita. Ensayo de - Construcción Unitaria. Teoría y Praxis. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, España, 1992, p. 266.
- 3 Asparo directo 240/95. Clemencia Morales Molina y otro. 30 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas - Sarabia. Secretario: Ezequiel Tlecuitl Rojas.
- 4 Pallares Eduardo. Reforma al Código Civil en Materia de Divorcio. Revista Foro de México. Edit. Centro de Investigaciones Jurídicas y Trabajos Sociales. México, 1991, p. 19.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Patria Potestad en el Derecho Mexicano ha de concebirse como una institución que el Estado reconoce a los padres respecto de sus hijos menores de edad no emancipados, aclarando que es una función en la que existen derechos y deberes.

SEGUNDA.- Podemos definir la Patria Potestad como la institución derivada de la filiación que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad; es irrenunciable y modificable y se extingue únicamente en los casos previstos en la ley, sin que pueda intervenir en forma alguna la voluntad de los particulares.

TERCERA.- Definimos la Custodia como el derecho deber que tiene el padre para vigilar, educar y conservar al hijo con el objeto de encaminar su formación intelectual, moral y física de una forma positiva.

CUARTA.- El artículo 414 del Código Civil establece que si faltan los padres de los hijos de matrimonio asumirán la patria potestad los abuelos en el orden que señale el Juez. Creemos que esta facultad también debe existir en el caso de los hijos que nacen fuera de matrimonio cuando pueda acreditarse que el parentesco entre abuelos y nietos, a cuyo efecto debe modificarse la legislación.

QUINTA.- Una vez analizada la situación de los hijos nacidos dentro de matrimonio y de los hijos nacidos fuera de matrimonio en cuanto a la asignación de la patria potestad y custodia, podemos observar que se aplican las mismas reglas.

SEXTA.- La patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio corresponde ejercerla al progenitor que hubiere reconocido al hijo. Si ambos lo han hecho la ejercerán conjuntamente si viven juntos. Si alguno no puede ejercerla lo hará el otro. Si se separan se pondrán de acuerdo sobre su ejercicio y si no logran hacerlo, decidirá el Juez. Si el hijo ha sido reconocido sucesivamente, asume la patria potestad el que primero lo hubiere reconocido.

SEPTIMA.- Consideramos que la pérdida de la patria potestad estipulada en el artículo 283 del Código Civil no debe considerarse como una pena impuesta al conorte que dio causa al divorcio, en vista de que el Juez de lo Familiar lo puede condenar o no a la pérdida de la patria potestad, en caso de que se considere como pena impuesta, esta sanción afectaría los derechos del hijo menor.

OCTAVA.- Proponemos la adición del siguiente artículo, referente a la pérdida de la patria potestad:

Artículo N.- La patria potestad es irrenunciable, puede suspenderse y terminarse, pero jamás nadie puede ser privado de ella, como sí de la custodia.

NOVENA.- Para que el menor que reconoce a un hijo nacido fuera de

matrimonio pueda ejercer válidamente la patria potestad sobre su hijo, es necesario modificar la legislación dándole la calidad de emancipado.

DECIMA.- El derecho de visita es un deber jurídico que consiste en la convivencia que debe haber entre padres e hijos, este derecho es extensivo para los abuelos, tíos y otras personas, siempre y cuando la relación sea benéfica para el menor.

DECIMA PRIMERA.- Proponemos la adición de la fracción VII al artículo 282 del Código Civil:

VII.- Durante el procedimiento, el cónyuge que no detente la custodia de los menores no emancipados, tendrá el derecho a visitarlos y convivir con ellos. El cónyuge que tiene la guarda, por su parte, tiene la obligación de permitir el acceso del otro progenitor para que ejercite su derecho de visita.

DECIMA SEGUNDA.- Hacemos la propuesta de adición de dos párrafos al artículo 285 del Código Civil.

Artículo 285.- ...El padre o la madre que no detente la custodia por determinación judicial, no perderá por ese hecho el derecho que tiene a visitar a sus hijos menores no emancipados, para verlos, tratarlos, orientarlos. Por su parte, el que posee la guarda de sus menores hijos tiene la obligación de permitir el ejercicio de dicho derecho al otro progenitor.

En caso de que el padre que detente la custodia no cumpla con la obligación mencionada, el Juez de lo Familiar podrá emplear las medidas de apremio que juzgue eficaces. Si el padre insiste en no

permitir ejercita: el derecho de visita, el Juez podrá modificar dicha atribución y decidir la pérdida de la custodia de sus menores hijos, asignándola al padre que no la tenía conferida.

BIBLIOGRAFIA

- Ambrosio Colín y H. Capitan. Curso Elemental de Derecho Civil. Traducción de la segunda edición, traducida por Demófilo de Buen. Tomo Segundo, Volumen I. Madrid, 1952.
- Castán Vázquez José María. La Llamada Patria Potestad de Hecho. -- Edit. Revista de Derecho Privado. Octubre. Madrid. España, 1978.
- Castán Vázquez José María. La Patria Potestad. Edit. Revista de -- Derecho Privado. Madrid, España, 1960.
- Castán Vázquez José María. La Reforma de la Patria Potestad en el Derecho Francés. Anuario de Derecho Civil. Tomo XXIV, Fascículo III Julio-Septiembre. Madrid, España, 1971.
- Castán Vázquez José María. La Patria Potestad sobre los Hijos Nacidos fuera de Matrimonio. Revista de Derecho Privado. Marzo. Madrid, España, 1977.
- Castán Vázquez José María. El Problema del Ejercicio de la Patria Potestad por Padres Menores en el Derecho Argentino y en el Nuevo Derecho Español. Revista de Derecho Privado. Septiembre. Madrid, - España, 1982.
- Carreras Maldonado María. Diccionario Jurídico Mexicano II. C-CH.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Conyugales. México. Edit. Porrúa S.A. - México, 1995.
- Chávez Asencio Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. México. Edit. Porrúa S.A. - 1994.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 112a. ed. - México. Edit. Porrúa S.A. 1997.
- Código Civil para el Distrito Federal 66a. ed. México. Edit. Porrúa S.A. 1997.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. 51a. ed. México. Edit. Porrúa S.A. 1997.
- Código Penal para el Distrito Federal 57a. ed. México. Edit. Porrúa S.A. 1997.
- Cruz Ponce Lisandro. Apuntes en Clase. Derecho Civil. Familia, 1980.
- De la Valcema María. Notas Sobre la Titularidad en el Ejercicio de la Patria Potestad. Revista de la Facultad de Derecho de la Univer

- alidad de Complutense, Nueva Epoca. Primavera. Madrid, España, 1981.
- Espin Cánovas Diego. Manual de Derecho Civil Español. Volumen IV - Familia. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1956.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1983.
- Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General Personas y Familia. 14a. ed. México. Edit. Porrúa S.A. 1995.
- González Sánchez Carlos Enrique. La importancia de Regular en el Código Civil el Derecho de Visita dentro del Divorcio. Revista de Derecho Civil. Universidad Nacional Autónoma de México. Año 5. Número 6, 1990.
- Heinrich Lehmann. Derecho de Familia. Volumen IV, traducido por - José María Navas. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España 1953.
- López Pérez Jerónimo. El Deber de Representación de la Patria Potestad. Revista de Derecho Privado. Diciembre. España, 1979.
- Mayagoitia G. Alberto. Matrimonio y Divorcio. México. Edit. Panorama Editorial S.A. 1984.
- Montero Dubalt Sara. Derecho de Familia. México. Edit. Porrúa S.A. 1984.
- Pallares Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. México. - Edit. Porrúa S.A. 1996.
- Pacheco Escobedo Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. México, Edit. Panorama Edit. S.A. 1991.
- Pau Pedron Antonio, La Nueva Regulación Alemana sobre la Patria -- Potestad. Anuario de Derecho Civil. Tomo XXV. Fascículo III. Julio Septiembre. Madrid, España, 1982.
- Rivera Hernández Francisco. El Derecho de Visita. Ensayo de Construcción Unitaria. Teoría y Praxis. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, España, 1992.
- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de Familia. México. Edit. Porrúa S.A. 1993.
- Valencia Zea Arturo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo IV. - Edición Timis Bogotá. Colombia, 1970.