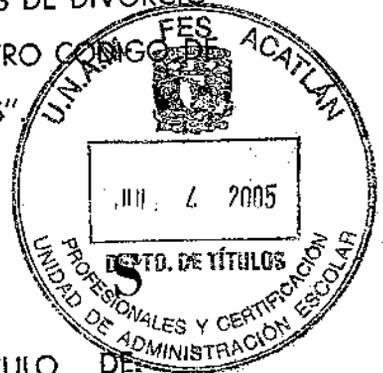




UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

“EL DERECHO DE VISITA EN LOS CASOS DE DIVORCIO
NECESARIO DEBE REGULARSE EN NUESTRO CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS CIVILES”



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
SOLEDAD HERNANDEZ SILVA

ASESOR: LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA.

JUNIO 2005.

11346363



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.

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
"ACATLÁN"**

**"EL DERECHO DE VISITA EN LOS CASOS DE DIVORCIO NECESARIO
DEBE REGULARSE EN NUESTRO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES"**

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la
UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el
contenido de mi trabajo recepcional.
NOMBRE: Soledad Hernández
SILVA
FECHA: 07/07/05
FIRMA: [Firma]

ALUMNA: SOLEDAD HERNÁNDEZ SILVA

ASESOR: LICENCIADO JOSÉ JORGE SERVÍN BECERRA

A DIOS, por permitirme terminar con este sueño,
por hacer que mi vida sea maravillosa y por
darme el valor día con día para seguir adelante,
no importando los obstáculos que se puedan
presentar en el camino, siempre como una triunfadora.

A MIS PADRES, por darme la vida, la libertad,
el apoyo , la confianza y el orgullo de ser su hija,
a quienes amó con todo mi corazón, aunque no
acostumbro a decíselos muy seguido LOS AMO,
solo puedo decirles GRACIAS y espero que sus
interminables esfuerzos no hayan sido en vano,
por que al final TRIUNFAMOS.

A MI QUERIDO MAESTRO, AMIGO, ASESOR,
LIC. JOSE JORGE SERVIN BECERRA,
gracias por todo el tiempo, esfuerzo, paciencia,
cariño y apoyo compartido, para la realización
de este trabajo, así como por haber confiado en mí,
por haberme brindado la oportunidad de pertenecer
a su equipo de trabajo, por abrirme las puertas
de su casa y por compartir conmigo su tiempo y sus
conocimientos, MUCHAS GRACIAS.

A nuestra máxima casa de estudios la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, por haberme brindado la oportunidad de formar parte de los alumnos que la integran, y por darme los instrumentos necesarios para poder ejercer la carrera de la **ABOGACÍA** y poder enfrentarme a la vida.

A MIS HERMANOS CECILIA, ROSA AURORA, JESÚS y OLGA, por haber compartido conmigo parte de su vida, los quiero mucho, por todo lo que me enseñaron durante todo el camino de mi vida, y el cariño y apoyo que me han brindado durante toda mi vida, sin ustedes, la vida sería aún más difícil, **GRACIAS LOS AMO.**

A MIS QUERIDOS SOBRINOS, ALEJANDRO JACQUELINE, CARLOS, ANDREA, SALVADOR, HUGO y LOLITA, por hacer que mi vida brille con sus sonrisas, por el amor, el cariño y el respeto que siempre me han tenido, y por que espero y deseo ser un ejemplo en sus vidas, **LOS QUIERO CON TODA MI ALMA Y MI CORAZON.**

A MIS CUÑADOS, MACARIO y EDUARDO, por haberme brindado el apoyo que necesitaba para poder concluir con este trabajo, cada uno aportando de diferente manera sus esfuerzos y entrega, por eso y muchas cosas más **GRACIAS,**

A MI QUERIDA AMIGA VERÓNICA, por estar siempre a mi lado brindándome su apoyo, confianza y tiempo a quien solo me queda decirle GRACIAS por tu amistad tan valiosa en mi vida y por todos los momentos buenos y malos que juntas hemos compartido, espero que sea por siempre T. Q. M.

A MI QUERIDISISISISIMA AMIGA CECILIA, por enseñarme que la amistad también acepta equívocaciones, sin rencores, sin hipocresía, me ha enseñado el verdadero significado de la amistad, por que la amistad de igual forma acepta UNA DISCULPA, GRACIAS, por todo el tiempo compartido, no tengo con que pagarte todo lo que me haz enseñado, en fin... mil gracias a ti, que sin pedir nada a cambio me ayudaste a seguir creyendo que amor y amistad no son solamente conceptos y palabras sino entrega doble y desinteresada. T.Q.M.

A MI AMIGO DEL ALMA, EL ARQUITECTO
CRISTIAN CARLOS VASQUEZ GARCIA, GRACIAS por ayudarme a construir mi vida, por tus palabras y consejos siempre de aliento, por hacerme ver mis debilidades y errores a tiempo, por estar conmigo en los buenos y en los malos momentos, por tu comprensión, por tu confianza, por creer en mi, por tu amistad, por tu cariño, por tú confianza y por el respeto que me haz tenido durante todos estos años que llevamos siendo los mejores amigos, con sus altas y sus bajas, por que entiende perfectamente que los amigos siguen siendo amigos, aún en la distancia, GRACIAS. T. Q. M.

A MI JEFE Y AMIGO**LIC. IGNACIO HUMBERTO GARCIA GARRIDO,**

Gracias, por el apoyo que me brinda día con día y por el brindado para la conclusión de este trabajo, sin su apoyo no hubiese sido posible la terminación del mismo , mil gracias por su amistad, por su tiempo, por su confianza, por todos sus conocimientos compartidos, con todo mi cariño, respeto y admiración que se merece.
¡MIL GRACIAS!

A TODOS AQUELLOS que son mis AMIGOS
y que no menciono por temor a que me falte alguno y con eso crea que no es importante en mi vida, para ellos este pequeño mensaje.

La amistad gracias por existir,
por darme tus segundos,
por aguantarme con paciencia,
por ser capaz de apoyarme,
por tener la palabra justa,
por estar conmigo,
por callar, por hablar,
por ser mis amigos ¡MIL GRACIAS!

ÍNDICE

A. INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO PRIMERO.- DERECHO DE VISITA.....	9
A. DERECHO COMPARADO.....	10
1.1.- Derecho Francés.....	12
1.2.- Derecho Español.....	13
1.3.- Derecho Argentino.....	15
1.4.- Derecho Ecuatoriano.....	17
1.5.- Derecho Mexicano.....	17
B. FUNDAMENTO.....	19
1.1.- Teorías que lo fundan en relación jurídica exterior al mismo.....	20
1.1.1 El derecho de vigilancia.....	20
1.1.2 Facultad desmembrada del Derecho de Guarda.....	22
1.1.3 El abuso de la Patria Potestad.....	24
1.2.- Teorías que lo fundan dentro de la relación que une al menor y al titular del Derecho.....	25
1.2.1 El parentesco.....	25
1.2.2 La relación afectiva.....	29
1.2.3 El interés del menor.....	31
CAPÍTULO SEGUNDO.- NATURALEZA JURÍDICA.....	37
2.1.- Derecho propio y autónomo o límite a otros derechos.....	38
2.2.- Derecho Subjetivo o Facultad Jurídica..	42
2.3.- Derecho – Deber, Derecho –Función...	45
2.4.- Titular del Derecho de Visita.....	49
CAPÍTULO TERCERO.- CONCEPTO DEL DERECHO DE VISITA Y SUS GENERALIDADES.....	52
3.1.- Características.....	56
3.2.- Sujetos del Derecho de Visita.....	58
3.3.- Contenido.....	61
3.3.1 Visita en sentido estricto.....	63
3.3.2 Correspondencia.....	63

	3.3.3 Estancia del Menor en casa del Beneficiario.....	64
	3.4.- Límites.....	64
	3.4.1 Responsabilidad que asume el que recibe al infante.....	65
	3.5.- Cumplimiento.....	66
	3.5.1 Protagonistas del Derecho de Visita y sus respectivos intereses.....	68
CAPÍTULO CUARTO.-	MODIFICACION, SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DEL DERECHO DE VISITA.....	72
	4.1.- Modificaciones.....	75
	4.1.1 Hechos y causas aptos para la modificación.....	78
	4.2.- Suspensión.....	83
	4.2.1 Causas de la Suspensión	84
	4.3.- Pérdida.....	87
	4.4.- Extinción	89
CAPÍTULO QUINTO.-	DETERMINACION DEL EJERCICIO DE REGIMEN DE VISITAS O DERECHO DE VISITA EN EL DIVORCIO NECESARIO.....	90
	5.1.- Divorcio Necesario.....	90
	5.2.- Determinación convencional del Régimen de Visitas y su ejercicio.....	96
	5.3.- Determinación Judicial.....	101
	5.4.- Algunos criterios para la determinación del derecho de visita.....	106
	5.5.- El ejercicio del Derecho de Visita y el Abuso del Niño.....	108
	5.5.1 El ejercicio del Derecho de Visita y la buena fe.....	108
	5.5.2 Abuso de su Ejercicio.....	109
	5.5.3 Protección del Derecho de Visita.....	110
	5.3.1 Defensa Preventiva.....	110
	5.3.2 Defensa del Derecho de Visita vulnerado.....	111
	5.3.3 Medios Indirectos de Defensa.....	111
	5.3.4 Protección Penal.....	113
	CONCLUSIONES.....	114
	BIBLIOGRAFÍA	116

INTRODUCCIÓN

Cuando existen hijos menores e incapacitados, en la sentencia de separación, nulidad o divorcio, el juez deberá determinar el tiempo, modo y lugar en que el padre que no tienen la custodia de los hijos podrá visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, excepcionalmente, en la misma resolución, si existe causa para ello, podrá limitarse o suspenderse esta relación paterno filial.

Para la determinación de este régimen de relación paterno filial concluyen numerosos factores: edad de los hijos, relaciones afectivas entre estos y el padre, la vivienda que ocupe el progenitor no custodio, el régimen escolar, jornada laboral del progenitor no custodio, residencia en la misma o en distinta población del progenitor custodio y de los hijos, etc., y sobre todos ellos, el interés de los hijos. Teniendo en cuenta, que todos estos factores están proyectados sobre realidades humanas, es lógico pensar que éstos, con el transcurso del tiempo se vean sometidas algún tipo de cambio, por lo que no pueden considerarse como inmutables, so pena de llegar a resultar ineficaces. Por consiguiente el régimen de visitas debe fijarse en forma inicial para que con el transcurso del tiempo y específicamente en el divorcio necesario, por lo que se fijó inicialmente podrá ser modificado cuando se produzca una alteración de las circunstancias que ocurrieron en su adopción. Estas modificaciones pueden estar dirigidas hacia dos polos totalmente opuestos, bien a una ampliación del régimen de visitas y estancias, o por el contrario a una suspensión o limitación del mismo, circunstancia que ya nos indica la posición procesal de cada uno de los progenitores, en el primer supuesto la parte actor será el progenitor que no tiene la custodia de los hijos, y en cambio en el segundo, el progenitor custodio, será el encargado de iniciar el procedimiento de modificación. Así pues desde esta óptica, y únicamente a efectos de una mejor sistematización, analizaremos por separado las peticiones de modificación solicitadas por el progenitor que tiene la custodia y por el que no la tiene, si bien, con carácter previo es conveniente efectuar algunas puntualizaciones de carácter procesal, así como también del divorcio.

El análisis crítico que antecede no tiene, de manera alguna, fines destructivos, aunque no lo parezca, es evidente la total falta de sistemática jurídica que existe en los ordenamiento legales aplicables, la caótica práctica jurisdiccional cotidiana y, fundamentalmente las diferencias, de forma y fondo, que existen entre los procesos y los procedimientos civiles con los familiares.

Todo lo anterior, de ahí su aspecto positivo, es con la finalidad de reunir los elementos indispensables para llegar a una conclusión ineludible, que actualmente constituye una necesidad ingente, cuya satisfacción resulta inaplazable el que se regule sobre El régimen de Visitas se manera específica, en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO DE VISITA

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

He decidido hablar sobre el Derecho de visita, por considerar que es un tema de evidente controversia en la actualidad, esto en virtud, de que cada vez es mayor la crisis familiar, y por las consecuencias que apareja tanto sobre los hijos, como en la sociedad misma.

Desgraciadamente en la mayoría de los casos cuando se presentan conflictos familiares, los mas perjudicados son los hijos, ya que como menciona el Licenciado Ramón Sánchez Medal, se les toma como botín judicial, toda vez que se les utiliza como un medio de presión o chantaje hacia la pareja, poniéndoles impedimentos para ver a sus hijos, etc., además de que por su corta edad son los que menos preparados están para afrontar los problemas, siendo los únicos que no tienen culpa en esa situación y los más perjudicados.

El Estado debe tomar en cuenta las situaciones de hecho que se presenten para ir las reglamentando, aún cuando sean consideradas negativas, pero para procurar las soluciones más justas y evitar males mayores debe emitir reglas para proteger a quienes así lo necesiten por lo que debe garantizarse el derecho de visitas, a cuyo efecto si los progenitores no lograsen un acuerdo a este respecto, deberá ser establecido por el juez de conformidad con las circunstancias y sobre todo atendiendo al interés de los menores.

Es así como en su momento se tuvo que regular el divorcio, que es considerado como un mal necesario, ya que rompe con la institución del matrimonio, pero se regula con el fin de evitar males mayores, se tiene que adoptar esta medida, como solución inmediata a las crisis familiares.

⁽¹⁾ Enciclopedia Jurídica Omeba, (Bibliografía Omeba, Ancafo, S.A., Buenos Aires :1994) , Tomo XXVI, p. 744.

Si el Divorcio ya es aceptado, para reglamentarlo adecuadamente, hay que pensar no únicamente en los cónyuges, si no que hay que preocuparse primordialmente por los hijos, por ser estos los mas indefensos, los que mayor protección requieren y los mas perjudicados, como consecuencia de una crisis familiar.

Esto mismo debe aplicarse a los hijos nacidos fuera del matrimonio y a los de padres que se encuentran separados.

El principio que debe aplicarse, es el tomar en cuenta, primordialmente, el interés de los hijos, su conveniencia, su bienestar, y aún sin descuidar los legítimos derechos de los padres sobre sus hijos, resolver en función de ese interés sin que el marido o la esposa puedan alegar preferente derecho.

En la elaboración del presente capítulo se utilizó como principal fuente de información la vertida en el estudio titulado "El Derecho de Visita", Ensayo de Construcción Unitaria. Teoría y Praxis", de Francisco Rivera Hernández.⁽²⁾

A. DERECHO COMPARADO

Por la estrecha relación que existe entre el Derecho de Visita y la patria potestad resulta lógico no encontrar antecedentes del mismo, ya que antiguamente, la patria potestad era considerada un poder absoluto, y aún cuando fue evolucionando, sólo se limitaba en muy pocos casos, es decir, que no se encontraba desmembrada, ni se daban derechos a otras personas que no fueran, el pater-familias sobre los hijos.

Por lo que podemos recordar brevemente, que en el Derecho Romano, LA PATRIA POTESTAS, era un poder que duraba regularmente hasta la muerte del pater-familias, teniendo siempre los aspectos, que señala Guillermo F. Margadant S., en su libro titulado DERECHO ROMANO, y que son los siguientes:

- a) "Que el padre o abuelo tenía un poder disciplinario, casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlo, aunque en caso de llegar a este extremo, sin causa justificada, el pater-familias se exponía a

⁽²⁾ Francisco Rivera Hernández, " EL DERECHO DE VISITA, ENSAYO DE CONSTRUCCION UNITARIA, TEORÍA Y PRAXIS", Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona 1992.

sanciones por parte de las autoridades gentilicias o del censor⁽³⁾, por lo que este derecho se fue suprimiendo en varias etapas, siempre teniendo presente, que si el padre pudo por mucho tiempo, matar al hijo, pudo venderlo o exponerlo, algo muy importante que resaltar sobre los hijos, es que la venta todavía se permitía con Justiniano, siempre que se tratara de situaciones de emergencia financiera.

- b) "Por ser el pater-familias la única "persona" verdadera dentro de la familia, originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría entraba a formar parte el patrimonio del pater-familias".⁽⁴⁾

Por lo que poco a poco se fue suavizando debido a la independencia de los hijos en relación con los peculios que les fueron confiados, encontrándose en crecimiento, en un porcentaje bastante elevado la emancipación.

Cabe hacer mención que los pater-familias eran siempre responsables de los delitos cometidos por el filius-familias, pero podían recurrir al "abandono noxal", entregando al culpable para que expiara su culpa mediante trabajo.

- c) "La patria potestad que, en su origen, fue un poder establecido en beneficio del padre, se convirtió, durante la fase imperial, en una figura en la que encontramos derechos y deberes mutuos"⁽⁵⁾, por lo que ya en tiempos de Marco Aurelio se reconoció la existencia de la relación padre-hijo, de un recíproco derecho a alimentos.

La amplia extensión jurídica, unida a la excesiva duración de la patria potestad (hasta la muerte del pater-familias), era un rasgo típico del derecho romano.

Sin embargo, en lo que podríamos llamar derecho moderno, ya se empezó a regular esta figura.

⁽³⁾ Guillermo F. Margadant S., "DERECHO ROMANO", Editorial Esfinge, S. A de C.V, Naucalpan Estado de México 2002.

⁽⁴⁾ Idem p.p 200

⁽⁵⁾ Idem p.p 201

1.1.- DERECHO FRANCÉS

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

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

Sin embargo, la Cour de Cassation francesa cambió de orientación y abrió un nuevo camino en su sentencia de 8 de julio de 1857, en donde se reconoce aún el principio de que el padre puede prohibir a sus hijos la visita de personas cuya influencia podría ser negativa; pero después, afirma la misma sentencia que ese derecho no es discrecional, y que a menos que haya motivos graves y legítimos la prohibición no procede, ya que el padre no puede oponerse a las relaciones de sus hijos con los abuelos de estos.

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

El primer precedente a nivel legislativo se da en el proyecto elaborado por la Societe d'Études Legislativos en 1935, que proponía añadir al Artículo 373 del Code los siguientes párrafos:

En caso de muerte del padre o de la madre, el esposo sobreviviente investido de la patria potestad sobre los hijos menores del matrimonio, no puede, sin motivo legítimo negar a los ascendientes del cónyuge premuerto el derecho de conservar con sus nietos relaciones consistentes en visitas y estancias; si hay desacuerdo, el tribunal decidirá sobre las modalidades de esas relaciones previendo las medidas propias para salvaguardar el interés de los hijos y las prerrogativas de la patria potestad. Durante su matrimonio, los esposos no pueden, en contra del interés de sus hijos, prohibir sin motivos legítimos, todas las visitas, incluso breves estancias de estos últimos en casa de sus

abuelos. Si hay desacuerdo corresponderá al Tribunal decidir sobre las modificaciones de esas visitas o estancias.

El Artículo 371.4 del Code después de la reforma del 4 de junio de 1970 dice:

El padre y la madre no pueden, salvo motivos graves, obstaculizar las relaciones personales del hijo con sus abuelos. En defecto de acuerdo entre las partes, las modalidades de esas relaciones serán reguladas por el Tribunal. En consideración a situaciones excepcionales, el tribunal puede conceder un derecho de visita a otras personas, parientes o no. "La reforma en materia de Divorcio introducida en Francia por la Ley del 11 de julio de 1975 y decreto de aplicación del 5 de Diciembre de 1976, reconoció al cónyuge a quien no correspondiera la guarda de los hijos matrimoniales un derecho de visita y albergue cuyo régimen debía ser fijado por el juez o por convenio de los esposos homologados por el primero, derecho éste que solo podría ser negado por motivos graves (Art. 288 párrafo 2º).

1.2.- DERECHO ESPAÑOL

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

Posteriormente hubo otra sentencia de fecha 24 de junio de 1929, con un planteamiento similar al anterior y que el tribunal resolvió diciendo que la determinación no es un favor ni del padre ni de la madre, sino que tiene que tomar en cuenta la conveniencia de los niños, "es derecho natural, como nacido de amor materno, el que la madre vea a su hijo, y por eso el juzgador de instancia le concede este derecho, dos días a la semana y durante varias horas".⁽⁶⁾

⁽⁶⁾ Idem p.p 5

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

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

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

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

“Estimando que ni el Padre de la menor, ni los abuelos paternos pueden oponerse a no mediar justo motivo que en este caso no existe, a que la menor sostenga trato y relaciones con los abuelos maternos sin incurrir en un abuso en el ejercicio de la patria potestad, máxime tendiendo en cuenta que la madre de dicha menor ha muerto y que es lógico y natural el cariño que los abuelos maternos sienten por su nieta, en quien ven la representación de la madre, y por otra parte es también natural que si la Ley impone a los abuelos, no obstante la muerte de la hija, obligaciones de diferente carácter para con los nietos, tengan en justa correspondencia el derecho de tratarlos y de poder vigilar la salud moral y física de la nieta”.⁽⁷⁾

Como vemos el fundamento jurídico de esta sentencia se encuentra en el abuso del ejercicio de la patria potestad, y en el daño a los sentimientos del infante.

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

⁽⁷⁾ Resolución importante del Tribunal Tutelar de Menores de Valencia, del 15 de Diciembre de 1939.

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

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

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

“Artículo 103.- Admitida la demanda (de nulidad, separación y divorcio), el juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

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

“Artículo 161.- El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro de manera plena o conforme a lo dispuesto en resolución judicial”.⁽⁸⁾

⁽⁸⁾ Código Civil, Colección de Textos legales (Boletín Oficial del Estado; Madrid, 1996,p.43-47

1.3.-DERECHO ARGENTINO

En el año de 1975 se incorpora al Código Civil Argentino el Artículo 376 bis que dispone:

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

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

La cámara Civil 2ª. Cap. Dice:

“que el derecho del abuelo a visitar a sus nietos no es contrario al ejercicio de la patria potestad, sino que lo complementa en beneficio de aquellos cuyo interés priva, y que el padre no puede lesionar arbitrariamente”.⁽⁹⁾

La cámara Civil 1ª Cap. Dice:

“que si bien es cierto que la Ley no prevé el derecho de visita de los abuelos, no lo es menos que tampoco lo confiere expresamente a favor de los padres sin que por ello quepa desconocerlo, ya que se funda en elementales principios de derecho natural, en la necesidad de mantener la solidaridad familiar y proteger los muy legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones”.⁽¹⁰⁾

⁽⁹⁾ Eduardo A. Zanon, DERECHO DE FAMILIA, DERECHO CIVIL I. Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina: 1998, p.105

⁽¹⁰⁾ Idem p.p 105 y 106

1.4.- DERECHO ECUATORIANO.

El Código Civil de Ecuador en su artículo 286 dice:

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

1.5.- DERECHO MEXICANO

En nuestro Código Civil no se encuentra ninguna disposición que prevea este derecho, pero en la practica se maneja, sobre todo en los convenios de divorcio voluntario; así como también en los casos de nulidad de matrimonio y de hijos nacidos fuera de matrimonio cuyos padres no vivan juntos o que viviendo juntos, posteriormente se separen.

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

En relación al evidente derecho de los progenitores, existe una tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice:

“Si la madre se le concede el derecho y guarda de su menor hijo, debe ejercitar los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad, que de acuerdo con los artículos 422 y 423 del Código Civil del Estado de Guerrero, comprenden la obligación de educarlo convenientemente, de corregirlo y castigarlo mesuradamente con una libertad que no tiene mas límite que el notorio perjuicio físico o moral de dicho menor. El padre, por su parte, tiene derecho de visitar al hijo, de comunicarse y tratar con él, vigilando prudentemente el cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia a cargo de la madre, sin pretender una

intromisión constante y absoluta que no es lógico, ni siquiera en los casos en que el matrimonio subsiste”.⁽¹¹⁾

Nuestro Máximo Tribunal también resolvió sobre el derecho de los abuelos en la siguiente tesis:

“Es indiscutible que conforme a los artículos 414, 420, 445 y 446 del Código Civil para el Distrito Federal, a la muerte del padre de los menores, la patria potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de estos y solamente a ella corresponde la guarda y custodia de los mismos. Sin embargo el abuelo, en el caso el paterno, no sólo tiene derecho, sino también obligación de tener relaciones con sus menores nietos, proporcionarles afecto, consejos y cooperar con la madre de los mismos a su debida formación; derecho y obligación que se funda no solo en la naturaleza de las relaciones paterno filiales que existieron entre el abuelo y su hijo, y entre él y los menores, sino también en la necesidad de que dichos menores tengan el apoyo tanto de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la patria potestad, así como el de su abuelo paterno, a falta del padre; relaciones que el Código Civil del Distrito Federal reconoce al señalar en el artículo 414 a los abuelos como una de las personas que deben ejercer la patria potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en el artículo 303 al establecer su obligación proporcionarles alimentos a falta o imposibilidad de aquellos, y el Artículo 1609 al consagrar su derecho a heredar por estirpe, en la sucesión legítima de los abuelos. Luego, el que el abuelo paterno tenga relaciones con sus nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no solo debe ser reconocido por el juez a quo, sino también, para hacerlo efectivo, dicho juzgador debe reglamentar la forma en que han de efectuarse las relaciones entre abuelo y nietos, tomando en consideración todas las circunstancias que se relacionan con el caso, haciendo uso, inclusive, de los medios que le faculta el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, para determinar con ello la forma que más beneficie a los menores”.⁽¹²⁾

⁽¹¹⁾ Amparo Directo. 3818/1978. Martha Contreras, febrero 14 de 1979. Unanimidad de 4 votos. Ponente Maestro Marizano Azuela. Tercera Sala. séptima época, V, II, Cuarta Parte, p-67

⁽¹²⁾ Amparo Directo. 2026/83.- Constantino Días Villa.- 4 de junio de 1984. Unanimidad de 4 votos.- Ponente: Gloria León Orantes.- Secretario: Héctor Gutiérrez de Velasco Romo.

Observamos que no está reglamentado este derecho, pero no es desconocido ni por la jurisprudencia, ni en la práctica. Es necesario, con base en esto reglamentarlo en el Código Civil y en nuestro Código de Procedimientos Civiles.

B. FUNDAMENTO

Antes de abordar los razonamientos que fundamentan el Derecho de Visita, tenemos que hacer mención de dos figuras jurídicas de suma importancia, la guarda y custodia y la patria potestad, mismas que ejercen los padres sobre sus hijos, el ejercicio de ambas figuras jurídicas ejercidas inadecuadamente con llevan a tener una mala relación entre hijos y sus padres, no importando las circunstancias en que estas se desarrollen, es decir, si los padre se encuentran juntos, separados o en proceso de divorcio.

Por lo que me referiré primeramente a la guarda y custodia como definición de manera personal lo hago de la siguientes manera:

Guarda y Custodia es la facultad que le otorga la ley a uno de los progenitores, para el cuidado, guarda y bienestar de los menores, esto en virtud, de que se han enfrentado a la ruptura matrimonial o de pareja, en la cual solo uno de sus progenitores puede ejercerla.

En cuanto a la patria potestad la definición esta un tanto ambigua en el Código Civil para el Distrito Federal, toda vez que sólo hace referencia a quien puede ejercerla, los efectos respecto de la persona de los hijos, de los efectos respecto de los bienes del hijo y de los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, sin que se diga un definición de manera clara, por lo que en consecuencia de lo anterior y de manera personal defino a la patria potestad de la siguiente manera:

La Patria Potestad es un conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a sus hijos menores de edad y sus bienes.

En cuanto a la patria potestad, los efectos de la mayoría de edad acaban con dicha institución, ya que nuestra ley establece que la patria potestad se acaba "por la mayoría de edad de el hijo", entre otras. Cierto que la mayoría de edad termina con la patria potestad, pero no la relación entre padres e hijos, sin embargo los hijos, cualesquiera que sea su estado o edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, y siguen subsistiendo las obligaciones alimenticias del parentesco.

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

Como consecuencia del otorgamiento de la tenencia a uno de los progenitores, surge la necesidad de mantener el contacto entre el (o los) menores y aquel con quien no se mantiene la convivencia diaria.

No obstante la ausencia de previsión legal específica y sobre la base que en nuestro sistema jurídico todo lo que no está expresamente prohibido está permitido, tales acuerdos son posibles aún fuera del contexto fáctico que establece la norma a que hemos hecho referencia, requiriendo homologación judicial lo que puede ser pedida por cualquiera de las partes.

1.1.- TEORÍAS QUE FUNDAN EL DERECHO DE VISITA EN RELACIÓN JURÍDICA EXTERIOR AL MISMO.

1.1.1.- EL DERECHO DE VIGILANCIA

El derecho de vigilancia consiste en recabar o recibir periódicamente del otro progenitor, cuando sea preciso o así se considere necesario, noticias sobre la salud física y espiritual de los hijos, la marca de sus estudios, la vigilancia y educación moral, religiosa, cívica, para poder participar, en caso necesario o en situaciones especiales o de emergencia que así lo requieren.

El deber de colaboración es evidente para que el otro progenitor pueda realizar plenamente su labor, primordialmente en la educación y promoción de los hijos. La colaboración debe ser eficaz y continúa, lo que significa una verdadera participación respetuosa, y no simple abstención o actitud negativa o contraria a la educación que está dando el que custodia, pero requiere la colaboración del otro padre, a quien nunca se le ha eximido de su responsabilidad de educar y promover a los hijos.

Algunos lo basan en el derecho de vigilancia que compete a uno de los cónyuges respecto del ejercicio de la custodia que corresponde al otro sobre los hijos comunes asignados a este último.

“Consecuencia directa del Derecho – Deber de guarda es el de Vigilancia, que tiene por objeto específico preservar al menor de peligros e impedir que él, a su vez perjudique a terceros”.⁽¹³⁾

Los principales aspectos de la vigilancia son la fiscalización de los actos del menor, la de sus relaciones personales; el control de comunicaciones, postales y vía telefónica; el cuidado de que no frecuente ambientes inapropiados para su formación física y moral y espiritual; la prohibición de lecturas perniciosas, así como la de asistir a espectáculos inconvenientes, el control de audiciones radiotelefónicas y programas de televisión.

El derecho de vigilancia va dirigido a un control por parte de sus progenitores en el ejercicio de la patria potestad o de la guarda, por parte de quien la detenta y se funda en la existencia de una idéntica relación jurídica y humana de cada uno de los progenitores con los hijos, con idénticos derechos y obligaciones que no cesan por la separación conyugal, además de que el derecho de vigilancia tiene como consecuencia la responsabilidad de los padres por los hechos ilícitos de los hijos menores.

Como obligación de los progenitores, en el derecho de vigilancia debe existir la corrección de los hijos, imponiéndoles sanciones adecuadas para asegurar su autoridad y el respeto que les es debido, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos excesivos o actos que lesionen o menoscaben física o psicológicamente a los menores, así como la colaboración, misma que se trata de un deber de los hijos, y se vincula no sólo con la guarda, sino también con la educación, ya que deben inculcarse en los menores hábitos de trabajo y solidaridad familiar. La colaboración exigible no puede consistir en tareas capaces de ocasionar un perjuicio al desarrollo de los menores, ni representar una traba para su evolución intelectual o para el estudio.

Una más de las consecuencias del derecho de Vigilancia, es la educación, toda vez que los progenitores, deben ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, conforme a sus tendencias, capacidad y aptitudes, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada que represente utilidad al menor y a la sociedad ya que es tarea

⁽¹³⁾ Bossert A. Gustavo, Zannoni A. Eduardo, MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA, Edit. Astrea Buenos Aires Argentina, p. 303.

paterna y materna la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto han de incidir sobre sus inclinaciones en la vida.

En cuanto a la educación religiosa, se entiende unánime que forma parte del derecho de los padres de educar a sus hijos. Pero cuando el hijo que esta en condiciones de pensar religiosamente abraza una fe distinta de la de sus padres, la libertad de cultos garantizada por la constitución nacional les veda imponerles sus creencias o presionarlos para que profese su culto.

La última consecuencia directa del Derecho de Vigilancia, es el respeto y la obediencia de los hijos a sus padres y de los padres a sus hijos, y de esa manera exista armonía y tranquilidad para los menores, así como para sus progenitores.

Otras consecuencias de la guarda, del derecho-deber de guarda derivan, además, las siguientes consecuencias:

- 1.- El hijo menor tiene por domicilio legal el del padre que ejerce la guarda y custodia y en consecuencia la patria potestad.
- 2.- los padres son responsables frente a terceros por los daños y perjuicios derivados de hechos ilícitos del hijo menor en los términos que señale la Ley penal del lugar donde suceda el delito.
- 3.- Los padres tienen autoridad para designar tutor a sus hijos después de su muerte.

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

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

1.1.2 FACULTAD DESMEMBRADA DEL DERECHO DE GUARDA.

“El ejercicio de la potestad paterna requiere fundamentalmente de la convivencia de padres e hijos en el mismo hogar. Ese derecho-deber en los padres de tener a sus hijos consigo recibe la denominación de guarda y de él derivan otros derechos-deberes así como consecuencias diversas.

El derecho de ejercer la guarda de los menores no plantea problemas cuando ambos progenitores viven en común. Pero sí los padres, están separados de hecho o de derecho, o los extramatrimoniales no viven juntos, se plantea el problema de atribuir judicialmente lo que con un término impropio, pues parece aludir más a las cosas que a las personas, se ha dado por llamar tenencia de los menores, a la atribución de la tenencia o guarda llevando aparejado el ejercicio de la patria potestad por aquel de los progenitores a quien les es conferida, sin que ello excluya la obligación del otro a educar al hijo".⁽¹⁴⁾

El desmembramiento de la guarda acarrea otro problema: el otorgamiento al progenitor, que no la ejerce, el derecho de comunicarse con el menor y su reglamentación. Este derecho es denominado tradicionalmente de visita, aunque tampoco la denominación es del todo apropiada, pues tal comunicación no debe realizarse necesariamente ni siquiera como regla general mediante la visita del padre al hijo, fuera de que el problema no concluye con el contacto físico, sino que se manifiesta en otros aspectos como la vigilancia, la educación, el mantenimiento de correspondencia, etc.

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

No estoy de acuerdo con la relación de la patria potestad con el derecho de visita, ya que no son sólo figuras distintas, sino que su fundamento es distinto, como lo son su finalidad y su campo de actuación. El derecho de visita se puede dar a favor de personas ajenas a la patria potestad, como podría ser el caso de los hermanos o de alguna otra persona que se encuentre relacionada con el menor, o incluso en los casos en que el progenitor haya perdido la patria potestad.

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

⁽¹⁴⁾ Idem p.p300-302.

1.1.3 EL ABUSO DE LA PATRIA POTESTAD

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

El ejercicio de un derecho es abusivo cuando, principal o exclusivamente, es practicado con la intención de perjudicar a otro. Los elementos constitutivos de esta fórmula son: 1° Ejercicio de un Derecho; 2° Ausencia de utilidad para el titular de ese derecho; 3° Intención Nociva; 4°

El perjuicio efectivamente ocasionado a otro.

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

Conviene hacer referencia a los antecedentes legislativos habidos. En los pueblos antiguos la patria potestad tenía un sentido absoluto y despótico y estaba integrada por un conjunto de derechos y facultades atribuidas a la misma persona, sin limitación alguna. Sólo se concebía la patria potestad en el padre, no admitiéndose en la madre, ni mucho menos en situación conjunta de poder.

La patria potestad en nuestra legislación ha variado. Originalmente el ejercicio de la patria potestad era "unipersonal", es decir, por una sola persona, bien fuera el padre, la madre o alguno de los abuelos. Evoluciona el Derecho, y en la actualidad se ejerce en forma bipersonal, es decir, por la pareja de los progenitores o la de los abuelos paternos o maternos, lo que significa no solo un cambio al ejercicio conjunto, sino requiere de soluciones diferentes en caso de crisis conyugal, pues ya no podrá ser la pareja quien conjuntamente ejerza la patria potestad, al no tener ambos la custodia del hijo.

El origen natural de la patria potestad es reconocida en la legislación al señalar que "los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que puedan ejercerla conforme a la ley"(artículo 412 del Código Civil). Pueden ejercerla sobre los hijos de matrimonio el padre y la madre, y en su ausencia los abuelos paternos o los maternos (artículo 414 del Código Civil), lo que significa que la

legitimación limita a los abuelos, los ascendientes que puedan tener la patria potestad”.⁽¹⁵⁾

Es conveniente realizar las diferencias entre obligaciones y deberes, las obligaciones que tienen el padre o la madre para con sus hijos siempre estarán vigentes y exigibles, aún en el supuesto de que se pierda la patria potestad, con mayor razón en casos de crisis matrimonial que sólo afecta la disolución del vínculo y ambos progenitores conservan la patria potestad, por lo que hace a los deberes, se conserva la responsabilidad a los progenitores, su cumplimiento será distinto según se tenga o no la custodia del hijo, lo que repercutirá en el ejercicio de la patria potestad.

Pero debe quedar claro que quien no tenga la custodia no está eximido o liberado del cumplimiento de estos deberes, lo que se hará en forma diversa del derecho de vigilancia y deber de colaboración de lo que se habló con anterioridad.

1.2.- TEORÍAS QUE LO FUNDAN DENTRO DE LA RELACIÓN QUE UNE AL MENOR Y AL TITULAR DEL DERECHO.

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

1.2.1.- EL PARENTESCO

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

Ahora bien también manifiesto que el PARENTESCO “es el vínculo subsistente entre todos los individuos de los dos sexos que descienden de un

⁽¹⁵⁾ Manuel F. Chavez Ascencio, CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES, Editorial Porrúa, p. 109 y 110.

mismo tronco común”, si bien es cierto esta definición es viciosa, ya que debió decir “existente y no subsistente, corresponde a un sólo tipo de parentesco, el parentesco por consanguinidad. Y ni aún así es exacta, pues los parientes consanguíneos no son sólo los que descienden de un antecesor común sino aquellas personas de las cuales una desciende de la otra, por lo que se puede decir de una manera general “que es el vínculo jurídico que nace de lazos de sangre del matrimonio o de la adopción o bien como el vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción, por lo que en esta definición se enuncian a la vez las tres clases de parentesco: por consanguinidad, por afinidad y derivado de la adopción”.⁽¹⁶⁾

Hay algo sumamente importante que mencionar y es la existencia de relaciones jurídicas derivadas de la consanguinidad, la afinidad o la adopción, cada uno de estas figuras determinan el Parentesco.

En la familia moderna – a diferencia de lo que aconteció en la evolución de la familia romana- el parentesco no se determina por la sujeción a las potestades del pater familias, denominado “agnación”, que no suponía necesariamente el vínculo consanguíneo de la cognación. Había cognados – consanguíneos- que no formaban parte de la familia porque habían salido de la potestad del pater.

Considero que la causa y auténtica justificación del derecho de visita hay que buscarla en la relación afectiva que pueda existir entre el menor y quien pretende ejercer este derecho. En algunos casos debe ser procedente otorgar el citado derecho a personas que no tengan parentesco con el menor, como podría ser el caso de los padrinos que han compartido en alguna medida la vida de éste.

A continuación definiremos lo que es el **Parentesco y sus clases**.

“Para Galindo Garfias define el **PARENTESCO** como “el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro, o entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro, o entre el adoptante y el adoptado”. Nexos que señala, la adscripción de una persona a una familia, determinada, concebida ésta, como es evidente con el concepto de familia extensa”.⁽¹⁷⁾

⁽¹⁶⁾ Idem p-p 356

⁽¹⁷⁾ Ignacio Galindo Garfias, DERECHO CIVIL, PRIMER CURSO. Parte General. Personas. Familia, Editorial Porrúa, p.431

Nuestro derecho reconoce sólo tres tipos de parentesco (artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal todos los artículos citados son de este Código en caso contrario se citara la fuente) y son: el de consanguinidad (artículo 293), el de afinidad (artículo 294) y el civil (artículo 295).

El Código Civil en su artículo 293, define como **Parentesco por Consanguinidad** lo siguiente:

El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

En el artículo 294 del Código antes citado se define al **Parentesco por Afinidad** lo siguiente:

El parentesco por afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos”

En el artículo 295 del Código se define al Parentesco Civil así:

“El parentesco Civil es el que nace de la adopción, en los términos ...”⁽¹⁸⁾

“EL PARENTESCO CONSANGUÍNEO produce, entre otros, los siguientes efectos:

- a) Crea el derecho y la obligación de alimentos.
- b) Se origina el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima o la facultad de exigir la pensión alimenticia en la sucesión testamentaria.

⁽¹⁸⁾ Agenda Civil del Distrito Federal 2003, 4ª Edición, Enero de 2003, Editorial ISEF, p. 41 y 42.

- c) Origina los derechos, deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad, que se contraen sólo entre los padres e hijos, abuelos y nietos en su caso.
- d) El deber de respeto, pues los hijos cualquiera que sea su edad deben honrar y respetar a sus padres y abuelos.
- e) Crea determinadas incapacidades; imposibilita a un pariente a casarse con otro en grado próximo.”

Los efectos del **PARENTESCO POR AFINIDAD:**

- a) El parentesco por afinidad no da derecho a heredar.
- b) Crea el impedimento para contraer matrimonio entre afines de la línea recta sin limitación de grado.
- c) El derecho a los alimentos, sólo es entre los cónyuges.
- d) También podemos encontrar algunas limitaciones o impedimentos. La ley de notariado impone al notario rehusar a ejercer sus funciones cuando intervengan parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grado.
- e) El Código de Procedimientos Civiles también observa limitaciones tomando en cuenta esta afinidad”.⁽¹⁹⁾

La consecuencia jurídica mas importante del parentesco por Afinidad, es el impedimento que existe para contraer matrimonio entre afines. Y las consecuencias jurídicas en el parentesco civil, son las mismas que existen entre padre, madre e hijos e hijas con la única diferencia de que este vinculo puede ser revocado.

El parentesco como institución jurídica está organizado en líneas y grados, nuestro Código Civil define cada concepto estableciendo que cada generación forma un grado y la serie de grados constituyen una línea de parentesco, en otras palabras grado es la o las generaciones que hay entre un pariente y otro, y línea es el conjunto de generaciones. Existen dos tipos de

⁽¹⁹⁾ Manuel F. Chavez Ascencio, *FAMILIA EN EL DERECHO, RELACIONES JURÍDICAS PATERNO-FILIALE*, Editorial Porrúa, México 1998, p. 251-253 y 255.

líneas la paterna y la materna, de tal suerte que todo individuo tiene en forma natural diversos grados de parentesco tanto por la línea paterna como por la materna.

Además nuestra ley también reconoce otros tipos de línea: la recta y la transversal. La primera esta compuesta por las generaciones que descienden unas de otras y puede ser ascendente (padre, madre, abuelos o bisabuelos) y descendente (hijos, hijas, nietos, nietas, bisnietos. La segunda esta integrada por la serie de grados o generaciones que procede de un progenitor o tronco común sin descender unas de otras, y puede ser igual o desigual dependiendo de las generaciones que tengan entre sí dos personas respecto del tronco común. La línea recta tiene efectos jurídicos reconocidos sin limitación de grado, transversal y la colateral, generalmente, hasta el cuarto grado.

1.2.2.- LA RELACIÓN AFECTIVA

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

Considero que esta doctrina es susceptible de crítica, ya que lo afectivo es demasiado abstracto y subjetivo, además de no ser una categoría jurídica; deja demasiado abiertas las puertas para abusivas peticiones, precisa de otros puntos de referencia a la hora de prueba en cuanto elemento básico y justificador de la pretensión.

En el establecimiento de un régimen de visitas que resulte a la vez adecuado y satisfactorio tanto para los menores como para el progenitor, deben tenerse en consideración ciertas pautas, no jurídicas si no biológicas y psicológicas, que atienden a las variaciones que presentan los requerimientos de un menor – variables en tiempo razón de su edad, su escolaridad, su tiempo libre y su vida social -; del mismo modo deben tenerse en cuenta circunstancias que son propias del progenitor como sus actividades laborales y la eventual formación de una familia. Considerar adecuadamente los requerimientos de ambas partes al momento de la fijación de un régimen de visitas evitara que su modificación deba replantearse a la brevedad, ya que, si bien lo decidido al respecto no hace cosa juzgada, la necesidad de estabilidad de los menores se compadece mejor con una relativa invariabilidad de las decisiones que al respecto se tomen.

Por lo que es de suma importancia que en la relación afectiva se tomen en cuenta las necesidades del menor, en donde la edad cobra especial importancia. Porque al tratarse de niños muy pequeños deberían establecerse periodos de visita mas cortos, pero no demasiado alejados de su ámbito de referencia habitual y lo suficientemente frecuentes, ya que en virtud de la edad que se desarrolla en los menores es de suma importancia que se realice con las figuras paterna y materna, tomando en consideración que ninguno de sus progenitores tratara de dañar la imagen del progenitor que no tiene la custodia o viceversa, por lo que es de vital importancia para el niño menor en donde empieza a entender a su manera que sus padres ya no se encuentran juntos, pero que de cualquier forma reconoce y sabe quien es su padre o madre con el que no vive y que indiscutiblemente siente un gran cariño por el simple hecho de verte y convivir con su progenitor.

Cuando el niño es pequeño, es decir, aproximadamente hasta los cinco años, a esta edad debe tenerse en cuenta, al establecer el lugar y forma de las visitas, que el traslado de un niño pequeño implica una alteración de sus hábitos, debiendo por ello organizar tales visitas como uno más de entre tales hábitos, respetando sus horarios de alimento, de juego y de sueño, de esa manera se generara una reacción positiva del menor hacia su progenitor y el menor esperara este momento aún a una edad en que no está en condiciones de expresarlo verbalmente. Así la persona existe por el hecho de ser vista o, al menos, nombrada con frecuencia.

Es muy importante hacer notar que a medida que el niño crece se pueden generar más espacios para compartir, siendo posible que el niño lo demande por sí mismo, esa relación afectiva con su progenitor; además el mayor desarrollo del lenguaje permite introducir contactos telefónicos que ayudan a acortar las distancias entre uno y otro encuentro, generando un contacto entre los menores y el progenitor que se aleje lo más posible a aquel contacto que hubiere existido entre ellos de no haberse producido la interrupción o fractura de la convivencia familiar

A medida en que el menor avanza en su escolaridad, es decir, que el menor se encuentra ya en la edad escolar, debe prestarse mayor atención a su vida escolar y fundamentalmente que en su vida social no resulte menoscabada para ver al padre (o la madre), es por ello que se debe considerar la posibilidad del menor de invitar a sus amigos a compartir momentos con uno y otro de sus progenitores; es de suma importancia que el menor sienta suyo el lugar donde vive el padre, lo que se logra teniendo en él cosas propias, como por ejemplo juguetes, ropa, sus cuadernos, fotos, etc.

Sin embargo si son algo mayores, los horarios de las salidas deberían ser mas flexibles, admitiéndose períodos más largos y que pernocten en casa del padre brindando así la posibilidad de un contacto trascendente entre el padre y sus hijos.

A partir del momento en que el menor entra en la adolescencia, debe permitírsele pactar por sí mismo y junto con el progenitor cuáles son los momentos que resultan más convenientes para ambos y qué actividades desean compartir. Al apego de un estricto régimen de visitas, cuando el menor es adolescente, puede interferir en forma negativa con la vida social del menor, lo que tendría como consecuencia una mala relación con el progenitor.

Es a causa de lo anterior que el adolescente y su padre (o madre) habrán de ir estableciendo los horarios, duración y modalidad de sus encuentros, lo que resultara más beneficioso para ambos, cuando más espontáneas sea su realización y sólo habrá de recurrirse a su establecimiento judicial cuando exista una situación que haga desaconsejable dejar su fijación librada a las voluntades concurrentes del menor y de su progenitor.

1.2.3.- EL INTERES DEL MENOR

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

Por lo que debe regularse de manera específica el derecho de visita ya que siempre se estará atendiendo al interés Superior del menor, pero siendo concientes que los menores, casi siempre atienden al interés que tenga la mamá o el papá dependiendo de quien detenta la custodia, en dejar que su ex-pareja conviva en forma reiterada con el niño, ya que si la persona que tiene la guarda y custodia se lo propone, le inculcará al menor, el sentimiento de culpa o el temor o simplemente el no querer a su pariente, por lo que inmediatamente no se atenderá al interés del menor si no a la conveniencia de quien tenga la custodia por la convivencia diaria entre estos.

Sería casi imposible determinar cual es el Interés del Menor ya que su corta edad no le permite determinar si le conviene o no la convivencia, con quien no tiene la guarda y custodia o bien con quien promueve el juicio de Régimen de Visitas.

La cuestión acerca de si debe o no tomarse en cuenta la opinión del menor, y en caso afirmativo, en que medida, admite diferentes respuestas, según se trate de la atribución de su tenencia o se refiera al establecimiento de un régimen de visitas, sea este en favor del progenitor con quien no convive, o sea respecto de los demás familiares a los que la ley les reconoce tal derecho.

Como regla general las respuestas no pueden ser unívocas: pero ineludiblemente se ven condicionadas por las numerosas circunstancias que rodean al caso en el que se plantean, entre las cuales una de las más importantes se refiere a la madurez intelectual y afectiva del menor.

Entendiendo a la perfección que la opinión del menor; si bien no puede ser el único elemento a tomar en consideración en orden a dar sustento a la decisión que se tome, adquiere importancia cuando por su edad y madurez pueda ser considerada como personal y auténtica.

A favor de su consideración como uno más entre los factores que sustentan la decisión judicial, apoyadas en las circunstancias que según hemos dicho hacen pertinente su procedencia, y con especial referencia a una cuestión en la que se discute o se discutía la tenencia, se ha resuelto que: "... la opinión de los hijos menores en la determinación de la tenencia... no debe elevarse a la categoría de factor excluyente..., se confrontara con los demás elementos en juicio concurrentes ...; dicha opinión es válidamente invocable para fundar la respectiva decisión, cuando... los menores hayan alcanzado edades... y un desarrollo intelectual ... afectivo y cognoscitivo.. que puede habilitarlos para discernir no sólo una preferencia meramente afectiva.

En el caso citado se hace un pormenorizado análisis que demuestra que la opinión de los menores cumple con los requisitos a que hemos hecho referencia, los que entendemos son de cumplimiento indispensable a efectos de que dicha opinión pueda ser valorada como fundamento de la resolución judicial".⁽²⁰⁾

La evaluación de la opinión del menor deberá necesariamente, tomar en consideración diversas circunstancias, con el propósito de establecer el grado de atención de la misma, deben analizarse, según algunos autores, en conclusión y de suma importancia los siguientes elementos en la evaluación de la opinión del menor, ya que es quien juega el papel más importante dentro del régimen o derecho de visita:

⁽²⁰⁾ Idem p.p 54

a) **LA EDAD DEL MENOR.**- Aun cuando no pueda establecerse una línea divisoria estricta, es dable presumir que a mayor edad se adquiere mayor capacidad de objetividad y discernimiento, lo que permite considerar que la opinión emitida se sustenta en un criterio objetivo, que ha sido evaluada y no dada en forma caprichosa.

Se considera que el menor tiene ya desde los siete u ocho años juicio de la realidad, y que alrededor de los doce años ha adquirido capacidad de simbolización. Indudablemente, la edad determinará el modo de preguntar al menor y también la forma en que él mismo responderá.

Este criterio es de apreciarse menos estricto cuando se trata de establecer un régimen de visitas, que cuando conduce a determinar la tenencia, ya que en este último supuesto se requiere una mayor edad para comprender que un padre más permisivo y menos controlador de las actividades del menor no siempre es la opinión más adecuada a una edad, en que aún, no se ha alcanzado la plena madurez emocional y se carece de la experiencia que da la vida.

En este sentido la opinión del menor es tenida en cuenta por los padres, con mayor frecuencia, a los efectos de lograr acordar su tenencia, cuando aquel se acerca a la mayoría de edad, y esto es así en razón de que a cierta edad el mayor contacto con el menor no está determinado por el hecho de ejercer la tenencia, sino por el establecimiento de una buena relación con él. No lograda esta, la casa en la que vive se transforma en el lugar en donde duerme, en el que eventualmente come y donde le lavan su ropa. Ante esta situación, muchos progenitores resignan el deseo propio de convivir con el hijo cuando, en virtud de la mejor relación que éste ha establecido con el otro padre, sienten que tal renuncia redundará en beneficio del hijo, al brindársele un hogar en el que por sentirse más cómodo, halle una mejor forma de vivir para él en su adolescencia.

b) **LAS RELACIONES DEL MENOR CON LA NUEVA FAMILIA DEL PROGENITOR.**- La relación del menor con el entorno del progenitor tiene importancia en ocasión de resolver una cuestión de tenencia, ya que ése ha de ser el contexto en el que deberá de vivir. Esta relación decrece en significación cuando se trata de establecer un régimen de visitas, aunque puede ser necesario tomarla en consideración a efectos de determinar que éstas se realicen fuera del ámbito de la nueva familia del progenitor.

Este criterio se interrelaciona con lo expresado en lo manifestado en el punto anterior, ya que si el rechazo que el entorno del progenitor muestra hacia el menor es muy marcado resultará procedente tomar en cuenta su opinión, aunque se trate de un niño de corta edad. Esto siempre que la situación que el menor invoque admita una comprobación de carácter objetivo.

c) **AUTENTICIDAD DE LA OPINIÓN.**- Este punto es de suma importancia y por ende se relaciona con los dos anteriores. Resulta ineludible constatar que le pertenezca al menor la opinión por él emitida, a efectos de descartar toda posible influencia de uno de los progenitores con el objeto de ganar su preferencia. Como ya se ha hecho referencia, ha de considerarse en forma muy especial que la preferencia del menor no esté basada en un menor control sobre sus actividades, que, por significar restricciones y exigencias, haga que le parezca una situación más deseable, en particular cuando se trata de determinar su lugar de vida.

d) **INTERRELACIÓN ENTRE EL DESEO DEL MENOR Y " EL INTERÉS" DEL MENOR.**- Al respecto se ha dicho que cuando los deseos del menor contrarían aquello que en el criterio de los adultos consulta sus verdaderos intereses, tal deseo no debe ser tomado en consideración: "... un prolijo análisis .. permite concluir que la resolución de primera instancia apunta principalmente al interés de los menores, aún cuando, en la actualidad, ella pudiera contrariar los deseos de los niños.

Debe tenerse presente que si bien los deseos de las partes deben ser consultados, ellos pueden entrar fácilmente en colisión con sus verdaderos intereses..".⁽²¹⁾

En los casos señalados en el párrafo anterior se podría concluir que hacer "eco ciego" a la opinión de los menores equivaldría a omitir una de las funciones más importantes de la paternidad como es la de suplir esta inmadurez de los menores que les lleva a preferir cosas que muchas veces resultan contrarias a sus propios intereses, y en tal situación: "...los padres, en primer lugar, y los jueces, después, dejarían de cumplir sus deberes y actuarían contrariando toda lógica, si la conducta a seguir fuera fijada por niños cuyas edades oscilan alrededor de los diez años...

⁽²¹⁾ Stijerman Martha N., MENORES, RÉGIMEN DE VISITAS: RECONOCIMIENTO DE HIJOS, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.

El fallo citado coloca en su verdadera dimensión la opinión del menor: éste debe ser oído cuando haya alcanzado una edad en la que pueda pensarse, con cierto fundamento, que está expresando una opinión propia, y al mismo tiempo, tal opinión ha de ser evaluada como lo que es, esto es, uno de los muchos elementos que contribuyen a formar en el juzgador la convicción sobre cuál ha de ser la mejor decisión respecto de cada caso en particular".⁽²²⁾

e) LA VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DEL MENOR.- Frente a la opinión del menor, es menester indagar si, tras su negativa, se encuentra un sustento en las actitudes del progenitor al que rechaza, o si la misma está determinada(o al menos influida) por los sentimientos de rechazo que le son transmitidos por aquel con quien convive.

La opinión del menor no ha de ser desmerecida ni sobre valorada, he aquí el punto justo, no perdiendo de vista que toda resolución que le concierna "... debe dictarse teniendo en cuenta fundamentalmente el interés de los menores...", pero sólo su interés y no el de su progenitor que tiene la custodia y con quien convive diariamente.

Sin lugar a dudas, la opinión del menor, aunque haya de ser tenida en cuenta, no puede tener fuerza vinculante sobre la decisión judicial. La misma, al igual que toda otra prueba, deberá ser meditada a la luz de la sana crítica, y contribuirá en mayor o menor proporción a formar la convicción de adoptar una u otra decisión.

Ni con respecto a la tenencia, ni en relación al régimen de visitas, la legislación analiza la posibilidad de oír al menor. No obstante, no dudo de la vigencia de tal posibilidad -que de hecho ha sido aceptada por los jueces, entendiéndose que la edad mínima para que tal audiencia proceda fijarse alrededor de los diez años, y aún antes si se trata de situaciones muy traumáticas, para el menor y que puede resultar perjudicial en su desarrollo.

La opinión del menor adquiere gran importancia cuando existen problemas en la convivencia, los que pueden no ser del conocimiento de los testigos por tratarse de situaciones que sólo se manifiestan dentro de la intimidad del hogar.

Situaciones extremas, como el abuso sexual del menor, el abandono o los maltratados físicos o psíquicos (cuando no se dejan huellas), sólo pueden

⁽²²⁾ Idem p.p 15

surgir en una nueva conversación personal del menor con el juez, o-cuando por la edad del menor esto no resulte aconsejable-de la conversación, sin testigos, del menor con el asistente social, cuyo informe sustentará tal opinión.

Cuando surge un planteo de tal magnitud, y previa comprobación de que no se trata de una fantasía del menor, su opinión adquiere la mayor relevancia, sea a efectos de decidir un cambio en la tenencia, o bien sea para privar de las visitas al progenitor que no ejerce la tenencia, cuando aquellas han demostrado ser nocivas respecto de la estabilidad psíquica del menor, o , sin llegar al extremo de la suspensión de las visitas, si se demuestra aconsejable espaciarlas, acortarlas o rodearlas de garantías para la menor, como puede ser la presencia en las mismas de un asistente social.

La opinión del menor también es relevante, aunque nunca ha de ser vinculante, cuando se analiza un pedido de autorización para trasladarlo fuera del medio en el que vive por necesidades que le son totalmente ajenas, entendiéndose por ajenas, al menos en forma relativa, por ejemplo, las necesidades laborales del progenitor con quien convive.

No obstante ello, lo que piensa el menor es siempre uno más de los elementos a considerar, y nada más que eso, debiendo extremarse los cuidados para no invadir la esfera de decisión paterna mediante el control que se ejerce.

En tal sentido se ha entendido: " Si bien en principio los dichos de los hijos menores ni pueden determinar cuál de sus padres habrá de ejercer su tenencia, deben analizarse según el caso particular de que se trate...

Cuando la tenencia y el régimen de visitas son acordados extrajudicialmente, más allá de si tal acuerdo de homologar o no, la opinión del menor es frecuentemente tenida en cuenta, cuando éste ha alcanzado una edad en la que sea presumible que su parecer tenga las características que hemos referido. Influye, también, en esta actitud, la circunstancia de que un acuerdo que ignore los deseos del menor resultará de muy difícil cumplimiento".⁽²³⁾

⁽²³⁾ Idem p.p 27

CAPÍTULO SEGUNDO

NATURALEZA JURÍDICA

“Este derecho encuentra fundamento en la previa relación jurídica familiar entre padres e hijos que comprenden deberes, obligaciones y derechos. El derecho de visita está implícito en la relación jurídica paterno filial, que se cumple en forma habitual y normal al convivir todos en el domicilio conyugal. Al producirse la ruptura familiar por un problema de pareja, surge como una necesidad en beneficio de quienes ya no conviven en la misma casa. En ese mismo momento se presenta como un derecho separado de la obligación y derecho de vivir en el mismo domicilio para lograr la convivencia familiar.”⁽²⁴⁾

Como características es importante señalar que en conclusión se señalaron por algunos autores las siguientes:

- a) Es un derecho relativo, en función de las personas entre quienes se establece la relación jurídica y las circunstancias de cada caso.
- b) Es un derecho subordinado al interés del menor, quien es el más valioso y necesitado de protección.
- c) El derecho de visita está concedido independientemente de los motivos que dieron lugar a la separación entre el menor y la otra persona interesada en la relación interpersonal y jurídica.
- d) Es un derecho personalísimo, y es otorgado para fomentar el afecto y la relación personal del pariente con el menor.
- e) Es inalienable, irrenunciable, imprescriptible y temporal, pues subsiste mientras los hijos sean menores de edad o incapacitados.

Existen muchísimas más cuestiones que se plantean en torno al tema de la naturaleza de la institución en estudio, como son: ¿Se trata de un derecho propio de su titular, o de un mero límite a derechos o poderes ajenos?, ¿Estamos en presencia de un verdadero derecho subjetivo, o es sólo una facultad jurídica o posición jurídica desgajada de un derecho superior o mas amplio?

⁽²⁴⁾ Manuel F. Chavez Ascencio, “EL DEBER JURÍDICO, LA FAMILIA EN EL DERECHO”, Edit. Porrúa, México 2000, p.p.

Más allá de que se consienta o no que los padres sean titulares de derechos con respecto a sus hijos, la doctrina se ha planteado si los derechos personalísimos que se reconocen a los niños, por normas a su identidad, a su libertad de conciencia y de religión, etc., pueden ser ejercitados por ellos mismos o, por el contrario, si dicho ejercicio corresponde que se atribuya a sus progenitores u otros representantes legales.

Estos son los supuestos que analizaremos a continuación.

2.1.- DERECHO PROPIO Y AUTÓNOMO, O LÍMITE A OTROS DERECHOS.

“Para la doctrina que justificaba el derecho de visita, en el abuso del derecho del padre quien denegaba las visitas a los abuelos, la pretensión del visitador no se presenta tanto como un derecho suyo, si no como algo que el titular de la patria potestad no podía negar, frente al cual las visitas eran de una restricción a su poder superior.”⁽²⁵⁾

Actualmente esta teoría no es aceptada, ya que quien detenta la guarda y custodia del menor, no puede negar ciertas relaciones del hijo con su otro progenitor con el que no convive, no es por que se prohíba su abuso, sino por que esa persona tiene un derecho autónomo para visitarlo y relacionarse con él, por el simple hecho de ser uno de sus progenitores, o familiar que tiene el interés en convivir con el menor.

Estimo que el derecho de visita es un derecho autónomo, ya que es aquel, que pudiera tener quien detenta la guarda y custodia del menor y no es, por tanto, un límite a otro derecho, ni mucho menos esta supeditado a él, sino que es un derecho propio que busca tanto la satisfacción del beneficiario, como la del menor.

La frustración de los padres en sus planes de vida y el dolor psíquico que padezcan, no sólo atentará contra sus integridades personales, sino también y fundamentalmente, contra la salud mental de los hijos. La preocupación fundamental del adulto debe estar centrada en hablar a los niños antes, que hablar de ellos, ya que de esta manera sólo causara un mayor perjuicio a los menores.

En cada momento, hablar a los niños se materializa en nuestro caso por su debida participación en todo proceso judicial que los afecte. Desde luego

⁽²⁵⁾ María Josefa Mendez, María Lorenzo de Fernando y otros, “DERECHO DE FAMILIA, Edit. Rubinzal y Culzoni S.C. Editores, 1998, p.p.65

que nos estamos refiriendo a una intervención personal; aquella que no puede quedar suplida por la actuación de los representantes legales. Ello a mérito de dicha representación tiene un carácter exclusivamente instrumental, y por lo tanto encuentra su límite en el propio interés del menor. Veremos que corresponde a este interés que los asuntos que conciernen al niño no se ventilen sin su conocimiento. Su condición de sujeto de derecho impide que sea objeto de marginación por parte del tribunal o de sus progenitores en cuestiones cruciales de su existencia. De lo contrario se violaría no solo la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también garantías constitucionales, tales como los derechos a la igualdad, intimidad y dignidad humana.

Para mayor abundamiento a lo anteriormente señalado hago especial hincapié a lo que señalan algunos artículos de la Convención de los derechos del Niño mismos que a la letra dicen:

“ARTÍCULO 9.- Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán

además de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”⁽²⁶⁾

Ahora bien en razón de lo anteriormente señalado y estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño, es de suma importancia que el menor siga teniendo el contacto físico e interrelacionarse con ambos progenitores, atendiendo siempre al interés superior del menor esto para que pueda desarrollarse plenamente y sin ningún trastorno psicológico o psíquico ya que si bien es cierto, al menor cuando inician sus primeros días de vida fuera del vientre de su madre, lo realiza en la mayoría de las ocasiones en la compañía de ambos progenitores y después de 3,4, 5 años o mas, sucede la ruptura, el niño ya se encuentra en problemas al no entender que fue lo que sucedió con sus progenitores.

En base a lo regulado en la Convención de los Derechos del Niño, es de suma importancia que el menor siga relacionándose con ambos progenitores, y que este no sea separado o pierda el contacto con alguno de sus progenitores, en contra de su voluntad, ya que se le causaría un perjuicio, psicológico al menor, además de que se debe tomar en cuenta y consideración las circunstancias en las que se encuentra, tal vez la separación podría perjudicar al menor, pero también es cierto que el contacto con alguno de sus progenitores podría resultar desfavorable para éste, por sufrir alguna agresión ya sea física, moral, psicológica o sexual, por parte de alguno de sus padres, pero siempre deberá estarse al interés superior de los menores cosa que los padres no deben pasar por alto y estar siempre al pendiente de lo que sus niños necesiten o les haga un bien, por lo que es de suma importancia que nuestra legislación procesal lo lleve a la practica al pie de la letra, es decir, que el menor jamás deba ser separado de ninguno de sus padres en contra de la voluntad del menor ya que si bien es cierto que los padres determinan lo mejor para el menor, también es cierto que se encuentran, bajo la custodia y el cuidado de uno de ellos, o en ciertas circunstancias de ninguno de ellos, por lo que no importando cual sea la circunstancia es de vital importancia que el menor siga teniendo el contacto necesario con ambos progenitores.

Es importante señalar que debe existir el fallo de nuestras autoridades para que este derecho se pueda realizar, ya que en muchas ocasiones nuestras autoridades jurisdiccionales tambalean por lo contado y no probado por alguna de las partes en el juicio de régimen de visitas, por lo que conceden una visita de dos horas una vez cada quince días o tal vez una vez al mes, por lo que no se esta dando la frecuencia a la que se refiere la convención, tal vez de una forma inicial estaría perfecto, pero son ellos los que deben dar la

⁽²⁶⁾ Comisión Nacional de Derechos Humanos, CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Folleto ilustrado, 2000, p.p. 12.

continuidad dependiendo como manifieste el niño o niña que se siente con la visita y convivencia de alguno de sus progenitores, cosa a lo cual es de vital importancia, y que en muchas ocasiones no se toma si quiera en consideración ya que no les dan el seguimiento y la importancia que esto tiene.

Ahora bien el Artículo 10 de la Convención de los Derechos del Niño señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 10.- De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familiar será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados partes garantizaran, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

El niño cuyos padres residan en estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados partes respetaran el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consecuencia con los demás derechos reconocidos por la presente convención.”⁽²⁷⁾

Es importante señalar que los artículos 9 y 10 de la convención de los derechos del niño es de vital importancia que el menor no pierda contacto con ninguno de sus progenitores, no importando cuales sean las circunstancias de los padres, esto solo en cuanto hace al lugar en donde residan, es decir, que el menor tenga derecho a la convivencia y a las visitas con sus progenitores sin que pueda existir el impedimento del progenitor que lo tiene bajo su guarda y custodia, no dándole la importancia y el valor de lo ordenado por un Juez, por lo que es de vital importancia que durante el procedimiento y después de concluido esté, los progenitores puedan someterse a pláticas en donde se les pueda orientar y hacerles notar la importancia que tiene el hecho de que el menor deba seguir teniendo el contacto físico, la visita y la

⁽²⁷⁾ Idem pp.3

convivencia del progenitor con el que no cohabitan, para que pueda tener un mejor desarrollo social en su entorno social en el que se desarrolla.

2.2.- DERECHO SUBJETIVO O FACULTAD JURÍDICA

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

Para De Castro, facultad es:

“La posibilidad de actuar concedida a una persona, por formar parte del contenido de una relación jurídica, que tiene entre otros caracteres, y a diferencia del derecho subjetivo, el de carecer de independencia, por estar siempre basadas y unidas a una relación jurídica, a la cual queda vinculada, dependiente, mientras no se independice formando un derecho subjetivo”.⁽²⁸⁾

Para Díez PICASO-Guillón:

“Facultades son las posibilidades de actuación que se atribuyen a la persona como contenido de un derecho subjetivo más amplio o aisladamente, con independencia de cualquier tipo de derecho”.⁽²⁹⁾

Facultad significa el poder o la habilidad para realizar una cosa. Normalmente el término facultad se asocia aquello que es optativo, potestativo; de ahí facultativo. El concepto jurídico de potestad, significa la aptitud o potestad de una persona para modificar la situación jurídica existente de uno mismo o de otros.

“El concepto jurídico de facultad indica que alguien está investido jurídicamente (por una norma de derecho) para realizar un acto jurídico válido, para producir efectos jurídicos previstos (celebrar un contrato, otorgar un testamento, revocar un poder). El concepto de facultad jurídica presupone la posesión de una potestad o capacidad jurídica para modificar válidamente la situación jurídica”.⁽³⁰⁾

⁽²⁸⁾ Rivera Hernández Francisco, DERECHO CIVIL DE ESPAÑA, pp. 226

⁽²⁹⁾ Sistemas de Derecho Civil, citado por Francisco Rivera Hernández.

⁽³⁰⁾ Idem.p.p 227

Para entender de forma clara y precisa tenemos que desmembrar la palabra Derecho señalando que, el término "derecho", además de designar un orden jurídico o una parte significativa del mismo, se usa para referirse a una ventaja beneficio normativo conferido a un individuo o a una clase de individuos. En este sentido, "derecho" designa una permisión otorgada a alguien o a algunos, para hacer u omitir cierta conducta, con la garantía de la protección judicial, debiendo tener de manera clara y sin perder de vista que el derecho, es el orden jurídico compuesto de normas jurídicas que imponen obligaciones o deberes.

Aunque la conducta, objeto de un derecho, se encuentra permitida puede explicarse en términos de derechos. La permisión incluida en la obligación se distingue claramente de la permisión fuerte que el derecho subjetivo confiere. La obligación implica la permisión de la conducta requerida pero los alcances de esta permisión son restringidos: no se permite la omisión; por el contrario se prohíbe. En el caso del derecho subjetivo, el sujeto del derecho puede omitir. Esta circunstancia distingue al derecho de aquellas situaciones en que al individuo le está permitiendo, pero que, en ningún caso le está permitida su omisión.

"La descripción de derechos subjetivos en términos de permisos es básicamente correcta. Cuando se otorga un derecho, con ello jurídicamente se permite. De lo anterior se sigue que el derecho subjetivo presupone, siempre (como en el caso de la facultad o de la obligación), una fuente que lo establezca: un derecho subjetivo existe si, y sólo si, hay una fuente que determine su contenido y existencia."⁽³¹⁾

Debemos tener en cuenta que la conducta, contenido del derecho subjetivo se encuentra estrechamente relacionada con la conducta de los demás, en alguna medida se puede decir que depende de la conducta de los demás; es importante señalar solo a manera de ejemplo que cuando un legislador establece una norma que otorga derechos subjetivos quiere que algo ocurra. La norma que confiere derechos a un individuo tiene una función normativa; además de que el derecho subjetivo comprende, también de manera débil, la incapacidad de los demás para cambiar la situación jurídica.

El derecho subjetivo además de la facultas exigendi comprende otros poderes normativos como, su renuncia. El poder de renunciar a un derecho es particularmente significativo cuando la renuncia tiene como consecuencia la extinción de la obligación correlativa.

El derecho subjetivo para Eduardo García Maynez es:

⁽³¹⁾ Instituto de Investigaciones Jurídicas, "DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO", Edit.Porrúa, México 2000, p.1045.

“La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho en sentido subjetivo. El derecho subjetivo es una función del objetivo, este es la norma que permite o prohíbe; Aquél, el permiso derivado de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo pues siendo la posibilidad de hacer(o de omitir) lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.”⁽³²⁾

“Ignacio DE Casso y Romero y Francisco Cervera, en su Diccionario de Derecho Privado, dice:”Con la expresión derechos subjetivos privados, se hace referencia a aquellas facultades que por el orden jurídico, son atribuidas al individuo como otras tantas posibilidades de actuación, y precisamente de reconocimientos de su propia personalidad...; de la rama de los derechos correspondientes a cada individuo en particular esto es, de las facultades que a cada uno de ellos corresponde privativamente ejercitar, surgen los derechos subjetivos.”⁽³³⁾

El concepto de facultad se refiere a algo que se puede hacer u omitir, como en el caso del derecho subjetivo. La diferencia estriba en que en el caso de la facultad, no se trata solo de realizar hechos lícitos, es decir jurídicamente permitidos, si no mas bien de producir actos jurídicos válidos.

Es muy importante el señalar que en varios países del mundo el derecho tiene diferentes criterios, como es en el derecho alemán la doctrina considera el derecho de visita como una facultad. Las doctrinas francesas e italianas consideran el derecho de visita como un derecho autónomo. En el Derecho español se le considera un derecho subjetivo.

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

El ejercicio de las visitas por los parientes a quienes se confiere un derecho subjetivo de efectuarlas, ello no quitaría que otros parientes pudiesen invocar un interés legítimo protegido en la medida en que coincidiese con el interés superior de los menores con los que se realizara la convivencia y la visita.

⁽³²⁾ Eduardo García Maynez, “INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO”, Edit. Porrúa, México 2000, p. 36-37.

⁽³³⁾ Pallares Eduardo, DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Editorial Porrúa S.A, 2000,,p.p.249.

2.3 DERECHO - DEBER , DERECHO – FUNCIÓN

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

Existe en el Derecho de familia un concepto nuevo y diferente llamado derecho – deber, derecho – función o simplemente función. En dicho terreno es donde se sitúa el derecho de visita.

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

El derecho de visita entraría, según la clasificación de Ferrara en los llamados derechos con fin altruista que no sirve precisamente al interés exclusivo del titular sino al de otros, y cuyo ejercicio no queda a su arbitrio si no que se convierte en un deber ético frente a las personas subordinadas”.⁽³⁴⁾

Todas las actuaciones del menor que está siendo visitado y con quien se están practicando las visitas, son funcionales, esto en virtud de que sólo pueden ser ejercidas en vista a la realización del fin. Si el propósito del titular del derecho de visita se apartara del fin, es decir, que se estuviese causando un perjuicio al menor con alguna conducta realizada por el visitador, o bien que el visitador no cumpla con lo establecido y llevar a cabo la convivencia como quedo establecida en el convenio, cualquiera que sea el caso y que se vea en deterioro la relación paterno filial o bien cuando exista una muy estrecha relación entre ellos, el régimen de visitas puede ser modificado, suspendido y hasta suprimido. El derecho de visita se concede con la finalidad de favorecer las relaciones humanas y afectivas del titular y el menor, y en ultima instancia se otorga para un mayor desarrollo del menor.

“La Convención sobre los Derechos del Niño, a pesar de los claros reconocimientos que hace respecto del niño como sujeto de derechos, también emplea la expresión “derechos” al referirse a esta serie de facultades que tienen los padres con relación a sus hijos.

Pensamos que con relación a los niños sólo existen deberes; de su núcleo familiar, en primer término – a fin de evitar la formación de seres

⁽³⁴⁾ Idem p.p.231

impersonales y carentes de historia -, pero también de la sociedad, a quien le asiste el deber de intervenir por estar en juego nada menos que el destino próximo de la humanidad".⁽³⁵⁾

Con lo anteriormente señalado podemos concluir que el padre no tiene más que obligaciones, ya que sus derechos se ven sumamente afectados o bien son en los últimos de los casos no tomados en consideración. El hijo no es propiedad del Estado, como tampoco es propiedad de los que le dieron su ser; "se pertenece así mismo".

Haré brevemente referencia a lo que señala la convención de los derechos del Niño en sus diferentes artículos, en relación a lo que anteriormente se señala:

"ARTÍCULO 11. - Los estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.

Para este fin, los estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

ARTÍCULO 12.- Los estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño; en función de la edad y madurez del niño.

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativa que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de un procedimiento de la ley nacional.

ARTÍCULO 13.- El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:

- a) Para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o

⁽³⁵⁾ Mauricio Luis Mizrahi, "FAMILIA, MATRIMONIO Y DIVORCIO", Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires 1998, p.124-125

- b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.

ARTÍCULO 14.- Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Los estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeto únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias o para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

ARTÍCULO 15.- Los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral pública o la protección de los derechos y libertades de los demás

ARTÍCULO 16.- Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

ARTÍCULO 17.- Los estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados partes:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del Artículo 29;

- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

ARTÍCULO 18.- Los estados partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente convención los estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.⁽³⁶⁾

Aquí sólo he mencionado algunos de los 54 artículos que contiene la Convención sobre los Derechos de los Niños; ya que considero de los más relevantes, que hablan sobre el derecho de visita; a que tiene derecho el menor con sus progenitores, es muy importante señalar que las personas que desean interrelacionarse con el menor, tienen derecho a activar la función jurisdiccional a efectos de reclamar el derecho que tienen, para seguir manteniendo esa relación interpersonal con el menor, sin que la misma se tenga

⁽³⁶⁾ Idem.14-20

que ver afectada por alguno de sus progenitores, es también importante el soslayar que todo tendría que llevar un procedimiento para obtener un buen resultado, esto para efectos de que no se pueda dañar al menor en ninguno de sus aspectos, al contrario que las convivencias que se den con personas distintas de sus progenitores, les dejen enseñanzas positivas, para que puedan ser aplicadas en su vida futura.

También es importante señalar que todos y cada uno de los Estados parte de la Convención de los Derechos del Niño, no deben olvidar nunca aplicar al pie de la letra la convención y siempre respetando y no pasando por alto EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, que resulta ser lo más importante dentro de una controversia familiar.

2.4.- TITULAR DEL DERECHO DE VISITA

Se dice que el titular del derecho de visita es el menor, no sólo para reclamar frente a quien lo custodia relaciones con otros parientes y allegados, sino para mantenerlas con el otro progenitor que no tenga la guarda y custodia. Como consecuencia, el sujeto pasivo del derecho de visita es el que detenta la custodia del menor y habita con él: Ella es la persona obligada frente a la que ejerce la posibilidad de actuar o de exigir.

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

El que tiene la guarda y custodia del menor no tiene derecho de monopolizar las relaciones del menor, ni puede convertirse en la única persona con la que el menor tenga relación; si el menor desea comunicarse o relacionarse con sus abuelos, o con el otro progenitor, el titular de la guarda y custodia del menor, no debe impedirlo.

Siendo cierto que el menor es titular de este derecho, no podemos desconocer que tanto el progenitor que no tiene la custodia, los abuelos y otros parientes, tienen la posibilidad de exigir ver al menor y convivir con él; en ciertos 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 entre parientes, en especial entre padres e hijos, como resultado de una relación jurídica que responde a una relación interpersonal originada por la filiación. Si existen estos deberes de convivencia recíprocos entre padres e hijos, unos y otros tienen tanto el derecho para exigir del otro el cumplimiento de su “deber jurídico”; este derecho es el que se ha denominado de visita”.⁽³⁷⁾

Por lo que se puede concluir que los titulares del derecho de visita lo serán tanto para el menor, como aquellas personas que tengan lazos afectivos profundos con dicho menor (tíos, hermanos, padrinos, amigos, etc.) y no le causen ningún perjuicio, debiendo tener en cuenta, primordialmente, el interés de los menores, su conveniencia de los mismos y su bienestar personal, claro sin descuidar los derechos de sus padres sobre sus hijos, resolver en función de ese interés sin que el marido o la esposa puedan alegar preferente derecho.

Debe estar garantizado en cualquiera que sea el caso el derecho de visitas, a cuyo efecto si los progenitores no lograsen un acuerdo a este respecto, deberá ser establecido por el juez de conformidad con las circunstancias y teniendo por encima de todo el interés y el bienestar de los menores.

Es importante el señalar que el titular del derecho de visita, debe tener “el derecho de mantener comunicación adecuada con el pariente con quien no se convive. El caso más trascendente, es el del progenitor que, por no convivir con el otro progenitor a quien se le ha conferido la guarda del hijo menor, conserva el derecho de mantener adecuada comunicación con el hijo.”⁽³⁸⁾

El derecho de visitas debe permitirle al progenitor retirar al hijo del domicilio donde vive, para mantener con él trato más pleno, en un ámbito de privacidad y no en presencia del otro progenitor.

⁽³⁷⁾ Manuel F. Chavez Ascencio, “EL DEBER JURDICO, LA FAMILIA EN EL DERECHO”, Edit. Porrúa, (México 2000) pp. 329.

⁽³⁸⁾ Idem. pp. 63

Además de que se convierte también en titular del Derecho de Visita, el familiar que no lo tiene bajo su guarda y custodia, al menor o los menores, ya que si la persona que lo tiene bajo su guarda y custodia no permitiera un acercamiento con el menor, no estaría respetando la libertad y autonomía que el menor tiene al querer relacionarse con sus familiares, teniendo perfectamente claro que el menor no tuvo nada que ver con la ruptura del hogar en donde se desarrollaba con un familia completa, por lo que al negársele ese derecho se le esta dañando emocionalmente, ya que la persona que lo tiene bajo su guarda y custodia, cree e imagina que el menor no crecerá nunca, o que jamás se enterará de la situación que vive, o simplemente que cuando éste sea grande de edad, en ningún tiempo recordara nada de lo sucedido con su familia y se conformara únicamente con lo que sabe o con lo que se le ha contado por quien ha detentado la guarda y custodia y por las personas con las que diariamente se desarrolló, hasta que obtenga una edad madura y se cree su propia realidad.

Ahora bien el daño emocional y psicológico creado al menor es irreparable, trayendo consecuencias verdaderamente graves, que podrían consistir en reproches, groserías, puede convertirse en un delincuente, etc., o bien convirtiéndolo en un niño de la calle, drogadicto, alcohólico, etc, pero es solo el resultado del daño que se le causó, desde que sus progenitores pensaron egoístamente, es decir, solo pensaron en ellos cada quien a su conveniencia, a su coraje o a su orgullo propio; y jamás se detuvieron en pensar lo bien o el mal que al menor se le estuviera causando, ya que imaginaban que el darle lo material, y solo el "supuesto cariño" por parte de uno de sus progenitores, era suficiente para un buen desarrollo emocional y psicológico, no dando el desenvolvimiento necesario al menor y dejando tal vez en el olvido que esté pueda ser alguien de provecho en el futuro dentro de nuestra sociedad.

CAPÍTULO TERCERO

CONCEPTO DE DERECHO DE VISITA Y SUS GENERALIDADES

En virtud de la gran escasez de doctrina sobre el tema que nos ocupa, citare solo algunas definiciones de diferentes autores, ya que en su gran mayoría se concretan en hablar sobre su regulación, naturaleza, características, etc.

Para Belluscio Augusto Cesar el derecho de visita es:

“El derecho de mantener comunicación adecuada con el pariente con quien no se convive. El caso más trascendente, es el del progenitor que, por no convivir con el otro progenitor a quien se le ha conferido la guarda del hijo menor, conserva el derecho de “mantener adecuada comunicación “con el hijo.”⁽³⁹⁾

Para Stierman Martha es:

“El derecho de visita que corresponde al progenitor que no disfruta de la tenencia de sus hijos menores se funda en elementales principios de orden familiar, por lo que su regulación debe efectuarse procurando el mayor acercamiento posible entre ambos... El “Derecho de Visitas” es en realidad, el derecho del otro progenitor de efectivizar el contacto con su hijo y supervisar su educación.”⁽⁴⁰⁾

No obstante la dificultad de definir este derecho daré aquí un concepto personal.

En términos generales, podría decir que el derecho de visita es aquel derecho que corresponde al padre o madre (o a los abuelos u otros parientes) para comunicarse y relacionarse con sus hijos menores no emancipados o incapacitados que por resolución judicial o por situación de hecho, han sido confiados a la custodia del otro cónyuge.

⁽³⁹⁾ Mauricio Luis Mizrahi, “FAMILIA, MATRIMONIO Y DIVORCIO”, Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires 1998, p.124-125

⁽⁴⁰⁾ Stierman Martha N., “MENORES, REGIMEN DE VISITAS: RECONOCIMIENTO DE HIJOS”, Editorial Universidad, Buenos Aires, p.145-146

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

En realidad el tradicionalmente llamado régimen o derecho de visitas no se limita exclusivamente a la visita, sino al derecho de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

La expresión "Régimen o derecho de Visita" no se duele con el verdadero contenido del derecho a que alude, ya que no se trata de la facultad del padre de visitar al hijo en el domicilio en donde convive con la madre, en el supuesto de que ésta tenga la guarda y custodia del hijo, si no, por el contrario, de retirar al niño de ese hogar y tenerlo consigo donde pueda desarrollar el vínculo afectivo y su comunicación con el menor con la espontaneidad, la intensidad y la privacidad que desee en su domicilio. Por ello no corresponde exigir que la "visita" se desarrolle en un lugar público.

Sin embargo el Derecho de Visitas le permite al progenitor retirar al hijo del domicilio donde vive, para mantener con él, el trato más pleno, en un ámbito de privacidad, y no en presencia del progenitor.

No es conveniente que los encuentros entre los progenitores y los hijos se lleven acabo en el mismo domicilio en que estos conviven con el que conserva la guarda y custodia, por que ello puede conllevar tensiones o escenas que es conveniente evitar. Pero puede recurrirse a este arbitrio cuando, al iniciarse el régimen de los hijos, sobre todo cuanto estos son de corta edad, los menores se resisten a salir con el padre o manifiestan temores propios de la situación que viven. En tal caso es prudente que, durante el tiempo de la visita, el progenitor visitante y sus hijos permanezcan solos, en un lugar adecuado de la casa.

"La jurisprudencia admite como contenido del derecho de visita, que los hijos pasen parte de sus vacaciones con el progenitor que no ejerce la tenencia."⁽⁴¹⁾

El contacto paterno-filial no puede, ni debe, quedar supeditado a la subsistencia de la relación que vinculara a los progenitores del menor.

⁽⁴¹⁾ Idem p.p. 408

El principal afectado por el desacuerdo de sus padres es el niño, tanto porque continúa amando a ambos, como por el temor que nace en él de que éstos puedan cesar de quererlo. Con el objeto de mitigar, en algún modo, el daño que toda separación produce sobre el menor debe acudir a mantener el mayor contacto posible entre el niño y el progenitor con quien no convive. Es tal contacto el que da, el contenido al llamado "derecho de visitas", único medio de evitar el deterioro de la relación paterno-filial que produce la cesación de la convivencia.

Cuando exista discrepancia entre los progenitores para poder llegar a un convenio para el derecho de visitas que tiene uno de ellos sobre el menor se acude a la autoridad jurisdiccional para que lo determine primero de una forma provisional y después de forma definitiva sin que la misma sea cosa juzgada, toda vez que puede modificarse en cualquier momento en que las circunstancias cambien.

Los jueces ejercerán, a petición de parte o del Ministerio Público, el necesario control para evitar que a través de ese derecho, el progenitor ponga en peligro la salud física o espiritual del hijo. Es razonable que así sea, ya que resultaría contrario al interés del hijo menor, o del incapaz, fracturar sus vínculos familiares, aun cuando esto respondiera a la decisión de quien ejerce la guarda y custodia. Provocar sin justificadas razones tales fracturas, y sólo representaría un abuso.

Dependerá de las circunstancias de cada caso el otorgar tal derecho o disponer que los parientes mencionados por esa norma se limiten a visitar al menor o al incapaz en su domicilio; el juez tendrá en cuenta para ello, la edad de éste, su estado de salud, las horas que dedica al estudio o al esparcimiento, las características del vínculo con el pariente, etc.

"El contenido de derecho de visita. Este derecho abarca la visita en estricto sentido, el derecho de comunicación indirecta o de correspondencia, y la convivencia del menor en la casa del pariente que no lo tiene en custodia.

En el primer aspecto se manifiesta bajo la posibilidad de tener acceso al menor en el domicilio de éste, que es lo mínimo a lo que se puede aspirar; sin embargo, el titular de la custodia está obligado a soportar la presencia del visitador y éste tampoco se siente cómodo en un ambiente que le impide relacionarse satisfactoriamente con su hijo. Debido a esto, se ha ampliado a través del tiempo este derecho, para comprender, además, la correspondencia que puede ser escrita, por telegrama, por teléfono o por medio de otras

personas, para llegar a ampliarse basta lograr la convivencia con la estancia del menor en casa del otro beneficiario del derecho “⁽⁴²⁾.

Se ha mencionado en reiteradas ocasiones, que en la sociedad en que nos desenvolvemos diariamente, los temas referidos a tenencia de menores, régimen de visitas a los mismos y alimentos, la decisión judicial es revisable tantas veces como se modifiquen las circunstancias de hecho que hayan conducido a su fijación. Ello implica que toda sentencia que resuelve tales cuestiones adolece de poder ser previsible, como una consecuencia ya que da lugar a que se considere que lo resuelto en ellas no hace cosa juzgada. No obstante de que adolece de ser previsible, hablamos de régimen de visitas definitivo, entendiéndolo por tal, a aquel que se estableció judicialmente o de común acuerdo entre los progenitores.

En este punto nos ocupamos del régimen de visitas provisorio, que es establecido para regir exclusivamente durante el lapso de la tramitación del juicio, que llevara al establecimiento del definitivo.

“El régimen de visitas provisorio se establece con el carácter de medida cautelar específica destinada a la no interrupción del contacto paterno-filial durante la tramitación del juicio y, en consecuencia, su establecimiento está sujeto a menores requisitos que los que conducen a la fijación de aquel denominado definitivo.”⁽⁴³⁾

La importancia de no interrumpir el contacto paterno-filial durante la substanciación del juicio, indica la necesidad de establecer un régimen de visitas provisorio, con carácter medida cautelar. Tal carácter de medida cautelar determinada que sean menores los recaudos que los requeridos a fin de establecer el régimen de visitas “definitivo” .

De no procederse así, el lapso más o menos largo que transcurre hasta la finalización del juicio, sería como una barrera entre el menor y el progenitor visitante, ya que obstaculizaría la posibilidad de alcanzar, entre ellos una relación afectiva plena.

⁽⁴²⁾ Idem p.p.115-116

⁽⁴³⁾ Stillerman Martha N., “MENORES, REGIMEN DE VISITAS: RECONOCIMIENTO DE HIJOS”, Editorial Universidad, Buenos Aires , p.168-169.

3.1.- CARACTERÍSTICAS

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

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

b) **SUBORDINADO.-** Aún cuando es un derecho recíproco, está siempre subordinado al interés del menor, quien es el mas necesitado de protección. Aún cuando quien desea ejercer el derecho de visita ponga todo su empeño para que se le conceda, si de su ejercicio puede resultar algún perjuicio para el menor, el juez no debe otorgarlo: antes y primero que nada se debe atender a lo que mas le conviene al menor, lo que puede ser mejor para su educación y desarrollo.

c) **INDEPENDIENTE DE SU ORIGEN CAUSAL.-** El derecho de visita es concedido por encima de, y al margen de los motivos que dieron lugar a la separación entre el menor y la otra persona interesada en la relación interpersonal y jurídica, y al margen de las querellas y enfrentamientos entre visitador y titular de la guarda del menor. Ello lo prueba sobre todo el que este derecho corresponde incluso al cónyuge culpable en caso de separación matrimonial.

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

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

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

f) **RENUNCIABLE.-** Es un derecho esencialmente renunciable, sin embargo en cuanto que es concedido en beneficio del menor, el beneficiario no puede renunciar a él salvo que haya una causa justificada y con tal no perjudique a éste.

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

h) **RECIPROCO.-** Se da tanto en interés de los progenitores o de las personas con relaciones afectivas con el menor, como en interés de éste último. Aún cuando el interés del menor es siempre prevalente, también debe atenderse a las necesidades del beneficiario, a su derecho de convivir con la persona que quiere, como sería su hijo, su hermano, su nieto, su pariente, según la hipótesis que se presente; debe siempre tratar de acrecentarse el cariño entre ambos.

i) **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 vida no les puede ser impuesta la presencia o la convivencia con una persona, aún siendo está su padre o su madre. Si llegada la mayoría de edad se niega a ser visitado por determinada persona debe tener razones válidas para ello, ya que se presupone que está capacitado para discernir entre lo que es bueno y lo que es malo para él mismo.

j) **REVISABLE.-** La sentencia o el convenio en el cual se pactó el derecho de visita siempre se puede revisar ya que puede haber modificaciones si cambian

las circunstancias. Estas resoluciones o pactos nunca adquieren el valor de cosa juzgada, ya que estarán sujetas para el menor puede dejar de serlo en otro tiempo y viceversa.

3.2. - SUJETOS DEL DERECHO DE VISITA

Este es un verdadero derecho que puede reivindicarse y que ejercen determinadas personas. Se pueden mencionar cuatro sujetos: El progenitor que por la crisis matrimonial, divorcio, separación o nulidad no tiene la guarda y custodia del hijo. También es aplicable a los progenitores que hubieren tenido hijos fuera de matrimonio, pues quien no tenga la custodia tiene derecho a ver y convivir con sus hijos.

El derecho del progenitor es evidente, y para ello se pacta en el convenio la forma y manera como el que no tiene la custodia podrá convivir con su hijo, que se puede aplicar también para casos de los hijos habidos fuera de matrimonio.

“En la doctrina se ha planteado si los abuelos tienen también el derecho de visita. A través de la evolución habida en Europa, actualmente se acepta que los abuelos tienen este derecho y pueden solicitar tener consigo a sus nietos para convivir con ellos.

En Francia a partir de la concesión del derecho de visita de los abuelos, se fue ampliando a otras personas, como a los padrinos y parientes colaterales. Pero para estos casos es necesaria alguna otra circunstancia, como el haber criado al menor o tenerle algún afecto especial.”⁽⁴⁴⁾

El menor es el primer interesado en que las visitas se realicen. Es el sujeto principal de la relación jurídica paterno-filial, la cual se establece en su beneficio. Es importante agregar, que la persona que tiene la guarda y custodia del menor, es quien debe permitir que los titulares del derecho lo puedan ejercer. Más que el deber o permitir de no hacer significa no interferir en la esfera jurídica de los titulares del derecho de visita, tiene el deber de respetar las visitas, para facilitar la relación interpersonal del visitador con el menor.

Los elementos personales del derecho de visita se dividen en dos:

⁽⁴⁴⁾ Idem p.p.128-129

1) Sujetos Activos y 2) Sujetos Pasivos

1).- Los sujetos activos son:

- El padre o madre privado de la custodia del hijo;
- Los abuelos;
- Los hermanos y otros parientes;
- Personas allegadas al menor y
- El menor mismo.

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

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

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

El derecho de visita es un derecho natural íntimamente vinculado a la calidad de padre o madre, y estos no dejan de serlo, ni de querer a sus hijos por el hecho de haberse dado cuenta de que no pueden vivir juntos; y entiendo que el derecho no tiene fuerza para exigir a una persona que continúe viviendo en matrimonio con quien no ama, como condición para seguir viendo a sus hijos. Una cosa es el deber de convivencia en el matrimonio y otra el de cumplir los padres con sus deberes para con sus hijos, deberes que el derecho permite se sigan cumpliendo al margen de la convivencia conyugal.

Los abuelos.- Debido a que los abuelos muy ligados jurídica y moralmente con sus nietos, es lógico pensar que no se les puede negar el

derecho de visita para que con sus nietos, máxime cuando esta prohibición afecte a los nietos. Claro que se podría negar en caso de que la relación de los nietos con los abuelos perjudicará a los menores.

Sobre esta materia existe precedente favorable en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 4 de julio de 1983, transcrita anteriormente.

Los hermanos y otros parientes.- Este sería el caso, por ejemplo, de hijos mayores de edad, fuera de la patria potestad y que no viven en la casa de sus padres, con respecto a sus hermanos menores sujetos al régimen de guarda. Otro caso sería el de dos menores, de los cuales uno ha quedado bajo la guarda del padre y el otro bajo la guarda de la madre.

Considero que es de derecho natural que dos hermanos se vean y relacionen y cuiden su recíproco afecto. Hay lazos de parentesco legal muy próximo y ambos pertenecen a una familia común en la que por razones ajenas a su voluntad se les impide convivir y compartir un cariño que ambos deben cultivar.

Estimo que a la hora de determinar que parientes pueden aspirar a obtener un régimen de visitas y relaciones con un niño, y quienes no, la cuestión no debe centrarse en el grado de parentesco, sino en otros datos y circunstancias (cariño, convivencia interior con el menor, etc.). Podrá, por tanto, concederse a ciertos parientes mas lejanos cuando se ha negado o podría negarse a otros mas próximos del menor en quienes no concurren estos motivos y circunstancias.

Personas allegadas al menor.- En el Código Civil Español se menciona la relación de los hijos con parientes y allegados. Aquí cabría preguntarse: ¿Quiénes son los allegados? A pesar de que es muy difícil dar una contestación categórica se pueden mencionar entre otros, a los padrinos, a las nanas, maestros y educadores que tiene gran afecto por el menor.

En estos casos debe ser el juez quien decida que comprende el término allegados, y así resolver si se tiene o no el derecho de visita.

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

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

El principal interesado y beneficiario o perjudicado por este derecho es el menor, por lo que se puede decir que el menor es el principal titular del derecho de visita y tiene el derecho de exigirla. En cuanto al sujeto pasivo de esta relación, ya dijimos que éste siempre será la persona que detente la guarda o custodia del menor, ya que será siempre ante éste, que se ejercite el citado derecho.

3.3.- CONTENIDO

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

Por definición y finalidad a que sirve, el objeto del derecho de visita versa sobre una serie de relaciones personales entre su titular y el menor y se traduce y ejercita por cuantos medios puedan proporcionarles.

Como vimos con anterioridad, el derecho de visita ha ido evolucionando, no solo en cuanto a las personas que pueden ejercerlo, si no también en su contenido nació como un simple derecho concedido a uno de los titulares para ver al menor en el domicilio de éste; luego se amplió para verse y reunirse unas horas fuera del domicilio del menor; posteriormente se permitieron formas de comunicación como cartas, etc.; por último ahora se concede para reunirse con el menor durante varios días alojándose éste en el domicilio del titular del derecho, o llevarlo de vacaciones, etc.

Tanto en la infancia como en la edad escolar, el niño necesita contar con la estabilidad de un domicilio respecto del cual el sienta una relación de pertenencia. Del mismo modo, el menor requiere de una situación afectiva estable tendiente a que, ante la disolución del matrimonio de sus padres no se vea privado de sus afectos.

La estabilidad del menor ya resulta afectada al producirse el retiro del hogar de uno de los progenitores, y mas aún si ese retiro significa para él una

mudanza. El régimen de visitas amplio contribuye a proteger al menor de los sentimientos de desamparo e incertidumbre que estas situaciones le producen. En todo momento el menor debe mantenerse informado, en la medida de su posibilidad de comprensión, de lo que acontece a su familia, siendo esencial hacerle saber que este acontecer no tiene su causa en él, aunque si tiene afecto sobre él.

En caso de planteo judicial debe tenerse en cuenta que la solución a la que se arribe nunca hace cosa juzgada, ya que es modificable cuando un cambio en las circunstancias externas o en las necesidades del menor lo hagan aconsejable sin olvidar que la particular índole del sujeto involucrado en estas decisiones exige, que no obstante la provisión, se extienden los requisitos al momento de arribar a cualquier decisión.

Las acciones para solicitar la modificación de la tenencia de un menor o el establecimiento de un régimen de visitas pueden ejercer en cualquier tiempo.

Así mismo es menester preguntarse ¿que derecho le asiste al progenitor que se ha desentendido de su hijo?, en el sentido de haber dejado de verlo cuando- voluntaria o forzadamente- haya dado cumplimiento a la obligación alimentaria de interrumpir en forma repentina en su vida y que cabida puede tener en el esquema afectivo de un adolescente un padre que reaparece reclamando un cariño que este quizá depositó en la pareja (matrimonio o no) de su madre de quien desde pequeño recibió el afecto y los cuidados de un padre. Consideraciones semejantes resultan procedentes cuando quien se ha desentendido del menor es la madre.

En tales circunstancias es conveniente escuchar la opinión del menor, en razón de que en algunos casos la necesidad de conocer su origen es muy grande, en tanto que otros privan los afectos forjados en la convivencia diaria o el rencor hacia el abandonante. Tales sentimientos son merecedores del más amplio respeto, único modo de preservar el interés del menor.

Podría decirse que el derecho de visita se presenta en tres formas:

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

3.3.1.- VISITA EN SENTIDO ESTRICTO

La institución en estudio empezó a recibir este nombre en la jurisprudencia francesa precisamente por que la primera manifestación de tener acceso al menor quien pretendía relacionarse con él fue visitándolo en la residencia o domicilio del titular de su guarda. Sólo más tarde se permitió que fuera el menor quien se desplazará a casa del beneficiario y finalmente fueron permitidas las estancias temporales del menor en casa y compañía del beneficiario.

La expresión mínima de este derecho podría ser la visita "stricto sensu" que se da sólo en el domicilio del menor. Este tipo de visita es impuesta la mayoría de las veces por el juez y presenta como inconveniente que ninguno de los protagonistas 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. Fue debido a esto que con el tiempo se permitió que las visitas se llevaran a cabo trasladando al menor a casa del beneficiario o que la convivencia se realizará en lugares públicos, en donde el menor y el visitador se sientan en confianza para poder interrelacionarse.

3.3.2.- CORRESPONDENCIA

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

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

3.3.3.- ESTANCIA DEL MENOR EN CASA DEL BENEFICIARIO

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

Esta relación debe tratarse con mucho cuidado, buscando siempre el bienestar del hijo, ya que estas relaciones son por un tiempo más prolongado y hay mayor contacto entre uno de los padres y el hijo. La regulación de este ejercicio preferentemente se hará por medio de un pacto entre los cónyuges; a falta de pacto competereá a los tribunales dicha regulación.

En términos generales se puede decir que no importa el lugar de reunión con el menor, normalmente es en el domicilio del progenitor o de otro pariente; pero hay algunos casos en que se podrían poner ciertas condiciones, como en el supuesto que pudiera resultar una influencia negativa al hijo el lugar donde se realizara, o en el caso en que el visitador pretendiera sacar al hijo fuera del país. En estos supuestos se tomarán las medidas necesarias.

3.4.- LÍMITES

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

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

No obstante que en México se acostumbra que ambos progenitores participen en la educación del menor, y así se hace constar en los convenios que se firman, parece conveniente que la legislación decida esta situación que genera en la práctica no pocos conflictos. Es natural que quien tiene la custodia resuelva sobre aspectos de educación, salud y aspectos diarios de convivencia del menor; el que sólo tiene el derecho de visita carece de la información que el otro tiene.

El visitador solamente deberá tener una relación afectiva con el menor, no deberá intervenir en la educación del menor ni podrá enseñarle otro tipo de doctrina o principios religiosos si van contra los que le enseña quien tiene la custodia.

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

3.4.1.- RESPONSABILIDAD QUE ASUME EL QUE RECIBE AL INFANTE.

No se puede decir que el derecho de visita es un derecho, deber del titular. Por un lado se tiene derecho de visitar al hijo ya sea en el domicilio del menor o fuera de él, y llevárselo por una temporada, y también el derecho a la correspondencia.

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

Así mismo como se lleva acabo en la actualidad, cuando la convivencia de lleva dentro del Centro de Convivencias Familiares del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; solo se puede recibir al menor y el progenitor con el que se va a dar la convivencia para hacerse cargo del mismo y en ocasiones excepcionales se le permite la presencia del progenitor que detenta la custodia; esto en virtud del temor del menor a relacionarse con su padre, vigilando en todo momento la convivencia con el padre que no detenta la custodia; lo cual perjudica al menor a poder desenvolverse como lo quiera para con el padre que no detenta la custodia y lo hará al margen que le sea permitido; por el progenitor que detenta la custodia ya que podría causarle el temor fundado de alguna represalia en cuanto lleguen al hogar, en donde vive.

Por lo que resulta, completamente perjudicial para ambos; es decir para el visitado y el visitador, por que no se da la privacidad que se necesita para una convivencia sana.

3.5.- CUMPLIMIENTO

Ya vimos cuales son los sujetos del derecho de visita, ahora hay que conciliar los intereses de todos los que intervienen en esa relación jurídica.

Aún cuando no hay consenso en la doctrina sobre si debe o no tomarse en cuenta la opinión del menor, estimo que de ser posible conviene oírlo, desde luego hay que tomar en cuenta su edad y madurez, pues como sujeto de esta relación jurídica tiene un derecho propio para poder expresar su opinión, que de ser posible debe ser atendida.

Evidentemente pueden surgir conflictos de intereses entre quienes están dentro de esta relación, que pueden ser los visitadores, quien tiene la custodia del menor, o el propio menor. Ésta es la razón para que los acuerdos en el convenio sean lo mas claros posibles y perfilando el régimen de visitas con seriedad y en interés del menor.

Como abusos del derecho de visita se puede señalar que el progenitor titular aproveche las visitas y sus relaciones con el menor para obstaculizar las facultades que corresponden al custodio; o utilizar su influencia con el niño para desviar el cariño que este tiene a su custodio; o cuando interfiere en una formación intelectual; o con orientaciones contrarias y practicas religiosas diferentes se generan conflictos.

También se consideran abusos el hecho de que el visitador, en lugar de tener consigo al menor, lo deje en manos de terceros; hablar mal del custodio o viceversa; el retraso en la devolución del menor o la no devolución del mismo a su custodio; o el hecho de que el visitador disponiendo de ciertos horarios para ir a recoger al menor lo haga con retraso o no lo busque.

La forma de solucionar podría ser en estos casos, condicionando en el convenio las visitas, de tal manera que el abuso por parte del visitador facultará al custodio para apercibirlo y para que en los términos pactados puede modificar el ejercicio del derecho si persiste en el abuso.

Por otro lado el visitador que resulta lesionado porque no le es respetado su derecho, tiene la protección jurídica y el auxilio de los tribunales. En la práctica son muy frecuentes estos conflictos y se observa que quien detenta la custodia (provisional o definitiva) niega de hecho el derecho de visita al otro progenitor o a los abuelos. Los argumentos son variados: enfermedad del hijo; poca edad que hace conveniente no vea el otro padre vuelve muy nervioso; el titular no pasa a la hora fijada; no lo devuelve a la hora convenida etc. Los pretextos pueden ser innumerables. Cierto que el titular

ofendido puede acudir al juez y éste prevenir con los medios de apremio y que se le aplican al que detenta la custodia del menor pero la eficacia no ha sido satisfactoria en la práctica, para su debido cumplimiento.

Como una posibilidad de defensa que tiene el visitador se encuentra la protección civil. En el convenio puede establecerse, para el caso de incumplimiento de la obligación a cargo del custodio, o cuando este obstaculice el derecho de visita, una cláusula penal para cada cumplimiento, tal como es posible pactarlo en el derecho alemán.

Siempre tendrá el visitador expedita la vía judicial para exigir se cumpla el convenio o la sentencia dictada por un Juez de lo familiar, cuando se acudió ante la instancia judicial, aunque son obvios los límites de eficacia de este medio, pues el custodio del menor puede ocultar a este o mandarlo al extranjero. Además son evidentes los daños que se pueden causar al menor con estos conflictos entre sus padres.

Por lo que sería de suma importancia que se regulará en el Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal, medidas de apremio mas efectivas para que se de el cabal cumplimiento a lo pactado o a lo ordenado por el juez dentro de la Sentencia dictada, tratando de cuidar abusos, o bien para tratar de que el cumplimiento del derecho de visita se lleve acabo como se pacto.

A lo cual hago especial hincapié y a manera de ejemplo que si él custodio es quien está obstaculizando las visitas y por ende las convivencias con el no custodio se le imponga como medida de apremio un arresto hasta de 72 horas, dependiendo de que tan grave pueda ser la obstaculización de la convivencia.

Tomando siempre en cuenta que actualmente el cumplimiento ya no es tan importante para el custodio y se propone el obstaculizar la convivencia con cualquier pretexto, debido a que las medidas de apremio a mi parecer son sumamente condescendientes y no llegan a crear una verdadera responsabilidad en cumplir o incumplir con la convivencia.

Ahora bien si el incumplimiento se da por parte del no custodio y que es quien está solicitando la convivencia, tal vez, la mejor medida de apremio sería el apercibimiento para que en caso de incumplir se le suspenderán las convivencias con el menor o los menores, tratando de hacer de manera mas eficaz y efectiva el cumplimiento de las visitas.

3.5.1.- PROTAGONISTAS DEL DERECHO DE VISITA Y SUS RESPECTIVOS INTERESES.

a) EL VISITADOR

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

Sin embargo la realidad ha demostrado que con frecuencia no son precisamente bondadosos, ni puramente afectivas las motivaciones del beneficiario, si no que al menor se le está utilizando como un mero instrumento cuando existe conflicto entre quien tiene la custodia y el visitador. En estos casos de conflicto, el juez de lo familiar debe resolver sobre el régimen de visitas, no dejando de observar lo anterior de manera rápida, para que no se dañe al menor o se le cause algún perjuicio del que ya está sufriendo por la separación de sus padres.

b) EL TITULAR DEL DERECHO DE GUARDA DEL MENOR

Es necesario tomar en cuenta al titular de la custodia, quien puede tener un temor fundado, de que las relaciones del visitador perjudiquen al menor. Un problema fuerte de temores se relaciona con la formación integral del menor ya que puede ser motivo de disputa en la forma de educar y los principios a inculcarle.

Aunque el que tiene la custodia, no conserva el monopolio de las relaciones del niño, tiene la primacía en la educación que incluye la formación espiritual y religiosa del menor. El visitador no debe intervenir para enseñar lo contrario al menor, pues se crearía confusión en él.

c) 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.

La doctrina francesa y la psicología se han ocupado de estudiar el tema relativo al interés del niño. La tendencia tradicional coloca el interés del niño en la perfección de su educación concebida por el progenitor e impuesta al

niño por quien dirige su vida; la voluntad y opinión del niño no son tomadas en cuenta.

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

Una tercera posición es la intermedia, que toma en cuenta la educación del menor, la voluntad y necesidades del mismo, pero el interés del menor va en función de su edad y personalidad, ya que no es el mismo un menor de siete años, que un adolescente.

Aunque en la Legislación del Distrito Federal no se dice claramente que prevalece el interés del menor, los artículos 283 y 284 del Código Civil se basan en el interés del menor y su protección.

Artículo 283.- "... a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello...

Artículo 284.- ... cualquier medida que se considere benéfica para los menores ...⁽⁴⁵⁾

¿Quién debe decidir sobre el interés del menor ? De ser posible los padres, ya que ellos son los que conocen al niño y saben cuales son sus necesidades; si no pueden estos ponerse de acuerdo será el juez quien decida, estudiando cada caso en particular.

d) LA VOLUNTAD DEL MENOR EN RELACIÓN CON SU INTERÉS.

Mientras una persona es menor de edad está limitada su capacidad; tiene capacidad de goce más no de ejercicio, casi todo lo relativo a su persona y bienes será resuelto y actuado por sus representantes legales, que son los que ejercen la patria potestad, mas esto no indica 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 oído antes de tomar una decisión sobre su destino y sobre el régimen de visitas, siempre y cuando por su edad y madurez pueda tomar la decisión, sin que haya influencia sobre él.

⁽⁴⁵⁾ Código Civil para el Distrito Federal, Edit. ISEF, México 2004, p.p.39

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

La otra teoría puede considerarse basada en la sentencia que pronunció el Tribunal Federal Suizo (24 de octubre de 1935) que dice:

“... importa poco saber en que medida un niño ya mayor, próximo a la mayoría de edad, acepta o rechaza esas relaciones personales, por que no son sus obligaciones las afectadas por la sentencia de divorcio... sino las de aquel de los padres que ejerce la patria potestad”.⁽⁴⁶⁾

En relación a esta sentencia se ha discutido mucho en Francia, pero parece que la mayoría está en contra, pues argumentan que el niño es un sujeto y no un objeto de la relación jurídica.

Considero que cualquiera de las dos posturas puede resultar peligrosa. Debe tomarse en cuenta el parecer y la voluntad del menor, pero esa voluntad debe ser razonada y no sólo motivada por sentimientos negativos. Si el menor rehúsa a ser visitado habrá que tomar en cuenta si no se trata de una objeción caprichosa o irrazonable; en estos casos puede decidirse que las visitas sean breves y espaciadas, con el objeto de que se puedan ir solucionando los roces que existan entre el menor y el visitador y éste puede demostrar su afecto.

El Código Suizo, reformado por la ley del 25 de junio de 1976, el artículo 2732 dice:

“Cuando el hijo tiene 16 años cumplidos, las relaciones personales (con sus padres) no pueden subsistir sino con su consentimiento”.⁽⁴⁷⁾

Como vemos, aquí se da mucha importancia a la voluntad del menor.

La exposición de motivos de dicho Artículo dice:

“Mientras (el niño) es incapaz de discernimiento, debe sufrir las relaciones personales con aquel de sus padres que tiene el derecho de visitas.

⁽⁴⁶⁾ idem p.p 124

⁽⁴⁷⁾ idem p.p 201

“Cuando llega a ser capaz de discernir, por el contrario, la visita de los padres no puede serle impuesta. Su derecho personal debe ser reconocido también bajo esa relación. Por razones practicadas, conviene sin embargo establecer un límite de edad fija”.⁽⁴⁸⁾

“ El proyecto toma de nuevo la edad de 16 años, determinante en lo que concierne a la educación religiosa. A esa edad el niño debe haber alcanzado la madurez necesaria para oponerse a la influencia de un tercero, en particular a la de aquel de sus padres al que está confiada su guarda. Las relaciones personales no pueden entonces subsistir sino con su consentimiento”.⁽⁴⁹⁾

e) CONCILIACIÓN DE TODOS LOS INTERESES EN JUEGO.

Cuando sea fácil conciliarlos y dar satisfacción a todos los interesados, el problema deja de serlo o queda resuelto. En caso contrario, ¿podría hablarse de un interés prevalente? La generalidad de la doctrina se inclina por la supremacía del interés del menor, en cuanto a que es él menos culpable de ciertas situaciones (crisis matrimoniales, desavenencias familiares, etc.) y la parte mas vulnerable, amén de sujeto de especial protección por el ordenamiento frente a quienes saben y pueden defenderse mejor.

Es mi opinión que el interés, que debe prevalecer y el más importante es el del menor, en caso de conflicto con el del beneficiario, o de gran incompatibilidad entre ambos.

No obstante el pertinente imperante en esta materia, pienso que podríamos concluir diciendo que sólo podrá haber lugar a las pretendidas visitas y relaciones cuando éstas no causen algún daño al menor, incluso no impediría el ejercicio del derecho de visita, la falta de alguna utilidad para el niño, es decir, aunque a éste no le haga ni bien ni mal, pero en todo caso su ejercicio estará subordinado a la ausencia en perjuicio para el menor.

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

⁽⁴⁸⁾ idem p.p 205

⁽⁴⁹⁾ idem p.p 214

CAPÍTULO CUARTO

MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y PÉRDIDA DEL DERECHO DE VISITA

Al hablar sobre las características del derecho de visita distinguí, que es un derecho relativo, es decir que si las circunstancias cambian el régimen de visitas puede ser modificado, suspendido y hasta suprimido. Por lo tanto las resoluciones que acuerdan y regulan el derecho de visita son siempre provisionales y revisables. Podemos ver que este derecho se encuentra regido por la cláusula *Rebus Sic Stantibus*.

“En el artículo 90 penúltimo párrafo del Código Civil Español, establece que: “ las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo a las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias” y el artículo 94 añade: “el juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar y suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”.⁽⁵⁰⁾

En México, ante la ausencia de disposición especial, es posible aplicar el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que contiene como principio general la posibilidad de modificar la relación paterno filial, en cuanto las circunstancias sean distintas o hayan cambiado, dentro de la cual se encuentre regulado el derecho de visita.

La interrelación de un niño con sus padres y por tanto la interrelación que debe mantener con el padre o madre con quien no convive, es un derecho protegido por nuestras leyes nacionales y por las normas internacionales como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Efectivamente, todas estas normas reiteran y ratifican el principio del Interés Superior del Niño, principio que toda autoridad debe considerar al optar una medida que involucra a un menor.

Sin embargo y pese a todo, las normas que actualmente nos rigen no ayudan a que se logren medidas efectivas que salvaguarden la integridad física y psicológica de un niño, por no existir regulación especial sobre el régimen de visitas. Son innumerables los casos donde los niños son usados

⁽⁵⁰⁾ Código Civil, colección de Textos Legales, Op. Cit p.67

como trofeo en las disputas entre padres, ya que pese a la existencia de una Sentencia Judicial que determina y fija un Régimen de Visitas para el padre o madre que no tiene la guarda y custodia, las mismas no son respetadas y no se llevan acabo como quedo señalado en la sentencia o en el convenio celebrado, ya que el padre custodio no desea llevarla acabo, o bien al padre que al que se le concedieron, es decir, el padre no custodio incumple al no presentarse a las convivencias.

“Ahora bien, y a manera de ejemplo señalo que de acuerdo al artículo 90 del Código del Niño y del Adolescente de Perú, dicho régimen es incumplido pese a los apercibimientos estipulados en el Artículo 181 del mismo Código, dando como resultado niños maltratados, usados y hasta amenazados a rechazar al padre o madre que busca luchar por el cumplimiento de su régimen de visitas, dándose un sin número de constancias de incumplimiento.”⁽⁵¹⁾

Sin embargo, el tiempo va pasando y estos niños van perdiendo irremediamente la interrelación que debe y necesita tener con sus padres y si todavía le quedan fuerzas para seguir luchando, al final son los niños que entrampados entre las discusiones de sus padres y en tanto trámite, pierden irremediamente su derecho y el afecto a interrelacionarse con su familia.

En virtud de los problemas que se tienen entre pareja, es por lo que muchos padres o madres demuestran desinterés por interrelacionarse con sus hijos con quienes no viven y simplemente deciden no verlos, ante esto los familiares más próximos como son los abuelos, por ejemplo como miembros de la familia, tienen el riesgo de quedarse también imposibilitados de poder lograr un régimen de visitas que les permita mantener una relación de acuerdo al caso, con el nieto a quien no han visto.

En mi opinión, y para efectos sistemáticos, podríamos distinguir 3 hipótesis distintas:

- 1) Modificación del régimen de visitas por alteración del mismo;
- 2) Suspensión (temporal) del derecho de visita y,
- 3) Supresión o pérdida (definitiva) del derecho de visita.

⁽⁵¹⁾ Burt Robert, “LA CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA”, Edit. Barcelona 2000, p. 215

La aparición de hechos nuevos o circunstancias graves pueden obligar o modificar, limitar o suspender el derecho de visita. En el orden práctico la dificultad surgirá al momento de determinar cual puede ser la "justa causa" o "situación grave" por el que se puede modificar, suspender o perder el derecho de visita. Entiendo que además de graves, los motivos deben ser serios, legítimos y actuales y deben ser plenamente probados por la persona que los alegue.

Esas circunstancias graves o causas justas pueden ser de muy variada índole, referidas unas veces al visitador y otras al menor. Entre las referencias del visitador podríamos citar las que puedan comprometer la salud física o moral del menor, que lleve una vida con vicios, que intente corromper al menor, etc. Y por lo que respecta al menor, pueden serlo, la salud delicada de éste, el desagrado con traslados o visitas, que exista repugnancia por parte del menor al realizarse las visitas, que hagan estas totalmente desaconsejable por su efecto nocivo para el niño, etc.

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

He señalado como se da el derecho de visita, los límites que tiene y la forma posible de evitar los abusos, ahora tratare algo sobre su modificación, suspensión y pérdida.

Estimo que el juez está facultado para modificar, suspender o decretar la pérdida del derecho de visita con base en los artículos 283, 284, 416, 422, 423 y 444 fracción III del Código Civil para el Distrito Federal y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que reglamentan la patria potestad, pues el derecho de visita se funda en la relación padre e hijo dentro de la cual los padres tienen la patria potestad.

En el artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal contiene como principio general la posibilidad de modificar la relación de los padres con sus hijos, dentro de la cual está el derecho de visita. Yo creo que el problema consiste en saber cuando existe la justa causa o el motivo grave para la alteración al derecho de visita. Además la causa o motivo deben ser reales y debidamente probados por quien los alegue.

Cuando existen hijos menores o incapacitados, en la sentencia dictada por un Juez de lo Familiar de nulidad, de divorcio, o en ejecución de la misma, el juez deberá determinar el tiempo modo y lugar en que el padre que no tiene la guarda y custodia de los hijos, podrá visitarlos, comunicarse con ellos y

tenerlos en su compañía, excepcionalmente en la misma resolución, si existe causa para ello, podrá limitarse o suspenderse esta relación del padre con sus menores hijos.

Para la determinación del régimen de visitas, influyen numerosos factores como son: la edad de los hijos, las relaciones afectivas entre estos y el padre (no custodio), el régimen escolar, la jornada laboral del progenitor no custodio, la residencia en la misma o distinta población del progenitor custodio y de los hijos, etc., sobre todos los factores señalados, debe prevalecer el interés de los menores con el progenitor no custodio. "Teniendo en cuenta que todos estos factores están proyectados sobre realidades humanas, es lógico pensar que éstas, con el transcurso del tiempo, se vean sometidas a algún tipo de cambio, por lo que no pueden considerarse como definitivas ya que pueden llegar a resultar ineficaces."⁽⁵²⁾

Ahora bien, el régimen de visitas que se fijo inicialmente, podrá ser modificado cuando se produzca una alteración de las circunstancias que concurrieron al momento en que se fijaron."Estas modificaciones pueden estar dirigidas hacia dos puntos totalmente opuestos, bien a una ampliación del Régimen de Visitas y estancias, o por el contrario a una suspensión o limitación del mismo, circunstancia que ya nos indica la posición procesal de cada uno de los progenitores, en el primer supuesto la parte actora será el progenitor que no tiene la custodia de los hijos, y en cambio en el segundo, el progenitor custodio, será el encargado de iniciar el procedimiento de modificación."⁽⁵³⁾

4.1.- MODIFICACIONES

"Toda concesión del derecho de visita y del régimen correspondiente tiene una vigencia "rebus sic stantibus": variadas las circunstancias que existían en su nacimiento, el régimen inicial debe variar también. Si el ejercicio de este derecho pretende predominantemente el beneficio del menor, cuando sus intereses se ven afectados se puede obtener una modificación en su régimen."⁽⁵⁴⁾

⁽⁵²⁾ Manuel F. Chavez Ascencio, "FAMILIA EN EL DERECHO, RELACIONES JURÍDICAS PATERNO-FILIALE", Edit. Porrúa, México 1998, p.p. 258

⁽⁵³⁾ Idem p.p. 130

⁽⁵⁴⁾ Stillerman Martha N., "MENORES, REGIMEN DE VISITAS: RECONOCIMIENTO DE HIJOS", Edit. Universidad. Buenos Aires 1999, p.p. 114.

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

Debe tomarse en cuenta que el derecho de visita tiene como fin principal al menor, por lo tanto, cuando sus intereses se afecten se puede lograr la modificación. Es importante señalar que para que la misma pueda solicitarse debe tratarse de un hecho real o debe existir alguna variación no necesariamente grave a lo establecido en el régimen inicial que sea serio y actual. La modificación como se trata del ejercicio de un derecho puede ser materia del convenio, o bien de decisión judicial.

“El régimen de Visitas y estancias del niño con cada uno de los progenitores no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, en una excusa o motivo para aflorar tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes de su entorno familiar. Al contrario el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse un desarrollo integral de su personalidad”⁽⁵⁵⁾.

Siempre debe existir la figura de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como del régimen de visitas y estancias con uno u otro, por ello debe recomendarse que lo ejerzan con generosidad, adaptándose a las necesidades y deseos de sus hijos, sin olvidar que en este compromiso están incluidos también los integrantes de la familia, sobre todo si conviven juntos, pues la educación de los niños es una tarea de ambos progenitores ya que está puede afectar a todas aquellas personas que tienen contacto con ellos.

Sin embargo, en muchas ocasiones el objetivo que debe guiar a los progenitores, se desvirtúa, puesto que por un lado, el progenitor no custodio pierde la sensibilidad que debe tener respecto a sus hijos utilizando la visita como una mera satisfacción personal de su deseo temporal de estar con ellos, y por parte del progenitor custodio, se tiende a monopolizar la relación paterno filial, “sin duda en la creencia de que tras la separación se produce una especie de adjudicación en propiedad de los hijos o al menos del cariño

⁽⁵⁵⁾ Pérez Martín Antonio Javier, “DERECHO FAMILIA”, Edit. LEX NOVA, 4ª Edición 1999, p.p.701

que de estos pueda emanar. Como es lógico junto a estas actitudes de los progenitores, se une la conducta típica de las descalificaciones del otro progenitor, aumentando sus defectos y ocultando sus posibles virtudes, y lo que es más grave, involucrando a los hijos hasta el punto de ponerles en la postura de optar por uno u otro progenitor.⁽⁵⁶⁾

Ante estas situaciones, es lógico que por las presiones de uno y la dejación del otro, los menores se vean expuestos a desequilibrios psíquicos y/o psicológicos, ocasionándoles angustias, miedos, ansiedades, etc., lo que da lugar a que en algunas ocasiones, el progenitor custodio presente demanda de modificación del régimen de visitas basadas en los perjuicios que la relación paterno filial provoca en los menores, y que están fundamentalmente dirigidas a una disminución de dicha relación.

Según el autor Pérez Martín nos dice; "Que las demandas suelen sustentarse en dos pilares básicos y que son:

- 1) Las manifestaciones de los menores, en cuanto a su deseo de no querer relacionarse con el progenitor no custodio, que a efectos de prueba puede quedar constancia a través de la correspondiente exploración judicial.
- 2) Los informes psicológicos, en los que se desprende las consecuencias negativas que puede producir la relación de los menores con el progenitor no custodio."⁽⁵⁷⁾

El que el progenitor no custodio se oponga a esa petición de suspensión o limitación de las visitas; es que deberá analizarse si se da algún supuesto excepcional tanto con relación al progenitor no custodio como en los hijos menores, que impida el régimen normal de comunicación y estancia que viene rigiendo hasta ese momento, ya que la realidad nos pone de manifiesto que esa negativa de los hijos a no relacionarse con el progenitor no custodio, es un deseo inducido o manipulado por parte del progenitor que detenta la guarda y custodia en ese momento o de sus familiares más inmediatos. Por lo que sería de suma importancia que si las visitas se están dando, gracias al juicio de régimen de visitas planteado por el progenitor no custodio; en donde se han emitido opiniones técnicas de psicólogos o psiquiatras, debe tomarse muy en cuenta que por lo que respecta a los informes rendidos con anterioridad y que obran en constancias del expediente, en el que se va a actuar nuevamente, deben solicitarse la emisión de un nuevo informe, ya que la mayoría de las

⁽⁵⁶⁾ Idem p.p. 320

⁽⁵⁷⁾ Idem p.p. 702

veces cuando es ofrecido por alguna de las partes, suele estar mediatizado desde la óptica del progenitor que encarga su elaboración.

Aunque es menester señalar que en la práctica los estudios realizados a los cónyuges y a los menores se hacen ante un sector salud Público a efectos de evitar que los estudios puedan manipularse en un cien por ciento, por la parte que solicita su elaboración, siendo esto en beneficio de quien detenta la custodia o en beneficio de alguno de los cónyuges, esto para lograr el fin de la suspensión o modificación del régimen de visitas y convivencias.

Como indicamos anteriormente, la suspensión o limitación del régimen de visitas debe adoptarse ante circunstancias graves, o lo que es, lo mismo que esa relación paterno filial cause perjuicio notable en la salud física o mental o se interfiera desfavorable e intensamente en el desarrollo de la personalidad de los menores.

Existen dos clases de modificación a la cual es muy importante el distinguir lo que algunos autores señalan y que es lo siguiente:

“Hay que distinguir la modificación cuantitativa de la cualitativa. La primera puede ser para ampliar o disminuir el número de visitas; la cualitativa puede significar un cambio en las visitas breves y numerosas por algunas largas o menos frecuentes, o bien la prohibición de la presencia durante las visitas del niño con el visitador de una determinada persona.”⁽⁵⁸⁾

4.1.1. HECHOS Y CAUSAS APTOS PARA LA MODIFICACIÓN.

El procedimiento de modificación de medidas deberá utilizarse exclusivamente cuando se hayan alterado sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de la fijación del régimen de visitas, para ello será necesario que dicha alteración tenga relevancia legal y entidad suficiente y que tenga carácter permanente, o al menos que no obedezca a una situación transitoria.

Sobre este tema cabe distinguir dos tipos de hechos:

- 1) La aparición de nuevas circunstancias graves y ;

⁽⁵⁸⁾ Idem p.p. 456

2) El incumplimiento de los deberes impuestos por resolución judicial.

1).- En cuanto a la aparición de nuevas circunstancias graves podemos decir que para que haya lugar a pedir y acordar una modificación al régimen de visitas ya establecido con anterioridad, el "hecho" que se invoque debe ser, por una parte, real, nuevo, en cuanto a no conocido o no haberse podido tomar en cuenta al establecer el régimen inicial y además debe ser suficientemente serio y grave para dar lugar a ese cambio.

A título de ejemplo se puede señalar una enfermedad del visitador o del niño no contagiosa pero peligrosa para ellos; o una grave incompatibilidad entre ambos que solo se ha puesto en evidencia al empezar a relacionarse de esta nueva forma. También como alteración de la situación original se presenta el caso del traslado del visitador al extranjero o a otra ciudad que hace imposible las visitas de fin de semana, originándose como posible solución una o mas estancias largas al año, también cuando hay un cambio de domicilio, ya sea del visitador o del menor, se tendrían que modificar los horarios, formas de visita, etc...; Otras veces pueden ser cambios personales, voluntarios o no, del beneficiario (conducta delictiva o inmoral, prisión, profesión de carácter dudosa, tentativa de trasladar al menor al extranjero o indisponerlo gravemente con el otro) o del niño (salud delicada, traslado al extranjero por razón de estudios, o el hecho de que el menor crezca y tenga nuevas necesidades e intereses).

2).- En cuanto al incumplimiento de los deberes impuestos por resolución judicial, "el artículo 94 del Código Civil Español prevé la limitación o suspensión del derecho de visita si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial."⁽⁵⁹⁾

Entre los deberes aludidos pueden estar los señalados por el juez al regular el régimen: días, horas, lugar de cumplimiento, condiciones del mismo, personas que deben o que no pueden acompañarlos, etc.

En la práctica, ya ante los tribunales y ante un juez de lo familiar, al ya entablar una demanda, el objeto de la misma, en el incidente de modificación del régimen de visitas que inicie el progenitor que no tiene la guarda y custodia de los menores, estará dirigido única y exclusivamente a conseguir un aumento en la relación paterno filial, bien a través de la ampliación de las visitas íter semanales o de las estancias de fin de semana, de vacaciones escolares, etc.. Las causas que motivan la interposición de la demanda

⁽⁵⁹⁾ Código Civil, Colección de Textos Legales, (Boletín Oficial del Estado, Madrid 1996).

pueden ser muy diversas, y que considero de manera muy personal, de mayor importancia las siguientes:

- Que el anterior régimen de visitas se estableciera de forma restringida en base a algún obstáculo. Normalmente la edad del menor, o en su caso alguna causa achacable al progenitor no custodio, como puede ser algún tipo de enfermedad psíquica o física, y actualmente hayan desaparecido esos obstáculos.
- Las circunstancias sobrevenidas que impidan el cumplimiento del régimen de fines de semana, como puede ser el cambio de domicilio de los menores o del progenitor que no detenta la guarda y custodia del menor.
- Que la relación entre los menores y el progenitor no custodio sea tan necesaria y afectuosa que exija un aumento del régimen de visitas fijado inicialmente.

Debe tenerse siempre en cuenta los supuestos mas frecuentes que en la práctica se presentan, en los procedimientos de modificación, que pretenden conseguir un aumento de la relación entre el progenitor no custodio y los hijos.

Primeramente señalaré la petición de aumento de las visitas, teniendo en cuenta que existen progenitores en los que la relación con sus hijos menores se encuentra limitada únicamente a visitas, y en cambio otros, en los que las visitas son un complemento de las estancias, se hace preciso distinguir estas circunstancias en el momento de analizar la petición de aumento de visitas por las causas que a continuación señalaré de manera clara y que son: los progenitores que tienen limitada la relación con sus hijos exclusivamente a la o las visitas, tomando siempre en consideración que normalmente el establecimiento de un régimen de visitas restrictivo obedece a la existencia de algún obstáculo en la relación paterno filial que impida la fijación de un régimen normal, y con el fin de evitar que un contacto prolongado con el progenitor no custodio pueda repercutir negativamente en los menores, esta relación se limita a unas visitas de varias horas en un día o días determinados.

Es posible, que en la misma resolución en donde se fija el régimen de visitas, se estableciera de igual manera la posibilidad de modificar el régimen dependiendo de la evolución de las relaciones paterno filiales. Si esta relación se va desarrollando con normalidad y se supera, el inicial rechazo del menor

hacia el progenitor no custodio, o este da síntomas de haber cambiado sus hábitos de conducta, se dan las condiciones para iniciar un procedimiento de modificación de medidas, ya sea bien solicitando un aumento de las visitas o incluso la fijación de un régimen de estancias, la petición puede efectuarse en el sentido de aumentar las horas de la visita, o el establecimiento de otro día o días en los que pueda tener lugar la convivencia, por ejemplo, si sólo se había fijado una visita durante los sábados alternos, desde las diez hasta las trece horas, podrá solicitarse que la visita se prolonguen hasta las diecinueve horas, o que tenga lugar tanto el sábado como el domingo de las semanas alternas.

Evidentemente la ampliación de la visita tendrá lugar después de la exploración de los menores y de la emisión de un informe solicitado por el juez de lo familiar a un especialista en psicología y psiquiatría, como se realiza en la práctica, siempre y cuando de estas pruebas, se deduzca que ha existido un cambio en la relación paterno filial, puesto que si no se ha operado ningún cambio, se tendría por no acreditada la acción intentada por el progenitor no custodio, en virtud de que las circunstancias siendo las mismas y en nada han variado, o bien, por que no fueron debidamente probadas, por quien las alega, a lo cual sería imposible una alteración en el régimen de visitas ya establecido.

No es conveniente solicitar un aumento de visitas en el sentido de que sean todos los sábados y domingos, ya que en opinión de muchas sentencias dictadas en juicios de Régimen de Visitas, ello priva al progenitor custodio de poder estar con el menor en días en los que por no tener estas obligaciones escolares la relación entre ellos, es mas intensa.

De forma alterna a la petición de aumento de visitas, se solicita en la demanda igualmente la eliminación de algunos requisitos para la realización de la visita, como puede ser que está tuviese que desarrollarse necesariamente en el domicilio del progenitor custodio, o que éste estuviera siempre presente a lo largo de la visita. Lo que en un principio pudo ser un control de garantía para evitar perjuicios al menor, es posible que se transforme en una fuente de conflictos entre los progenitores, por lo que parece conveniente que tan pronto desaparezcan los motivos de la restricción, como pueden ser la edad del menor, en muchos casos, se permita que la visita pueda desarrollarse con cierta libertad y favoreciendo una relación más espontánea entre los hijos y quien no detenta la guarda y custodia del menor.

El padre que tiene un régimen de visitas normal, solicita tal vez peticiones consistentes en que pudieran existir visitas íter-semanales con los hijos, se esta ante los supuestos en los que a pesar de haberse establecido un régimen normal de visitas y estancias como son: fines de semana alternos y

mitad de las vacaciones escolares, el progenitor no custodio, solicita la fijación de una visita inter-semanales para poder estar con el menor desde la salida del colegio hasta una determinada hora. La concesión de las mismas dependerá fundamentalmente de la edad de los menores, ya que en cuanto son mas pequeños, en principio no existe inconveniente en esta concesión al no alterarse los hábitos normales de vida del menor, puesto que no tienen obligaciones escolares fuera de la jornada educativa. Sin embargo, cuando los menores van alcanzando cierta edad, la mayor dedicación a las tareas escolares exige que estos, tengan menos tiempo libre en los días lectivos, por lo que se exige trasladar la relación paterno filial a los períodos de descanso del menor, como son los fines de semana y días festivos. También hay que tener en cuenta, las necesidades, de los menores con los compañeros del colegio y la posibilidad de clases complementarias o de apoyo, que en modo alguno pueden supeditarse a la exigencia de una vida inter-semanal con sus padres.

Así como la petición de visitas durante los periodos de vacaciones que permanece con el otro progenitor, ya que este tipo de visitas, puede distorsionar o condicionar las vacaciones del menor y del progenitor con el que se encuentre, y sin duda será un foco de tensiones, que al tiempo se estaría en perjuicio del menor.

Ahora bien en relación de lo anteriormente señalado podría existir la petición del aumento de las estancias, pudiendo ser varios los motivos que fundamenten una demanda de modificación de medidas tendiente a conseguir una ampliación del régimen de estancias de los menores con el progenitor no custodio, como por ejemplo; por cambio de residencia a otra ciudad del progenitor custodio o de los hijos, la forma de disculpar estos inconvenientes surgidos por la distancia, suele encontrarse en la concesión al progenitor no custodio de la totalidad de ciertos periodos vacacionales, puentes incluidos en el calendario escolar, vacaciones de navidad o semana santa, ya que no se estima adecuado, que el menor pueda pasar la totalidad de las vacaciones exclusivamente con el progenitor no custodio, con base en a que estas, por lo general suelen coincidir con las vacaciones laborales de los padres, a lo cual suponen una época de entretenimiento y de descanso en que la relación paterno filial suele ser más intensa, no pareciendo oportuno privar a uno de los progenitores de tener esa época de relación familiar mas fluida.

Otra de las causas sería el alcanzar los hijos más edad para que pueda existir el aumento de las estancias y de las convivencias con el progenitor no custodio.

4.2 SUSPENSIÓN

“La suspensión del derecho de visita supone una privación temporal de las relaciones personales de su titular con el menor. En alguna ocasión la suspensión puede venir precedida de la adopción de alguna medida que modifique el régimen de visitas, cuando en su desarrollo hayan aparecido determinadas circunstancias que así lo aconsejen. En otros casos, la suspensión puede ser el inicio de la pérdida del derecho, si la gravedad de las causas exige la adopción de tal medida por ser la primera ineficaz o insuficiente.”⁽⁶⁰⁾

Entre la suspensión y la pérdida del derecho hay una línea no bien demarcada que queda al arbitrio del juez. Estimo que la suspensión, al igual que la pérdida, es decisión exclusiva del tribunal y no es materia del convenio.

No cabe duda que si después de haberse establecido un régimen de visitas para que el progenitor no custodio se relacione con sus hijos menores, éste no cumple con ese derecho-deber y se olvida incluso de la existencia de los mismos, es un motivo lo suficientemente grave como para suspender la relación que en un futuro quisiera iniciar el padre no custodio, puesto que no podemos olvidar que la falta de relación provocara en los menores cierta confusión en cuanto a la figura paterna o materna, que se traducirá en una pérdida de cariño máxime si la ruptura matrimonial se produjo cuando los menores contaban con poca edad, ya que en estos casos, el padre no custodio podrá llegar a ser un perfecto desconocido.

En la práctica, ante una prolongada falta de relación entre padres e hijos, la mayoría de las sentencias de los juzgados familiares y de las salas, se inclinan no por suspender el régimen de visitas, sino más bien por limitarlo de manera gradual, el restablecimiento de un régimen normal de comunicaciones, tratando de permitir las visitas y las estancias de los menores con el progenitor no custodio.

Aunque en la actualidad las relaciones entre padres e hijos pueden estar algo deterioradas siempre hay que pensar en la posibilidad de que estas pudiesen mejorar con el transcurso del tiempo.

Hay que tener muy en cuenta, que ante una demanda de modificación en la que se pretenda la suspensión o limitación del régimen de visitas, el padre que no detenta la guarda y custodia, podrá oponerse fundamentando la falta de relación entre padre e hijo,

⁽⁶⁰⁾ Idem p.p. 88

señalando algunos de los siguientes hechos analizados por varios autores que hablan sobre este tema.

- Dificultades impuestas por el progenitor custodio y por la familia de éste, para que pudiera cumplirse el régimen de visitas fijado.
- Acceder a los deseos de los hijos de marcarse junto al progenitor custodio, al encontrarse estos totalmente mediatizados por el progenitor custodio.
- La propia oposición del progenitor a la petición de suspensión del régimen de visitas, demuestra un interés por parte del padre en la reanudación de la relación paterno filial.⁽⁶¹⁾

Obviamente, y ante estas alegaciones, el padre que detenta la custodia deberá acreditar la falta de reclamación judicial por parte del otro padre, ya que si existían obstáculos para el ejercicio del régimen de visitas debió solicitarse el auxilio judicial para normalizar la situación, y si ello no se hizo, difícilmente será creíble lo manifestado por el mismo, señalando que en muchas ocasiones en la práctica no se da, ya que el padre no custodio consideraría que el hacerlo, le causaría un perjuicio a su menor hijo por estar manipulado por el padre que detenta la guarda y custodia del menor.

4.2.2 CAUSAS DE LA SUSPENSIÓN

Los motivos de la suspensión pueden ser muy variados, relacionados unas veces con el padre y otras veces con el menor.

Los motivos relacionados con el padre pueden ser ajenos a su voluntad o derivados de su culpabilidad; el usar las visitas para indisponer al menor con el progenitor que detenta la guarda y custodia del menor, una enfermedad contagiosa, llevar al menor por el mal camino, mostrar una conducta negativa como el alcoholismo o la drogadicción, o el no tener medios suficientes para cumplir con los deberes de las visitas por no querer trabajar.

Los motivos de la suspensión pueden hallarse también en el menor, como una larga hospitalización, la necesidad de un alojamiento distinto del

⁽⁶¹⁾ Idem p.p. 790

original por razones de estudio; motivos internos; que existan tensiones entre el custodio y el visitador que lleguen a perjudicar al menor.

En algunas ocasiones como ya he mencionado anteriormente serán circunstancias exteriores del menor (necesidad de un alejamiento del mismo por razón de estudios, larga hospitalización o internamiento en una clínica psiquiátrica); otras veces serán motivos internos, cuando las tensiones entre el guardador y el visitador llegan al menor y lo perjudican y para evitarlo resulta aconsejable suspender las visitas, o cuando el menor atraviesa una etapa difícil en su desarrollo, en los cuales resulta negativa la influencia de las visitas, o cuando ha aparecido una grave incompatibilidad entre el menor y el beneficiario que hace aconsejable la suspensión temporal de tales relaciones.

Si hubiere de pensar o de dar una norma con cierta pretensión de generalidad, podría asumir el artículo 274.2 del Código Civil Suizo que prevé; "si las relaciones personales comprometen el desarrollo del niño, si los padres que las mantienen violan sus obligaciones, si no se ha cuidado seriamente del hijo, o si existen otros justos motivos, el derecho a mantener esas relaciones puede ser denegado o retirado."⁽⁶²⁾

¿Podría ser suficiente motivo para la suspensión de las visitas el incumplimiento por parte del beneficiario de las obligaciones que a él competen? En este caso me refiero a la situación en que el visitador deja de pagar la pensión alimenticia a que está obligado. Considero que un incumplimiento no justifica al otro, ya que no son obligaciones que funcionen a modo de prestación y contraprestación. Lo correcto sería que cada parte exigiere de la contraria el cumplimiento de lo que a la otra le corresponde, y si aún así no paga la pensión, exigirlo judicialmente utilizando los medios que el derecho confiere; sin tener que condicionarlo con el régimen de visitas.

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

La petición de la suspensión del régimen de visitas entre los menores y el progenitor no custodio que se encuentra afectado por algún tipo de enfermedad, exige desde un principio una clara distinción:

⁽⁶²⁾ Código Civil Suizo 2000, Colección de Textos Legales

“ Enfermedades físicas del progenitor no custodio. En estos supuestos, es lógico acceder a la suspensión de las visitas, siempre y cuando quede suficientemente probado en autos que la enfermedad que padece el progenitor no custodio es susceptible de transmisión o contagio a cualquier persona que tenga relación con él. En cambio si queda acreditado que dicha enfermedad no es contagiosa la decisión judicial suele inclinarse por la concesión de un restringido régimen de visitas.

- Enfermedades psíquicas del progenitor no custodio. Las enfermedades mentales vienen siendo concebidas por la jurisprudencia como un importante obstáculo para el mantenimiento de la relación paterno-filial, ya que no escapa a nadie la dificultad de la convivencia entre un progenitor que se encuentra psíquicamente desequilibrado con sus hijos menores. Si la enfermedad psíquica a dado lugar a un expediente de incapacitación, es evidente que la relación entre los hijos y este progenitor no podrá llevarse a cabo, sin embargo, la controversia surge ante enfermedades psíquicas que no han tenido trascendencia al ámbito jurídico ni incluso en ocasiones, al ámbito médico, por lo que es posible que nos encontremos con un progenitor que a toda costa quiere ejercer unas visitas, cuando realmente se encuentra afectado psíquicamente. Ante esta situación es evidente que no puede correrse ningún tipo de riesgo con los menores. El juez extraerá los elementos suficientes para dictar su pronunciamiento, que podrá ir desde la suspensión temporal de las visitas, hasta la concesión de un régimen normal si no queda acreditada la enfermedad del progenitor, pasando, por la situación intermedia de establecer un régimen de relación restrictivo que solo lo incluirá visitas de algunas horas sin pernocta.”⁽⁶³⁾

Con base en lo anteriormente señalado, también es de suma importancia señalar que la conducta irregular del progenitor no custodio, señalando de manera clara, que para cualquier menor es beneficiosa la relación con ambos progenitores para su correcto desarrollo psico-social, existen supuestos en los que no es conveniente forzar la relación paterno-filial, siendo preciso suspenderla o limitarla cuando el progenitor no custodio observa una conducta “irregular”, entendiéndose por éste término lo siguiente:

“1.- Estar procesado o condenado el progenitor no custodio por delitos que sean calificados por la ley como graves.

⁽⁶³⁾ Idem p.p. 105

2.- Estar procesado o condenado el progenitor no custodio por delitos de lesiones o malos tratos, bien en la persona del otro progenitor, como en el de sus hijos, e incluso en el de otro familiares.

3.- Que el progenitor no custodio sea consumidor habitual de productor tóxicos, o lleve una vida inmersa en el mundo de la prostitución, el alcoholismo o la delincuencia.⁽⁶⁴⁾

La oposición del padre no custodio estará dirigida en el sentido de que, a pesar de que se haya acreditado algún hecho delictivo, ello no permite aseverar sin más que le impida mantener una adecuada relación con sus hijos, siendo conveniente evaluar todo el tiempo en que ha estado vigente el régimen de visitas, valorando si se ha desarrollado con normalidad o si consta algún dato que evidencia la nocividad del régimen para el menor.

La negativa del progenitor custodio, a que sus hijos se marchen el fin de semana o parte de las vacaciones escolares con el progenitor no custodio y con una tercera persona con la que este convive, suele plantear numerosos problemas, que en ocasiones lleva el progenitor custodio a impedir de la forma que sea que pueda desarrollarse correctamente el régimen de visitas.

Las relaciones del progenitor no custodio con una tercera persona, no son causa objetiva de suspensión o limitación del régimen de visitas, como tampoco es causa de modificación de la atribución de la guarda y custodia, que el progenitor custodio conviva con una tercera persona. Por tanto, para que el régimen de visitas pueda ser alterado por este hecho, es necesario que la relación de los menores con esta tercera persona sea perjudicial para ellos, bien por su conducta irregular o porque la relación provoque en el menor angustias, miedos, ansiedades, etc.

4.3 PÉRDIDA

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

Existen algunas doctrinas que dicen que se trata de un derecho sagrado y por tanto no es posible su supresión, pero la mayoría de los tratadistas

⁽⁶⁴⁾ Goldstein Joseph L., "EL POR QUÉ DEL RÉGIMEN DE FAMILIA SUSTITUTAS: ¿PARA QUIÉN Y POR CUÁNTO TIEMPO?", Edit. Barcelona 1996, p.p. 259

opinan que el derecho de visita se puede perder definitivamente por alguna causa grave o por el temor de que la situación sea irreversible.

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

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

Los alemanes también lo aplican para el caso en que el visitador indisponde gravemente al menor contra el titular de la custodia, o cuando la conducta de aquel durante las visitas amenaza su estabilidad espiritual por culpa de un vicio o actitud negativa, o cuando ha cometido un delito contra las buenas costumbres del que fuera víctima el menor.

En Francia procede la suspensión del derecho en cuestión por motivos graves; el juez debe estudiar cuidadosamente las causas y cada caso en concreto, procurando siempre el interés del menor. 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 incumplimiento de los deberes impuestos por resolución judicial o pactados en el convenio.

La valoración de las causas y la adopción de esta medida es cuestión a valorar por el juez en cada caso concreto teniendo siempre en cuenta el interés superior del menor, como se encuentra debidamente establecido en la Convención de los Derechos del Niño.

En cuanto a las posibles causas de pérdida del derecho se podrían citar las antes mencionadas; la diferencia consistiría en la trascendencia de las mismas ya que deben ser más graves, y sobre todo que provoquen una situación irreversible, y poco comprendida para el menor.

Ésta es la más grave de las decisiones que pueden tomarse. Algunos autores opinan que es un derecho sagrado y no es posible su pérdida. Pero la mayoría estiman que el derecho de visita se puede perder definitivamente por causa grave y que sea real y debidamente comprobado por quien lo alega, para que pueda darse la suspensión.

4.4. EXTINCIÓN

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

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

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

- c) Por terminación de la situación jurídica que dio lugar a este derecho: Ejemplo de esto sería la reconciliación de los progenitores separados, esto incluye a los padres extramatrimoniales; o el hecho de que un hermano regrese al domicilio paterno.

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

- e) Por emancipación por el matrimonio: Por la misma razón dicha en la mayoría de edad, ya que el emancipado puede disponer libremente de su persona.^{“(65)”}

⁽⁶⁵⁾ Idem p.p. 452

CAPÍTULO QUINTO

DETERMINACIÓN DEL EJERCICIO DE RÉGIMEN DE VISITAS O DERECHO DE VISITA EN EL DIVORCIO NECESARIO

Como en todo conflicto de intereses, cabe pensar, en principio, que sean los propios involucrados los que resuelvan sus diferencias en primer lugar, y que en su defecto habrá de recurrirse a la situación judicial. Pero la especial naturaleza de la materia que tratamos, y él hallarnos en el ámbito del Derecho de Familia, rodea de caracteres especiales y desacostumbrados estos problemas y nos exige una atención particular a esas dos formas de determinación del régimen de visitas.

Para la determinación del ejercicio del Régimen de Visitas en los casos de Divorcio Necesario se ha vuelto un tanto complicada, toda vez que se llegó al estado de demandar el Divorcio Necesario y no Voluntario por el simple hecho que no existe una buena relación entre los progenitores, debido a la ruptura familiar que ya se dio.

5.1. DIVORCIO NECESARIO

Algunos considerándose éticos señalan el DIVORCIO como la "causa" de desintegración de la familia, otros lo definen como un "mal necesario", ya que remedia una situación familiar conflictiva, aunque al hacerlo la desintegra. Desde mi punto de vista ninguno de los dos extremos es exacto.

El divorcio como institución no puede ser calificado en términos de bueno o malo, como se ha hecho hasta ahora, sino en términos de utilidad. Hay que preguntarse si es útil a la sociedad y las razones de que lo sea o no. En estos términos, el divorcio es, indudablemente, un instituto útil en las relaciones familiares, debido a que, aunque no es perfecto aporta un principio de solución a un conflicto, lo que lo convierte en un instrumento de tipo jurídico para resolver un problema afectivo. En otras palabras, es un instrumento que se estructura en un plano diferente al conflicto que pretende resolver, razón por la cual sólo lo resuelve de manera parcial. El resto le corresponde resolverlo a la pareja que se divorcia.

Buscar las causas de la ruptura matrimonial en el divorcio es desconocer los factores psicológicos que están presentes en las relaciones humanas.

"Koning explica este desconocimiento afirmando que matrimonio y divorcio necesariamente responden a una determinada ideología: si la "familia conyugal" es la ideal, el vínculo se debe preservar a toda costa. Sostiene que para la tradición judeocristiana este vínculo es independiente de la voluntad e intenciones de los esposos, de tal suerte que aunque estos se separen el vínculo persiste. Esta ideología se observa prácticamente en todos los sistemas jurídicos occidentales, pues aunque el divorcio ya se haya aceptado se pretende a toda costa impedir el rompimiento en los matrimonios".⁽⁶⁶⁾

Con respecto a lo que señala Koning, también influye en las parejas que se unen con la idea consciente o inconsciente de que su unión es "hasta que la muerte los separe", lo que los obliga, una vez agotada la voluntad de amarse, a buscar "motivos" que justifiquen el haber decidido terminar la relación. Esta búsqueda encuentra su respuesta en el conflicto.

Si realmente lo que se desea es el querer fortalecer a la familia, pongamos más atención en los sentimientos de los involucrados, que son los menores, en vez de en la forma externa de la relación.

Ahora bien el Código Civil para el Distrito Federal se regula el Divorcio Necesario en su artículo 267, en sus XXI fracciones y que a la letra dicen:

"ARTÍCULO 267: Son causales de Divorcio

- I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.
- II. El hecho que durante el matrimonio nazca un hijo concebido, antes de la celebración de éste, con persona distinta a su cónyuge, siempre y cuando no se hubiere tenido conocimiento de esta circunstancia;
- III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, no sólo cuando el mismo lo haya hecho directamente, sino...
- IV. La incitación o la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito.
- V. La conducta de alguno de los cónyuges con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción.
- VI. Padecer cualquier enfermedad incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia sexual irreversible...
- VII. Padecer trastorno mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge enfermo.
- VIII. La separación injustificada de la casa conyugal por más de seis meses.

⁽⁶⁶⁾ Manuel F. Chávez Ascencio, "CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES" Edit. Porrúa, México 1999, pp. 115.

- IX. La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualesquiera de ellos.
- X. La declaración de ausencia legalmente hecha. O la de presunción de muerte...
- XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro, o para los hijos.
- XII. La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir con las obligaciones señaladas en el artículo 164...
- XIII. La acusación calumniosa hecha por cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión.
- XIV. Haber cometido uno de los cónyuges un delito doloso por el cual haya sido condenado, por sentencia ejecutoriada.
- XV. El alcoholismo o el hábito de juego, cuando amenacen causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia.
- XVI. Cometer un cónyuge contra la persona o bienes del otro, o de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada
- XVII. La conducta de violencia familiar cometida o permitida por uno de los cónyuges contra el otro, o hacia los hijos de ambos, o de alguno de ellos. Se entiende por violencia familiar la descrita en este Código.
- XVIII. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado tendientes a corregir los actos de violencia familiar.
- XIX. El uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud...
- XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y
- XXI. Impedir uno de los cónyuges al otro, desempeñar una actividad en los términos de lo dispuesto por el artículo 169 de este código.

La anterior enumeración de las causales de Divorcio, es de carácter limitativo; por tanto cada causal es de naturaleza autónoma.⁶⁷⁾

Como podemos observar de las causales de divorcio descritas en el artículo 267 del referido código, puedo definir que ahora nuestros legisladores buscan la más mínima causa para que justifique la ruptura familiar, y de esa manera las parejas busquen el más mínimo pretexto o causa para divorciarse.

Con este modo somero, indiscriminado de entender las causas y los efectos del divorcio, se perdía de vista que si bien es cierto este revela una

⁶⁷⁾ "AGENDA CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL 2004", Edit. Ediciones Fiscales, México, pp.34-35

profunda lesión en el vínculo conyugal, no necesariamente ocurre lo mismo con la relación entre el progenitor, inocente o culpable que da lugar al divorcio, y los hijos de la pareja.

El anterior artículo 283 del citado Código tiene tres normas fundamentales para resolver sobre la pérdida o suspensión de la patria potestad. Es decir, el legislador evitó cuidadosamente que en esta materia tan delicada pudiera decidir el juez según su criterio. Sin embargo, señala de manera clara que la modificación del artículo 283 del Código Civil cambia radicalmente y el juez "gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos, obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos. De oficio o a petición de parte interesada durante el procedimiento, se allegará de los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores,... en todo caso protegerá y hará respetar el derecho de convivencia con los padres, salvo que exista peligro para el menor."⁽⁶⁸⁾

Actualmente el juez con plena libertad puede resolver en que casos procede condenar a alguno de los progenitores a la pérdida de la patria potestad; en que otros procede sólo la suspensión, así como determinar cuando la recupera; también puede resolver el sólo limitar el ejercicio de algunos derechos del progenitor responsable, quien conservará la patria potestad restringida también puede decidir que ambos progenitores conserven la patria potestad, pero que los hijos queden bajo la custodia y el cuidado de alguno de ellos y tratará o debería siempre de cuidar que se respete el Derecho de Visita tratando de salvaguardar el interés superior del menor, aunque resulte un tanto complicado ya que trata de cuidar y salvaguardar el interés del menor, pero tengo que recalcar que el menor ya se encuentra influenciado por el padre en el cual recae la Guarda y Custodia.

Referente a lo anterior es importante señalar el contenido de la siguiente Tesis Jurisprudencial:

"PATRIA POTESTAD, DECISIÓN RESPECTO A LA. EN CASO DE DIVORCIO NECESARIO.- Conforme al artículo 283, sección primera, del Código Civil para el Distrito Federal, antes de su reforma, la declaración de divorcio sustentada en el artículo 267, fracción VIII, motivaba que la patria potestad quedara a favor del cónyuge inocente. Sin embargo, con motivo del Decreto publicado en el Diario Oficial de veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, que entro en vigor noventa días después, la

⁽⁶⁸⁾ Idem p.p. 145

referida disposición fue modificada, por lo que en virtud, fue suprimido el sistema de determinación del ejercicio de la patria potestad sobre la base de la inocencia o culpabilidad que los cónyuges en el divorcio, en su lugar, se le otorgaron a los juzgadores las más amplias facultades para resolver las cuestiones inherentes a la patria potestad.⁶⁹⁾

Ahora bien se habla de forma determinada sobre el ejercicio de la patria potestad, de acuerdo a lo mencionado en el artículo 283 del Código Civil y al capítulo específico que existe dentro de este mismo ordenamiento, pero refiriéndonos específicamente al Artículo antes mencionado, observo de manera clara que se deja en último de los casos el Derecho de Visita y no ordena de una manera clara cual será el procedimiento a seguir en el caso en que uno de los progenitores no cumpla con el derecho de visita a que tiene derecho, el progenitor que no tenga la guarda y custodia aunque ejerza la patria potestad, debemos estar plenamente conscientes que este tema es tocado con muy poca importancia, cuando es lo más importante ya que se trata de menores.

Considero que esta es una de las innovaciones más notables en el derecho familiar, pero no por ello deja de ser peligroso el otorgarle a los jueces tan amplias facultades, ya que existe una gama de problemas que puedan redundar en contra de nuestra institución. Como ejemplo, podemos citar el hecho de la gran carga de trabajo que exige de nuestros tribunales una rápida y muchas veces no perfectamente calorada resolución; aunado a lo anterior debemos llamar la atención sobre la correcta formación profesional y humana que deben poseer nuestros jueces, tratándose de una materia tan delicada pero que, debido al bajo salario de nuestros jueces y a lo descalificado de dicho cargo, es difícil que el profesionista adecuado llegue a desempeñar la función de juez.

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

Consideró acertadamente la reforma de 1983 y la de mayo de 1996, sin embargo pugno porque a través de la legislación se den lineamientos, de

⁶⁹⁾ Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente Semanario Judicial de la Federación, Volumen 205-216 Sexta Parte, Página 346, Genealogía Informe 1986, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 16, Pagina 233, registro número 247.967.

manera ejemplificativa y no taxativa, de los casos y circunstancias en los cuales el juzgador debe decretar la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, así como de que manera deberá proceder para decretar un régimen de visitas provisional, en que debe basarse para decretar un régimen de visitas definitivo, que debe tomar en cuenta para estar en aptitud de ordenar, que no se quebrante la convivencia con ninguno de los menores. El juez de lo familiar, ya que tutela intereses especiales, necesita estar revestido de amplias facultades, las cuales deben ser objeto de cierta reglamentación a fin de que, sin perjudicar su poder discrecional; se garantice a las partes la seguridad que debe ser norma de todo proceso y consiguientemente, el bien común y la justicia, como valores que persigue el derecho. Y no dejando tan desprotegidas las determinaciones que estos mismos tomen.

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

“Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad de los hijos, el juez podrá acordar con autorización de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores”.⁽⁷⁰⁾

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

“...las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio suspensión de la patria potestad, interdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan al ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente.”⁽⁷¹⁾

Ahora bien cuando se acudió a la instancia judicial para resolver el conflicto familiar, en el que se encuentran los miembros de la familia, al momento de que solicita el divorcio necesario, fundando y justificando el fracaso matrimonial en alguna de las XXI fracciones señaladas en el artículo 267 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, se debe tener presente que la relación entre cónyuges no es buena ya que de lo contrario se solucionarían en un divorcio voluntario o bien en un convenio y sería mas fácil

⁽⁷⁰⁾ Idem p.p. 39

⁽⁷¹⁾ “Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”, Edit. SISTA, México 2004, pp. 19.

el que se pudiese llegar a un arreglo en cuanto a la convivencia de los menores con el progenitor que ya no va a vivir en el domicilio donde habita el menor, pero la mayoría de los casos los jueces son los que deben determinar a su libre albedrío, en donde se realizaran las convivencias, cuando, a que hora y esto solo hace que la relación entre el progenitor que no tiene la custodia y el menor se quebrante.

Hago especial hincapié en que una vez que sea decretado el divorcio dentro de la sentencia debe establecerse de manera clara quien tendrá la Guarda y Custodia del menor, sin embargo con lo que respecta a las convivencias la ley sólo hace referencia a que se deben proteger y se harán respetar el derecho de convivencia con los padres, sin que señale de manera específica y ejemplificativa como podría no perderse ese contacto con los menores.

5.2 DETERMINACIÓN CONVENCIONAL DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y SU EJERCICIO

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

Ahora bien, esos pactos o acuerdos reguladores, ¿qué valor jurídico tienen?, ¿Qué eficacia pueden tener, y hasta que punto puede ser vinculante y exigible si son incumplidos por alguna de las partes?

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

Colin y Capitant sostienen que:

"Toda convención concerniente al ejercicio de la patria potestad es numal en derecho francés, pues se trata de una materia de orden público ya sea ese convenio entre el padre y la madre o con un tercero."⁽⁷²⁾

También se argumenta que las relaciones entre los ascendientes con el menor no es un derecho, sino un deber, con el cual no se puede negociar, así también se dice que tanto el derecho a tales relaciones, como la patria potestad que él corta, serían derechos de personalidad y como tales excluidos de convención entre particulares. Sin embargo frente a esas razones se oponen otras, y en general se acaba aceptando su juricidad, aunque con ciertas limitaciones.

Con relación a esta materia, observamos que en México estos convenios se hacen ante el juez y con su aprobación.

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

Aunque los artículos del Código Civil no hacen referencia a este derecho, en la práctica es usual que se establezca su régimen, se pacte quien tiene la custodia y que derechos conserva el progenitor que no la tiene; así como cuando y como el que no tiene la custodia, puede ver y convivir con el menor, es decir, lo relativo al derecho de visita. Sería conveniente ampliar los convenios para comprender en ellos a los abuelos y demás parientes que puedan ver y convivir con el menor.

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

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

⁽⁷²⁾ Bossert A. Gustavo, Zamani A. Eduardo, "MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA", Edit. Porrúa, México 1998, pp.63 .

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

Conviene precisar la naturaleza jurídica del convenio que los progenitores hacen con respecto a esta materia. En primer lugar diremos que se trata de un convenio de orden público en virtud de que todo lo relativo al derecho de familia tiene ese carácter; así ha sido reconocido por innumerables sentencias sé la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en concreto por él artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles que nos dice: "Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad".⁽⁷³⁾

Adicionalmente a la característica de orden público podemos mencionar que el convenio, al ser presentado y aprobado por el Juez de lo Familiar, adquiere categoría de sentencia definitiva, la cual con el paso del tiempo adquiere el carácter de ejecutoriada. No obstante que en principio la sentencia ejecutoriada no admita su modificación ni recurso alguno, en asuntos familiares él artículo 94 del Código de Procedimientos Civiles antes citado claramente dispone que la resolución dictadas pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias.

Por lo tanto, cuando las circunstancias cambien y sea necesario revisar el ejercicio del derecho de visita, es posible plantear ante el juez familiar correspondiente la modificación, bien sea del convenio formulado por los progenitores, o de la sentencia dictada por el juez en el juicio de divorcio o bien en el incidente en donde se solicitó.

A partir de aquí lo importante para el derecho es facilitar el establecimiento y la continuidad de lo que llamamos "relaciones paterno filiales psicológicas" para mantener la unidad de la familia en armonía doméstica para restablecer la unidad familiar donde hubo una ruptura y para fortalecer lo que queda de la unión allí donde la ruptura es irreparable.

El contacto o la visita se sustentan, e incluso se justifican, por las pautas de la continuidad. Si bien esto es verdad, no trasciende el punto donde la separación de los padres amenaza el mantenimiento, refuerzo y continuidad de lo que queda de la unidad familiar. Cuando la autoridad judicial se convierte en un sustituto del entendimiento compartido entre los padres separados, o cuando la autoridad de la ley es utilizada para imponer la voluntad de uno de los padres sobre el otro a través de la imposición de un régimen de visitas, la continuidad de estas relaciones en la nueva forma de organización de la

⁽⁷³⁾ Idem. pp. 64

unidad familiar está siendo cavada. Sé esta plenamente conciente que a los ojos y en la vida de un niño esto se fracturan las visitas o el contacto se convierte en una medida impuesta de transporte y atención. A esta altura solamente se puede fingir estar de acuerdo con la continuidad, ya que la continuidad de los lazos con ambos padres esta en peligro. Si la continuidad fuera entendida correctamente, permitirían a la justicia detectar en que momento la justicia se convierte mas en un interruptor que en un fortalecedor de lo que queda de la unidad familiar, lo que ocurre cuando, en lugar de proteger, excava los vínculos psicológicos entre el niño y el padre.

“La palabra acuerdo en el contexto del interés superior del niño significa un acuerdo legalmente impuesto o una muestra de un acuerdo que camufla el poder coercitivo del estado. Significa real, y probablemente poco frecuente, acuerdo en el que ambos padres comparten el cuidado y la custodia del niño y cooperan con el otro para ayudarlo a satisfacer su rol paterno a pesar de no haber podido encontrar una base satisfactoria para vivir juntos.”⁽⁷⁴⁾

Lo primero es brindar a los padres la oportunidad de asistir de manera ininterrumpida al desarrollo físico y las necesidades emocionales de sus niños como forma de establecer vínculos familiares serios para el crecimiento saludable y desarrollo de los niños, sobre el cual en última instancia reposan los derechos de los padres, “que es el salvaguardar la continuidad del mantenimiento de estos lazos familiares y de los vínculos psicológicos entre padres e hijos, una vez que estos se hayan consolidado.”⁽⁷⁵⁾ En general, los dos propósitos quedan cumplidos cuando el derecho de los padres les queda asignado en el momento del nacimiento del infante y se funda simplemente en el vínculo biológico que lo produce.

En primer lugar creo que la necesidad en forma continua de cuidados del niño por padres autónomos requiere que los padres reconozcan que lo que generalmente consideran lo mejor para su hijo debe quedar fuera de la intervención de los tribunales. Considero que el bienestar del niño, no el de los padres, la familia, u otro agente a cargo del cuidado del niño, debe ser determinante una vez que la intervención de un juez de lo familiar haya sido justificada. Si el refugio protector de la familia quebró aun antes de que se llegase a la instancia judicial interviniese, o se fractura como resultado de ello, el logro de la intervención debe crear o recrear, tan rápido como sea posible, una familia para el niño. Esa convicción se manifiesta en considerar el interés del niño como supremo una vez que la decisión de su cuidado se ha convertido en un asunto legítimo. Con el propósito de que el niño forme parte de una familia que funcione, su interés supremo reposa en preservar su

⁽⁷⁴⁾ *Idem.* pp. 29

⁽⁷⁵⁾ *Idem.* pp. 83

familia. Dejando a salvo la posible excepción de la ubicación de los jóvenes violentos, el punto es asegurarle al niño ser integrante de una familia en la que al menos uno de los padres lo quiera; es garantizar para cada niño y sus padres una oportunidad para mantener, establecer o restablecer los vínculos psicológicos entre ellos, libre de futuras injerencias estatales, a esto me refiero al hablar de continuidad.

Todo lo anterior hace referencia a los hijos habidos del matrimonio. Conviene resolver también el derecho de visita respecto de los hijos habidos fuera del matrimonio. Para ello, debemos establecer las reglas que determinan la custodia según el momento en que se haga el reconocimiento, y también las reglas que resuelvan según si los progenitores viven juntos o no, y lo que suceda cuando viviendo se separan.

En estos casos, nuestro Código Civil sólo hace referencia a la custodia, que como ya mencionamos anteriormente se establece que la tendrá el primero que lo reconozca; si viven juntos, ambos la tendrán y si se separan, deberán decidirlo de común acuerdo, en caso de conflicto será el juez de lo familiar quien lo determinara. En estos casos, se deben aplicar estas reglas para decidir también sobre el derecho de visita. La reglamentación se hará entre los progenitores resolviendo en la practica lo conducente, o en caso de conflicto decidirá el juez.

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

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

A los ojos de la justicia, ser un niño es estar en riesgo, ser dependiente y no tener capacidad o autoridad para decidir fuera del control paterno qué es lo "mejor" para sí mismo. Ser adulto significa jurídicamente ser percibido como libre de aceptar riesgos, con capacidad independiente y autoridad necesaria para decidir que es lo mejor para sí mismo sin conformidad con los deseos paternos. El ser adulto y además ser padre, implica ser considerado por la justicia como alguien que tiene la capacidad, la autoridad y la responsabilidad para determinar y para hacer lo que es "bueno" para sus niños y lo que es "mejor" para la familia entera.

5.3 DETERMINACIÓN JUDICIAL

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

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

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

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

Además de oír a las partes procesales, el juez deberá oír, para la determinación del derecho en cuestión, al niño, siempre que sea posible, tomando siempre en consideración la edad del menor.

Otra ocasión en que interviene el juez en relación con el régimen que nos ocupa es para conocer las modificaciones del mismo cuando se alteran sustancialmente las circunstancias. Toda regulación del régimen de visitas, sea por convenio regulador aprobado por el juez, o en su defecto por determinación judicial, es provisional, "rebus sic stantibus", y revisable en

función de nuevas circunstancias de cierta importancia que así lo exijan; incluso aunque no varíen formalmente las circunstancias, si en el desarrollo del régimen de visitas acordado judicialmente aparece que viene siendo o puede ser gravemente dañino para el niño, entiendo que puede y debe intervenir de nuevo el juez para suspender, o en su caso modificar esas visitas.

"El crecimiento físico, emocional, intelectual, social y moral del niño no puede ocurrir sin ocasionarle dificultades internas inevitables. La inestabilidad de todos los procesos mentales durante el periodo de desarrollo necesita ser compensada por la estabilidad y el apoyo ininterrumpido proveniente de ámbitos externos. El crecimiento compensado se detiene o interrumpe cuando los sobresaltos y cambios del mundo exterior se agregan a aquellos interiores."⁽⁷⁶⁾

Cuando la integración familiar se quiebra o está amenazada por la intromisión del juez de lo familiar, las necesidades de los niños se frustran. La necesidad del niño de seguridad en el ámbito familiar debe quedar reflejada en nuestra legislación; a partir del reconocimiento de que la intimidad familiar debe ser una barrera de la intervención judicial, en la autonomía familiar. Estos derechos, son integrantes esenciales de una familia integrada.

La justicia o los tribunales, así como los jueces no tienen capacidad para supervisar los lazos interpersonales complejos frágiles que existen entre padres e hijos. "El Estado es un instrumento demasiado tosco para convertirse en el sustituto de los padres de sangre. El sistema jurídico no tiene ni los recursos ni la sensibilidad para responder a las necesidades y demandas cambiantes de un niño en crecimiento. No posee capacidad para tratar casos individuales con las consecuencias de tomar decisiones, o para actuar deliberadamente con la velocidad necesaria conforme el sentido temporal de un niño. De manera similar, el niño no tiene la capacidad de responder a las reglas específicas de un juez impersonal de la forma en que responde a las demandas de las figuras paternas".⁽⁷⁷⁾

Las expectativas de los padres, se transforman en propiedad del niño. Sin embargo, el proceso por el cual un niño convierte las expectativas, en la orientación, el consejo, las exigencias y las prohibiciones en la capacidad de valerse y guiarse por sí mismo no funciona adecuadamente sin los lazos afectivos que existen con aquellos que lo cuidan.

⁽⁷⁶⁾ Mauricio Luis Mizrahi, "FAMILIA, MATRIMONIO Y DIVORCIO", Edit. ASTREA de Alfredo y Ricardo Palma, Buenos Aires 1998, pp. 326.

⁽⁷⁷⁾ Idem. pp. 245

El niño está expuesto, aunque sea por el menor tiempo posible, a la dirección impersonal y la coerción del juez. Dado que es muy poco probable el contacto personal del niño con el tribunal, prácticamente no existe la posibilidad de que el se identifique luego con actitudes y reglas de la nueva autoridad sobre su vida.

En demasiadas ocasiones los jueces confunden su autoridad con su capacidad para actuar. Se equivocan al no darse cuenta de que el "quién" y el "cómo" deben ser temas separados. Es el "quién" lo que los jueces deben decidir, mientras que el "cómo" va más allá de la competencia del juez. Sin embargo los jueces a menudo consiguen ver lo que es obvio, que el carácter delicado de la relación paterno filial ubica a está más allá de su logro constructivo, aunque no más allá de su aspecto destructivo. Los lazos familiares son un proceso demasiado complejo y vulnerable para ser solucionados en adelante o desde una distancia impuesta por un instrumento tan general e impersonal como la justicia. Al rechazar los jueces familiares los principios, se convierten en simplificadores excesivos.

Si los jueces fueran capaces de ponerse así mismos en la piel de un niño que es objeto de la disputa entre los padres por su custodia, seguramente restringirían su actividad a responder a la única pregunta que ellos pueden y deben responder: quien tendrá la custodia, y no como o bajo que condiciones el que tiene la custodia y el niño se relacionaran entre sí y con los otros. Pero como los bien intencionados, los sobre protectores y a menudo los padres destructivos que no saben cuando permitirles, tales jueces deciden no solo quienes deben ser el padre si no también como el niño debería ser criado. Bastante a menudo los jueces se comportan como si la función de las decisiones sobre la ubicación del niño fuera la de proveer al niño de jueces autónomos y no de padres autónomos. "Actúan como si la doctrina y el estándar del interés superior les garantizase la competencia para ser buenos, aunque ausentes, súper / padres con derecho a veto. Los jueces, las agencias de la administración y los expertos en los cuales ellos confían deben aprender a rechazar esos remedios simplistas para el daño y las heridas que los niños sufren cuando sus padres se separan." ⁽⁷⁸⁾

Los jueces no pueden negar lo que su propia experiencia les muestra como obvio, que es que ellos tienen el tiempo y la capacidad para dañar pero no para nutrir o dirigir el sano crecimiento de los lazos familiares. En sus roles profesionales no pueden ser padres de los niños de otras personas. Ni lo mejor informados y más sensibles jueces de familia, en forma individual o conjunta, pueden hacer de padre. En el mejor de los casos y en la mayoría de

⁽⁷⁸⁾ Idem, pp. 69

ellos, la Ley puede ofrecer una nueva oportunidad para la relación entre el niño y al menos uno de sus padres para encontrarse de nuevo fuera de la intromisión coercitiva del juez.

Lo anterior no significa que la justicia precluiría, el desarrollo de un acuerdo cooperativo después del momento en que los padres se encontraban en conflicto. Pero es necesario señalar que tales acuerdos pueden ser conducidos y reconducidos por Ley e incluso servir al interés superior del niño.

Siempre se argumenta, que desde el punto de vista del niño, que el padre o la madre que ejerce la guarda y custodia, no los jueces o el progenitor no-conviviente, debería preservar el derecho de determinar cuando sí es deseable acordar visitas. Deberá mantenerse y tomarse esta posición ya que considero que vas más allá de la capacidad de los jueces para ayudar al niño a mantener relaciones positivas con las dos personas que tienen intereses opuestos, porque a través de las visitas compulsivas los jueces contribuyen a dificultar que el niño desarrolle un lazo confiable con la otra parte, y por que los niños que están traumatizados, desorientados y confundidos por la ruptura de su familia necesitan una oportunidad para establecerse en la intimidad de su familia reorganizada con el padre quien detenta la guarda y custodia del menor, en quien confiará para que responda a sus interrogantes y lo protegerá de las de las interferencias externas.

A medida que pasa el tiempo y cambian las circunstancias, el niño necesita un padre que pueda encontrar con él la forma de resolver sus ganas de ver o no al otro padre, así como tratar con las penas y alegrías que siguen a las visitas, y su dolor cuando el padre no-conviviente se niega a mantener contacto o deja de aparecer. Las visitas significativas para el niño pueden suceder solamente cuando tanto el padre conviviente como el no-conviviente están de acuerdo en trabajar para ello. Si es así, entonces una orden judicial es innecesaria a la vez que indeseable. Si al, contrario, no es así, tales ordenes y la amenaza o intento real de obligar a ellas, pueden no hacer bien al niño.

Estoy a favor de que el contacto entre el niño y su padre no-conviviente se realice mediante convenio entre sus progenitores, con tal que ninguno de los padres utilice a la justicia para obligar al otro a acordar las visitas. Incluso si fuera requerido por ambos padres objetaría la utilización de los tribunales para establecer un régimen de visitas como parte de una resolución judicial. Si el mero registro diera a ambos padres un sentido mayor de compromiso con el régimen de visitas, un certificado de reconocimiento de tal acuerdo con más que una fuerza simbólica podría ser utilizado con ellos.

"Mnookin y Kornhauser sostienen que los acuerdos de visitas y de custodia conjunta deberían ser especialmente obligatorios por ley. Su fe en la capacidad de la ley para implementar tales contratos en situaciones donde la ley ya ha demostrado su falta de autoridad para imponer las relaciones matrimoniales por contrato resulta absurda. El contrato matrimonial generalmente es construido para implicar "hasta que el divorcio nos separe".⁽⁷⁹⁾

En lo que los tribunales se equivocan es en reconocer que ningún padre tiene la custodia única mientras esté sujeto a las reglas de visitas, y en que los jueces carecen de autoridad para forjar efectos a través de las órdenes judiciales de visitas decretando cualquier otra forma de custodia conjunta, dividida o separada.

Finalmente los tribunales y los analistas, cegados por el espectro de los padres convivientes rencorosos que niegan las visitas y se oponen a la custodia a costa del niño, han rechazado la postura con la afirmación equivocada de que las visitas o el contacto es un derecho del niño, y no de los padres. En realidad, al subordinar la atribución de la custodia a una orden judicial que impone las visitas, el tribunal no protege el derecho fundamental del niño a ver a su padre no-conviviente. Meramente cambia desde el padre conviviente al padre no-conviviente -el poder de privar al niño de su derecho. Las ordenes judiciales de visitas otorgan a los padres no convivientes- mas que al padre que es responsable del cuidado diario del niño- la autoridad final para decidir si y cuando visitar. Incluso si la justicia ordena las visitas porque cree que ello serviría al Interés Superior del Niño, los padres no convivientes son libres de no visitarlo, de oponerse al tribunal sin el riesgo de ser considerados en desacato. El tribunal no tiene poder, como debería, para ordenar a los padres no convivientes que visiten a sus hijos. Pero la justicia tiene el poder corrosivo de quitar por la fuerza al niño de su padre con el conviviente que no permite las visitas.

Los tribunales ocultan los temas reales cuando dicen lo que no quieren decir; aquel contacto o visita inclusive custodia conjunta o dividida es un derecho fundamental del niño más que un derecho fundamental del padre.

Desde un punto de vista favorable al niño, el derecho a decidir sobre el cuidado y los deseos del mismo debe ser conferido a alguien. El sentido común y las nociones psicoanalíticas sobre el desarrollo del niño le confieren tal derecho, con mayor preferencia al padre conviviente que al no-conviviente. Por mucho que la convivencia paterna está definida, los padres separados que

⁽⁷⁹⁾ Grosam, Cecilia P., "FAMILIAS ENSAMBLADAS, NUEVAS UNIONES DESPUÉS DEL DIVORCIO", Edit. Porrúa, México 1998. pp.152

están en desacuerdo sobre la custodia o el contacto se convierten en padres no aptos para sus hijos cuando son obligados a cooperar, incluso si cada uno individualmente pudiera ser un padre apto para aquel niño. El cambio en las circunstancias y en las necesidades de la vida de un niño es tratado mejor por una familia en funcionamiento. La imposición de la justicia o incluso la amenaza de imposición de un acuerdo previo sobre la custodia, se convierte en un obstáculo a la integridad de la nueva familia, a la vez que en una invitación a invadir su privacidad y una violación a la autonomía paterna. Los tribunales no deben permitir que sus buenas intenciones oculten el daño que éstas producen a los niños.

5.4 ALGUNOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO DE VISITA

a) El sexo

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

b) La edad

Si puede condicionar este tipo de relaciones. Si el niño es muy pequeño, de pocos meses, resulta evidente que las relaciones tienen que limitarse a las visitas. Y estas visitas tendrán que realizarse en el lugar en que se encuentre el niño. Ahora bien, ¿dónde se encuentra el niño de unos meses?, parece lógico que en el domicilio de la madre. ¿Cómo visitará el padre al hijo?, ¿Se prestará la madre a recibir al esposo separado en el propio domicilio?, me temo que no.

Si esta solución no es viable habrá que ver si el padre puede visitar al hijo en un lugar digamos "neutral". Si existe este lugar, en él podrán celebrarse las visitas; si no existe, el derecho del padre sería más ilusorio que real.

Si el hijo es un poco mayor, pero incapaz de comer y vestirse por sí mismo, la relación podrá comprender las visitas y las estancias, pero éstas tendrán que tener un carácter muy limitado, de unos pocos días. Además hay que tener en cuenta que psicológicamente la separación de un niño de esta edad del padre y del ambiente con el que convive puede redundar en perjuicio del niño si es larga, a medida que el niño sea mayor podrá ir aumentando

progresivamente la duración de las estancias. O bien como sucede en la práctica el régimen de vistas ahora es señalado en el Centro de Convivencia Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en donde los padres que tienen la guarda y custodia presentan a los menores en dicho centro para que puedan convivir con quien no la tienen, un tiempo aproximado de dos horas como máximo, y las visitas deben ser demasiado espaciadas e ir aumentando en medida que éstas se den, además de que este centro es también utilizado para entregar a los menores cuando se van de fin de semana con el padre no conviviente, o bien cuando existe el temor fundado de llevarse al menor, se ordene su terminación de manera definitiva.

c) Enfermedades físicas y trastornos mentales

La enfermedad, tanto orgánica como psíquica, puede condicionar este tipo de relaciones. Comencemos con las enfermedades orgánicas si es el hijo que está enfermo, de tal manera que no pueda moverse de su domicilio, esta enfermedad no repercutirá sobre las comunicaciones, pero si sobre las visitas y las estancias, es decir, si el hijo no puede moverse del domicilio que sea del otro cónyuge, será en este mismo domicilio donde el padre podría visitarlo, pero ¿se avendría a ello el otro progenitor? Si no se aviene, también nos encontramos con que el derecho del padre será completamente ilusorio, ya que no es fácil obligar a un cónyuge separado a que reciba en su domicilio al otro.

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

Si quien está enfermo es el padre, habrá que ver si la enfermedad es contagiosa. De ser así, deberán impedirse las visitas y mucho mas las estancias si pueden suponer un peligro para el hijo. Si la enfermedad no es contagiosa, pero si supone cierta incapacidad por parte del padre, podrá afectar a las visitas y las estancias. Si el hijo tiene edad ya suficiente para valerse por sí mismo, e incluso ayudar al padre, habrá que ser más generoso de lo habitual en las visitas y las estancias puesto que estas relaciones pueden resultar para dicho padre más benéficas de lo normal

Las enfermedades psíquicas plantean problemas más delicados. Si el enfermo es el hijo, seguramente que la relación con el padre le resultará benéfica, pero esta relación tendrá que limitarse a las visitas. Las estancias, al sacar al hijo de su ambiente habitual, seguramente resultarán perjudiciales

para el hijo, por lo que en todo caso habrá que oír al psiquiatra antes de decidir. Si el enfermo es el padre, habrá que examinar si el trato puede ser perjudicial para el hijo. El trato seguramente será benéfico para el padre ya que el cariño del hijo podrá paliar las consecuencias de la enfermedad de éste. Para un hijo ya formado, la relación puede no resultar peligrosa, por ello, si la relación es benéfica para el padre y no es peligrosa para el hijo, deberá mantenerse, pero también en este supuesto se impone oír al psiquiatra.

d) El ambiente moral

La moralidad del padre debe condicionar el conjunto de las relaciones paterno-filiales; si las ideas del padre pueden resultar nocivas para el hijo, habrá que excluir todo tipo de relación que pueda constituir un medio para la propagación de esas ideas, incluso las comunicaciones. Si el ejemplo del padre puede resultar igualmente perjudicial para el hijo, habrá que excluir aquellas relaciones que pueden redundar en daño para el hijo. Esta exclusión no afectará normalmente a las comunicaciones, pero sí las visitas y las estancias. Uno de los supuestos que más frecuentemente se plantean es el de que el otro cónyuge viva con una tercera persona; en este caso, únicamente podrán autorizarse las visitas y las estancias en tanto no se afecten la moralidad del hijo.

5.5 EL EJERCICIO DEL DERECHO DE VISITA Y EL ABUSO DEL NIÑO

5.5.1 El ejercicio del derecho de visita y la buena fe.

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

Ejercer este derecho conforme a las exigencias de la buena fe supone usarlo con cierto desprendimiento de intereses personales; actuar de acuerdo con el otro (visitador y guardador respectivamente) en todo punto conflictivo y en interés y a mayor provecho del niño, colaborar en la línea educacional del guardador jurídico, etc.

Por lo que el padre que tiene la custodia no debe dañar, ni transgredir la figura paterna o materna con la que no convive el menor, ya que así se

dañaría al menor, además de que se estarían utilizando los intereses personales sin tomar en cuenta el interés que el menor tenga para ser visitado o pueda convivir con el progenitor con el que no vive, ya que tampoco se sugiere que se hable bien del otro progenitor, simplemente se debería tomar conciencia de que es su padre o su madre, y si no desea hablarle bien de su progenitor, tampoco sería justo el hablarle mal y tratar de dañar esa imagen, ya que con el tiempo el menor ira adquiriendo la madurez necesaria para decidir si desea continuar o no viendo a su progenitor, pero que mejor que sea él mismo el que determine si desea o no las convivencias sin que exista influencia alguna por parte de ninguno de los progenitores para que se interrumpan las visitas.

5.5.2 Abuso de su ejercicio

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

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

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

La forma de solucionar estos problemas podría ser condicionando las visitas apercibiendo al titular del derecho con medidas de apremio, advirtiéndolo inclusive con modificar o suspender el derecho de visita si persiste el abuso, eso con lo que respecta a quien se encuentra al cuidado del menor.

Por lo que hace al visitador, existe abuso cuando el mismo pretende sorprender a la autoridad o al custodio con chantajes o mentiras fuera de lugar para tener ventaja, utilizando al menor como botín para obtener lo que desea,

por lo que a esté también debe de apercibirse con una medida de apremio de las señaladas por el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles o bien ordenando la suspensión, la modificación o la pérdida del derecho de convivencia con el menor. Esto con la finalidad de salvaguardar siempre la integridad física y moral del menor, así como su estabilidad emocional, ya que si bien es cierto es demasiado para el menor asimilar la separación de sus progenitores, creando una desestabilización en su vida diaria, por lo que debe haber la comprensión necesaria con el menor para que aprenda a asimilarlo de la mejor manera sin que exista peligro para él, o ponga en peligro su estabilidad emocional.

5.5.3 Protección del Derecho de Visita

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

Puede haber conflicto cuando el que tiene la custodia del menor no facilita o impide las visitas, y por otro lado cuando el beneficiario hace mal uso del derecho. En la práctica son muy frecuentes estos conflictos y se observa que quien tiene la custodia (provisional o definitiva) niega de hecho el derecho de visita al otro progenitor. Los argumentos son variados: enfermedad del hijo; su poca edad que no hace conveniente que vea a su otro padre; "las visitas lo vuelven muy nervioso"; el titular no pasa a la hora fijada; no lo devuelve a la hora convenida, etc. Los pretextos (no causas válidas) son innumerables. Ciertamente que el titular ofendido puede acudir al juez y éste prevenir con los medios de apremio al que custodia al menor, pero la eficacia no ha sido satisfactoria.

Esta penosa realidad exige un profundo estudio y la solución en la ley. Además el juez debe tener la posibilidad de cambiar la custodia a otro pariente del menor (abuelos o tíos) para que estos faciliten el derecho de visita que el progenitor niega al otro.

5.3.1 Defensa Preventiva

Para prevenir conflictos y para el caso de incumplimiento de la obligación a cargo del padre que detenta la guarda y custodia del menor, de no obstaculizar el derecho de visita, pueden quedar determinadas con

antelación las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, como por ejemplo, pactar una cláusula penal en el convenio regulador del régimen o prever una sanción en la resolución judicial.

Una de las garantías que pudiera ser más efectiva sería una multa o sanción económica, una especie de cláusula penal impuesta por el juez y combinada con alguna caución o garantía real que evite el que resulte luego ilusorio que ella, además de apercibir con la supresión del derecho de guarda para quien impida las visitas, está sería una mera propuesta para los jueces familiares; debiendo siempre salvaguardar el Interés Superior del Niño, así como el de él visitador.

5.3.2 Defensa del Derecho de Visita vulnerado

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

"En algunos tribunales, como los alemanes, suizos, italianos y franceses usan este procedimiento: el menor es llevado a la fuerza, sacándolo así del ámbito del custodia jurídico que se niega a entregarlo, a manos del beneficiario. Pero este procedimiento aunque parece muy eficaz, tiene límites y ciertos peligros. Dentro de los límites esta la dificultad de ejecución que es el caso en que el custodia del menor oculta a este o lo manda al extranjero. Entre los peligros esta el hecho que este procedimiento es casi inhumano y puede producirle traumas psicológicos al niño, e incluso se corre el peligro de romper los últimos lazos espirituales entre el menor y el beneficiario del derecho de visita."⁽⁸⁰⁾

5.3.3 Medios Indirectos de Defensa

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

a) El resarcimiento de los perjuicios. Hay casos en los que no es posible la "manu militari" y entonces lo que procede es el resarcimiento del perjuicio.

⁽⁸⁰⁾ Idem. pp. 105

La dificultad en este caso es la evaluación de los perjuicios que no solamente son los materiales, sino también los morales.

b) Suspensión de la pensión alimenticia. Un segundo tipo de medida puede ser la de suspender la pensión alimenticia que tuviera que pasar el visitador a la persona encargada de la guarda del niño.⁽⁸¹⁾

No se trata de una decisión unilateral de suspender la pensión alimenticia, sino que la parte perjudicada acuda ante el juez y este acuerde suspender el pago de aquella pensión a la persona que dolosamente incumple con lo que le compete para hacer efectivo el régimen de visitas, señalando de manera precisa que esto en la práctica y para nuestro país es casi imposible, ya que como se diferencian una cosa de la otra, sino que más bien son autónomas una de la otra, por lo que sería de suma importancia que está fuera, aplicada en nuestra legislación actual, considerando siempre las circunstancias que den y sería una forma coercitiva de que las visitas se cumplieran en un cien por ciento. Esto en virtud de que en muchas ocasiones a los progenitores que detentan la guarda y custodia de él menor, no les interesa mucho la interrelación del menor con el progenitor: que no detenta la custodia, ya siempre te utilizan términos como: "me tiene que ayudar, también es su hijo, sino me ayuda no le dejó que lo vea, no preocupándose por lo que el niño pueda sentir o desear, sino más bien para cumplir con caprichos personales de los progenitores, pensando que de esa manera estarán obligado a dar el sustento económico que el otro necesita.

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

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

⁽⁸¹⁾ Gros,am, Cecilia P., "FAMILIAS ENSAMBLADAS, NUEVAS UNIONES DESPUES DEL DIVORCIO", Edit. Porrúa, México 1998. pp. 156-157

5.3.4 Protección penal

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

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

Como vemos en el derecho de visita, por su misma naturaleza, parece difícil sancionar su incumplimiento, pero por ser tan importante es necesario que existan medios para sancionarlo, y que no se encuentran regulados dentro de nuestra legislación penal, siendo de suma importancia, aunque en razón de esto se tendría que pensar de manera eficaz para no causarle ningún perjuicio al menor; ya que de lo contrario se sentiría culpable por lo sucedido a su padre custodio o no custodio. Sería importante que se analizará desde un punto objetivo para determinar si sería viable o no que se regularán en nuestra legislación penal ya que no viéndolo sí; se caería también en el abuso de esta instancia por el padre que detenta o no la custodia.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Régimen de Visitas y el derecho a la convivencia de los menores con sus progenitores es un derecho natural que ambos tienen, y que no puede ser coartado u obstruido por el progenitor que detenta la custodia, ya que es de suma importancia para el normal desarrollo psico-social de los niños, por lo que debe ser regulado por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ordenándose de manera clara que nadie puede coartar o suspender este derecho sin que exista una causa grave y debidamente probada

SEGUNDA.- Debería existir regulación especial para el Derecho de Visita, en cuanto a que a no debe ser prohibida la convivencia de los menores con ninguno de sus progenitores, sin justa causa ya que sea plenamente probada, olvidándose de los intereses de cada uno de los progenitores y aplicar la ley pensando siempre en el Interés Superior del Menor.

TERCERA.- Considero que el Derecho de Visita se fundamenta en dos aspectos primordiales: a) El afecto que pueda unir al menor con el visitador y, b)El derecho del menor de mantener relaciones, siempre y cuando no le sean perjudiciales, para que su mundo no sea monopolizado por quien lo tiene bajo su custodia. Los titulares del Derecho de Visita son tanto el menor como todas aquellas personas que le tienen afecto y no le causen perjuicio y con las cuales el menor tienen todo el derecho a relacionarse.

CUARTA.- El Derecho de Visita es aquel que corresponde al padre o madre para comunicarse o relacionarse con sus hijos menores no emancipados o incapacitados que por resolución judicial o por situación de hecho, han sido confiados a la custodia del otro cónyuge. Igual derecho corresponde a los menores para comunicarse con aquel de sus progenitores con el que no convive, siendo extensivo ese derecho respecto de otras personas que sin tener relación de parentesco, sostengan con el menor relaciones afectivas benéficas para éste último. En mi opinión el aspecto principal que se debe cuidar en los casos de divorcio necesario, es lo relativo a la situación de los hijos menores de edad para que puedan tener un mejor desenvolvimiento social, deben crecer con ambas figuras la paterna y la materna, sin que nadie pueda perturbar la convivencia.

QUINTA.- Finalmente propongo que se adicione al Código de Procedimientos Civiles dentro del Título Décimo Sexto de las Controversias del Orden Familiar, un capítulo en donde se hable específicamente sobre el Régimen de Visitas y Convivencias de los hijos menores con sus progenitores,

familiares y personas que deseen interrelacionarse con el menor, sin que se le pueda causar algún perjuicio en su desenvolvimiento, así como también regularse de manera específica que cuando exista el riesgo fundado de crear al menor un daño, como por ejemplo sustraerlo del domicilio en donde habita y pretenda desincorporarlo de la familia que tiene y por supuesto del padre que detenta la guarda y custodia del menor, las se ordenaran de manera indefinida dentro del Centro de Convivencias que el propio tribunal designo para esas circunstancias, especificando que se estará bajo el cuidado de un psicólogo, y no de un trabajador social, por que es erróneo que un trabajador social este al pendiente de las actitudes de los menores cuando es tarea primordial de un psicólogo, ya que esa rama de la medicina ayudaría para saber entender al menor, que sufre por la separación de sus progenitores y a los padres que no viven con ellos conocerlos un poco más.

SEXTA.- Mas aún debe regularse de oficio en los divorcios necesarios todo lo referente a las Convivencias y visitas que deben tener los menores con sus progenitores, ya que habría que pensar que los más dañados por la ruptura son los menores, es de suma importancia que se regule de manera urgente, tomando en cuenta que en cuanto se inicie el procedimiento para el divorcio necesario, se dicte provisionalmente un régimen de visitas y convivencias, de oficio o a petición de parte, tratando de evitar que se quebrante esa relación de los menores con el progenitor que no vive con él, y también así evitando que exista manipulación del progenitor que detenta la custodia.

SÉPTIMA.- Propongo además que se adicione a dicho capítulo las medidas de apremio, que se aplicaran en caso de que alguna de las partes incumpla o trate de obstruir las visitas y convivencias del progenitor con sus menores hijos, señalando que estas sean efectivas y que en las mismas exista la coerción necesaria para que se lleven acabo y no se incumplan, ni traten de obstruirse, ya que siendo un poco más específicos las medidas de apremio señaladas en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, ya no tienen la coercibilidad suficiente para que el Régimen de Visitas deba ser cumplido como se acordó dentro del convenio o como se determino dentro de la Sentencia Definitiva.

OCTAVA.- . Aún cuando el Derecho de Visita no se encuentra reglamentado en el Código Civil, ni en el Código de Procedimientos Civiles no es desconocido por la Jurisprudencia; sin embargo por la cada vez mayor incidencia de divorcios y concubinatos, para una mayor protección de los menores es recomendable que se plasmen en el referido ordenamiento legal preceptos que lo regulen.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Mauricio Luis Mizrahi, "FAMILIA, MATRIMONIO Y DIVORCIO", Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires 1998.
- 2.- María Josefa Méndez, María Rosa Lorenzo de Fernando y otros, "DERECHO DE FAMILIA", Editorial Rubinzal y Culzoni S.C. Editores, 1998.
- 3.- Manuel F. Chávez Ascencio, "CONVENIOS CONYUGALES Y FAMILIARES", Editorial Porrúa, México 1996.
- 4.- Francisco Rivera Hernández, "EL DERECHO DE VISITA, ENSAYO DE CONSTRUCCION UNITARIA, TEORÍA Y PRAXIS ", Editorial Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona 1992.
- 5.- Eduardo A. Zannoni, "DERECHO DE FAMILIA DERECHO CIVIL I ", Editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina: 1998.
- 6.- Manuel F. Chávez Ascencio, "EL DEBER JURÍDICO, LA FAMILIA EN EL DERECHO", Editorial Porrúa, México 2000.
- 7.- Belluscio Augusto Cesar, "MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA", Editorial Porrúa, México 1998.
- 8.- Pérez Duarte y Noroña Alicia Elena, "DERECHO DE FAMILIA", Editorial Ediciones, Buenos Aires, Argentina 1996.
- 9.- Eduardo García Maynez, "INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO", Editorial Porrúa, México 2000.
- 10.- Ernesto Gutiérrez y González, "DERECHO DE LAS OBLIGACIONES", Editorial Porrúa, México 2000.
- 11.- Manuel F. Chávez Ascencio, "FAMILIA EN EL DERECHO. RELACIONES JURÍDICAS PATERNO-FILIALE ", Editorial Porrúa, México 1998.
- 12.- Grosman, Cecilia P., "FAMILIAS ENSAMBLADAS, NUEVAS UNIONES DESPUÉS DEL DIVORCIO", Editorial Universidad, Buenos Aires 2000.
- 13.- Goldsteinjo Joseph L., "EL POR QUÉ DEL RÉGIMEN DE FAMILIA SUSTITUTAS: ¿PARA QUIEN Y POR CUÁNTO TIEMPO?", Editorial BARCELONA 2000
- 14.- Burt Robert A., "LA CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA", Editorial Barcelona 2000.

- 15.- Flavio Galván Rivera, **"DERECHO PROCESAL FAMILIAR"**, Editorial Porrúa, México 1997.
- 16.- Comisión Nacional de Derechos Humanos, **"EL MENOR EN EL CONTENIDO DEL DERECHO DE FAMILIA Y LOS DERECHOS HUMANOS"**, Editorial CND, México 1997.
- 17.- Stilerman Martha N., **"MENORES, RÉGIMEN DE VISITAS: RECONOCIMIENTO DE HIJOS"**, Editorial Universidad, Buenos Aires 1999.
- 18.- Guillermo F: Margadant S., **"DERECHO ROMANO"**, Editorial Esfinge, S. A de C.V, Naucalpan Estado de México 2002.

LEGISLACIONES UTILIZADAS

- 1.- **"CÓDIGO CIVIL"**, Colección Textos Legales, (Boletín Oficial del Estado de Madrid 1996).
- 2.- **"CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL 2002"**, Editorial SISTA, México 2002.
- 3.- **"CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL 2002"**, Editorial SISTA, México 2002.
- 4.- **"CÓDIGO FAMILIAR REFORMADO Y DE PROCEDIMIENTOS FAMILIARES REFORMADO PARA EL ESTADO DE HIDALGO"**, Editorial Porrúa, México 1999.

OTRAS FUENTES

- 1.- **"ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA"**, Ancafo S.A., Buenos Aires: 1994 tomo XXVI.