



Universidad de Sotavento A.C



ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE PEDAGOGÍA

**“INSTAURACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA GUARDA Y
CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO CIVIL PARA EL
ESTADO DE TABASCO”**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ROBERTO SÁNCHEZ CARAVEO

ASESOR DE TESIS:

LIC. ROBERTO CAMPOS LECHUGA

VILLAHERMOSA, TABASCO 2011



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.

ÍNDICE

ANTECEDENTES	3
La custodia en el derecho. Breves connotaciones históricas.....	10
CAPÍTULO 1.- PROBLEMÁTICA DE LA GUARDIA Y CUSTODIA	13
CAPÍTULO 2.- CONCEPTOS Y ACEPCIONES RELATIVAS A LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	19
2.1. Definiciones.	19
2.2. Modalidades.....	29
CAPÍTULO 3.- MARCO NORMATIVO RESPECTO A LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA	38
3.1 Derechos y Obligaciones.....	39
3.2. La custodia y los artículos 1º y 4º constitucionales.....	47
CAPÍTULO 4.- LA CUSTODIA COMPARTIDA: UNA ALTERNATIVA QUE APUESTA POR LA NO DISOLUCIÓN DE LA FAMILIA	54
4.1. Conveniencia o no de la guardia y custodia compartida.....	54
4.2. Resolución y prevención de conflictos (principio de interés del menor).....	57
4.3. La práctica judicial en el Estado de Tabasco, respecto de la instauración de la figura de la guarda y custodia compartida.....	65
CONCLUSIONES	67
BIBLIOGRAFÍA	70
Legisgrafía.....	71
Páginas a consultar.....	71
ANEXOS	73

ANTECEDENTES

Dentro de los nuevos temas jurídico-sociológicos que se suscitan en el entorno de la familia, se encuentra las diversas transformaciones que esta ha tenido, enfocada a la misma segregación que en últimas fechas se viene presentando, a raíz de esto, y como parte de las acciones legales que el estado y su legislación, debe de prever, se orienta a los cambios en el derecho de familia, y es que resulta notoriamente evidente que dicho derecho de familia, debe de ajustarse a la realidad de nuestra convivencia, con la finalidad de proveer un marco de seguridad jurídica y protección a todos los miembros del grupo familiar cuando este se encuentra organizado en un solo ente, así como también, si dicho núcleo familiar se encuentra dividido por la separación de sus miembros; siendo primordial, que la base de la protección legal, se determine al cuidado de los derechos y garantías de los niños, quienes por sus características requiere de la mayor atención y cuidado. Dentro de las transformaciones que hemos de invocar en el presente trabajo, algunas de estas guardan relaciones con los aspectos socioculturales, económicos y de género, con la premisa, de orientar un trato más equitativo entre hombres y mujeres ante los propósitos de la ley, independientemente de la edad, así como en las formas y criterios de protección, y en la resolución de controversias del orden familiar, tanto desde el punto de vista legislativo como desde el judicial.

En el presente estudio, debemos de considerar que las figuras jurídicas dentro del derecho de familia, que haremos referencia directa, será el concepto de "*Guarda y Custodia Compartida*" en los casos de divorcio necesario o voluntario, dichas connotaciones serán directriz de esta tesis, debiendo de ser analizados con una nueva visión socio-cultural, ello, con la finalidad de poder edificar bases más sólidas con las que se procure un mayor beneficio para los intereses de los menores, dentro de la protección que brinda el ordenamiento positivo vigente en nuestra Entidad.

Se debe considerar, que debemos partir de un disolvente del núcleo familiar, como lo es la separación y la disolución de los vínculos matrimoniales, en razón de debido a ello, es común que los menores queden al cuidado de uno de los consortes, generalmente es la madre, quien por tradición social se ha encargado del tratamiento de éstos, teniendo bajo su estricto cuidado el ámbito familiar donde se desenvuelven (*cuidado de la casa, hijos, educación de éstos, vigilancia del estado físico de salud, por citar algunos de los aspectos*); y acontece que sólo ocasionalmente se quedan a cargo del padre, que en la mayor parte de los casos es por ausencia física de la madre (*muerte*) y las menos por tratarse de una resolución judicial en donde es la propia madre quien decide dejarlos. La importancia de este tema de siempre ha sido trascendental en el desarrollo integral de los menores y de las familias; más a partir de las reformas que en materia civil, se han decretado en nuestra Nación en materia de custodia, desde esta última década, en las que se inserta la figura de la custodia compartida. Es conveniente señalar, que la legislación del Estado de Tabasco no ha sido omisa en este aspecto evolutivo, determinando en el artículo 282 del Código Civil, que:

“Artículo 282.- Antes de que se provea definitivamente sobre la custodia de los hijos, el Juez podrá acordar a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, así como del Ministerio Público, cualquier medida que se considere benéfica para los menores, o inclusive disponer que éstos queden bajo el cuidado de cualquiera de los mencionados y, cuando a su juicio y previos los estudios del caso llegare a la convicción de que no es conveniente para los hijos permanecer al lado de ninguno de los progenitores, el Juez podrá modificar esta decisión en atención a lo dispuesto en los artículos 429, 430 y 452 fracción III.

(Se dice que en la actualidad un 35% de los padres lo solicitan este derecho).

Existen otras cuestiones a considerar, como lo son, que en estos tiempos han imperado ya otras necesidades sociológicas y jurídicas, cuya línea enuncia el sentido de privilegiar la protección de los derechos del menor para el efecto de convivir con ambos padres separados o divorciados. Es decir, que no exista únicamente la determinación por parte de los padres, si que ahora es fundamental buscar la estabilidad física y mental de los menores, en todas las facetas en las

cuales sea posible su debida interacción en la sociedad, toda vez, que pueden existir casos o situaciones en que es preferente la convivencia del menor bajo el cuidado paterno, que por el lado materno, esto quiere decir, que debemos de considerar la existencia plena de elementos de protección a los derechos de la figura paterna para convivir con sus hijos, y que este derecho de convivencia se encuentre custodiado adecuadamente por la normativa familiar vigente en nuestro estado, esto para el efecto de planificar una adecuada convivencia entre padres e hijos, por lapsos de tiempos más extensos o prolongados, para convivir dentro o fuera del ámbito territorial que le imponga la figura materna, es decir, que dichos padres o viceversa, puedan sin necesidad de solicitar permiso del otro, trasladarse de un lugar a otro con el menor, empero siempre con el objetivo de vigilar el supremo interés de los niños (asignación que se encuentre fielmente vinculada con la labor judicial, por ser estos los postores de las seguridad jurídica de los menores). Con lo anterior, lo que se busca en la actualidad es que ambos padres tengan los mismos derechos y obligaciones con los menores, no solo económicamente hablando, sino que exista esa interacción afectiva; con ello, se busca que la autoridad pueda vigilar que no existan prohibiciones de carácter subjetivo por parte de los progenitores que impida las convivencias entre el padre o la madre y el o los hijos. Lo anterior, con la estricta responsabilidad que se tiene de ayudar a la niñez, en razón de que la sociedad se ha dado cuenta que la infancia está necesitada de que se respeten sus derechos, porque en la mayoría de los casos, estos menores son tomados como armas para agredir al otro padre o para defenderse, cualquiera que sean los casos, resultan ser actos lesivos para la salud de los menores y de los propios progenitores. Dentro de las situaciones en que se ejemplifica la disputa de los derechos de convivencia de los menores, se tienen aquellos convenios que los cónyuges presentan ante el juez de lo familiar, uno de los puntos que mayor discusión origina a éstos es el establecimiento de las “visitas” del padre hacia los menores, las cuales en el mayor de los casos se utilizan como medio de presión de la madre hacia el padre para la determinación de los alimentos y bienes primordialmente.

Debe ser una premisa del legislador en nuestro Estado, el proponer que se logre un verdadero equilibrio de la convivencia entre los menores y sus progenitores, cuando estos estén separados o divorciados, planteando como base jurídica, la creación la figura jurídica denominada *Guarda y Custodia Compartida*, para transmitir los mismos derechos y obligaciones hacia ambos progenitores, emergiendo el juez conciliador en el único que puede solucionar de acuerdo a su criterio la regulación de las convivencias, ya que, en la legislación vigente no se encuentra un régimen de visitas adecuadamente normado, que satisfaga una convivencia sana y afectiva entre ascendientes y descendientes. Ahora bien, dado que la guarda, custodia y aquellos derechos de convivencia de los menores, son un recurso ineludible de la problemática social en los procesos de separación de parejas y matrimonios, así como una responsabilidad inherente de la unión formal e informal de las personas que tienen progenie como producto de su relación.

No podemos asentar adecuadas soluciones, sin tomar en cuenta los antecedentes conceptuales del tema, saber identificar que la patria potestad no es un poder que se impone a los sujetos a ella. Si no que es un valor que implica una serie de deberes y obligaciones de carácter filial; y es que los deberes integran la relación jurídica, dentro de la cual se tienen también derechos recíprocos; a un deber de quienes ejercen la patria potestad corresponde a otro deber de los hijos y ambos tienen derechos para exigir mutuamente el cumplimiento de los respectivos deberes.

Al hablar de la guarda o custodia se señala que *“la guarda no es una potestad que se reconozca a los padres en forma autónoma, sino que se les otorga en función del cumplimiento del deber de educación que es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos¹”*.

La teoría del deber-derecho, no es acertada, toda vez que frente al deber de guarda o custodia con cargo a los padres, existe el deber de convivencia del hijo, y

¹ Manuel F. Chávez Asencio, *La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales*, Tercera edición actualizada, Editorial Porrúa, México 1997, pág. 309.

de ambos deberes se originan derechos recíprocos: de los padres, el de determinar el domicilio y lograr que el hijo viva con ellos, y del hijo el derecho a que lo cuiden. El deber de educación, primordial en la patria potestad, reconoce el derecho de los padres para corregir y amonestar, pero no como consecuencia de un deber-derecho, sino como un derecho para lograr el respeto, obediencia y aplicación por parte del hijo que son deberes con cargo a él. Así, podríamos señalar la interrelación de deberes, derechos y obligaciones que en la relación jurídica paterno-filial existen, en donde se respetan a las personas y no hay una potestad que se impone.

No debemos olvidar que tanto los padres como los hijos tienen otras relaciones jurídicas con terceros. Que los padres, por serlo, tienen el derecho fundamental para educar y cuidar a sus hijos que enfrentan a todos, incluso al Estado, que es de un orden distinto de los que se derivan de la relación *paterno-filial* y entran dentro de la esfera de los derechos humanos. Es decir hay distintos órdenes de derechos. Unos que se dan en la relación jurídica *paterno-filial* y otros que se dan fuera de la intimidad de esta relación humana y se enfrentan a todos, inclusive al Estado, y se dan para exigir obligaciones de hacer y respetar con cargo el Estado o a las otras personas de la sociedad; por ejemplo: exigir (como derecho) la educación que se debe dar el Estado a través de las escuelas.

El desarrollo de este punto se hará con base en los deberes y derechos que existen en la relación jurídica *paterno-filial*. En segundo término con base en las obligaciones y derechos que en la misma se presentan. Esto permitirá ver de conjunto la relación jurídica que tiene, por un lado a los padres ejerciendo la patria potestad como función y a los hijos por el otro como respuesta de la "*responsabilidad filial*". Debemos tomar en cuenta que los deberes, con cargo a los padres, son obligatorios e irrenunciables y que corresponde exclusivamente a los que ejercen la patria potestad por tener la característica de ser personales, es decir, ningún otro puede cumplir sus deberes. En relación a los derechos, éstos

también, corresponden a los que ejercen la patria potestad, para lograr el cumplimiento de los deberes a cargo de los hijos.

Debemos tomar en cuenta, además, los derechos humanos que son innatos y naturales de quien ejerce la patria potestad y no derivan de hecho jurídico alguno, se oponen a todo el mundo, y el que ejerza la patria potestad puede exigir abstención de terceros y el cumplimiento de las decisiones o disposiciones que para su ejercicio decidan los padres o abuelos. Es decir, quienes ejercen la patria potestad exigen el respeto de todos los demás y el acatamiento de las decisiones que tomen. En cuanto a los derechos, quienes ejercen la patria potestad pueden fijar libremente su residencia que constituye el elemento para determinar el domicilio de la persona física, el cual se reputa domicilio legal para el menor no emancipado en los términos de la ley civil en el estado, así como que mientras que estuviere el hijo en la patria potestad no puedan dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente. *La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres.* Al hijo le corresponde como derechos, ser registrado inmediatamente después de su nacimiento y tener el derecho desde éste a un nombre, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos (art. 7 Convención de los Derechos del Niño²). En los siguientes términos: *Convivencia.* El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la patria potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia. Esta convivencia tiene por objetivo lograr la estabilidad personal y emocional del menor. Es darle afecto, calor humano, presencia personal, y respaldo espiritual. Como deber correlativo, ésta también corresponde al hijo, que está obligado a responder en la medida en que su edad y madurez le permita, pero tiene el deber de procurar que la convivencia familiar se logre con afecto, calor humano, presencia personal, y respaldo espiritual. *Protección a la persona.* Dentro del cuidado y custodia esta la protección de la persona del hijo “*frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral*”³. *Vigilancia de sus actos.* Dentro del deber de guardar va intrínseco el deber de vigilancia, por lo

² Convención de los Derechos del Niño

³ Convención de los Derechos del Niño

cual los padres responderán de las consecuencias dañosas en que hayan incurrido sus hijos en cuanto ellas se deban a la falta de vigilancia.

Estamos frente a una institución de avanzada que -por su aporte al bienestar familiar y su congruencia con el sublime principio de respeto al interés del menor- ha de ser adecuadamente valorada por nuestros legisladores, toda vez que es evidente, como ante el divorcio, como ruptura del núcleo familiar, se desprende una crisis a la que hay que afrontar y superar, mediante una obligación de cambio; sin embargo es necesario preservar la estructura triangular que toda familia conlleva y para ello debe entenderse claramente que la relación desaparecida es la existente entre los cónyuges, no ha sido entre padre, madre y los hijos; existen un grave problema, cuando alguno de los cónyuges confunde que la separación de la pareja implica la separación entre padres e hijos, ha de saber que está perjudicando a estos últimos, ya que se está condenando a los menores a crecer sin referencia de ambos progenitores, lo cual va a suponer una carga emocional de consecuencias innegables. En este sentido, la adaptación a la vida post-divorcio debe ser de concilio y entendimiento, de lo contrario se rompería el núcleo familiar por el eslabón más débil que es el niño. Con la emisión de la *Custodia Compartida* se pretende brindar un nuevo concepto o campo de mantenimiento de la base familiar en la sociedad, con la firme idea de atribuir a ambos padres un idéntico reconocimiento de sus deberes y derechos siempre que sean ejercidos en coparentalidad.

LA CUSTODIA EN EL DERECHO.

BREVES CONNOTACIONES HISTÓRICAS.

La custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, y se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad. Esta figura jurídica ha tenido una evolución importante en las relaciones familiares y en el propio derecho a lo largo del tiempo.

Como antecedente se tiene que en el derecho romano, el padre tenía o a él se le otorgaba el control y autoridad sobre todos los miembros de la familia, inclusive el derecho a privar de la vida a los hijos, cuando éstos cometían faltas. Después, atendiendo a casos concretos, se empezó a tener la posibilidad de juzgar a los padres, figura masculina, por infanticidio. Este poder absoluto ha ido disminuyendo aunque sin desaparecer, pues aún continuamos viviendo en sociedades profundamente patriarcales. Sin embargo, se ha evolucionado al grado de que, en casos de exceso en el derecho a castigar a los hijos, se puede juzgar al padre o a los padres abusivos.

Los argumentos usados durante mucho tiempo para mantener la custodia y cuidado de los hijos por los padres consistieron en afirmar que para criar y mantener a los hijos en orden y obediencia era necesario dejarlos bajo el cuidado legal del padre hasta la mayoría de edad, ya que la madre carecía y no le era reconocido poder alguno sobre los hijos, y sólo debía ser objeto de reverencia y respeto, es decir una figura decorativa.

La regla era que el padre tenía derecho a la custodia de los hijos, salvo que se probara que era incapaz de tenerla, y que su deber era mantener, proteger y educar a sus hijos, lo cual quedó así establecido por la ley. Paulatinamente se presentó un proceso de flexibilidad en la ley y/o en la práctica de la ley, que permitía considerar a la madre como capaz de criar a los hijos cuando éstos fueran menores de siete años.

Después de 1900, es cuando progresivamente se comienza a presentar un cambio en la legislación y en los criterios de su aplicación, que consistió en reconocer y regular la custodia de los hijos con preferencia hacia las madres con la misma fuerza que durante tantos años se concedió a los padres.

Lo anterior no es excepción en los códigos civiles de nuestra nación, a pesar de que no se regula aspecto alguno en particular respecto a la guarda y custodia de los hijos, sólo se establecen normas relativas a la patria potestad, de cuyos atributos son la guarda y custodia. En este sentido las disposiciones consideran que la patria potestad corresponde ejercerla a los progenitores mientras estos sobrevivan durante la minoría de edad de los hijos, en su caso al progenitor supérstite; sin embargo, aún cuando se reconoce su ejercicio para ambos, existe un artículo que expresamente en orden de prelación coloca en primer lugar al padre y en segundo a la madre, como queda de manifiesto en los códigos de 1870 y 1884. Una excepción a lo anterior se encuentra en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que establece en el orden de prelación, en igualdad de condiciones o en el mismo nivel para ejercer la patria potestad al padre y a la madre, y establece jerarquía entre el abuelo y abuela paternos, en primer lugar, y entre abuelo y abuela maternos, en segundo lugar.

En este sentido, el Código Civil de 1870 nos presenta una disposición cuyo contenido expresa lo que podría ser un acercamiento a la custodia compartida, en el artículo relativo a las medidas provisionales en el juicio de divorcio que, guardadas las proporciones, correspondería a lo estipulado actualmente por el artículo 282 del código vigente.

Artículo 266: Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptarán provisionalmente, y sólo mientras dure el juicio las disposiciones siguientes:

1a. ...

2a. ...

3a. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos...

De lo expuesto anteriormente, es claro que esta posibilidad sólo ocurría durante el juicio de divorcio, pues una vez dictada la resolución, el cónyuge culpable perdería la patria potestad, lo que definitivamente lo excluiría del ejercicio de la custodia; también se señala que, a pesar de lo anterior, el culpable continuaría con las obligaciones derivadas de la ley para con sus hijos. En los mismos términos se establecen disposiciones en el artículo 244 del Código Civil de 1884 y en el artículo 93 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

Es a partir de estos periodos que la legislación y los criterios de aplicación de la ley, relativos a la guarda y custodia de los hijos, que se comienzan a establecer que la custodia de éstos debe ser decidida sin tomar en cuenta el sexo de los progenitores, obviamente, con la carga de género que se les asigna, en el interés superior del niño; por supuesto, atendiendo a los principios de igualdad, del hombre y la mujer, en y ante la ley, así como de no discriminación. Seguramente con gran influencia de la declaración y la Convención sobre Derechos del Niño, los cuales establecen los estándares internacionales que los Estados de la comunidad internacional deben observar, en este caso respecto a los derechos y obligaciones familiares, para cumplir tanto en la práctica como legislativa y judicialmente con relación a los menores.

CAPÍTULO 1. PROBLEMÁTICA DE LA GUARDIA Y CUSTODIA

Ya hemos determinado que el divorcio, es un acto que cambia las realidades de las personas que se encuentran directamente involucradas: *los cónyuges, los hijos de éstos y en su caso el resto de los miembros del grupo familiar extenso*. Cuando dos personas se separan dejan de ser pareja, pero siguen siendo padres. Por todos es conocido el aumento del número de divorcios; muchos son los factores que se alegan en los juzgados como causantes del mismo. Lo anterior, debido a que el divorcio, la separación o la conclusión del matrimonio en muchas ocasiones suele equipararse al final de una familia, sin embargo, los lazos afectivos de los padres a los hijos continúan, por lo cual con relación a éstos la legislación prevé circunstancias especiales para la situación de los hijos de padres divorciados como son de manera general, el derecho de alimentos, incluyendo en éstos aspectos de salud y educación; la conservación de bienes que a éstos pertenezcan, la custodia de los menores durante y después del procedimiento de divorcio, entre otros más.

En algunos casos, los factores que llevan a los cónyuges a solicitar el divorcio son de índole sentimental: (*odio, orgullo, coraje, rencor, entre otras cuestiones*). Inspirado en esos sentimientos se dice de casos en los que son éstas las razones para tomar como bandera el chantaje y negar al que se cree el cónyuge culpable la posibilidad de convivir con sus hijos; y es bien sabido que no todos los divorcios son "*cordialmente resueltos*", pues se sabe de la multiplicidad de causales de las cuales los cónyuges pueden alegar ante los juzgados de los familiar, (en el *artículo 272 del Código Civil en el Estado de Tabasco*) las cuales obligan a cerradas discusiones, particularmente sobre los bienes e hijos. En este tipo de divorcios, son los menores los que generalmente suelen resultar más afectados con la sentencia dictada por el Juez, toda vez que pocas veces se toman en cuenta sus opiniones (artículos 280 fracción IV, 281 y 282 del código Civil en el Estado de Tabasco) y como una más de las consecuencias del divorcio, poco a poco, va perdiendo contacto con el cónyuge que dio motivo al divorcio.

Es mayormente probable que ante una separación, los menores queden al cuidado de la madre y sólo ocasionalmente se relacionen con el padre y la familia de éste, lo anterior debido a que son menos los casos en los que el padre solicita al tribunal la guarda y custodia del menor, así en el tribunal las discusiones se centran sobre las pensiones, el régimen de visitas, quién se queda con las propiedades, pero no la guarda y custodia, situación derivada de una sociedad tradicionalista, donde es a la mujer a quien le corresponde dicha tarea, tal y como lo prevé nuestra legislación civil.

No obstante ya declarado el divorcio de los cónyuges, los menores vuelven a ser bandera del chantaje, cuando por las razones que se quiera el progenitor culpable, éste no cumple puntualmente con los alimentos debidos, se le niega a éste la posibilidad total de convivir con el menor hasta en tanto no se cumpla la obligación alimentaria, situación que una vez más daña al menor en toda su esfera (psicológica, social, familiar), situación que frente al tribunal parece importarle poco a los padres, quienes se centran más en su interés de destruirse mutuamente. Otra circunstancia resulta de la negativa del progenitor a quien judicialmente se le otorgó la guarda y custodia del menor para que éste conviva con el ex-cónyuge y su familia, ya sea porque el cónyuge “*declarado culpable*” rehizo su vida sentimental y se unió a una tercera persona formando una nueva familia o simplemente, porque desde la separación éste se ha desarrollado laboralmente, entre otros más. En algunos casos la negativa ha originado que se adopten medidas no jurídicas y se llegue a la *sustracción y retención del menor* y en otros casos su “*desaparición*”.

De lo anterior, podemos plantear las siguientes interrogantes:

- ¿Es efectiva la guarda y custodia compartida?
- ¿Tiene cabida la guarda y custodia compartida en el ordenamiento jurídico estatal?,
- ¿Cuáles serían las ventajas que ofrecería la guarda y custodia compartida?

- ¿Qué desventajas presentaría con relación al desarrollo y estabilidad del menor, su vinculación con el resto de los familiares?
- ¿Cómo establecer los parámetros de responsabilidad de los progenitores en la guarda y custodia compartida?
- ¿Cuáles serían las medidas de coacción-sanción en caso de incumplimiento de las reglas de la guarda y custodia compartida?
- Existe pleno conocimiento de cuáles son los Derechos de Convivencia de los Menores sujetos a la Patria Potestad en nuestra entidad.
- Existe plena vigilancia de los Derechos de Convivencia de los Menores sujetos a patria potestad.

Parte fundamental del presente trabajo, versa en tratar de responder cada una de las interrogantes antes planteadas, toda vez, que resulta de vital importancia que la figura de la guarda y custodia de menores tiene un valor trascendental en el ordenamiento jurídico mexicano en materia familiar, observando las circunstancias históricas de su evolución, con las que se puede *sustentar* en experiencias de otros países pertenecientes a la familia romano-germánica en los cuales la figura de la guarda y custodia compartida se ha implementado, tomando en cuenta los beneficios sociales a favor de los menores, para *probar* la posibilidad de implementar dicha figura jurídica y la corresponsabilidad de los progenitores con relación a los hijos en nuestra legislación civil.

Bajo esta premisa, se tienen que considerar como objetivos específicos en todo marco reglamentario de la protección de los derechos de la familia, lo siguiente:

1.- Señalar la importancia actual que representa la figura de la guarda y custodia de menores en el ordenamiento jurídico mexicano, observando las circunstancias históricas de su evolución, en particular, ante el juicio de divorcio y los efectos posteriores de éste.

2.- Contrastar las experiencias de países pertenecientes a la familia romano-germánica en los cuales la figura de la guarda y custodia

compartida se ha implementado, tomando en cuenta los beneficios sociales a favor de los menores.

3.- Explorar la posibilidad de implementar la figura jurídica de la guarda y custodia compartida de menores, atendiendo la corresponsabilidad de los progenitores con relación a los hijos en el Código Civil del Estado de Tabasco.

Para proponer soluciones sustentadas en los anteriores objetivos, se debe de considerar de inmediato, lo normado en la legislación constitucional, de forma concreta, lo preceptuado en el artículo 4º, en el cual se previene que:

“Artículo 4.- Es deber de los padres preservar derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de instituciones públicas⁴”,

Ésta es la única garantía individual de la que gozan todos los menores; consecuentemente, es responsabilidad de toda autoridad, no sólo respetarla sino promover a través de las instituciones públicas la satisfacción de las necesidades de los menores, pues el mandato constitucional no se limita a enunciar una garantía, sino establece una obligación con cargo a las instituciones públicas de apoyar y proteger a los menores para que éstos logren su desarrollo físico y mental. Es evidente que la obligación o deber primario de proteger y promover a los hijos corresponde a los padres; así se expresa en el artículo constitucional citado, éstos son los principales obligados como procreadores y nada ni nadie puede liberarlos de su responsabilidad; en forma subsidiaria, corresponde a las instituciones públicas deben dar el apoyo necesario para la promoción y la protección de los menores, y auxiliar a los padres en su deber de tales.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- editorial Cajica, s.a.- México, 2007. pág. 16

De igual forma, que en la Norma Constitucional, la legislación civil en nuestro Estado, en concordancia con el Derecho positivo vigente en la República, requiere actualizarse permanentemente, a fin de armonizarla con las necesidades sociales que premian en el devenir social de nuestro estado, por ello, el establecimiento de la figura de *guarda y custodia compartida en el ordenamiento civil para el Estado de Tabasco*, con las reservas propias en interés del menor, se plantea como una salida jurídica a muchos de los problemas sociales, problemas que constante se reproducen, en un efecto de eco social que impide el debido orden de lo familiar, que promueven la desigualdad paterna, que involucran elementos delictivos como es la sustracción de los menores, el maltrato hacia estos, por citar algunos ejemplos de los aspectos negativos que conlleva la no legitimación de un orden en el ámbito jurídico familiar; así como aspectos positivos, como lo son, que al mismo tiempo con la instauración de estas figuras jurídicas se permitiría cumplir objetivos planteados por la comunidad mundial, en particular en la Convención sobre los Derechos del Niño; de aquí, que se exponga un señalamiento expreso de la importancia que actualmente tiene la figura de la guarda y custodia de menores en nuestro ordenamiento jurídico, como parte de los actos que deben ser vigilados indispensablemente por la autoridad ante un juicio de divorcio y los efectos que posteriormente éste produce en los menores y su entorno social inmediato.

Bajo este tenor, es de referir al maestro Manuel F. Chávez Ascencio⁵, quien alude que el bien de los hijos es el principio que regula toda filiación. Nuestra legislación nos previene que el *Bonum filii*, debe ser el principio rector de todas las instituciones como son la patria potestad, la filiación, la adopción, la tutela, etc., la protección que la Ley garantiza es igual para los nacidos dentro o fuera del matrimonio y también para aquellos que no tienen relación alguna biológica, como es el caso de la adopción.

El interés superior del niño está reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en la 44ª sección de la Asamblea General de las Naciones

⁵ CHÀVEZ ASCENCIO, Manuel F., *LA FAMILIA EN EL DERECHO. Relaciones jurídicas paterno filiales*, Segunda Edición, México, 1992. pág. 5, 6 y 7.

Unidas el 20 de junio de 1989, y aprobada por México por el Senado el 19 de junio de 1990, (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio de 1990), lo que constituye la Ley Suprema de la Unión en los términos del artículo 133 de la Norma Fundamental. Proceder dentro del ámbito del derecho familiar, nos remite a considerar la temática de la guarda y custodia, dentro de la pauta, que dicta el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen sus miembros y entre éstos con otras personas y el Estado, que protegen a la familia y sus miembros, y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin.

El concepto de *guarda y custodia* en sí mismo no es distinto al concepto de *patria potestad*, es decir, ambos progenitores conservan la obligación legal de velar por sus hijos e hijas, educarles, alimentarles y procurarles un desarrollo integral, luego ambos deben participar en el crecimiento del menor. La cuestión esencial es el procedimiento para lograr esa equitativa participación sin que ello suponga causar perjuicio a los menores, que exista una legitimada libertad por parte de ambos padres, de poder convivir con sus descendientes sin la incertidumbre y la zozobra de depender de la decisión de ex-pareja, que se establezcan términos acordes a los intereses de ambos padres y que por ende se contraigan obligaciones equitativas, no solo de la manutención, sino también de la convivencia y cuidado del desarrollo psicosocial de los menores.

CAPÍTULO 2. CONCEPTOS Y ACEPCIONES RELATIVAS A LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Definiciones.

Al respecto es importante sostener los diversos criterios que existen con relación al estudio de nuestro tema, en los siguientes conceptos:

CUSTODIA: Proviene del latín *Custos* que significa guarda o guardia y esta a su vez deriva del *Curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar. Es por lo tanto la acción y el efecto de custodiar o sea guardar con cuidado alguna cosa⁶.

En el derecho romano tuvo dos acepciones: en derecho penal y en derecho civil. En este último significó una clase especial de diligencia que debía aplicar el deudor de cuidar la cosa debida como un *bonus pater familias*. En general esa clase especial de diligencia en todo caso en el cuidado de una cosa ajena que no pudiera perderse, o ser robada o usucapida por terceros.

CUSTODIA. En la fracción I del artículo 273 código civil del Distrito Federal se previene que en el convenio se debe designar la persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. Debe designarse a la persona a quien sean confiados los hijos, lo cual amplía la posibilidad para que la custodia la tengan personas distintas a los progenitores al no haber limite en nuestra legislación.

Por lo que hace al termino “*confiados*”, para decidir si significa lo mismo que custodia. *Confiados* tiene un significado similar a custodia, aun cuando sean conceptos diversos pues e confía la custodia. Nuestra legislación emplea los

⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano (A-CH)*, Editorial Porrúa, S.A.- Universidad Nacional Autónoma de México, Sexta edición, México, 1993 pág. 803-804.

términos de custodia y cuidado en algunos artículos conjuntamente, y en otros hace referencia solo al cuidado. Si se emplean conjuntamente indica que son conceptos distintos. Así, encontramos en el artículo 259 Código Civil, referido a las nulidades, que previene que los progenitores se pondrán de acuerdo en la forma y términos del cuidado y custodia de los hijos; el artículo 283 Código Civil, hace referencia al divorcio y señala que el juez resolverá sobre la custodia y cuidado de los hijos; el artículo 282 en su fracción VI solo habla de cuidado. Ahora bien, cuidado se entiende como la solicitud y atención para hacer bien alguna cosa; dependencia o negocio que está a cargo de uno; estar obligado a responder de ella; en este sentido, se entiende que *custodia* es la acción de custodiar que significa guardar y vigilar. Al usarse conjuntamente los dos términos, se pretende señalar lo profundo de esta relación jurídica, que no se limita solo a la guarda y vigilancia del menor, sino que se acentúa con el cuidado, es decir, la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha.

Existen ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este sentido, de las cuales transcribo, en lo conducente, la siguiente: *“La patria potestad, implica no solo derechos sino también deberes, sobre todo, el interés y protección del menor, sin dejar de considerarse los derechos que el padre posee. En ese complejo de derechos y deberes, o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la custodia del menor, ubicándola en el campo social. Así, en primer término si los padres tienen el derecho de tener consigo a sus hijos conviviendo personalmente con ellos, esa fórmula legal no coincide siempre con el ejercicio personal de quien posee el derecho y en algunos casos en que las circunstancias hagan necesario para el bien del menor tiene que desvincularse, pero sin diluir el derecho de patria potestad con las implicaciones que el mismo conlleva”*.

Como criterios que deben tomarse en cuenta en el convenio para designar el custodio, pueden señalarse los siguientes:

- La decisión sobre cuál de los progenitores deben tener la custodia, deberá hacerse independientemente de la opinión de culpabilidad que como causa subyacente se encuentra en todo divorcio voluntario. En estos casos, en los cuales frecuentemente hay culpa de uno o de ambos cónyuges, no es de tal gravedad que haga necesario impedir que alguno tenga la custodia.
- El legislador deja en libertad a los progenitores para decidir la custodia porque se parte del supuesto de que son ellos quienes conocen mejor su realidad personal y familiar, y propondrán las mejores soluciones para los hijos. En esta materia no es posible aceptar transacciones de los progenitores cuando entran intereses personales en juego. El interés de los hijos es superior y no debe de ser materia de transacción. Debe decidirse con quien estarán mejor en todos los aspectos.

No en todas las legislaciones se deja esta libertad a los progenitores; al momento de contrastar las experiencias de otros países en los cuales la figura de la guarda y custodia compartida se ha implementado, tomando en cuenta los beneficios sociales a favor de los menores; el derecho francés previene en relación a la guarda, que el juez tendrán en cuenta los acuerdos habidos entre los cónyuges, los informes recogidos de la encuesta y contra encuesta social previstas en la ley, los sentimientos expresados por los hijos menores de edad cuando la audiencia hubiera parecido necesaria y no comporta un inconveniente para ellos. En Italia, el juez resolverá según las circunstancias del caso. En Alemania si el matrimonio de los padres se disuelve por el divorcio, es el tribunal de familia el que determina cual de los padres es al que corresponde la patria potestad; el tribunal no puede dejar de seguir una propuesta común de los padres, sino cuando ello sea necesario para el bien de los hijos; si los padres no formulan propuesta, o el tribunal de familia no aprueba la proposición, el tribunal adoptara la decisión que, habida cuenta del conjunto de la situación, corresponda mejor al bien del hijo; la patria potestad debe de ser atribuida, por regla general, a un solo progenitor. En el

Derecho inglés los deseos de los padres deben ser tomados en consideración, pero únicamente como uno de los factores, como expresión del interés y tales deseos deben ser medidos y ponderados en conjunción con los de otros factores relevantes para ese propósito. La *custodia* es el deber fundamental y primordial que hará posible el cumplimiento de los otros deberes que integran la patria potestad. Será imposible, o por lo menos sumamente difícil, cumplir los deberes que corresponden al padre o a la madre sino tienen la custodia del menor. 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 a través del derecho de vigilancia y el deber de colaboración⁷.

De cualquier modo todas las definiciones redundan en reconocimiento de la responsabilidad de los dos padres para con sus hijos aun luego de la ruptura matrimonial, ejerciéndola de igual manera sin que dicho suceso provoque transformaciones sustanciales. No obstante no creo que se trate de redefinir nada, sino de aplicar a uno y otro de los padres el antiguo concepto de custodia.

DIVORCIO VOLUNTARIO.- Es “la disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges decretada por autoridad competente, ante la solicitud por mutuo acuerdo de ambos cónyuges”.⁸

DIVORCIO VOLUNTARIO JUDICIAL.- Cuando los cónyuges que quieren divorciarse por mutuo consentimiento tienen hijos, o son menores de edad, tienen que recurrir al Juez de lo familiar de su domicilio para solicitar el divorcio.

Con la solicitud de divorcio debe adjuntarse un convenio en que se fijen los siguientes cinco puntos: a) la persona que tendrá la custodia de los hijos, tanto

⁷ Manuel F. Chávez Ascencio, *Convenios conyugales y familiares*, Segunda edición, Editorial Porrúa, México, 1993, página 100 a 105.

⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano D-H*, Editorial Porrúa, S.A. DE C.V.-UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO, México, 1995, pág. 1189.

durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio. La persona designada puede ser uno de los cónyuges; b) el modo de cubrir las necesidades de los hijos tanto durante el procedimiento, como después; c) el domicilio de cada uno de los cónyuges durante el procedimiento; d) los alimentos que un cónyuge dará al otro, su forma de pago y su garantía, o que no habrá obligación de alimentos de ninguno hacia el otro (por ley la mujer tiene derecho a alimentos por un tiempo igual al que duro el matrimonio, si estuvo únicamente ocupada de las labores del hogar y no tiene bienes propios), y e) la forma de administrar la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidación de la misma al ejecutoriarse el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles e inmuebles de la sociedad. Deben comprobar además, que llevan más de un año de casados, lo que se prueba con la presentación del acta de matrimonio, pues antes de ese término no puede pedirse el divorcio por mutuo consentimiento⁹.

FAMILIA.- En sentido lato, la familia es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere.

Esta noción por su propia vaguedad y su amplitud, no tiene efectos jurídicos. La palabra familia tiene una connotación más restringida, a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de estos, que viven bajo un mismo techo. La familia, en su forma evolucionada, se ha presentado unida a la institución del matrimonio que atribuye estabilidad al grupo formado como consecuencia del apareamiento del hombre y la mujer, aunque no se niega la posibilidad de que como un hecho existe y ha existido la familia fuera de matrimonio. En este caso se trata de un grupo familiar constituido en manera irregular fundada en la filiación; es decir, en las relaciones jurídicas entre padres e hijos sin que desde el punto de vista del derecho surjan relaciones familiares de los progenitores entre sí. Las que existan o puedan existir

⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano D-H*, Editorial Porrúa, S.A. DE C.V.-UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO, México, 1995, pág. 1190-1191

entre ellos, son de otra naturaleza, generalmente puramente afectivas y de consecuencias económicas¹⁰.

LA GUARDA.- A la guarda de hecho alude SANCHO REBULLIDA¹¹ para hacerse referencia a aquellas situaciones en las que una persona, sin designación legal o nombramiento judicial, asume por propia iniciativa la representación o defensa de un menor o incapaz. La guarda de hecho tiene para RUIZ-RICO MORÓN, una triple finalidad:

- 1) Que se promueva la constitución de la tutela ordinaria y, en su caso, la declaración de incapacitación, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228 del Código, de manera que el menor o incapaz quede legal y formalmente sujeto al régimen de protección mas conveniente.
- 2) Que la autoridad judicial obtenga información del propio guardador acerca de la situación de la persona y los bienes del menor o presunto incapaz.
- 3) Que la autoridad judicial establezca las medidas de control y vigilancia que considere oportunas en cuanto a la persona y a los bienes del menor o incapaz.

Los actos realizados por el guardador atinentes a la esfera del menor o incapaz, solo se mantienen si redundan en utilidad de representado, porque en otro caso son impugnables. Respecto a la guarda administrativa, la entidad pública asumirá solo la guarda durante el tiempo necesario, cuando quienes tienen la potestad sobre el menor lo soliciten, tipificando no poder atenderlo por enfermedad, u otras circunstancias graves, o cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda. En cuanto al contenido de la guarda, creemos que las funciones de guarda y custodia, habrán de comprender toda la asistencia

¹⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano D-H*, Editorial Porrúa, S.A. DE C.V.-UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO, México, 1995, pág. 1428-1429

¹¹ Francisco Lledó Yague – Ramón Herrera Campos, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edit. Dykinson, Argentina, pág. 285.

indispensable que, atendida a su edad, necesite el menor: custodia, alimentos, vestido, instrucción, entre otras cuestiones¹².

GUARDA DE LOS HIJOS.- Las palabras “guardar” y “custodiar” proceden, respectivamente, del germanesco “wardon” que significa cuidar, y del latín “custos” derivado de *curtos*, forma agente del verbo *curare*, que también quiere decir cuidar.

Por guarda de los hijos se entiende, en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia. En esta acepción genérica se comprende una custodia que en gran parte se incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de patria potestad o tutela. Es de observarse que, al menos en su origen, la figura que analizamos implicaba la obligación de conservar en calidad de depósito la persona de los descendientes inmediatos conforme a instrucciones precisas. Por extensión se llama además guardador de los hijos, a la condición de hecho en que se coloca aquella persona que acoge bajo su dependencia habitual a un menor sin que hubiese quien ejerza la patria potestad sobre él y no tenga tutor¹³.

La guarda de los hijos se constituye desde que se establece por los interesados la patria potestad o la tutela si su ejercicio exclusivo depende de ellas; pero bien puede ser instituida por el juez familiar en los casos de procedimientos de divorcio o de nulidad de matrimonio. Se modifica dicha guarda de común acuerdo por los interesados o por el juez, atentas a las nuevas circunstancias que así lo reclamen. Se extingue la repetida custodia por muerte de los afectados, por vencimiento del plazo prefijado, por haberse concluido la patria potestad o tutela que le dio origen y por resolución judicial dictada en incidente por el cual se acredite la inconveniencia de la medida.

¹² Francisco Lledó Yague – Ramón Herrera Campos, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edit. Dykinson, Argentina, pág. 286-287.

¹³ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano (D-H)*, Editorial Porrúa, S.A.- Universidad Nacional Autónoma de México, Sexta edición, México, 1993, pág. 1555.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.- Es uno de los principios en los cuales se fundamenta la Doctrina de Protección Integral desarrollada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este principio de Interés Superior debe ser considerado ante todas las medidas a tomar por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos concernientes a los niños, niñas y adolescentes, es un principio de interpretación y aplicación que esta dirigido a asegurar protección integral a la niñez y adolescencia del país tomando en cuenta su opinión, el equilibrio entre el ejercicio de sus derechos y garantías y sus deberes, su condición específica como personas en desarrollo; además del equilibrio de las exigencias del bien común, los derechos de las demás personas.

LA PATRIA POTESTAD. De conformidad con lo establecido en el artículo 154 del Código Civil del Distrito Federal, establece que los hijos no emancipados están bajo la patria potestad del padre y de la madre y, que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad¹⁴.

Como señala O'CALLAGHAN la patria potestad es un efecto de la filiación, un sistema de protección, cuidado, asistencia física y moral, educación y un medio de suplir la incapacidad del hijo¹⁵. Por su parte COLÍN Y CAPITANT nos define que la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre ellos¹⁶. Como refiere ALBALA-DEJO, es el poder global que la ley otorga a los padres sobre los hijos. Bajo sentencia judicial de

¹⁴ Francisco Lledó Yague – Ramón Herrera Campos, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edit. Dykinson, Argentina, pág. 267.

¹⁵ Francisco Lledó Yague – Ramón Herrera Campos, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edit. Dykinson, Argentina, pág. 267

¹⁶ Francisco Lledó Yague – Ramón Herrera Campos, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edit. Dykinson, Argentina, pág. 267.

fecha 22 de mayo de 1993, definió a la patria potestad como: *“conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben respecto a su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos, no pudiendo prescindirse de la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas de la patria potestad, cuyo contenido no puede, en principio, sin la aprobación judicial, ser objetos de pactos privados dirigidos a modificaciones de su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores”*¹⁷.

LA TUTELA Y LA GUARDA DE MENORES. EL ACOGIMIENTO. LA ADOPCIÓN.- La guarda y protección de los menores corresponde normalmente a la familia; sin embargo cuando el menor carece de familia o teniéndola, ésta no cumple este deber o no se encuentra en condiciones de poderlo cumplir, el Estado, en virtud del principio constitucional de protección integral a los hijos y como una indudable exigencia social, debe instrumentar los medios precisos de protección respecto a los menores que se encuentran en esta situación¹⁸.

Entre las instituciones jurídicas de protección en sustitución de la familia, se encuentran: la tutela, la guarda, el acogimiento familiar y la adopción.

RELACIÓN JURÍDICA PATERNO-FILIAL.- La patria potestad no es un poder que se impone a los sujetos a ella. Tampoco estimo conveniente acudir a la doctrina de los deberes-derechos para explicar la necesidad del cumplimiento ineludible de los deberes, como una exigencia que se impone. Los deberes integran la relación jurídica, dentro de la cual se tienen también derechos recíprocos; a un deber de quienes ejercen la patria potestad

¹⁷ Francisco Lledó Yague – Ramón Herrera Campos, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edit. Dykinson, Argentina, pág. 268.

¹⁸ Francisco Lledó Yague – Ramón Herrera Campos, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Edit. Dykinson, Argentina, pág. 283.

corresponde a otro deber de los hijos y ambos tienen derechos para exigir mutuamente el cumplimiento de los respectivos deberes¹⁹.

Al hablar de la guarda o custodia se señala que *“la guarda no es una potestad que se reconozca a los padres en forma autónoma, sino que se les otorga en función del cumplimiento del deber de educación que es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos”*.

CUSTODIA COMPARTIDA.- Implica el arreglo mediante el cual los (las) niños(as) pasan parte de su tiempo con uno de los progenitores y parte con el otro.

Estos arreglos pueden variar desde residir exclusivamente con uno y sólo tener contacto con el otro equivalente a las visitas, hasta dividir el tiempo entre los padres ya sea por semanas o por meses. Los tribunales pueden adjudicar y distribuir la patria potestad y custodia entre los excónyuges independientemente del superado concepto de culpa en el divorcio, el criterio rector será el mejor bienestar del menor; y es que antes de disponer la patria potestad y la custodia compartida de los (las) hijos(as) menores de edad, de padres que en procedimientos de divorcio concuerden en compartirla, el tribunal investigará:

- a.** Si los padres poseen la capacidad, disponibilidad y firme propósito de asumir la responsabilidad compartida, implica que sean capaces de superar las desavenencias personales.
- b.** Sostener adecuada comunicación para adoptar las decisiones que redunden en beneficio y mejor interés del menor.

1. Si entre los padres existe un grado manifiesto de hostilidad y tensiones, no pasajeras sino sustanciales.

¹⁹ Manuel F. Chávez Asencio, *La familia en el Derecho: Relaciones jurídicas paterno filiales*, Tercera edición actualizada, Edit. Porrúa, México 1997, pág. 314

2. Si existe una probabilidad real de conflictos futuros que hagan inoperable el acuerdo.
3. Cuál es el parecer de los menores, cuando la edad así lo permita.
4. Cuáles son los verdaderos motivos y objetivos por los cuales la pareja ha solicitado la patria potestad y custodia compartida.
5. Si la profesión, ocupación u oficio de los padres impedirá que efectivamente funcione el acuerdo.
6. Si el ingreso económico de ambos permite cualquier costo adicional que engendre la custodia compartida.
7. Si la ubicación y distancia entre ambos hogares afecta perjudicialmente la educación de los menores.
8. La ponderación de todos los factores antes enumerados y aquellos otros que se escapan de nuestra visión, tienen la función de atribuir a cada cual su justo valor, según las circunstancias peculiares del caso, será la clave para su disposición final.

Expuestas, las anteriores connotaciones y con un estricto enfoque por parte de la autoridad judicial, se lograra que efectivamente los niños se beneficiarán de la custodia compartida o e su caso de la custodia de uno solo, el tribunal deberá así decretarlo. Si determina que las necesidades sicológicas o emocionales del niño y su desarrollo se verán afectados negativamente, rechazará la solicitud y adjudicará la patria potestad y custodia conforme a la doctrina prevaleciente del mejor interés y bienestar. El decreto expondrá las razones en que se fundamente.

MODALIDADES.

En la legislación se reconoce a esta institución, por lo general dota a los padres la posibilidad de elegir entre la Custodia Exclusiva y la Compartida, aunque establece la obligación del juez de orientar y recomendar la alternativa Compartida. Hoy son incontables los estudios psicosociológicos que avalan la custodia compartida pese al escepticismo inicial.

Existen tantas modalidades de Custodia Compartida como se pretenda, ya decía que es bien difícil acotar la realidad. Cada caso es muy particular, hay que atender a factores como la ubicación geográfica, el horario escolar, la carga laboral de los padres, el número de hijos, etc. Pero existe una subclasificación que de algún modo engloba muchas otras y es la que dirime entre:

- Custodia Física Conjunta: Cuando se divide en intervalos similares la permanencia del hijo con uno u otro progenitor. A la vez esta puede tomar muchas manifestaciones, llegando incluso a situaciones tan creativas como que el menor habite en una misma casa y sean los padres quienes roten de domicilio.
- Custodia Legal Conjunta: El menor reside excluidamente con uno de sus progenitores pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño.

Así también se establece otra subdivisión, la cual se enuncia en los siguientes términos:

- Custodia compartida.
- Custodia concurrente.
- Custodia alternada.
- Custodia dividida.

Todas presentan características particulares que permiten que los padres lleguen a acuerdos, al considerar el interés primordial del menor y las condiciones particulares de cada uno de los padres:

Una variedad de términos han sido empleados para describir los diferentes tipos de arreglos que sobre custodia existen. Formas alternativas de

custodia que aparecen ahora incluidas(:) la custodia compartida, la dividida, la alternada y la única.

El objeto de nuestro estudio, como ya lo hemos determinado será la *Custodia Compartida* para poder determinar su viabilidad frente a ciertos fenómenos que se presentan en la familia, particularmente el de la violencia familiar. Por otro lado, abordaremos la custodia única con el fin de poder hacer la comparación entre la figura que se venía regulando en nuestro Código Civil y la de custodia compartida insertada ahora con las reformas.

CUSTODIA ÚNICA.- Es aquella en la que el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos es atribuido sólo a uno de los padres, y al otro se le establece y/o permite el régimen de vistas y los alimentos; es decir, se provee de todas las atribuciones y poderes de la custodia a uno de los padres con exclusión del otro progenitor.

En este punto, resulta fundamental señalar cómo se ejerce esta clase de custodia. Tiene dos elementos que determinan su naturaleza y que confirman la guarda y custodia para uno de los padres. El primero de los elementos es lo que se denomina custodia legal, que implica al conjunto de derechos y obligaciones del padre o de la madre para hacer y tomar decisiones fundamentales e importantes que afectan todos los aspectos de la vida del menor. Se refiere a las áreas de más importancia en la toma de decisiones, no limitativamente, como por ejemplo, educación, salud, cuidado médico, práctica religiosa, residencia del menor, clases extracurriculares, métodos disciplinarios, permiso para manejar, entre otros. El padre que tenga la custodia legal será quien goce de la total autoridad para decidir en los asuntos concernientes al menor que se presenten en la vida diaria, como autorizar una cirugía, independientemente de que se pueda o no contactar al otro padre, o en los permisos, reuniones o asuntos académicos y escolares, etcétera.

Por cuanto a la custodia física, se señala que se refiere exclusivamente al tiempo (presencial o material) que se comparte o se dedica al menor directamente, mediante la participación de los padres en el cuidado del menor. Obviamente uno de ellos conserva esta custodia permanentemente al tener la custodia provisional o definitiva del menor y el otro la ejercerá durante el tiempo de vistas que goce con el menor, en ejercicio del derecho de convivencia. Es decir, ésta es plena para uno de ellos y/o limitada para el otro en virtud de una resolución judicial o por acuerdo entre los padres.

De cualquier forma implica el tiempo de convivencia frecuente y continuo del menor con ambos padres, como lo establece el artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal: "Los que ejercen la patria potestad, aún cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos".

Así las cosas, en los casos en que el menor viva con uno de los padres, el otro progenitor podrá y deberá ejercer la custodia física en los tiempos designados, como en el caso de las vacaciones, los fines de semana, fiestas, días después de la escuela, pasar juntos la cena y regresarlo a casa, o cuando duerma con él entre semana en días de escuela, por mencionar algunas situaciones objeto de los acuerdos o resoluciones que influyen directamente en la convivencia del menor con uno o ambos padres, e igualmente podrá resolver sobre las cuestiones no fundamentales y del día a día durante los tiempos de convivencia fijados para el padre con régimen de vistas.

Confirma lo anterior el siguiente criterio:

MENORES DE EDAD. EN JUICIO SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA ES NECESARIO ESTABLECER UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA CON SUS PADRES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Conforme a la legislación del Estado de México, el régimen de convivencia del menor no emancipado encuentra sustento en el artículo 267 del Código Civil que prevé su instauración como consecuencia al decretamiento del divorcio de los padres. No obstante, tratándose de juicio sobre guarda y

custodia del menor, debe hacerse extensiva la aplicación de ese régimen por actualizarse idéntica situación derivada de la separación de los ascendientes, que si bien como objeto principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno, en forma complementaria conlleva a la necesidad de fijar las circunstancias en torno a las cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con su hijo y de cumplimentar sus obligaciones derivadas de la patria potestad que sobre el mismo mantiene.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 152/99. Sergio Trejo Cervantes y otra. 3 de noviembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Baltazar Cortez Arias

De lo anterior, es evidente que esta situación de la determinación de la custodia establecida en favor de uno sólo de los padres, no exenta al otro progenitor del cumplimiento de las obligaciones que en virtud de la filiación y el parentesco se le imponen en la ley con respecto al menor, ni tampoco de poder ejercer su derecho de convivencia en los términos que lo manifiesta la misma legislación y la resolución judicial.

Para el establecimiento de la figura de “*Guarda y Custodia Compartida*” en los casos de divorcio necesario o voluntario permite una mejor calidad en la relación padre-hijo, madre-hijo, misma que se reflejará en el sano desarrollo del menor. La instauración de la *guarda y custodia compartida* en el ordenamiento civil del Estado, permite un grado de cumplimiento mayor de los convenios celebrados en los juicios de divorcio, en razón de que no existirían medios de presión por parte de alguno de los ex-cónyuges hacia el otro. La instauración de la figura de *guarda y custodia compartida* en los casos de divorcio, incidiría en una reducción de los asuntos de *divorcio necesario* que se tramitan en Juzgados del Estado, dado que la guarda y custodia del menor no sería un elemento de litis, dado que los términos en que se conceda la guarda y custodia, estarán velados por el orden jurídico, proporcionando con ello ventajas sociales propias de esta figura.

El punto de interés de la presente investigación se constituirá en los casos de divorcio, o en su caso de las consecuencias de aquél: *La legislación estatal admite*

el divorcio voluntario judicial una vez transcurrido un año de la celebración del matrimonio y en el caso de que existan hijos, previa solicitud que los cónyuges formulen ante el juez (familiar o civil, dependiendo de la jurisdicción) tomando en cuenta las consideraciones previstas en los numerales 267, 268 y 269 del Código Civil en el Estado de Tabasco²⁰.

En atención al interés de los menores, se deben priorizar los derechos de éstos sobre los derechos de los cónyuges; generalmente los hijos al conocer la decisión de los padres viven una ambivalencia porque ellos quieren de igual forma a la madre y al padre, pocos logran comprender dicha situación y en su mayoría requieren ayuda para tratar de superar la separación de los progenitores. Por su parte el aspecto psicológico, reviste una enorme importancia, misma que el juzgador deberá de tomar en cuenta, toda vez que aún cuando se trata de una separación de los progenitores, generalmente al menor no se le explican las razones de los padres y en algunos casos, y dependiendo de la edad, los menores presentan conductas regresivas porque es la forma en que expresan su ansiedad. Los menores, pocas son las ocasiones en que son escuchados por el juzgador quien finalmente decide sobre el “bien” de ellos.

Algunos partidarios²¹ creen que puede mejorar la relación del hijo con cada uno de los cónyuges separados y asegurar sus derechos; conclusiones que a continuación se exponen:

²⁰ Artículo 269 del Código Civil para el Estado de Tabasco: “los cónyuges que no se encuentren en el caso previsto en el artículo para promover su divorcio voluntario deberán de ocurrir ante el juez competente de su domicilio, en los términos que ordena el código de procedimientos civiles, presentando un convenio en el que se fijen los siguientes puntos: I.- Designación de persona a quien serán confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento, como después de ejecutoriado el divorcio; II.- El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio; III.- La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento; en su caso, el juez ordenará que la mujer y los hijos continúen en el domicilio conyugal durante la tramitación del juicio; IV.- Durante la cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, así como la forma de hacer el pago y la garantía que debe otorgarse para el asegurarlo; y V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de dictado el divorcio voluntario, así como la asignación de liquidadores...”

²¹ Nota: los siguientes párrafos, fueron consultados vía Web, para el efecto de determinar algunas de las posturas actuales, que determinan la postura positiva de la figura de *Guarda y Custodia Compartida*. Los estudios completos pueden solicitarse en University Microfilms Internacional, 300 North Zeeb Rd, Ann Arbor, MI 48106. Tel. 1 (800) 521-3042 y los siguientes extractos que se presentan fueron obtenidos de <http://es.geocities.com/apinpach/estudios.htm>

- **Robert Bauserman²²**. El autor llega a la conclusión de que los niños bajo custodia conjunta están mejor adaptados que los niños en régimen de custodia exclusiva. Asimismo, los padres sujetos a regímenes de custodia conjunta notifican menores niveles de conflictividad en sus relaciones. "Las soluciones de custodia conjunta (tanto legal como física) no parecen, como promedio, resultar perjudiciales para ningún aspecto del bienestar de los hijos y pueden, de hecho, ser beneficiosas".
- **D.A. Luepnitz²³**. Realiza un estudio comparativo de situaciones de custodia monoparental y custodia compartida. La mayoría de los hijos en situación de custodia monoparental consideraron insuficiente el tiempo de convivencia con el progenitor no custodio, mientras que los niños en situación de custodia compartida se mostraron satisfechos con la frecuencia de la relación con ambos progenitores. También se constató una mejor relación de los hijos con sus progenitores en situaciones de custodia compartida.
- **Neil Kalter, Ph.D.²⁴** En el momento de la separación conyugal, cuando (en general) el padre abandona el hogar familiar y empieza a tener menos contacto con sus hijos durante los años siguientes, todo parece indicar que las muchachas experimentan la pérdida emocional del padre egocéntricamente, como un rechazo hacia ellas. Aunque es más frecuente entre las niñas de preescolar y de los primeros niveles de la escuela elemental, hemos observado ese fenómeno clínicamente en niñas de los últimos niveles de la

²² (AIDS Administration/Department of Health and Mental Hygiene, USA). Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review [Adaptación del niño en regímenes de custodia conjunta y de custodia exclusiva: meta análisis]. Marzo de 2002. Realiza un análisis de 33 estudios en que se compara la adaptación de los niños en contextos de custodia conjunta y de custodia exclusiva.

²³ *Maternal, paternal and joint custody: A study of families after divorce*. [Custodia compartida materna y paterna: estudio de la familia tras el divorcio]. (Doctoral thesis 1980. State University of New York at Buffalo. UMI No. 80-27618.)

²⁴ *Long-Term Effects of Divorce on Children: A Developmental Vulnerability Model* [Efectos a largo plazo del divorcio en los niños: un modelo de vulnerabilidad del desarrollo] (*American Journal of Orthopsychiatry*, 57(4), octubre, 1987).

escolaridad básica y jóvenes adolescentes. En esos casos, la falta continuada de relación con el padre se experimenta como un rechazo por parte de él.

- **Glover, R. y C. Steele²⁵**. En este estudio se evaluó a niños de 6 a 15 años, divididos en tres grupos: custodia compartida, custodia materna y familia intacta. Como promedio, los niños en familias intactas mostraron niveles más altos de autoestima y relaciones con padre que los niños de familias divorciadas, al tiempo que los niños en custodia compartida mostraron a su vez mayores niveles de autoestima y relaciones con el padre que los niños en custodia exclusiva materna. Los hijos de familias intactas utilizaron menos respuestas poco positivas en todas las materias que los hijos de familias divorciadas, y los hijos en custodia compartida utilizaron menos respuestas poco positivas que los niños en custodia exclusiva en todas las materias, excepto en la relación con la madre. Este estudio indica que, como promedio, la familia intacta es el mejor entorno para los niños, y el régimen de custodia compartida es mejor que el régimen de custodia exclusiva, es decir, una familia con dos padres es mejor aunque esos padres estén divorciados.
- **Guisella Steffen Cáceres²⁶**. Señala que la *Coparentalidad* es el ejercicio conjunto de la paternidad y la maternidad en la vida de los niños; permite el desarrollo integral de los hijos; libera a la madre de la sobrecarga en la atención de los niños y le permite disponer de tiempo para su desarrollo personal; hace a las familias felices a pesar de la separación o divorcio de los cónyuges; permite disminuir la depresión infantil, el suicidio adolescente, la delincuencia de los menores, el bajo rendimiento escolar, la drogadicción y el

²⁵ *Comparing the Effects on the Child of Post-divorce Parenting Arrangements* [Comparación de los efectos de los regímenes posdivorciales en los hijos] *Journal of Divorce*, Vol. 12, No. 2-3 (1989).

²⁶ *Coparentalidad Post-Separación Conyugal Un Paradigma de Tuición Compartida Chileno*, Tesis de Magíster.

alcoholismo en los jóvenes, así como también hace disminuir el embarazo adolescente; genera disminución del gasto del Estado porque disminuye el trabajo y la cantidad de Tribunales de Familia, y facilita los acuerdos entre los cónyuges separados o divorciados²⁷.

En el caso de la *Guarda y Custodia Compartida*, se puede tener la certeza de que con su instauración se puede lograr con reglas claras, la primordial consistirá en que ambos progenitores estén de acuerdo con superar las dificultades que los llevaron al divorcio y pensando en el interés de sus hijos, la soliciten al juzgador. *Las cuestiones medulares a regular implicarían: el derecho a la vivienda ¿en casa de quién?, ¿qué periodos?; el derecho a la educación, ¿responsabilidades del padre o madre ante el centro escolar?, ¿vacaciones escolares?; el derecho a vivir en familia, ¿corresponsabilidad de los miembros de la familia? y otros más*²⁸. En mucho se cumplirían los lineamientos de la Convención de los Derechos de los Niños, en correlación con lo establecido por nuestra Norma Fundamental y la normativa legal vigente.

²⁷ La tesis magistral puede consultarse en <http://www.geocities.com/papahijo2000/coparen.html>.

²⁸ Convención de los Derechos de los Niños

CAPÍTULO 3. MARCO NORMATIVO RESPECTO A LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Debemos de considerar el contorno dentro del cual el titular de la patria potestad puede válidamente ejercer su función, lo cual supone, por un lado, precisar la suma de derechos y obligaciones que aquellos tienen a su cargo, y por otro, acolar su eficacia con base en la misma ley o en otros textos de mayor jerarquía normativa, como los tratados internacionales o la Constitución General de nuestra República. Los derechos que derivan de la patria potestad, constituyen un sistema cerrado, habida cuenta que cualquier derecho tiene necesariamente como fuente a la ley. En tal virtud, los derechos-deberes que genera la patria potestad a cargo de los padres, son los que provienen forzosamente de ella, y son, además, de orden público, por lo que no pueden derogarse ni modificarse por convenio de los interesados.

En efecto, si bien la filiación actualiza el supuesto normativo de la patria potestad, las consecuencias que tal hecho produce, son necesariamente las que señala el ordenamiento jurídico; la voluntad de los padres y de los hijos, es irrelevante en la creación, modificación y extinción de los derechos y deberes que dimanan de la patria potestad. Desde este punto de vista, ha de considerarse a esta, como un acto-condición, ya que el espíritu o la voluntad de los sujetos, no interviene en nada para determinar la extensión de su situación, ni el sentido y alcance de la regla que se aplicará, ni el objeto de sus derechos y obligaciones.²⁹

En un primer orden normativo, se contempla los lineamientos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto a los derechos de la infancia, en el sentido de que la patria potestad tiene, actualmente, como última *ratio*, la protección de los hijos menores no emancipados. Patria potestad y derechos del menor, aparecen así como temas tangenciales en lo que refiere a la persona de los hijos.

²⁹ Cfr. León Duguít, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Cultura, México, 1992, pp. 12

En virtud de lo anterior, el artículo 4º de la Carta Magna, párrafo segundo, séptimo y octavo disponen que:

“Artículo 4º ...

El varón y la mujer son iguales ante la ley...”

Ciertamente el artículo 4º no crea la figura jurídica de la patria potestad, pero sin duda la reconoce implícitamente, al sujetar a los ascendientes al cumplimiento del deber de preservar los derechos de aquellos a la alimentación, salud, educación y sano esparcimiento. Así pues, los hijos menores cuentan, a nivel nacional, con un doble régimen por lo que refiere a su protección y desarrollo integral: uno local que se hace a través de la patria potestad, y otro constitucional que se manifiesta a través del deber que se impone a padres y parientes con la finalidad de preservar el derecho que aquellos tienen a la satisfacción de sus necesidades. Con la constitucionalización de este deber, no solo se ha consolidado y ampliado el régimen legal de la patria potestad a favor de los hijos menores, sino, lo más importante, se les ha garantizado un mínimo de derechos que no podrán restringirse ni mucho menos desconocerse por ninguna autoridad, local, federal, sea ejecutiva, legislativa o judicial.

DERECHOS Y OBLIGACIONES.³⁰

“Solo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario.”

Es evidente, pues, que nuestro sistema procesal familiar tiene una marcada orientación individualista que se traduce en los conceptos: acción, interés jurídico y derecho subjetivo, lo cual impide, por lo menos, llegar a una solución unitaria respecto de aquellas cuestiones o conflictos cuya causa de pedir no sea la

³⁰ Cfr. León Duguít, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Cultura, México, 1992, pp. 12-17

violación a un derecho subjetivo de los que integran el régimen de la patria potestad. El juez ha de proveer lo más adecuado a su solución con base en los principios generales del derecho, tal y como los establece el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar que:

“En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

Corresponde, entonces, al juez familiar, deducir el principio general del derecho conforme al cual habrá de resolver una determinada controversia que no tenga una respuesta directa en la ley, pero que sin duda afecta las relaciones entre padres e hijos.

Con lo dicho hasta aquí, es dable afirmar que nuestro modelo procesal, en materia familiar, contrasta no solo con los dispositivos constitucionales y legales antes citados, sino también con las múltiples situaciones que se presentan a diario en el entorno familiar y social del menor, sobre todo cuando los padres están separados. Pienso en la custodia compartida (en las legislaciones que no la contemplan), en la posibilidad de los abuelos de visitar al menor, en la cesión del derecho de crianza o educación, en la conveniencia de pedir autorización judicial para transformar el patrimonio de los hijos sujetos patria potestad; aspectos que sin duda trastocan la relación paterno-filial pero que no están reconocidos expresamente como un derecho subjetivo.

Hasta ahora, la intervención que la ley le da a otros miembros que integran el núcleo familiar, se concreta a solicitar cualquier medida que consideren necesaria para el desarrollo de los menores o incapaces, según lo proviene el artículo 284 del Código Civil para el Distrito Federal empero, dada la importancia que actualmente tienen los intereses de los niños y niñas, lo ideal sería garantizar a aquellos el acceso directo a la jurisdicción y la tutela efectiva de sus pretensiones, con miras a conseguir el bienestar no solo de los menores sino de la familia en su conjunto. Tratándose de la patria potestad, la noción de interés legítimo se traduce

en la afectación que sufre cualquier miembro de la familia del menor y/o éste mismo, como consecuencia del ejercicio o incumplimiento de los deberes que tienen a su cargo los padres o quien en su caso los supla en el ejercicio de la patria potestad. Con la inclusión del interés jurídico legítimo en el ámbito de la justicia familiar, se tendería a fortalecer los derechos de los menores y de la familia.

Ahora bien, partiendo del previo conocimiento que se tiene de los *derechos-deberes* a cargo del padre, pero de igual forma, se ignora su significado exacto, al menos desde el punto de vista legal. Esta imprecisión terminológica, lejos de ser sintomática de una incoherencia o insuficiencia de la ley, es un indicio de que el legislador no ha querido diseccionar el contenido de esos derechos-deberes, sino que los ha dejado intencionalmente abiertos, y lo ha querido así, para que sean los padres los que fijen, en el ejercicio cotidiano de su función, el contenido y alcance de cada uno de los dichos derechos, con lo cual se les reconoce un ámbito de autonomía en el desempeño de su cargo.

En el orden internacional, podemos citar, que el parámetro de acción está supeditado a lo expuesto en la lista de los Derechos de los Menores que han sido tutelados a través de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, (1991), cuya fuerza, proveniente de su jerarquía normativa, se impone la régimen de la patria potestad por partida doble: por un lado, al reconocer a los poderes un ámbito de autonomía en lo concerniente a las responsabilidades, derechos y deberes (artículo 5º), y por otro, a fijar un mínimo de derechos a favor del niño, y a cargo de sus padres, entre los que destacan: el derecho intrínseco a la vida (6º.1); el derecho a la supervivencia y el desarrollo (6º.2); el derecho al nombre, a adquirir la nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (7º.1); el derecho a preservar su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares (8º); a no ser separado de sus padres, excepto cuando las autoridades competentes lo determinen, tomando en cuenta el interés superior del niño (9º.3) a expresar su opinión libremente (12º); a ser escuchado en todo procedimiento judicial que le

afecte (12º.2); así como a los derechos a la libertad de asociación, de pensamiento, de conciencia y religión.

Con motivo de la entrada en vigor de la citada Convención, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó, el 29 de diciembre de 1999, la Ley de los Derechos de las Niñas y de los Niños en el Distrito Federal, en la que, entre otros aspectos, se definen, desarrollan y amplían los derechos previstos en la Convención Internacional antes citada, así como a las obligaciones y los deberes a cargo de los progenitores, familiares y demás responsables de los niños y niñas que tienen bajo su cuidado. En otro orden, se establecen una serie de acciones a cargo del Gobierno en lo concerniente a los programas sociales y servicios públicos relacionados con los niños. De esta manera, los derechos de los niños, en tanto interés del Estado, no sólo han venido a mesurar, sino a modelar al régimen legal de la patria potestad, al grado que ésta no puede entenderse sin aquellos, lo cual se pone de relieve en el artículo 2º de la Convención Sobre los Derechos del Niño, en la parte que se sostiene que:

“Los estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomará las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

En el año 2000 se expidió el Código Civil para el distrito Federal, cuya base es el Código Civil de 1928. con la presentación de dicho cuerpo normativo, se incorporó al régimen de patria potestad una serie de modificaciones entre las que se destacan las siguientes: la patria potestad se acaba para los progenitores cuando el hijo es adoptado (443, fracción IV); se pierde la patria potestad en caso de violencia familiar en contra del menor, así como por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria (444, fracciones III y IV); se puede limitar el ejercicio de la patria potestad en caso de divorcio o separación y no sólo el caso de violencia familiar (444 bis); finalmente, se agrega, como causal de suspensión, el hecho de

que quien la ejerza, consuma alcohol o haga uso de sustancias ilícitas y ello amenace con causar un perjuicio al menor (447). Cuestiones similares se emplean en la normativa de nuestro estado, debido a que es una problemática que se aplica en todos los ámbitos sociales de nuestra nación. El 9 de junio del 2004, se reformó dicho ordenamiento legal para establecer, en orden a la patria potestad que: ésta se acaba, cuando el que la ejerza la entregue al menor a una Institución pública o de asistencia privada para ser dado en adopción (443). Asimismo, se estableció que la patria potestad se pierde por el incumplimiento de la obligación alimentaria por más de 90 días y por abandono que el padre o la madre hicieren del hijo por más de tres meses 444, fracciones IV y V.

Sentado lo anterior, los derechos-deberes a cargo de los padres respecto de sus hijos no emancipados, de acuerdo al Código Civil vigente en el Distrito Federal, son a saber: *a) el de respeto y consideración, b) el de darles domicilio, c) los de guarda y custodia, d) el de educación, e) el de corrección y buen ejemplo, f) el de convivencia y g) el de fungir como administrador y representante legal.* Esto es la suma de los derechos-deberes que conforman el régimen de la patria potestad a la luz de la legislación civil para el Distrito Federal. Tal es el reducto histórico de lo que en un principio fue una institución patriarcal. Me refiero a continuación a los deberes de guarda y custodia, por ser el tema central, no sin antes destacar que, la patria potestad, tal y como se ha entendido de la doctrina, es un conjunto de derechos y obligaciones que nacen como consecuencia de la filiación, lo cual implica, el ejercicio de un poder del padre sobre sus hijos, aunque cada vez más limitado en cuanto a su extensión y contenido. Similares conceptos y elementos se contienen en nuestro ordenamiento.

En el contexto actual, ese poder debe entenderse en sentido limitado, es decir, como un poder de decisión y elección de los padres sobre la forma o el modo de ejercitar los derechos que la ley les confiere sobre la persona y los bienes de sus hijos menores. Es pues, un poder que se circunscribe a un ámbito perfectamente delimitado por el orden jurídico a favor de éstos. Ahora bien, esa delimitación en

torno al alcance de la patria potestad puede acotarse de dos maneras distintas: una intrínseca, con base en la definición aproximada sobre cada uno de los derechos que la conforman, y otra extrínseca, con base en las restricciones, excepciones y salvedades que el orden jurídico impone a los padres en el desempeño de su función.

Por lo que hace al *deber de vigilancia* de los padres consiste, pues, en impedir o evitar los daños que puede originar el menor o que le puedan sobrevenir a éste, lo cual se logra *prima facie* mediante el ejercicio adecuado de los derechos de educación y control; presunción que tiene como fundamento, la vida en común que padres e hijos realizan bajo un mismo techo; de tal suerte que el deber de vigilancia viene a ser el complemento de la obra educativa que realizan los padres o quien en su caso ejerce la patria potestad. La vigilancia, cabe anotar, debe realizarse no de manera ininterrumpida, sino habitual, porque habitual es la residencia del menor en la casa de los padres, lo cual explica porque en algunos casos la responsabilidad de éstos puede trasladarse a quien de hecho tenga la autoridad y vigilancia del menor. La guarda administrativa se presenta cuando los padres no pueden realizar las funciones propias de la esfera de su potestad y entregan al menor a una institución pública o privada de asistencia social (artículo 443 fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal). La llamada *custodia de hecho*, tiene lugar, en cambio, cuando por cualquier circunstancia los padres ponen a su menor hijo al cuidado de otro pariente por un lapso prolongado, pudiendo terminar esta situación por decisión del pariente, por quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial. En este caso la patria potestad no se pierde; los padres conservan sus derechos de convivencia y vigilancia, no así los relativos a la alimentación, educación y corrección del menor.

En el caso de que se trate de una *separación voluntaria* de quienes ejercen la patria potestad, pueden éstos convenir los términos en que cumplirán sus deberes de guarda y custodia (artículos 267, 268 y 269 del Código Civil para el estado de Tabasco). En estos supuestos, la guarda material le corresponde generalmente a

uno de ellos; el otro está obligado a colaborar con su alimentación, conservando los derechos de vigilancia y convivencia. En caso de desacuerdo o divorcio necesario, el juez de lo familiar resolverá lo conducente, teniendo en cuenta el interés superior del niño, pudiendo ser compartida la guarda y custodia.

Asimismo, podemos considera como fundamento del presente estudio, el hecho de que el concepto de *Custodia Compartida*, la cual radica actualmente en el Distrito Federal, como eje directriz, en razón de que cada vez es mayor el número de padres que luchan por tenerla, ante la inercia de los tribunales de asignarla casi siempre a la madre, lo cual ha contribuido a aumentar el crecimiento de hogares con jefatura femenina. Tan sólo en el año 2000, este tipo de hogares ascendía a 4 597 235, cifra considerable si tomamos en cuenta que un 5% del total de las mujeres mayores de doce años (6 674 674), son divorciadas o separadas.³¹ Estos datos, aunados a la migración masculina, a las nuevas relaciones de pareja, a la reproducción *in Vitro* y a la *ectogénesis* (desarrollo embrionario y fetal fuera del vientre humano), nos hacen pensar en un ejercicio de la patria potestad donde predomina la figura materna, lo cual apunta hacia el restablecimiento del derecho materno en las relaciones familiares. En estricto sentido, la *custodia compartida* no puede tener otro significado que el ejercicio constante de los padres respecto del deber de vigilancia del menor, con independencia de su guarda. Ahora bien, por lo que hace al tiempo que se ha de compartir la guarda del menor, la noción de residencia habitual vuelve a ser un parámetro útil para su medición. La guarda compartida abarca, desde esta óptica, el tiempo en el que el menor reside habitualmente con uno de sus progenitores; lo cual supone la permanencia de aquel en el domicilio de éste, y por tanto, un periodo suficientemente amplio para que el padre guardador contribuya eficazmente a la educación, crianza y desarrollo de su menor hijo. De esta manera, queda descartada la idea de guarda o custodia compartida como una especie de guarda intermitente o fugaz, pues esto más bien correspondería estudiarse como una especie del derecho de visita o

³¹ Vid. <http://www.inegi.gob.mx>

convivencia, lo cual, desde mi punto de vista, es inaceptable ya que lo único que generaría sería la inestabilidad emocional del infante.

Al respecto, citando a Mauricio Luís Mizrahi³², quien ha sostenido que:

“Desde el ángulo psicoanalítico se ha destacado que el corte de continuidad afectiva, espacial y social puede llegar a ser nefasta para el infante que, convertido en un “hijo-juguete” podría sufrir un resentimiento en su estructura. Además se señaló el riesgo de desarrollar en el pequeño un temperamento pasivo, con peligro de que pierda el gusto por la iniciativa y se lesione su creatividad. Pero no cualquier acuerdo alternado de guarda sería capaz de producir esos efectos. Por ello, la repulsa indiscriminada del sistema es inadmisibles, pues lo que hay que evaluar es sí –tras la aplicación de ese régimen- se opera una variación sustancial en la vida del hijo.”

Una vez invocados los ulteriores conceptos, considero abogar por el *interés superior del niño*, por lo que se refiere a su vida, es todo lo que contribuye a mejorar o evitar un perjuicio en su esfera *psicológica* y *biopsicosocial*, tomando como base su edad y su estado de desarrollo físico e intelectual. Bajo la premisa de perseguir tres objetivos fundamentales: 1) *Liberar a la noción de interés del niño de cualquier aspecto subjetivo que dificulte su prueba judicial*; 2).- *Cerrar hasta donde sea posible la facultad discrecional del juzgador por lo que a este punto se refiere*, y 3).- *Afiliar dicha noción a una corriente del pensamiento científico*. En este sentido, la definición que se propone toma como base las investigaciones de Jean Piaget³³ en torno a las etapas del desarrollo del individuo. Así pues, el límite más importante al ejercicio de la patria potestad, está fundado en el respeto a los intereses del menor. Los padres, como depositarios genuinos

³² Mauricio Luís Mizrahi, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Argentina, Astrea, 2001, pp. 422-423.

³³ Psicólogo y pedagogo suizo (Neuchâtel, Ginebra 1896-1980)

de todos y cada uno de los derechos que la integran, solo encontrarán limitaciones a su ejercicio en el interés superior de sus hijos menores. Cabe señalar que, en el ámbito patrimonial, la superioridad del interés del menor, se traduce, obviamente, en todo aquello que mejore, incremente o evite un perjuicio en los bienes del menor, de acuerdo con el fin al que estén destinados, según se trate de un patrimonio familiar o civil, patrimonio especulación o patrimonio liquidación.

LA CUSTODIA Y LOS ARTÍCULOS 1o. Y 4o. CONSTITUCIONALES.

En reiteradas ocasiones, hemos conocido de casos, en los que de forma automática se le da preferencia a la madre, o en su caso a cualquiera de los padres sobre el otro, bajo cualquier argumento de orden natural o de género en la custodia de los hijos, genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad en la protección en y ante la misma ley. Sin tomar en consideración, que los propios instrumentos internacionales convencionales y universales de derechos humanos, tanto generales como específicos, no hacen distinción alguna sobre este particular; asimismo, cabe mencionar que como hemos referidos, dichos instrumentos internacionales como lo son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño, que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución son ley vigente y positiva en el territorio nacional, así como con los propios artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establecen las garantías de no discriminación y de igualdad del hombre y la mujer en la ley, cualquier consideración que exprese preferencia por razón de sexo, tanto en la ley como en la práctica por las autoridades encargadas de impartir justicia, estará reflejando violaciones a derechos humanos y garantías fundamentales, que llevan implícitas prácticas de discriminación en los casos de determinación de la custodia.

La edad de los menores, igualmente, junto con aspectos como los anteriores, pueden y han sido elementos que definen criterios para asignar la custodia, con preferencia a la madre y en algunos casos al padre, ya que se considera que las madres son mejores que los padres para cuidar a menores o a los hijos pequeños, lo que se toma en consideración para otorgar la custodia automáticamente a las madres, aspecto que no es acertado en todos los casos, máxime que los propios estudios sociológicos han determinado que los alcances en cuanto a las condiciones de inseguridad en el cuidado de los hijos, han ido en decremento entre los padres, ya no se vive bajo el adagio que los hijos se encontraban de alguna manera en un mejor cuidado al estar con la madre, toda vez, que las mismas condiciones sociales que actualmente imperan, obligan al juzgador a realizar un análisis más concienzudo y pormenorizado de las facultades que deberá de contar el cónyuge al momento proponer la custodia de los menores.

Como podemos ver, si bien, es cierto que ante la ley y lineamientos internacionales nos encontramos con los roles, los estereotipos y las prácticas de género, que permean tanto en el ámbito de control formal e informal, y que resultan poco favorables para todas las partes o miembros de la familia. Entonces ya no sólo nos encontramos frente a la discriminación por sexo y a la desigualdad del hombre y la mujer, sino a la discriminación a los progenitores por edad del menor, considerando una preferencia hacia la madre por razón de la juventud de los hijos. Pues sólo basta revisar la premisa contenida en los diversos ordenamientos civiles, en los que se establece: *"Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deben quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos"*. Texto, que es concluyente, por cuanto hace a los actos de descalificación del padre respecto de la madre al momento, en que el juzgador debe de primera instancia resolver una cuestión de urgencia, respecto de la crianza de los hijos.

Sin embargo, siguiendo criterios influidos definitivamente por una perspectiva basada en roles, estereotipos y prácticas sobre lo masculino y lo femenino, sobre lo que se espera socialmente de la madre y del padre, de acuerdo a dichos estereotipos, los criterios de los tribunales y los del legislador se manifiestan por una preferencia que podría ser discriminatoria a la luz del artículo 4o. constitucional, y que en nuestros días es cuestionada:

MENORES, CUSTODIA DE LOS. NO ES NECESARIO TRAMITAR INCIDENTE PREVIO PARA ENTREGARLOS EN GUARDA Y CUSTODIA DE SU PROGENITORA SIEMPRE Y CUANDO AQUÉLLOS NO REBASAN LOS CINCO O SIETE AÑOS DE EDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO)³⁴.

No es necesario sujetar al trámite incidental, la solicitud de la demandada para que le fuera entregada la guarda y custodia de sus menores hijos, en razón que de acuerdo con los artículos 315 y 336 fracción VI del Código Civil del Estado, los hijos e hijas menores de cinco años se mantendrán al cuidado de la madre; así como conforme al 227 del procedimiento civil de Jalisco, deben quedar al cuidado de la madre los hijos menores de siete años; *de lo que se deduce que el legislador jalisciense tuvo como voluntad que, tanto durante el trámite de los juicios respectivos como al decidirse éstos, si los cónyuges tuvieran hijos menores de cinco o siete años, deberían pasar a la guarda y custodia de su madre.* Lo anterior es así, si se parte de la base, que es de explorado conocimiento jurídico, que los legisladores no producen disposiciones redundantes ni contradictorias y que si lo hacen es principio de hermenéutica jurídica que las disposiciones de la ley deben interpretarse armónicamente, de tal manera que las mismas valgan sin excluirse en lo individual y se complementen con las restantes. Luego, si de los preceptos citados anteriormente se deduce claramente que, tratándose de matrimonios nulos o ilícitos del trámite provisional como acto prejudicial en un juicio de divorcio o en la decisión final que se tome en un procedimiento de tal naturaleza, la ley impuso al resolutor la obligación "siempre" y "en todo caso", que los menores aludidos se entreguen en guarda y custodia a la madre de los mismos, obviamente, sin mediar el trámite incidental, porque fue precisamente esa la voluntad del legislador, *lo que se presenta como una situación razonable y de fácil explicación, si se toma en consideración que el ser humano en esa edad, necesita de extremos cuidados, enorme protección y cariño que sólo le podrán ser proporcionados por la madre, pues por más que se le pudieran proporcionar por cualquier otra persona, incluso el padre, nunca, cuando menos en situaciones normales, tendrán estas personas la posibilidad de sustituir la calificada atención que le otorga la naturaleza a la madre de los pequeños.* No se opone a tal razonamiento, la pretendida falta de audiencia que para ese fin reclama el padre quejoso, porque del texto de los preceptos invocados, se aprecia que *fue voluntad del legislador, invertir los factores para conceder primero la natural protección de la madre a los menores y otorgar después esa garantía de audiencia al padre, para que, posteriormente, en la vía*

³⁴ Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*

incidental, de existir alguna de las inconveniencias que señala la propia ley o alguna otra que adujera el padre, tramitar en esa forma las inconformidades que en contra de la entrega en custodia de los pequeños pudiera hacer valer, como claramente se aprecia de los preceptos referidos, al colocar en la parte final de los mismos la posibilidad de oposición para el padre de los niños.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 133/98. Vidal Pérez Gallardo por sí y como representante común de Feliciano Gallardo Delgado. 6 de marzo de 1998. Mayoría de votos. Disidente: Jorge Figueroa Cacho. Ponente: Arturo Barocio Villalobos. Secretario: Ausencio Salvador García Martínez.

Amparo en revisión 783/94. Elizabeth Hines Sicilia. 30 de noviembre de 1994. Mayoría de votos. Disidente: Jorge Figueroa Cacho. Ponente: Julio Ibarrola González. Secretario: Luis Bosco Gutiérrez Rodríguez.

El legislador, al parecer y corroborado el criterio por los tribunales civiles, señala habilidades y capacidades de las mujeres por encima de los hombres, madres y padres respectivamente, en cuanto a la crianza y cuidados de los hijos, pero no se señala cuáles son las razones de tal afirmación, incluso indica, a nuestro parecer, frívolamente: "lo que se presenta como una situación razonable y de fácil explicación", al afirmar que uno es más adecuado que el otro, lo que permite presumir que el criterio está fundado en creencias y prácticas en torno a estereotipos y papeles desempeñados que permanecen en perjuicio del principio de igualdad en y ante la ley, dispuesto en el texto del 4o. constitucional a la letra: "*El varón y la mujer son iguales ante la ley*".

En el mismo sentido se afirma que las disposiciones en materia de custodia, que conceden preferencia a la madre, son compatibles con lo dispuesto en el artículo 4o. constitucional:

CUSTODIA DE MENORES. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, QUE LA CONCEDE A LA MADRE RESPECTO DE LOS HIJOS MENORES DE SIETE AÑOS, ES ACORDE CON LO PREVISTO POR EL ARTÍCULO CUARTO CONSTITUCIONAL³⁵.

El último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, establece *un principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de siete años, consistente en que éstos deben permanecer al lado de su madre "salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos". El espíritu de este principio, evidentemente, tuvo*

³⁵ Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*

como sustento que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores; consecuentemente, legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos. Es pertinente destacar que si bien el artículo 4o. de la Constitución General de la República, estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria "protegerá la organización y el desarrollo de la familia"; de lo cual se desprende claramente que en este aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto, por consiguiente, a proteger el desarrollo de los menores; aspectos que recoge el legislador ordinario y los plasma en el artículo 282 del Código Civil.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 5689/98. Luis Tovar Zúñiga. 25 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Aguilar. Secretario: Antonio Rebollo Torres.

A decir verdad, este criterio sólo confirma lo anteriormente dicho al señalar como fundamento: Tuvo como sustento que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores; consecuentemente, legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados. Ello quiere decir que tanto el legislador como el Poder Judicial utilizan prácticas estereotipadas y prejuiciadas para sostener criterios jurídicos discriminatorios, porque la afirmación hecha sigue sin tener un sustento jurídico, científico, moral o de cualquier otra índole que lo justifique; el resultado de la hermenéutica aplicada al caso concreto es, a todas luces, violatoria del 4º Constitucional; aún cuando la Constitución señala que es el Código Civil, en este caso, el ordenamiento que regulariza la organización y desarrollo de la familia, es principio fundamental que ninguna disposición contenida en ley alguna pueda contravenir lo dispuesto por la Constitución como garantía individual y fundamental de los gobernados, si así ocurriera, como es en este caso, nos encontraríamos frente a un caso de violación de garantías.

El principio de igualdad por el que se lucha para las mujeres, no tendría sentido si no se aplicara en igualdad de condiciones con los hombres en este caso concreto; es decir, en la igual consideración para detentar la custodia de sus hijos, pues lo que se protege a través de él es el interés superior y el bienestar del menor y de la familia, como se destacará más adelante; salvo en aquellos casos en que por considerarse que se pone en peligro la integridad de los menores se limite y/o excluya la convivencia con uno de los progenitores. En este sentido, y aplicable a este caso concreto, el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala:

Artículo 1º.- Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Sin embargo, a pesar de los criterios anteriores, se encontró uno más apegado a proteger la igualdad del hombre y la mujer en y ante la ley, por cuanto a la custodia hace, y que por lo menos abre la puerta a romper con prejuicios culturales, que como ya mencionamos afectan a todos los miembros de la familia:

MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LO CONDUCENTE, DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS³⁶.

Este Tribunal Colegiado ha sostenido ya que en asuntos donde se resuelve respecto de la guarda y custodia, es obligación de la autoridad responsable ordenar al Juez natural la reposición del procedimiento a fin de que éste, de manera oficiosa, *recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes en relación con las citadas guarda y custodia, pues evidentemente ello repercutirá en su salud mental y física. Por consiguiente, si bien diversos tribunales federales han sostenido como criterio preponderante que cuando se trata de menores de corta edad, lo más benéfico para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica es que queden bajo el cuidado de la madre, no obstante tal predisposición debe aplicarse en forma moderada y no*

³⁶ Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*

indiscriminadamente en todos los casos, porque resulta patente el deber del juzgador de tomar en cuenta, ante todo, el interés del menor o menores sobre cualquier otro aspecto. Así, al tener importancia prioritaria lo que más beneficie a los infantes, sólo de manera secundaria prevalecería el interés de las personas con derecho a reclamar su custodia, a pesar de existir, como se anotó, la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente porque si bien ello tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto casi siempre corresponde a la madre su atención y cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del o de los citados menores involucrados al respecto, en mérito de que las actividades de ambos padres son complementarias de la atención y cuidado de aquéllos. Entonces, en orden con lo precedente, deviene innegable la necesidad de recabar oficiosamente los medios probatorios encaminados a desentrañar lo que resulte más benéfico para el menor de edad, por lo que si éstos no se aportaron, debe ordenarse a la Sala Familiar que mande reponer el procedimiento a efecto de que, como se precisa, el Juez natural disponga lo necesario a fin de que se recabe la opinión de expertos en materia de psicología y de trabajo social, en relación con ambos padres y, por lo que hace al infante, en materia de psicología, así como cualquier otra probanza indispensable, como sería escuchar al menor y, a su vez, dar intervención representativa al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 267 del anterior Código Civil para el Estado de México, para de esa forma contar con los elementos propicios a fin de estar en las condiciones básicas que permitan al juzgador primario y a la autoridad de alzada conocer de manera objetiva su entorno social, salud, sensibilidad motora y de pensar, costumbres y educación, incluso, en su caso, la conservación de su patrimonio, para resolver lo más benéfico sobre la guarda y custodia de todo menor, lo que el Estado debe realizar para que la sociedad no resulte afectada en casos como el indicado, máxime si lo anterior es de orden público.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 743/2002. Filiberto Pantoja Hernández, por sí y en su calidad de padre del menor Jesús Osvaldo Pantoja Valencia. 3 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

CAPÍTULO 4. LA CUSTODIA COMPARTIDA: UNA ALTERNATIVA QUE APUESTA POR LA NO DISOLUCIÓN DE LA FAMILIA

CONVENIENCIA O NO DE LA GUARDIA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

Sobre este aspecto, es de referir bajo nuestro criterio, cuáles serán los ámbitos positivos y negativos que pueden presentarse al momento de instaurar esta figura jurídica en la práctica judicial en nuestra entidad, al tenor de los siguientes puntos de observación:

- La *Custodia Compartida* garantiza el mejor interés del menor en cuanto a su situación con respecto a los padres, su vida y desarrollo familiar, de forma primordial, a su vez que crea un clima de estabilidad entre los padres, dado que se crea un clima de certeza y seguridad jurídica para imponerse de los derecho y obligaciones que con dicha figura se involucran.
- La plena conciliación entre los padres al momento de elegir participar en los ámbitos de esta figura jurídica, permiten que el juez de lo familiar, pueda tomar determinaciones sin que influya la ideología social local y las percepciones de género, roles y estereotipos, al deber considerar en sus determinaciones judiciales a ambos padres por igual en la formación de los menores, de manera que ésta haga eficaces los principios de igualdad y no discriminación en la Ley y ante la Ley, que constitucionalmente este constituidos.
- Mediante la *Custodia Compartida*, los dos padres tendrán la oportunidad juntos y por separado de tomar decisiones y resolver problemas sin necesidad de ayuda externa, ya sea de la corte o de cualquier otra autoridad, toda vez que dicha capacidad deriva de un previo acuerdo, solventado ante una Instancia judicial de lo Familiar.

- Se proporciona a los menores, una mejor calidad de vida y convivencia en un núcleo familiar (aunque los padres se encuentren separados o divorciados), dado que siempre ambos padres estarán obligados y facultados en todo momento para responder y satisfacer las necesidades de los hijos, con lo que se fortalece el lazo afectivo con ambos padres y reduce el sentimiento de pérdida que se da en los casos de divorcio y cuando se decreta la custodia única.
- Se provee de independencia a cada uno de los padres para poder tomar acciones y decisiones en cuanto a cuestiones académicas y escolares del menor, cuidado médico, viajes, etcétera, relativas al desarrollo y diario vivir del menor, con la misma autoridad y en igualdad de condiciones y circunstancias.

Por lo que hace, a los inconvenientes que se pueden crear, el momento de instaurar la citada figura jurídica, se exponen los siguientes argumentos:

- Se argumenta que mientras no haya investigación, estadística y experiencia en la aplicación de la figura por parte de las autoridades judiciales, no se podrá afirmar que es benéfica para el menor o para los padres respecto del menor. Debido a que se da un amplio margen de acción y valor a las decisiones de un menor, que puede o no estar predispuesto por alguno de los padres.
- Porque puede haber situaciones relativas a la edad del menor que se vean alteradas por el cambio permanente en sus condiciones y circunstancias de vida, en particular para una estabilidad emocional y en su medio social, al permitírsele a los padres intercalar la forma de vida del menor, en base a una facultad mal entendida.

- Se presume un perjuicio económico, puesto que en algunos casos, no sabemos cuántos, pero tal vez muchos, puede ser demasiado oneroso proveer para la manutención y sostenimiento de dos hogares, cuando así se estipule en el acuerdo de custodia compartida por la autoridad judicial.
- Dicha figura, se encuentra en cierto grado de inestabilidad, derivada de acciones cotidianas que pueden suscitarse como lo son: cuando uno de ellos contraiga nuevas nupcias, o cuando tenga que cambiar de ciudad su domicilio.
- No existen las condiciones prácticas adecuadas en nuestro Estado, para que el Poder Judicial en el Estado, puedan dar seguimiento a los casos de *Guardia y Custodia Compartida*, lo que no permite determinar la eficacia o no de esta figura, ni los beneficios para los menores en las relaciones familiares.

Si bien, es cierto, que se han expuesto posiciones de conveniencia, así como de inconveniencia para la instauración de la *Guardia y Custodia Compartida*, empero, lo más importante es cuidar el desarrollo humano, social y emocional del menor, y en algunos casos aspectos relativos a las condiciones de los padres con el fin de proporcionar todos los elementos para lograr todo lo anterior en favor de los hijos.

En base a las consideraciones positivas que se tiene de la figura de referencia, existe un criterio por parte de los Tribunales de la Federación en el sentido de sostener lo siguiente:

MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL

INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)³⁷.

De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del código sustantivo civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226 del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues al caso opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 1020/2002. Margarita Sánchez Reyes. 26 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Omar Liévanos Ruiz.³⁴

RESOLUCIÓN Y PREVENCIÓN DE CONFLICTOS (PRINCIPIO DE INTERÉS DEL MENOR).

Como hemos venido comentando, *el interés del menor*, es y deberá de ser el principio rector en todas las legislaciones que tratan el tema de la Guardia y Custodia, sobre este particular y en concordancia con lo determinado en la Convención sobre los Derechos del Niño:

"artículo 9.3.- 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".

Luego entonces, el citado *interés del menor*, es también, un principio consagrado por muchas constituciones, algunas de las cuales hacen de ello letra muerta el

³⁷ Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*

establecer en la legislación complementaria la sola posibilidad de la custodia exclusiva; tal es el caso de nuestro País, que dispone en su carta magna "...Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez..."

Como lo hemos referido en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; mientras se ponen trabas a las propuestas legislativas que se expresan en ese mismo sentido y que defienden la custodia compartida. Así también, como lo hemos referido, diversos estudios sociológicos, señalan que la simple alternancia entre la convivencia del menor con sus padres separados, no produce ningún trastorno en el menor, empero, también ejemplifican, que lo que si puede ocasionar serios daños es *la conducta irreflexiva y enfrentada de los padres*; aun así, es siempre menor que los severos traumas que acarrea la ausencia de unos de los padres durante la infancia y la adolescencia. Bajo este tenor, se ha determinado sociológicamente que: *"Existen indicios de que, con nuestros bien intencionados esfuerzos por proteger a los niños de la ansiedad, confusión y conflicto normativo del período inmediatamente posterior a la separación, hemos creado las condiciones a largo plazo para los más nefastos síntomas de enojo, depresión y profunda sensación de pérdida al privar al niño de la oportunidad de mantener una relación plena con cada uno de sus padres"*.

Con los criterios expresados en la ley, en las prácticas de las instituciones de asistencia, como el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, y en las del Poder Judicial del Estado y de la propia Nación Mexicana, por cuanto a los asuntos familiares y en este caso, por lo que se refiere a la determinación de la custodia de los hijos, puede llegar a encontrarse mal empleado, ya que parece haber un problema respecto del significado del standard creado por el Comité

sobre Derechos del Niño y su aplicación y construcción en el derecho interno o nacional por el Poder Legislativo y el Judicial encargado de impartir justicia, ya que muchas decisiones se encuentran influidas y sostenidas primeramente para satisfacer las necesidades y deseos de los adultos, que compiten en sus demandas por los menores y entre ellos a costa de los menores, o bien para proteger las políticas gubernamentales protectoras de instituciones de asistencia o de otras instancias, dedicadas al cuidado y custodia de menores.

Resulta importante y trascendental entender que los derechos de la infancia y el principio del interés superior del niño como mecanismo para implementarlos debe estar siempre, de hecho y de derecho, definitiva e inequívocamente por encima de los intereses y derechos de los adultos, claro está, que dicho principio no debe de ser vinculado con discriminación entre los padres, o en su defecto, crear una situación de preferencia de uno de los padres sobre el otro sólo podrá presentarse bajo un supuesto, el de una resolución judicial que determine que el menor debe quedar bajo la custodia de uno de ellos, en particular cuando se encuentre en riesgo la integridad y/o el sano desarrollo físico, psicoemocional, sexual o social del menor.

Al momento de consultar los diversos estudios en psicología familiar se podrá advertir sobre el denominado "*Síndrome de Alineación Monoparental*", fenómeno que consiste en la afectación que sufren los hijos cuyos padres separados mantienen un conflicto grave sobre su custodia. En dicho síndrome puede inducir en los hijos víctimas una depresión crónica, una incapacidad de funcionar en un ambiente psicosocial normal, trastornos de identidad y de imagen, desesperación, un sentimiento incontrolable de culpabilidad, un sentimiento de aislamiento, comportamientos de hostilidad, falta de organización, personalidad esquizofrénica, inclinación al alcohol y a la droga y otros síntomas de un profundo malestar. Todos ellos, síntomas inequívocos de una segregación familiar, elemento a todas luces contrario al derecho mismo y los principios que a través de éste se han determinado a favor de los derechos del menor y su óptimo desarrollo social.

Otro aspecto a tomar en consideración, el momento de pugnar por la instauración de la figura jurídica de la guarda y custodia compartida en el ordenamiento civil para el estado de Tabasco, consistirá en poder optimizar, todos aquellos procesos jurídicos, con los que el juzgador, pueda considerar de forma clara e indubitable el mejor interés del niño, para que dicho interés deba de ser considerado fundamental en las decisiones sobre cualquier decisión relacionado con la custodia, sobre este particular, se puede recomendar la implementación de medidas específicas que permitan viabilizar este principio -que los niños sean oídos cuando se adopten decisiones en materia de responsabilidad parental que les afecten, que si es necesario sean representado por algún miembro de la familia extensa, etc.- y de forma general ha acreditado que "las determinaciones de *coparentalidad* (...) se basen en el mejor interés del niño"; en este punto, es de inferir, que la presunción de que la *Custodia Compartida* es siempre coincidente con el mejor interés del menor, claro que dicha presunción tendrá por supuesto, sus excepciones, derivadas de la propia naturaleza de los sujetos involucrados.

Otro de los elementos que se deberán de considerar, se vincula con la edad del Menor, en razón de que debemos de considerar si resultará nociva para el menor la *Custodia Compartida*, cuando este se encuentre en una *corta edad*, al momento de la separación de los padres. Sobre este particular, típicamente se ha sostenido el rol de la madre como irremplazable e insustituible y en los primeros años de vida y se considera al padre como una figura secundaria y superflua. Sin embargo, en la actualidad, resulta irrefutable que bajo una doctrina social de igualdad de roles familiares y sociales, se contradice el referido principio de que la madre es y será irremplazable en los primeros años de menor; al contrario, se debe de privilegiar el interés del menor, máxime si este se encuentra con la determinación de que se consolide una vinculación con ambos padre con un contacto frecuente –*aunque sean periodos cortos*- máxime que a temprana edad, se tiene menos desarrollada la memoria a largo plazo y se corre el riesgo de que haya un retroceso en las

relaciones, toda vez que la corta edad del niño no debe ser excusa para limitar su contacto con ninguno de sus padres.

Bajo los anteriores comentarios, se describe la siguiente tabla referencial, en la cual se determinan de forma equivalente, los grados y temporalidades que debe de considerar el juzgador, como tiempos mínimos de convivencia de los padres, en caso de la Guardia y Custodia Compartida, para efectos de producir el menor daño en el menor y privilegiar su sano desarrollo, bajo un entorno familiar, lo más óptimo posible:

Edad	Frecuencia del contacto con ambos padres
Menos de 1 año	Una parte de cada día (mañana o tarde)
De 1 a 2 años	Días alternos
De 2 a 5 años	No más de dos días seguidos sin ver a cada uno de los padres
De 5 a 9 años	Alternancia semanal, con medio día (mañana o tarde) de convivencia con el progenitor no conviviente durante esa semana
Más de 9 años	Alternancia semanal

Con este, se quiere ilustrar como es que la instauración de la figura de *Custodia Compartida* favorece la colaboración entre ambos padres para el desarrollo del menor en un entorno social.

Dentro de los criterios, con los cuales el Poder Judicial en nuestra Entidad, deberá de determinación de la custodia de menores a sus progenitores en los casos de divorcio de sus padres. Como ya hemos mencionado, se deben determinar en base al principio del interés superior del niño, en este ámbito, podemos aducir que estos criterios se han presentado para atender a la evolución de las sociedades y

de los intereses jurídicos que se pretenden proteger en un orden jurídico; fundamentados en deberes y obligaciones de quienes ejercen y ejercerán en su momento la patria potestad, ya que la guarda y la custodia es un deber impuesto a los padres en razón de aquella. Respecto a ello, cabe mencionar que los criterios que se han tomado a lo largo del tiempo jurídicamente hablando para resolver sobre la custodia de los hijos, basado en las diversas encuestas y anotaciones derivadas de investigaciones de campo practicadas al tenor de la presente investigación³⁸, son los siguientes:

- La relación y adecuada convivencia que tienen los hijos con sus padres, y en su caso con cualquier otra persona por la que el menor tenga un afecto significativo, por ejemplo, los abuelos maternos y paternos o parientes por consanguinidad, ascendentes o colaterales.
- La preferencia del menor si es suficientemente apto para expresar una preferencia relevante o significativa, derivado de un estudio psicológico previo a tal señalamiento.
- La duración y adecuación de los elementos social, educación y motivación en el desarrollo de la vida del menor y la expectativa de mantener estabilidad y continuidad con el bien del menor.
- El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en los que se desarrollará el niño.
- La capacidad de cada padre para permitir o conceder y animar continua y frecuentemente el contacto entre el niño y su otro padre, incluyendo el acceso físico y educacional.

³⁸ Se adjunta al presente trabajo de tesis, el cuestionario y encuesta realizados en diversos juzgados que forman parte del Tribunal Superior de Justicia en el Estado de Tabasco, a efectos de crear un clima de certidumbre, respecto de la importancia que tiene el tema de Guardia y Custodia Compartida, para referir alternativas novedosas de resolución de conflictos, con base a la disposición que la ley de la materia, debe de tener, para privilegiar el principio del interés superior del niño.

- La capacidad de cada uno de los padres para cooperar o aprender a cooperar en el cuidado de los niños.
- El deseo de cada uno de los padres de conocer, aplicar y ejecutar los métodos de asistencia familiar para cooperar y resolver disputas.
- Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional, así como en el bienestar del menor, como los recursos financieros, el alcoholismo y las drogas como impedimento, al igual que la inestabilidad mental o emocional y la discapacidad física, en este último caso, cuando se trata de enfermedades crónicas, con frecuencia en hospitalización, y que crean dependencia de medicamentos o también, por ejemplo, la sordera o la ceguera.

Estos criterios y su ejemplificación no es restrictiva y sobre esta base, se busca que las resoluciones del Poder Judicial en nuestro Estado contengan dichos elementos en atención a las necesidades y circunstancias de cada caso en concreto, porque bien reza el adagio “Que para cada situación existe una solución” y el objetivo de este trabajo, es tratar de hacer conciencia jurídica, en pro del menor y sus derechos, tantas veces olvidados.

Ahora bien, si ya hemos referido que la *Guardia y Custodia Compartida* será una figura nueva en nuestro estado y su implementación dentro del derecho de familia será a todas luces benéfica, al ser en resumen **aquel proceso en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos**; es decir, se trata de una situación en la que se comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones.

MENORES. SU CAMBIO DE DOMICILIO NO PUEDE SER DETERMINADO UNILATERALMENTE POR EL PROGENITOR TITULAR DE LA GUARDA Y CUSTODIA, SI AMBOS PADRES CONSERVAN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD³⁹.

De la interpretación armónica de los artículos 164, 168, 413, 414, 416, 418 y 422 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que la patria potestad se ejerce por los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, y en caso de la separación de los progenitores, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes, quedando el menor bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos (custodia), mientras que el otro tendrá la obligación de contribuir con el que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia, si no fue privado de la patria potestad. Por consiguiente, el progenitor que detenta la guarda y custodia sobre el menor, no puede cambiar unilateralmente el domicilio de éste, ya que la titularidad de esos derechos no implica un poder omnímodo y exclusivo para determinar el lugar en que debe vivir el infante, porque tratándose de esa decisión tan importante debe intervenir también el otro progenitor, ya que al estar en pleno ejercicio de la patria potestad, conserva el derecho de convivir con su hijo e, incluso, la obligación de velar por la formación física, espiritual y moral de él, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que le represente utilidad, lo que no podría llevar a cabo si éste es trasladado a un lugar distante sin su consentimiento o sin que se fijen previamente las bases de la convivencia y visitas entre ambos, por lo que es inconcuso que los dos padres deben resolver de común acuerdo ese cambio y en defecto de convenio, debe ser el Juez competente el que determine todo lo conducente a la formación y educación del menor, entre lo que destaca lo relativo al lugar y ambiente en que ha de desenvolverse, pues no es posible que sin una debida justificación se distancie a los hijos de sus padres, en tanto esto puede implicar una separación fundamental, ya que de cambiar el domicilio a un lugar muy lejano, sea dentro o fuera del país, es patente que el progenitor que no tiene la guarda y custodia no podrá disfrutar de la convivencia con su menor hijo en la forma en que lo venía haciendo, toda vez que no es lo mismo visitarlo en la propia ciudad a tener que salir incluso del país para lograr esa convivencia, lo que evidentemente acarrea notorios perjuicios no solamente para el progenitor sino inclusive para el menor, pues ya no se fomentarían con la misma intensidad y frecuencia los lazos afectivos entre ellos; de ahí que sea significativo valorar la conveniencia de que el menor cambie su residencia o, en su caso, fijar las condiciones bajo las cuales debe llevarse a cabo ese cambio, en virtud de que esta facultad y correlativa obligación es una cuestión inherente al ejercicio de la patria potestad y coetánea de la vigencia del derecho de visita y convivencia con el menor.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 6123/2002. Octaviano Padilla Longoria. 23 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Gabriel Regis López.

³⁹ Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*.

Asimismo, es mencionar que la *Guardia y Custodia Compartida* no es una alternativa para todos los casos, por eso es importante ver tanto los pro y los contra, como los criterios que se han tomado para determinar quiénes pueden ser buenos candidatos a este tipo de medida.

LA PRÁCTICA JUDICIAL EN EL ESTADO DE TABASCO, RESPECTO DE LA INSTAURACIÓN DE LA FIGURA DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

Previo a todo acto jurisdiccional de índole familiar y máxime tratándose de menores debe de existir un proceso previo de mediación o de conciliación, y en el mismo se debe de prever una posible conducta inadecuada por parte de los padres en el sentido de quejar sacar ventajas de ciertos aspectos o grados de vinculación con el menor, viendo ellos, desde su perspectiva sus intereses, sin detenerse en ocasiones a observar el bien del menor objetivamente, de aquí que se haga la acotación de esta etapa, reviste una gran importancia, dada que se expone como un paso entre el acuerdo y las acciones ante los Juzgados de lo familiar o de lo civil competentes de conocer de estos litigios. El cuidar este aspecto, como funcionarios públicos, nos trae diversas ventajas al momento de dilucidar el conflicto de forma frontal, y con ello se buscaría el conseguir que las sentencias sean satisfactorias para ambas partes y siempre en base a la protección del bien del menor.

En este sentido y para efecto de optimizar el proceso judicial, se puede recurrir o requisitar como parte de los actos que acompañen a cualquier demanda familiar, que previamente hayan acudido ante una instancia de gobierno DIF (Desarrollo Integral de la Familia) por citar el más adecuado, y el cual presta un servicio gratuito a la comunidad a realizar un acto previo de conciliación.

Agotado este hecho, y ya con las bases suficientes para hacer conciencia en los padres de que se debe de buscar siempre y por sobre sus intereses personales el bien del menor (definir correctamente el *modus vivendi* del infante), podrán acudir

ante las autoridades judiciales de los Familiar o de lo Civil, según sea la localidad en que se suscite el problema, para exponer que el acto de divorcio o disolución, lo que hemos mencionado, trae como ventajas el lograr que las sentencias sean satisfactorias para ambas partes, ya que emanan de su voluntad; acortar el proceso, lo cual es una mira de todo conflicto de Derecho de Familia; y de paso aligerar el trabajo de los tribunales, permitiéndole más detenimiento en los casos de mayor complejidad. Bajo esta óptica, la intervención del ente judicial será para ratificar o no el acuerdo de los padres como para solventar el asunto una vez agotada toda posibilidad de llegar a algún arreglo. Cuando se dictamina la *Guarda y Custodia Compartida* por la vía litigiosa, el juzgador se enfrenta a padres que no poseen una adecuada comunicación y conoce que su fallo estará en contra de la intención de uno de los progenitores, de modo que puede que en estos casos la Custodia Compartida no redunde en beneficio del menor. Por lo tanto la vía más adecuada es lograr que emane del acuerdo de los padres, enfatizar en que múltiples estudios sociológicos han demostrado que sería lo más acertado para la familia y en especial para el menor, posibilitando en todo momento, que se consolide entonces la figura de la Guarda y Custodia Compartida, como parte del fallo que emita el juez en su sentencia, en la que ha de expresarse clara y pormenorizadamente lo argumentos que llevaron a conceder una u otra modalidad de custodia y la carga de la prueba le corresponderá al padre que solicite la custodia exclusiva. Con ello, se exige una mayor preparación en el juzgador, dado que será éste, quien se pronuncie respecto a la atención residencial del menor, la educación, la atención médica, los gastos ordinarios y extraordinarios y cualquier otro asunto que considere pertinente y sustentar su determinación en una base lógica y jurídica.

CONCLUSIONES

Como puntos de conclusión y con la finalidad de poder exponer un sencillo criterio de procedibilidad respecto de la figura jurídica de *Guarda y Custodia Compartida* en nuestro estado, señalo que resulta importante atender a los siguientes puntos de conclusión:

- Identificar plenamente la figura de Guarda y Custodia Compartida, bajo los siguientes términos: *“La guarda y custodia compartida, será una potestad otorgada a los padres en función del cumplimiento del deber de educación que es el gran deber que preside las relaciones entre padres e hijos y con base a la protección del interés superior del menor”*.
- Considerar que, en general, serán los miembros del propio núcleo de familia, quienes mejor que nadie, podrán saber lo que es mejor para cada uno de sus miembros, incluyendo la opinión de los menores.
- Con la implementación de esta figura jurídica, se busca, que a pesar de la separación de los cónyuges, ambos padres se encuentren igualmente involucrados en las actividades y en la crianza de los hijos, y compartiendo en igualdad de condiciones la responsabilidad, superando roles, estereotipos y prácticas tradicionales.
- Se observa, una mayor apreciación y aceptación respecto a la posibilidad o la intervención psicológica a través de profesionales, que permita un incremento en la comprensión, diálogo y toma de decisiones, entre todos los miembros de la familia y entre los padres en particular, sobre todo si se considera que los menores tienen o manifiestan igual apego por ambos padres.
- Se busca el reconocimiento de ambos padres de la importancia del papel que juegan ambos en el crecimiento y desarrollo integral de los hijos y sus

nuevas responsabilidades, en las nuevas condiciones, y que después dichos acuerdos a los que lleguen y que sean confirmados por la autoridad judicial competente.

- La posibilidad de llegar a acuerdos, evaluada por el juez, entre los padres es un elemento esencial para poder confirmar y resolver a favor de la *Guardia y Custodia Compartida*, ya sea sin o con auxilio de ayuda externa, como sería, en este último caso, a través de un medio alternativo, como la mediación por parte de instituciones gubernamentales (DIF, CAMVI, ETC.,).
- Cuando los padres consideran la *Guardia y Custodia Compartida* como resultado de una situación sociológica, teórica y normativa, que a todas luces favorece el desarrollo emocional, psicológico y físico del menor.
- La relación funcional, positiva y viable que los mantenga objetivos respecto a la situación de los hijos, independientemente de aquellos aspectos de conflicto que pueda haber en virtud del divorcio, los cuáles deberán ser considerados por el juez, y que en muchos casos son pasajeros y se superan en el corto plazo, llevará a acuerdos y resoluciones dirigidos a proteger, respetar y garantizar el bienestar o intereses de los menores para su mejor desarrollo integral y social.
- Que entre los padres se mantenga siempre el respeto y se promueva éste y el aprecio por los hijos hacia cada uno de ellos.
- Cuando ambos padres mantienen una alta autoestima, flexibilidad, y apertura al apoyo y la ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio y sus causas. Es decir, que los sentimientos de frustración, enojo, venganza, falta de apoyo y desesperanza no se presentan o son superados con ayuda

multidisciplinaria en el corto plazo, y no representen una amenaza para la convivencia y desarrollo de los menores con alguno de los padres.

- Cuando ambos padres tienen la libertad para decidir y resolver sobre las vidas de sus hijos, por no albergar ninguno de los sentimientos antes mencionados.

Lo anterior, y bajo el paulatino cumplimiento de los citados puntos de referencia que se realicen en los diversos núcleos familiares de nuestra sociedad, que se encuentren ante la disyuntiva de un divorcio, fomentara la apertura de nuevas formas de solución de conflictos.

Toda vez que la máxima que deberá de prevalecer en la Ley estribará en el sentido de indicar que la *Guardia y Custodia Compartida* podrán ejercerse por los padres, siempre que ambos consientan en ello, que exista acuerdo o convenio entre ellos, lo anterior, con la finalidad de fomentar mayores ámbitos de disposición para aquellos padres que se encuentran en el supuesto de divorcio, y que dicho convenio deberá ser ratificado por el Juez de lo Familiar.

En conclusión, con la implementación de esta figura jurídica, lo que se busca, es que los padres tengan conciencia de que ya no es ineludible pelear por la custodia, sino que tendrán que llegar a acuerdos para salvaguardar el sano desarrollo de los hijos: El matrimonio se disuelve, la familia no.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Francisco Lledó Yague – Ramón Herrera Campos.
Sistema de Derecho Civil, Derecho de familia.
Editorial Dykinson, Argentina, pág. 285.
- 2.- León Duguit.
Teoría General del Acto Jurídico.
Editorial cultura, México, 1992.
- 3.- Manuel F. Chávez Ascencio.
La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales.
Tercera edición actualizada, editorial porrúa, México 1997.
- 4.- Manuel f. Chávez Ascencio.
La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales.
Segunda edición, México, 1992.
- 5.- Manuel F. Chávez Ascencio.
Convenios conyugales y familiares.
Segunda edición, editorial porrúa, México, 1993.
- 6.- Mauricio Luís Mizrahi.
Familia, matrimonio y divorcio.
Argentina, astrea, 2001.
- 7.- Doctoral thesis 1980. State University of New York at buffalo umi.
Custodia compartida materna y paterna: estudio de la familia tras el divorcio.
- 8.- American journal of orthopsychiatry, octubre, 1987.
Efectos a largo plazo del divorcio en los niños: un modelo de vulnerabilidad del desarrollo.
- 9.- Journal of divorce, vol. 12, no. 2-3 (1989).
Comparación de los efectos de los regímenes posdivorciales en los hijos.
- 10.- Beatriz, Salberg.
Los niños no se divorcian.
- 11.- Instituto de investigaciones jurídicas.
Diccionario jurídico mexicano (a-ch).
Editorial Porrúa, S.A. Universidad Nacional Autónoma de México.
Sexta edición, México, 1993.
- 12.- Instituto de Investigaciones Jurídicas.
Diccionario jurídico mexicano d-h.
Editorial Porrúa, s.a. de c.v.-universidad autónoma de México, México, 1995.

LEGISGRAFÍA.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Cajica, S.A..- México, 2007. Pág. 16.
- 2.- Convención de los Derechos del Niño.
- 3.- Código Civil para el Estado de Tabasco.
- 4.- Tribunales Colegiados De Circuito, Semanario Judicial de la Federación.

PÁGINAS A CONSULTAR.

- 1.- <http://es.geocities.com/apinpach/estudios.htm>.
- 2.- http://www.apa.org/journals/fam/press_releases/march_2002/fam16191.pdf.
- 3.- <http://www.geocities.com/papahijo2000/coparen.html>.
- 4.- <http://www.inegi.gob.mx>.

ANEXOS



Universidad de Sotavento A.C.
Campus Villahermosa
Licenciatura en derecho



OBJETIVO:

Conocer la opinión de la ciudadanía respecto a la instauración de la figura jurídica de la Guarda y Custodia compartida de menores en el Código Civil de Tabasco y así obtener una mejor relación de padre-hijo, madre-hijo, misma que se reflejará en el sano desarrollo del menor.

EDAD: _____ **SEXO:** _____ **ESTADO CIVIL** _____

GRADO DE ESTUDIOS: A) PRIMARIA.
B) SECUNDARIA.
D) PREPARATORIA.
E) LICENCIATURA.
F) OTROS _____.

INSTRUCCIONES: Subraya la respuesta que consideres conveniente de acuerdo a tu opinión.

1.- ¿Sabes que es la guarda y custodia compartida?

A)SI B)NO

2.- La Custodia compartida es el arreglo mediante el cual los (las) niños(as) pasan parte de su tiempo con uno de los progenitores y parte con el otro, en base a esta definición, ¿consideras conveniente la instauración de la guarda y custodia compartida en el Código Civil de Tabasco?

A)SI B)NO

3.- ¿Consideras que la instauración de la guarda y custodia compartida en el Código Civil de Tabasco, puede traer beneficios a los menores?

A)SI B)NO

Si la respuesta fue afirmativa ¿de qué tipo?

A) Permitiría disminuir la depresión infantil.
B) Permitiría disminuir el suicidio adolescente.
C) Permitiría disminuir el bajo rendimiento escolar.
E) Otro _____.

4.- ¿Consideras que una vez instaurada la figura jurídica de la guarda y custodia compartida en el Código Civil de Tabasco, reduciría el número de expedientes de ese tipo relativo a los juicios de guarda y custodia compartida que se tramitan en los juzgados familiares?

A)SI B)NO

5.- ¿Cuando un matrimonio se divorcia, piensan primero en el bienestar de los hijos?

A)SI B)NO

6.- Cuando un matrimonio llega a divorciarse y existen menores de edad ¿Consideras que el padre es el primero en que piensa con quien se va a quedar el menor?

A)SI B)NO

7.- ¿Con quién consideras que deben quedarse los hijos cuando un matrimonio se divorcia?

A)CON LA MADRE B)CON EL PADRE C) CON UN FAMILIAR

8.- ¿Qué tipo de consecuencia consideras que llegue afectarle a los menores, cuando los padres se divorcian?

A)PSICOLÓGICAS B)DROGADICCIÓN C) SUICIDIO
O ALCOHOLISMO

D) OTROS _____.

¡¡¡GRACIAS POR TU AMABLE COLABORACIÓN!!!