



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN
DIVISIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**“LA FALTA DE REGULACIÓN JURÍDICA DE
LA FIGURA DE LA GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN DEL
ESTADO DE MÉXICO”**

TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

VÍCTOR ULISSES IBÁÑEZ RUIZ

ASESORA:

MTRA. MARIANA GONZÁLEZ ZAMORA

NAUCALPAN, ESTADO DE MÉXICO

ACATLÁN, 2016



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.

*“Yo soy yo y mi circunstancia,
y si no la salvo a ella no me salvo yo”*

José Ortega y Gasset

AGRADECIMIENTOS

“Quiero agradecer primero que nada a Dios, por la “circunstancia” en la que me encuentro; si no fuera por él no sería yo mismo, ni este trabajo sería lo que es;

También agradezco a dos instituciones fundamentales en mi vida: la Universidad Nacional Autónoma de México, que me ha dado todos los conocimientos que he adquirido para el desarrollo de mi profesión; y al Instituto Mexicano del Seguro Social, por haber dado a mi familia trabajo y por habernos enseñado el sentido del humanismo y la solidaridad;

Agradezco a mis padres Jaime Víctor y Rosa Herlinda, quienes sin ser Linceados en Derecho me enseñaron el sentido de la Justicia; gracias por confiar siempre en mí, por alentarme a seguir adelante y por siempre apoyarme en los momentos más difíciles;

Una especial mención a mi hermana Katherin Violeta, mi dolor de cabeza personal y con quien siempre puedo contar para distraerme de mis obligaciones laborales y profesionales;

Gracias a mis amigos de la facultad Cynthia, Carlos, Julio, Azucena, Yola y Chicho con quienes siempre se pueden discutir cuestiones jurídicas interesantes y quienes siempre me alentaron a seguir adelante con su ejemplo, aunque no lo crean. Especialmente quiero reconocer el apoyo de mis amigas Raquel y Nelly, por haber leído este trabajo antes que nadie, compartiendo sus opiniones y correcciones siempre que pudieron;

Reconozco el apoyo de mi tío Sergio y de mi abuela Catalina, así como de toda mi demás familia que creyó en mí aun cuando yo no lo hacía, no hubiera llegado a este punto sin ustedes;

Quiero agradecer a mis fuentes de inspiración profesional, al Licenciado José Hernández, quien me enseñó la práctica del litigio, y a la Licenciada Lucerito Nájera quien me permitió ejercerla bajo su respaldo;

Finalmente agradezco a mi asesora la Maestra Mariana González Zamora y a mis sínodos; quienes se tomaron el tiempo de apoyarme durante este último paso para obtener mi título profesional; quienes por su compromiso, consejos y tutoría se desarrolló el presente trabajo, gracias a todos”

ÍNDICE

Introducción-----	3
Capítulo 1: Antecedentes Históricos de la Guarda y Custodia-----	5
1.1 En Roma-----	5
1.2 La Edad Media-----	11
1.3 Código Napoleónico-----	18
1.4 Evolución Histórica de la Guarda y Custodia en el Estado de México---	25
Capítulo 2: Concepto y Elementos de la Guarda y Custodia-----	32
2.1 Guarda y Custodia como prerrogativa de la Patria Potestad-----	32
2.2 Concepto de Guarda, Concepto de Custodia y su relación jurídica-----	35
2.3 Naturaleza Jurídica de la Guarda y Custodia-----	39
2.4 Características de la Guarda y Custodia-----	41
2.5 Sujetos de la Guarda y Custodia-----	45
2.6 Derechos y Obligaciones que emanan de la Guarda y Custodia-----	48
2.7 Modalidades de la Guarda y Custodia-----	52
2.8 Guarda y Custodia Compartida-----	57
Capítulo 3: Legislación vigente en Materia de Guarda y Custodia-----	64
3.1 Normatividad Federal e Internacional-----	64
3.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-----	65
3.1.2 Convención sobre los Derechos del Niño-----	72
3.1.3 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes--	79

3.1.4 Código Civil Federal -----	83
3.2 Legislación vigente en el Estado de México y el Distrito Federal en materia de Guardia Custodia -----	89
3.2.1 Código Civil para el Distrito Federal-----	89
3.2.2 Código Civil para el Estado de México-----	93
Capítulo 4: La falta de regulación de la figura jurídica de la Guarda y Custodia Compartida en el Código Civil para el Estado de México-----	99
4.1 Contradicción de criterios en los Tribunales del Estado de México en materia de Guarda y Custodia Compartida-----	99
4.2 Criterios rectores para la regulación jurídica de la Guarda y Custodia Compartida -----	104
Conclusiones-----	117
Propuestas-----	121
Bibliografía-----	123
Legislación Vigente-----	125
Cibergrafía -----	126

INTRODUCCIÓN

La dinámica familiar en Estado de México ha evolucionado notablemente en los últimos años, influenciada principalmente por la inclusión de ambos padres en la labores del hogar y de crianza de sus hijos, así como por la creciente intervención de la mujer en el mercado laboral a raíz de la igualdad de género cada vez más arraigada en la entidad. La aparición de la figura Guarda y Custodia Compartida es solamente, una de la consecuencias de estos cambios sociales que vivimos hoy en día.

La falta de regulación de la figura jurídica de la Guarda y Custodia Compartida en el Estado de México, ha sobrepasado a la realidad de las familias en crisis; esta laguna legal restringe significativamente el derecho humano de los menores mexiquenses a la plena convivencia con ambos progenitores; debido a la excesiva rigidez del procedimiento judicial, así como a los prejuicios infundados de los juzgadores locales.

En el presente trabajo, se pretende exponer las bases para poder determinar la aplicación de la figura de estudio en la realidad fáctica de las familias mexiquenses; o en su caso negar la aplicación de dicha figura, pero fundando y motivando las resoluciones judiciales en parámetros objetivos, derivados del estudio exhaustivo de las circunstancias del caso, con ayuda de especialistas en las materias respectivas, tomando en consideración la dinámica familiar y la opinión de los menores involucrados.

Para lograr el objetivo de la investigación, el presente trabajo se divide en cuatro capítulos; en el primero de ellos se estudiara el desarrollo histórico de la Guarda y Custodia desde el Derecho Romano; continuando con los cambios originados en la institución por su interacción el Derecho Germánico antiguo y el cristianismo durante la edad media; desembocando así en su regulación jurídica en el Código Napoleónico, donde se puede presenciar ya la existencia del derecho

de Guarda; y finalmente llegando al Código Civil abrogado del Estado de México, para comprender fielmente la evolución de la figura en la entidad.

En el segundo capítulo se analizará el marco doctrinal de la Guarda y Custodia como figura jurídica independiente de la patria potestad, estudiando su naturaleza jurídica y comparando sus características. De la misma manera se identificarán los sujetos activos, pasivos y accidentales que interviene en su aplicación; los derechos y los deberes que de ella emanan; así como las modalidades en que se pueden desarrollar, llegando finalmente al estudio de la Guarda y Custodia Compartida, como una modalidad de la Guarda y Custodia.

En el tercer apartado se estudia de manera jerárquica, las leyes aplicables a la figura de la Guarda y Custodia; comenzando por la Constitución como norma máxima de la federación, a partir de la cual procede la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, instrumento internacional que dicta los principales derechos humanos de los menores y; la interpretación de la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. En el apartado final del subtema, se realizará un estudio comparado de la regulación jurídica de la Guarda y Custodia en los Códigos Civiles del Estado de México y del Distrito Federal, resaltando algunas diferencias y semejanzas.

Para concluir en el capítulo final, una vez que fueron analizados los antecedentes históricos, los elementos doctrinarios y los alcances legales previstos en el cuerpo del presente trabajo, se realizará una confrontación deductiva de los temas tratados; para así poder plantear alternativas viables de aplicación de la figura de la Guarda y Custodia Compartida en las familias mexiquenses, mediante lo cual se busca salvaguardar en interés superior del menor, ante una realidad jurídica que se encuentra sujeta a cambios continuos.

CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA

Antes de iniciar el presente capítulo, es importante destacar que la figura de la Guarda y Custodia es una prerrogativa de una institución jurídica denominada patria potestad, la cual tiene su origen de un hecho natural del hombre que es la filiación.

Actualmente se concibe a la patria potestad como una institución protectora de los menores, de la cual se desprende un cúmulo de derechos y obligaciones, encontrándose dentro de ellos la Guarda y Custodia. Poco a poco, a través del tiempo esta figura se ha separado de la patria potestad, por lo cual en la antigüedad, desde el Derecho Romano y aún hasta hace un par de décadas, no existía una diferencia clara entre una y otra, llegándose a confundir incluso dentro del texto de la ley ambas figuras.

Para el desarrollo del presente trabajo es importante comenzar con el estudio de la patria potestad en el Derecho Romano, debido a que el Derecho positivo mexicano, encuentra sus orígenes en el mismo.

1.1 En Roma

Para poder entender la figura de la patria potestad en Roma y determinar así su relación con la Guarda y Custodia, se debe iniciar explicando una serie de conceptos propios de la época.

Para el derecho Romano la familia o *domus*, se encontraba dirigida por el *paterfamilias*, quien era definido según Margadant como el “dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los *iura patronatus* sobre

los libertos.”¹, es decir que dentro de la comunidad familiar era el único con personalidad jurídica.

El *paterfamilias* fue durante la Monarquía y principios de la República, el único miembro de la familia romana que tenía capacidad jurídica, es decir, para el Derecho Romano el *paterfamilias* tenía exclusivamente para sí y para su *domus* o familia, la facultad de adquirir bienes y obligaciones; por lo que él ejercía sobre sus descendientes un poder casi absoluto denominado *patria potestas*.

Según Kipp y Wolff, “la patria potestad era originariamente y en principio una potestad sobre la vida y muerte del hijo, pero ya desde sus orígenes, y según la tradición de los Romanos, por lo menos la potestad sobre la vida y muerte no era de ningún modo ilimitada”.² Esto se traducía a un poder casi absoluto que el *paterfamilias* tenía sobre su descendencia, no solo sobre sus hijos sino también sobre sus nietos, principio que como se estudiará más adelante fue cambiando en beneficio de su descendencia.

Tomando en cuenta el poderío que el *paterfamilias* tenía, en Roma no existía la igualdad entre el hombre y la mujer ello se corrobora pues “el derecho Romano no reconoce una potestad de los padres, sino solo una potestad del padre. La potestad de la madre sobre los hijos no podía desenvolverse por cuanto la madre se hallaba equiparada a sus propios hijos en la cuasi patria potestad del padre”³, debido a lo anterior, se concluye que la autoridad que daba la patria potestad era exclusiva de los varones, y que la mujeres no tenían participación alguna dentro de ella.

¹ Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, México, Esfinge, 26ª Ed., 2008, p. 196

² Kipp, Theodor y Wolff Martín, *Derecho de Familia*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 2ª Ed., 1952, p. 43

³ *Ibidem*

Galindo Garfias define a la patria potestad en Roma de la siguiente manera: “es una autoridad en sus principios absoluta, vitalicia. Para ejercer sus funciones de autoridad suprema dentro del grupo familiar, el *paterfamilias* se hallaba investido de un poder que respecto de mujer era la manu y respecto de los hijos ese poder era la patria potestad.”⁴ Por lo que en principio, la potestad romana era vitalicia, es decir, duraba por el mismo tiempo que duraba la vida del *paterfamilias*, y este poderío se extendía hasta la descendencia de sus hijos.

Con las características señaladas con anterioridad, podemos definir a la patria potestad del Derecho Romano como la autoridad que ejercía el *paterfamilias* (padre o abuelo) de manera exclusiva sobre su descendencia (hijos y nietos) de manera vitalicia, y casi absoluta, que comprendía desde la facultad de administrar los bienes y la representación de los miembros que conforman su *domus*, hasta el derecho a matarlos, en los casos previstos por las leyes de la época.

No obstante lo anterior, el poder extenso del *paterfamilias* fue sufriendo limitaciones y en el proceso se “fue convirtiendo el poder paterno, en principio ilimitado y egoísta, en una función limitada y ejercible en beneficio del hijo. Las diversas facultades del padre en efecto, se fueron en distintos momentos, recortando. Los derechos del hijo por el contrario se iban reconociendo gradualmente. De este modo en el último siglo de la República, y especialmente en el Imperio, la patria potestad había perdido su antiguo carácter”⁵, debido a que ya durante la República el derecho a matar a los hijos estaba limitado a casos de verdadera excepción y el derecho a venderlos solo se concebía para el caso de extrema miseria del *paterfamilias*.

Continuando con la evolución de la patria potestad en la época imperial de Roma, es preciso señalar lo siguiente: “la patria potestad que, en su origen, fue un derecho establecido en beneficio del padre, se convirtió durante la fase imperial en

⁴ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil. Personas y Familia*, México, Porrúa, 27ª Ed., 2012, p. 688

⁵ Castán Vázquez, José María, *La Patria Potestad*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1960, p. 23

una figura jurídica en la que encontramos derechos y deberes mutuos”⁶, concluyendo así que la patria potestad en el Derecho Romano, pasó de ser un derecho absoluto y despótico del paterfamilias durante los primeros años de la monarquía; a ser una figura concebida a favor de los hijos en el imperio, debido a que “En la época imperial el padre ya no tiene en absoluto el derecho de matar a los hijos, sino solo una facultad domestica correccional por la cual podía en caso necesario impetrar el auxilio de la autoridad”⁷, siendo este, el antecedente directo de la facultad de corrección mesurada que actualmente contempla el derecho vigente mexicano.

De la misma manera es importante señalar que ya durante la época de Justiniano los intereses particulares del *paterfamilias* habían cedido a favor del interés del hijo, además durante esta etapa la madre comenzó a tomar parte en la patria potestad, pudiendo señalar los abusos de autoridad prohibidos al padre. Por lo cual durante el Imperio Romano, se fueron otorgando a la mujer un número limitado de derechos, debido a que la legislación primitiva se fue dulcificando y las costumbres fueron cediéndole lo que la ley le negaba; así a finales del Imperio se le reconocía a la mujer en las fuentes una serie de derechos mucho más amplio que lo que tuviese durante la Monarquía.

Otro factor decisivo para el debilitamiento de la patria potestad, fue el sistema de peculios, debido a que en un principio y por regla general “La concentración de poder en jefe supone también la concentración de ingresos, por lo que todo lo que los hijos adquirirían pasaba a formar parte del patrimonio del padre.”⁸, sin embargo y por un acto de gracia del padre, este podía otorgar a sus hijos una porción de sus propiedades para su administración, así pues los

⁶ Floris Margadant, Óp. Cit., p. 201

⁷ Kipp y Wolf, Óp. Cit., p. 44

⁸ Chávez Asencio, Manuel, *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, México, Porrúa, 5ta Ed., p. 267

peculios eran considerados pequeños patrimonios que podían tener los hijos con separación del patrimonio del padre.

Los peculios se clasificaban según la procedencia de los bienes, “llamándose *peculium profecticum* al constituido por bienes que el hijo recibía del padre para que los administrara; *peculium castrense* al constituido por bienes adquiridos en la milicia o con ocasión de ella; *peculium quasi castrense* al que se formaba con los adquiridos mediante el ejercicio de profesiones liberales, y *peculium adventicium* al que se constituía con bienes adquiridos de la madre, o en general, de cualquier persona distinta al padre, o por industria o suerte”⁹.

Debido a lo anterior, si bien la descendencia no podía tener patrimonio propio, dado que desde un punto de vista estrictamente jurídico, los peculios seguían formando parte del patrimonio del *paterfamilias*; estos suponían una independencia al hijo respecto del poderío absoluto que tenía el jefe de la *domus*, lo que permitió en determinado momento separar los derechos del padre, de los derechos de los hijos.

En lo que respecta al concepto de Custodia en Roma, el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, indica que “proviene del latín *custos* que significa guardar o guardián, y este a su vez deriva de *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar”¹⁰; es decir su aserción deriva de una acción de cuidado, transmite la idea de una responsabilidad sobre una cosa, la cual debe ser defendida y vigilada.

Continúa su explicación señalando que para el Derecho Romano “significó una clase especial de diligencia que debía aplicar el deudor de cuidar la cosa debida como un *bonus paterfamilias*. En general esa clase de diligencia

⁹ *Ibidem*

¹⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas, “*Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*”, México, Porrúa, 1998, p. 965

debía emplearse en todo caso en el cuidado de una cosa ajena a fin de conservarla y vigilar de tal manera que no pudiera perderse, o ser robada o usucapida por terceros”¹¹

Este concepto fue usado por los romanos en el contrato de depósito, definido como “el contrato por el cual una persona -depositante- entrega a otra -depositario- algún objeto mueble para su custodia”¹². Definición de la cual se desprende como obligación del depositante, el custodiar el bien entregado por el depositario, con la diligencia propia de un *paterfamilias*; por lo que no solo los terceros debían cuidar con esmero los bienes que tuvieran en depósito, sino también, el *paterfamilias* debía cuidar de igual manera los bienes que formaban parte de su patrimonio, entre ellos sus hijos.

En la percepción clásica del Derecho Romano, el *paterfamilias* era el único dentro de la *domus* romana que tenía personalidad jurídica, las demás personas de su familia son consideradas como simples cosas, las cuales podían ser dadas a terceros para su resguardo; pero de ningún modo un resguardo arbitrario, sino una guarda que conlleva una serie de responsabilidades, las cuales deben ser llevadas a cabo con diligencia y cuidado.

De lo anteriormente descrito, derivan precisamente los antecedentes directos del concepto de Guarda y Custodia que tenemos en el derecho positivo mexicano, misma que se fue tornando de un deber derivado de una obligación contractual de guardar y custodiar bienes que formaban parte del *paterfamilias*; a una obligación cuidado y vigilancia de los padre hacia sus hijos, como actualmente se concibe.

¹¹ Ibídem

¹² Floris Margadant, Óp. Cit., p. 196

1.2 La Edad Media

Con la caída del Imperio Romano de occidente, se introdujo al derecho vigente de la época, dos grandes corrientes que modificaron el pensamiento jurídico característico de Roma; a saber estas fuentes fueron el Derecho germánico y la intervención del cristianismo.

Es por ello que se debe estudiar la influencia del Derecho germánico en la ideología jurídica de la época; pues conforme al derecho alemán antiguo el padre tenía sobre su descendencia un derecho-obligación denominado “*Munt*” el cual era considerado un derecho y un deber de protección, por inclusión de administración y disfrute del patrimonio del hijo. De esta manera se puede considerar al *munt* como figura análoga a la patria potestad romana, aunque con marcadas diferencias, debido a que para los germanos esta figura “no es vitalicia como en el derecho Romano, si no que termina cuando el hijo ya ha crecido y comienza una vida económicamente independiente¹³.”

Ahora bien, otra de las diferencias que presenta el Derecho germánico con el Derecho Romano respecto a esta figura, es que en el primero se reconoce también una potestad de la madre sobre los hijos mientras vive el padre; sin embargo ésta se encuentra aparentemente oculta por el poder paternal, y únicamente se puede hacer valer después de la muerte del mismo.¹⁴ Este es el primer antecedente directo de la intervención materna en la crianza de los hijos, principio que posteriormente fue tomado por el derecho medieval español, y el derecho consuetudinario francés.

Para los germanos “en el derecho antiguo los hijos tenían ya capacidad patrimonial. Sobre el patrimonio del padre poseían los derechos de expectativa y

¹³ Cfr. Kipp y Wolf, Óp. Cit., 45

¹⁴ Cfr. *Ibidem*

de oposición, pudiendo también poseer un patrimonio propio”¹⁵. Lo que marca otra diferencia, respecto del Derecho Romano, debido a que el Derecho germánico sí le reconoce personalidad y capacidad jurídica a los menores, por lo que el *Munt* no es considerado un poder despótico e ilimitado, sino la responsabilidad del padre designada a favor del hijo.

En lo que respecta al patrimonio de los hijos en el Derecho alemán antiguo el padre como señor del *Munt* sobre el hijo, tenía también la potestad sobre el patrimonio de éste, tomando dicho patrimonio en su *Gewere* o “administración y aprovechamiento. Dicha administración que debía realizarse con cuidado y responsabilidad dado que terminaba siempre al separarse el hijo de la comunidad doméstica paterna”¹⁶, lo que confirma el carácter temporal y limitado de la autoridad paterna en el derecho germánico.

La segunda corriente que cambió la ideología absoluta y despótica que se tenía en Roma de la patria potestad, fue el influjo en el derecho de la iglesia cristiana durante la edad media; a ese efecto, cabe destacar lo que señala D’Antonio: “El cristianismo, de indudable influencia como factor atemperante del rigor paterno, produjo una síntesis de los elementos vigentes en la potestad romana y el principio protector del *Munt* germánico, reconociendo la autoridad del padre, la delimito, determinando con claridad que estaba ella justificada por la necesidad de amparo del ser en formación”¹⁷. El cristianismo produjo en el pensar jurídico, una concientización respecto a la finalidad de la patria potestad; que no era como se pensaba en Roma, un derecho absoluto en beneficio del padre; si no una responsabilidad y obligación de éste, hacia sus hijos.

¹⁵ Castán Vázquez, Óp. Cit., p. 257

¹⁶ Ibídem p. 25

¹⁷ D’ Antonio, Daniel Hugo, *Derecho De Menores*, 4ª Ed., Buenos Aires, Astrea De Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994, pp. 203 y 204

Esta es la conclusión a la que llega Castán Vázquez al señalar que “fue el cristianismo quien ejerció más considerablemente influjo, en la evolución histórica de la institución; esa evolución que ha trocado el antiguo poder en un deber; y las antiguas facultades perpetuas e inhumanas en las actuales funciones, limitadas y temporales”¹⁸.

Una de las principales características que inculco el cristianismo a la institución de la patria potestad, fue que iglesia cristiana introdujo la intervención de ambos progenitores en la crianza de los hijos; pues su doctrina afirma que es deber de los hijos obedecer a sus padres, sin distinguir entre padre o madre. Esto se traducía en que la mujer podía intervenir en la corrección y educación de los hijos, así como ayudar a su formación, siempre dentro de los límites morales dictados por la iglesia, ya que era la madre la que daba la educación doméstica y era su responsabilidad encaminarlos a los principios de la fe cristiana, situación que no podía realizar el padre por ser quien proveía de alimento y techo a su familia.

Por lo anterior podemos concluir a este respecto que la iglesia cristiana, sin dar a la madre explícitamente un derecho idéntico al del padre, suponía que aquella concurría con éste en el ejercicio de la patria potestad, por lo cual ambos debían coordinar sus facultades para la crianza de los hijos, aunque siempre se encontraba la madre en sujeción al marido. En ningún caso se contraponían los deberes del hombre y la mujer en cuanto al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, sino que éstos se complementaban, debiendo coordinar la potestad de la madre sobre los hijos, con la potestad marital que tenía el padre sobre ella, circunstancia que prevalecería aun en el derecho francés del Código Napoleónico

¹⁸ Castán Vázquez, Óp. Cit., p. 33

Siguiendo con la evolución histórica de la figura de la patria potestad en la España del Medievo, Castán Vázquez menciona que “la legislación visigoda en materia de patria potestad, continuo la tradición legislativa del Bajo Imperio, acentuando ciertos rasgos del Derecho Romano posclásico. El derecho visigodo recoge la idea de la patria potestad tal y como se concebía después de la profunda transformación del derecho Romano”. Por lo cual en la práctica, la patria potestad del padre se encontraba limitada al interés de sus hijos, manteniendo así privilegiada la posición de los menores de edad, sobre los derechos paternos, ratificando la idea de que la patria potestad es una obligación de educación y crianza por parte de padre.

“Confirma esta concepción de la patria potestad visigoda la actitud de la legislación frente a las manifestaciones de poder absoluto del padre. Aquella así, combate el *ius vitae necis*, sancionándose la muerte del hijo, y el infanticidio; el derecho de exposición e incluso el *ius vendendi*; adoptando una posición más radical que la del derecho Justiniano”¹⁹. Por lo que las leyes visigodas habían unificado la responsabilidad del padre que se derivaba del *Munt* germano, con la suavidad y piedad paterna que inculco al derecho las ideas cristianas, eliminando la facultad absoluta del padre sobre su descendencia distintiva del derecho Romano Clásico.

Por lo que se puede decir en resumen que para el derecho visigodo, la patria potestad tiene una idea de una *función del padre*, concibiéndola como una obligación paternal en interés de los hijos. Es decir, que el poder absoluto e ilimitado del *paterfamilias* en la época clásica del derecho Romano, se había convertido para los visigodos en un *officium* concebido en beneficio de su descendencia, y seguiría evolucionando hasta no tener otra realidad que la de un derecho natural.²⁰

¹⁹ Ibídem p. 26

²⁰ Cfr. Ibídem p. 27

Finalmente y en cuanto a la intervención de la mujer en la patria potestad de los hijos en el Derecho visigodo “se estableció que a la muerte del marido pasasen los hijos a la potestad de la mujer, que solo la perdería en el caso de pasar a segundas nupcias, reconociéndosele a la madre, lo mismo que al padre, el derecho de corrección sobre los hijos menores”²¹; conservando así el principio del derecho germánico que privilegia la intervención de la madre en la formación y educación de los hijos.

Durante el siglo XII en España, de la redacción del Fuero Juzgo se puede percibir la existencia de una clara influencia del derecho germánico antiguo, sobre todo en lo concerniente a la estructura de la institución de la patria potestad. En este conjunto de leyes, la influencia del Derecho Romano en cuanto al rigor con que se aplicaba la potestad de los hijos, como es sabido se vio ampliamente oscurecida por el Derecho germánico.

En ese orden de ideas se entiende que el Fuero Real no concibió el poder paterno como ilimitado y despótico; sino que en sus artículos por el contrario, se prohíbe la venta, donación o pignoración del hijo. En el Fuero Real al considerar a los hijos como sujetos de derechos y no “cosas”, como los romanos durante la monarquía, otorgo un estatus jurídico privilegiado para los menores, que no se observó en la Roma clásica.

Por ello los “fueristas consagra la doctrina de que la patria potestad se admitía en Aragón solo para aquello que fuera favorable al hijo, de lo cual era una consecuencia que a los padres solo correspondía la administración de los bienes de los hijos, teniendo éstos el dominio y el usufructo de ellos”.²² Con ello la legislación foral se alejaban de la doctrina de los peculios, vigente durante la monarquía y el imperio. La figura del hijo como propietario de bienes, consagro un

²¹ Ibídem p. 78

²² Kipp y Wolf, Óp. Cit., p. 48

paso más hacia la independencia jurídica de éste, sin implicar con ello, la desaparición total de la autoridad paterna.

Es por lo anterior que Galindo Garfias llega a la conclusión siguiente: “El derecho foral aragonés, es ejemplo de cómo la patria potestad era considerada desde la edad media, no como autoridad, si no como una institución protectora de los menores hijos”²³, confirmando así una tendencia cultural en el derecho, a la protección del interés superior del menor, término que comenzaría a ser usado, varios siglos después, pero que en esencia toman sus principios de estos cuerpos de leyes.

En cuanto a la duración de la potestad paterna se observa que, al igual que en el derecho germánico, en las leyes Forales la independencia doméstica del hijo daba por terminado los derechos y obligaciones que nacían de la patria potestad; lo cual confirma el carácter temporal de esta figura, principio que continúa vigente hasta nuestros días.

Ahora bien, en cuanto a la función de la mujer en el ejercicio de la patria potestad, en el derecho medieval español, la potestad materna sobre el hijo se manifiesta sobre todo a la muerte del padre, en diferentes modalidades; por ejemplo, en algunas leyes forales se otorga una simple tutela a la madre en defecto del padre (Fuero de Briviesca), o en otras como una potestad subsidiaria o sustituta del padre (Ley de Chidasvinto).²⁴

En lo que concierne a las Partidas españolas, redactadas durante el siglo XIII, y que junto con las leyes forales se convirtieron en el derecho vigente durante la edad media en España; se estableció que “la patria potestad no fue concebida como un derecho ilimitado del padre. Se le definió, es cierto como poderío y señorío; pero la regulación de las concretas facultades al padre denota

²³ Galindo Garfias, *Óp. Cit.*, p. 689

²⁴ Cfr. Kipp y Wolf, *Óp. Cit.*, p. 48

que aquel poder era limitado”²⁵ es decir que si bien en el texto de las leyes se usaban términos rigurosos de dominio y poder del padre, lo cierto fue, que en la práctica las Partidas fueron aplicadas en beneficio del hijo.

Esto fue debido a que las Partidas fueron realizadas basándose en el Derecho Romano clásico, pero de facto no fueron aplicadas con el mismo rigor que en Roma; el poder paterno debía ser ejercido con moderación y por ello se proclamaba que el derecho de corrección debía ejercitarse con mesura y con piedad, sancionando el castigo cruel con la pérdida de la patria potestad.

Las Partidas que copiaron plenamente la doctrina romana respecto a la patria potestad, consagraron el sistema de peculios. Sus normas, en esta materia, fueron un fiel reflejo del Derecho Justiniano; como este, partieron del principio de que todo lo adquirido por el hijo pasaba a engrosar el patrimonio del padre; pero recortaron, al propio tiempo el derecho del progenitor con limitaciones fundamentales que otorgaban una personalidad patrimonial al hijo. Estas excepciones fueron los peculios, de los que habla el texto Alfonsino como “ganancias”. Los peculios o ganancias admitidas en las partidas fueron como en el Derecho Romano, el profecticio, el adventicio, el castrense y el cuasi castrense. Las cosas que adquiriese el hijo sujeto a patria potestad y que no fueran incluidos en los peculios, pasaban al padre.²⁶

Es así como, siguiendo la tradición del Derecho Romano, la patria potestad en el derecho español antiguo, solo era concebida en la familia legítima; por lo que durante ese periodo casi desaparece el concepto Romano de patria potestad como derecho del *pater* y se transforma a través del derecho consuetudinario, en un deber de protección hacia el hijo²⁷, debido

²⁵ Castán Vázquez, Óp. Cit., pp. 28 y 29

²⁶ Ibídem p. 258

²⁷ Galindo Garfias, Óp. Cit., p. 689

fundamentalmente a la sensibilización ejercida por el cristianismo en el rigor paterno, y la medida instaurada por el derecho germánico y el derecho visigodo.

En cuanto a la Guarda y Custodia en la edad media, podemos concluir que no era regulada ni conocida como figura independiente de la patria potestad, principalmente debido a que la madre aunque con más derechos que en Roma, seguía sometida a su esposo, y en segundo lugar debido a que en caso de separación del matrimonio -circunstancia que solo se preveía excepcionalmente- se daba preponderancia al marido a tener la Guarda y Custodia de los hijos.

1.3 Código Napoleónico

El Código de Napoleón o Código Napoleónico es un antecedente directo de los cuerpos legislativos que rigieron en México durante sus primeros años de independencia, y su influencia es tan amplia que la mayoría de los principios contenidos en él, son aplicables en la actualidad.

Para iniciar el presente estudio es preciso señalar que “el Código Napoleónico en su artículo 213, proclama solemnemente al marido como jefe de la asociación de personas que surge con el matrimonio, diciendo: *el marido es el jefe de la familia, ejerce esta función en interés común del matrimonio y de los hijos*, añadiendo también que, *la mujer concurre con el marido en la dirección moral y material de la familia, prevé a su mantenimiento, educa a los hijos y los prepara para su ulterior situación en la vida*”²⁸, es decir el marido tiene dentro del matrimonio, una facultad denominada por el derecho francés de la época como *Potestad Marital*, entendido como el poder de decisión, dirección y aseguramiento de la familia; figura cuyo origen proviene de la *patria potestad* y la *manus* romana.

²⁸ Castán Vázquez, José María, Óp. Cit., pp. 84 y 85

Para el Derecho Francés según Laurent, la potestad de los padres no viene a ser otra cosa que una protección y dirección, instituida en beneficio de los hijos, lo que refuerza el carácter de función-responsabilidad, el cual caracterizo a esta institución durante la edad media, así mismo en cuanto al carácter temporal, se señala que el hijo “permanece bajo la autoridad de éstos (los padres) hasta que llegue a la mayoría de edad o se emancipe (art.372)”²⁹

Bajo ese tenor, es claro que “la doctrina francesa, desde luego, tiende a admitir la coparticipación de la madre en el ejercicio de la patria potestad. La patria potestad, a pesar de su nombre, corresponde al mismo tiempo al padre y a la madre”³⁰, precisando que los derechos derivados de la patria potestad de la madre, se encontraban ocultos por la potestad marital de su cónyuge.

Es por lo anterior que se deduce, de acuerdo con el artículo 372 del Código de Napoleón, que el hijo permanecerá bajo la potestad de sus padres hasta llegar a la mayoría edad (21 de acuerdo con la legislación vigente aquella época), o emanciparse; y que el artículo 273 señalaba, lo siguiente: *durante el matrimonio, solo el padre ejerce esa autoridad*. Debido a esto el Código Napoleónico reconoce la igualdad de derechos del padre y de la madre en cuanto al cuidado, corrección y educación de los hijos; pues el legislador al señalar que el padre ejerce esa autoridad durante el matrimonio, no quiso decir que la madre se deslindaría de la educación y formación del hijo; la intención no fue quitarle a la madre una obligación que le impone la naturaleza, simplemente señala que durante la vida del padre, su intervención no es más que complementaria.

De acuerdo a François Laurent, lo anterior se determinó así debido a que el legislador del Código Napoleónico consideró que “se necesita unidad en la

²⁹ Laurent, François, *Principios de Derecho Civil Francés*, Tomo IV, [en línea], México, Tribunal Superior De Justicia Del Distrito Federal, 2008, [citado 26-05-2014], Formato PDF, Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3095/16.pdf>, pp. 392 y397.

³⁰ Castán Vázquez, José María, Óp. Cit., pp. 84 y 85

dirección de la infancia. Por esto deliberan los padres y resuelven, si están de acuerdo; más para el caso de disenso, era menester conferir a uno de ellos el poder propiamente dicho, y por razón natural, el padre, que se hallaba investido de la potestad marital, debía tener también el ejercicio de la patria potestad”³¹.

En la práctica aunque, la responsabilidad conferida por el Código era igual para el padre y la madre, solo el primero podía ejercer la autoridad que le concedía la patria potestad; ésta es la conclusión a la que llega Castán Vázquez al hacer notar que: “los artículos 371 y 372 nos muestran una autoridad atribuida en común al padre y a la madre; esta autoridad tiene que coordinarse con la marital: de aquí la disposición del artículo 273. Este último no puede excluir totalmente de la patria potestad a la madre, quien concurrirá con el padre, sin duda, en ciertas funciones y podrá ejercitar diversas acciones concretas en caso de abuso de aquel, derivadas del propio código y reconocidas por la jurisprudencia”³²

En el texto del Código estudiado, se puede apreciar un antecedente del Derecho de Guarda de los padres, ya que señalaba lo siguiente: *El hijo no puede separarse de la casa paterna sin el permiso de su padre* (art.374), por lo que, como es lógico los menores debían permanecer al lado de sus padres hasta la mayoría de edad, e inclusive sus padres podían solicitar, en caso de que el menor abandonara la casa del padre, el auxilio de la fuerza pública para que el menor regresara a su lado. Con ello, el legislador trato “de sancionar un derecho establecido en interés del hijo; este derecho consiste en ser educado, y para que pueda serlo, es menester que se halle bajo la guarda del padre”³³

De la interpretación del artículo 374 se desprendía que los menores no podían abandonar la casa paterna sin permiso de su padre; y a esto la doctrina lo denomino, Derecho de Guarda; por medio del cual el padre se encontraba en

³¹ Laurent, François, Óp. Cit., p. 398

³² Castán Vázquez, José María, Óp. Cit., pp. 84 y 85

³³Cfr., Ibídem, pp. 418 y 419

posibilidad de cumplir con la obligación que le imponía la ley de dirigir y formar a sus hijos. Era necesario que la ley le otorgara al padre un medio para poder cumplir con su obligación de cuidado, educación y vigilancia de sus hijos; y para ello concedió el derecho a retener al menor a su lado, ya que de lo contrario no podría cumplir con su deber.

De esta manera se reglamentaba el derecho de guarda conferido a los padres, pero como todo derecho tenía excepciones, ya que de acuerdo con el Código Francés; el hijo podía abandonar el domicilio paterno para el caso de recibir maltrato físico en ella, y cuando al cumplir dieciocho años el menor se enlistaba al ejército (artículo 374):

La figura de la patria potestad tuvo una notable evolución, al permitir que el hijo pudiera abandonar el domicilio paterno en caso de ofensas físicas y humillaciones, el fundamento de lo anterior, era que se consideraba que “el padre que maltrata a su hijo no ejerce la autoridad que la ley le otorga, sino que abusa de ella; y si la ley obliga al hijo a que resida en la casa de su padre, es para que este pueda cumplir con su deber; más el padre que en vez de educar a su hijo le sujeta a malos tratamientos, quebranta ese deber”³⁴.

Dicho de otra manera la ley imponía límites para el caso de que el padre incurriera en excesos al ejercer su derecho de corrección, y traía como sanción la pérdida del derecho de guarda, mediante la solicitud vía judicial que realizara el menor, la madre o el consejo de familia.

Como hace notar Galindo Garfias, la patria potestad en el derecho francés acentuó el principio de la autoridad paterna únicamente en la familia legítima, otorgando al padre el ejercicio de la patria potestad, poder que se extinguía con la mayoría de edad del hijo. De la misma forma señalaba que a

³⁴ *Ibíd*em, p. 421

partir del 22 de septiembre de 1942, la patria potestad se convirtió en la legislación francesa; en un deber, el cual se ejercía a favor del interés común del patrimonio y de los hijos. Debido a lo anterior “adquiere así la patria potestad el carácter de función temporal, ejercida en interés del grupo familiar legítimo”³⁵

En cuanto al ejercicio de la Patria Potestad de los padres sobre los hijos naturales (nacidos fuera del matrimonio) se señalaba lo siguiente: “el Código de Napoleón concede la patria potestad a los padres de los hijos naturales legalmente reconocidos; pero no dice quien la ejerza, ni si el que la ejerce tiene los mismo derechos que los padres legítimos”, por lo que se interpretaba en estos caso que “que la patria potestad corresponde con igual título al padre y a la madre. La disposición del artículo 373, según el cual sólo el padre ejerce esta potestad durante el matrimonio, no es aplicable a los padres naturales”³⁶

Esto se explica debido a que, el Código en estudio otorgó al padre la potestad sobre los hijos nacidos en el matrimonio ya que éste es quien ejercía la potestad marital, al ser el jefe de familia; sin embargo al no existir el matrimonio, no existía la potestad marital y por lo tanto, no existía preferencia hacia el padre o la madre de los hijos naturales, además se entendía que los derechos y deberes de la madre y el padre para con sus hijos, eran los mismos.

Esto permitía en la realidad fáctica del derecho francés que la madre de los hijos naturales tuviera el derecho de guarda sobre los menores; y aunque, encargada ella sola del cuidado de los hijos, no tendría el ejercicio exclusivo de una autoridad que le pertenecía en conjunto a ambos padres. Por lo que en la práctica podía decirse, no obstante que la madre era quien ejercía cotidianamente la patria potestad de los hijos naturales, el padre tenía el derecho a vigilar y dirigir de común acuerdo con la madre³⁷.

³⁵Galindo Garfias, Ignacio, Óp. Cit., pp. 698 y 690

³⁶ Laurent, François, Óp. Cit., pp. 518 y 519

³⁷ Cfr., Ibídem pp. 520 y 521

El Derecho de Guarda en la legislación francesa, supuso que los padres tenían a su vista al hijo, que éste viva con ellos y que los menores no tienen derecho a dejar la casa paterna sin su consentimiento o sin resolución de la autoridad competente. Sin embargo, es importante señalar que en el caso de los hijos naturales, cuando los progenitores no viven juntos, el hijo debe vivir con la madre; será ella quien tenga la guarda y quien deba dar su consentimiento para que el hijo abandone la casa materna, pues en este caso, el padre no ejercía el derecho de guarda, ya que no tenía bajo su custodia al hijo.

Ahora bien, en los casos del divorcio necesario, en cuanto a los efectos del mismo sobre los hijos, el Código Napoleónico señalaba en “el artículo 302: *Se confiaran los hijos al esposo que haya conseguido el divorcio*”³⁸, consecuencia lógica de la estricta moral que imperaba en la época, dado que consideraban que “el cónyuge inocente es el más digno de dirigir la educación de los hijos que el cónyuge que ha quebrantado sus deberes hacia su consorte. Mal esposo no quiere decir siempre mal padre. De todos modos, lo cierto es que hay una presunción contra el culpable”³⁹

Es por ello, que del texto legal se desprendía que “sea quien fuere la persona a quien se le confíen, el padre y la madre conservaran, respectivamente, el derecho a vigilar el sostenimiento y educación de los hijos (art 302 y 303). Así es que, la autoridad paterna debería ejercitarse de común acuerdo, y no habiéndole, el juez decidirá”⁴⁰. Por lo que, de estos preceptos, se desprendía directamente, que el derecho de guarda sobre los menores, se distinguía perfectamente de la Patria potestad; debido a que el primero es la retención física

³⁸Laurent, François, *Principios de Derecho Civil Francés*, Tomo III, [en línea], México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, [citado 26-05-2014], Formato PDF, Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3085/8.pdf>, p. 398.

³⁹ Ibídem, p. 399

⁴⁰ Laurent, François, *Principios de Derecho Civil Francés*, Tomo IV, Óp. Cit., p. 521

del menor en la casa del cónyuge inocente, y el segundo es el derecho implícito que deriva de la filiación y que no se podía extinguir por el divorcio.

Finalmente y en cuanto al derecho de guarda en el divorcio por mutuo consentimiento el Código señalaba que “los cónyuges han debido dejar de antemano arreglado a quien mande confiarse los hijos nacidos de su unión (art. 280)”, dando preferencia a la autonomía de la voluntad de los divorciantes, y bajo este orden de ideas, la ley señalaba: *“los esposos convendrán en confiar a sus hijos, sea a uno de ellos, sea a tercera persona, pero conservaran la vigilancia de la subsistencia y de la educación, es decir, conservaran la potestad paternal, tal como se encuentra modificada por el divorcio”*⁴¹.

Lo anterior permitía que, los divorciantes convinieran, quien ejercería la Guarda y Custodia de los menores, en el entendido de que podía ser uno de ellos, una tercera persona, o incluso una institución como un internado; pero siempre conservando el derecho de vigilancia y formación sobre sus menores hijos, es decir continuaba ejerciendo los derechos derivados de la Patria Potestad.

Es por lo anterior que, en base a lo estudiado en el presente capítulo, puede concluirse que el Código Napoleónico es el primer antecedente directo del derecho vigente mexicano, que contiene la figura del Derecho de Guarda sobre los menores pues la doctrina francesa de la época la diferencia de la patria potestad; principalmente en los casos de los hijos naturales cuando los progenitores viven separados, y para el caso de divorcio, tanto necesario como por mutuo consentimiento, principios que llegarían casi intactos hasta el Código Civil del Estado de México publicado el 29 de diciembre de 1956.

⁴¹ Laurent, François, *Principios de Derecho Civil Francés*, Tomo III, Óp. Cit., p. 405

1.4 Evolución Histórica de la Guarda y Custodia en el Estado de México

Para entender la realidad jurídica de la legislación vigente en el Estado de México, es necesario remontarnos al Código Civil para el Estado de México, publicado en la Gaceta de Gobierno del Estado de México el 29 de diciembre de 1956, y que se encontró vigente hasta el 22 de junio del año 2002, conforme a lo preceptuado por los artículos transitorios del Código Civil del Estado de México en vigor actualmente en la entidad.

Dentro del texto legal contenido en el Código sustantivo abrogado, se desprende que sus legisladores confundieron el ejercicio de la patria potestad con la figura de la Guarda y Custodia, al hacer referencia en su articulado respecto a cuál progenitor ejercerá la patria potestad, en los casos de nulidad de matrimonio, divorcio o cuando se separen los padres de hijos nacidos fuera del matrimonio.

Para entender lo anterior es preciso delimitar el contenido legal de la Patria Potestad en el Código en comento, en el cual no era definida pero se preceptuaba lo siguiente:

Artículo 394.- Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley

Artículo 395.- La patria potestad se ejerce sobre las personas y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que imprimen las resoluciones que se dicten de acuerdo con las leyes especiales sobre previsión social en el estado.

Artículo 396.- La patria potestad sobre los hijos del matrimonio se ejerce:

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

Del texto legal se desprende que la patria potestad para el Código en estudio, es el conjunto de derechos y obligaciones, que por motivo de la filiación, ejercen en primer término el padre y la madre, sobre las personas y los bienes de los hijos menores de edad no emancipados.

Dentro de los derechos que derivan de la patria potestad se encuentra el derecho de Guarda y Custodia, mismo que se desprende del artículo 403 del Código en estudio, en el cual se señalaba que, *mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de autoridad competente*, principio tomado casi literalmente del Código Napoleónico.

Esto significa que el menor no podía abandonar la casa de los padres sin su permiso, a menos que existiera declaración judicial que lo determinara, esto se explica debido a que para que los padres pudieran cumplir con su obligación de educar y corregir convenientemente a los hijos era necesario tenerlos a su lado para vigilarlos y cuidarlos correctamente.

La obligación de los padres de educar convenientemente a los hijos se desprendía del artículo 404, que ordenaba lo siguiente; *a la persona que tiene al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente*, mientras que la facultad de corrección necesaria para cumplir con esa obligación, derivaba del artículo 405 que a letra dice; *los que ejercen la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tiene la facultad de corregirlos y castigarlos mesuradamente.*

Es por lo anterior que se deduce que a los padres, a quienes le fue concedido, no por el derecho sino por la naturaleza, la guarda de los hijos; la ley les confería la obligación de brindarles una educación adecuada, pudiendo para ello corregirlos o castigarlos de manera prudente, sin causar daños físicos o psicológicos perjudiciales al menor sujeto a su patria potestad.

Para el Código estudiado, la patria potestad de los menores es ejercida por ambos progenitores, los cuales tiene frente a sus hijos los mismos derechos y obligaciones, sin que le sean limitado de ninguna manera la intervención de la madre, como ocurría en el Derecho medieval europeo o en el Código napoleónico por la *Potestad Marital*; pero ¿Cómo se ejercía ese derecho en caso de separación de los progenitores? Esto dependía de la relación jurídica o de hecho que existiera entre los padres, como a continuación se detalla.

El primer caso que se analiza, es el de los padres de los hijos que no viven juntos, debido a que la ley utiliza dicho supuesto como base para reglamentar otros casos en los que los progenitores deben ejercer la patria potestad en caso de separación.

En esta hipótesis existe de acuerdo con el Código en estudio, dos supuestos; a) En caso en el cual los padres que no vivían juntos reconozcan de manera simultánea al menor, para lo cual en el acto ambos debían convenir quién de ellos “ejercerá la patria potestad” y en caso de no hacerlo la autoridad competente decidirá lo más conveniente a los intereses del menor (artículo 362), y; b) En el supuesto de que los padres que no vivían juntos reconozcan de manera sucesiva al menor; el primero que reconociere al menor “ejercerá la patria potestad” salvo pacto en contrario (artículo 363).

De lo anterior se dependen dos aspectos que caben resaltar, en primer lugar se habla sobre quién de los progenitores ejerce la patria potestad, lo cual sería incorrecto debido a la naturaleza jurídica de dicha figura, pues esta no

permite transacción y es irrenunciable, por lo que en realidad se refiere a quien ejercerá la Guarda y Custodia sobre el menor, ya que los dos continuarán el pleno ejercicio de la patria potestad. En segundo lugar, el artículo 302 nos habla sobre lo más conveniente para los intereses del menor, por lo que se empieza a hablar ya del interés superior del menor, que se encuentra aún por encima de los propios intereses de los padres.

En lo que respecta a la Guarda y Custodia en los casos de nulidad del matrimonio, el artículo 245 señalaba que: *luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria el padre y la madre propondrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso*, en este artículo se habla propiamente de la custodia de los hijos, la cual será propuesta por los progenitores y será decidida por el juez, aunque se omitió señalar que en dicha resolución se tomaría con miras de preservar el interés superior del menor, como sí se señala en el artículo 362.

Ahora bien, la designación de la Guarda y Custodia de los menores que realizaba el juez con fundamento en lo dispuesto por el artículo 245, podía ser modificada en cualquier momento a instancia de parte interesada, tomando en cuenta las nuevas circunstancias del caso y lo dispuesto en los artículos 404 (la obligación de los padres de educar a los hijos), 405 (la facultad de corrección mesurada) y que no incurrieran en las causas de pérdida de patria potestad contenidas en el artículo 426.

Finalmente y para el caso de divorcio la ley de la época regula dos supuestos con diferentes hipótesis para la determinación de la Guarda y Custodia; el divorcio por mutuo consentimiento o voluntario, y el divorcio necesario o por causales.

Para la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento conforme al Código Sustantivo, era necesario que se presentara junto con la solicitud, un convenio en el cual se resolvieran las cuestiones inherentes a la disolución del vínculo matrimonial y entre la cuales se encuentra precisamente la designación de la persona a quien le corresponderá la Guarda y Custodia de los hijos nacidos durante el matrimonio, como lo señala la fracción III del artículo 257; esto se debía a que, por la naturaleza no contenciosa del procedimiento de divorcio voluntario, se deba prioridad a la voluntad de las partes, respecto de la designación de la custodia de los menores.

Respecto a este artículo cabe criticar, que no da al juez la facultad de modificar el caso de ser necesaria la designación de la Guarda y Custodia, o de resolver lo que creyere más conveniente a la luz del interés superior del menor, como lo hace en los supuestos contenidos por los artículos 362 y 363.

En lo que concierne al divorcio necesario, al implementarse el sistema de causales y al existir las figuras del cónyuge inocente y cónyuge culpable, el legislador determinó que el progenitor que había dado causa al desmembramiento de la familia, no era apto para tener consigo a los menores nacidos durante el matrimonio; por lo que concedía al cónyuge inocente la Guarda y Custodia de los hijos, conforme lo preceptuado por el artículo 267 en su párrafo segundo, y para el caso de que ambos cónyuges fueren culpables los hijos quedarían bajo el cuidado de los ascendientes que correspondieran conforme al artículo 396, o en caso de no existir se les nombraría tutor.

Continuando con la evolución historia de la figura de estudio en el Estado de México, el 7 de junio del año 2002 se publicó el decreto mediante el cual se abrogó el Código Civil del Estado de México del 29 de Diciembre de 1956, señalando que el nuevo Código sustantivo entrara en vigor quince días después de la publicación de dicho decreto.

En lo que respecta a la forma para determinar la Guarda y Custodia, mientras que en el Código Civil de 1956 se utilizó un sistema de culpabilidades en el divorcio necesario; el Código Civil del 2002 abrogó dicho sistema y en su artículo 4.228 fracción II inciso a), otorgó una presunción legal casi absoluta a la madre de los menores de diez años para obtener la custodia de sus hijos, sin tomar en cuenta (al menos de manera expresa) el interés superior del menor, aunque se presume que esa fue la intención del legislador al redactar el articulado de esta manera.

Además de lo anterior el Código, del 2002 en su artículo 4.95 antes de las reformas publicadas en cuanto al divorcio incausado, al referirse a las medidas precautorias del divorcio, preceptuó que ante la falta de acuerdo de los padres en cuanto a la designación de la Guarda y Custodia, el juez decidiría en función al mayor interés de los menores, aunque en la práctica este precepto se vio obscurecido y no fue utilizado a causa del contenido del citado artículo 4.228 fracción II inciso a); además de que mediante Transitorio de fecha 3 de mayo del año 2012 se agregó a su texto original en la parte final que los menores de doce años deberán quedar preferentemente al cuidado de la madre, a menos que existiera causa justificada a juicio del juez para determinar lo contrario.

Lo anterior acrecentó una clara desigualdad entre los derechos paterno-filiales del hombre y de la mujer respecto a sus hijos en común, como fue señalado por diversos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; órgano jurisdiccional que llegó a considerar inconstitucional la determinación de la Guarda y Custodia en base a la presunción legal de preferencia a la madre, si no era tomando en consideración también el interés superior del menor, así como las circunstancias especiales del caso; es decir es considerado contrario a los

derechos humanos decretar la Guarda y Custodia a favor de la madre de los menores de diez años, por el solo hecho de ser mujer⁴².

Los cambios sociales y estructurales de la familias mexiquenses, la inclusión del divorcio incausado en el texto legal, así como las resoluciones de la Suprema Corte; llevaron finalmente a que en fecha 18 de diciembre del año 2014, el Congreso del Estado de México modificaran completamente el texto legal del artículo 4.228 a efecto de permitir la igualdad derechos entre el hombre y la mujer, dando paso también a una mejor interpretación del interés superior del menor al momento de decretar la Guarda y Custodia de los menores de edad en el Estado de México; como se estudiara más detalladamente en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación.

⁴² Rubro: *GUARDA Y CUSTODIA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO*, Época 9ª, Registro: 161618, Instancia: T.C.C., Tesis: Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Julio de 2011, p.2021; y Rubro: *GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL*, Época 10ª, Registro: 2006790, Instancia: Primera Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 215,

CAPITULO II: CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA GUARDA Y CUSTODIA

El presente Capítulo tratará de manera detallada el marco teórico que gira en torno a la Guarda y Custodia como figura jurídica independiente de la patria potestad, desglosando su naturaleza jurídica, sus características, los sujetos que en ella intervienen, los derechos y los deberes que de ella emanan; para así poder comprender mejor el estudio de la Guarda y Custodia Compartida como objeto del presente trabajo.

2.1 Guarda y Custodia como prerrogativa de la Patria Potestad

Para poder entender la figura de la Guarda y Custodia es indispensable entender el concepto de Patria Potestad, como figura fundamental en las relaciones jurídicas paterno-filiales. De esta manera puede entenderse como Patria Potestad al “conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley reconoce a quienes la ejercen en orden a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes”⁴³. De esta primera definición podemos resaltar que se entiende como “un conjunto de derechos y obligaciones” reconocidos por la ley en orden preferente a los padres y en ausencia de éstos a los abuelos (sin distinguir preferencia entre abuelos paternos o maternos), para la protección del su descendencia, y se continua señalando que “la patria potestad es una función de orden público, que dentro de la relación jurídica paterno-filial desempeñan los padres o abuelos en sustitución de aquellos, para la custodia, formación integral del menor y administración de sus bienes”⁴⁴

Bajo el mismo orden de ideas, el maestro Galindo Garfias señala “es una institución establecida por el derecho con las finalidades de asistencia y protección

⁴³ Chávez Asencio, *La Familia En El Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Óp. Cit., p. 272

⁴⁴ *Ibíd*em, p. 274

de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente”⁴⁵, definición de la cual se puede rescatar en primer término, considérela como una “institución de asistencia y protección al menor”, nacida del hecho natural de la filiación, pues se presume que, los hijos necesitan de los cuidados y la vigilancia de sus ascendientes. Así mismo, se debe mencionar en segundo término que la figura de la Patria Potestad aplica únicamente para “menores cuya filiación ha sido establecido legalmente”, es decir, cuando se haya cubierto los requisitos legales del registro del menor, o en su caso que se hubiera obtenido la sentencia correspondiente.

De las definiciones anteriores se puede deducir que la Patria Potestad es la Institución Jurídica que comprende al conjunto de derechos y obligaciones paterno-filiales derivadas del hecho natural de la filiación; ejercido por los ascendientes en el orden establecido por la ley; cuyo objeto es la protección y asistencia de los menores no emancipados sujetos a ella, para vigilar su correcto desarrollo físico y emocional.

Justamente dentro de este complejo de derechos y obligaciones que constituyen la Patria Potestad; es donde encontramos a la Guarda y Custodia como elemento esencial para el correcto desarrollo de esta institución, pues “la custodia es el deber fundamental y primordial que hará posible el cumplimiento de los otros deberes que integran la patria potestad”⁴⁶ haciendo hincapié en que sería imposible “o por lo menos sumamente difícil, cumplir los deberes que corresponden al padre o a la madre si no tiene la custodia del menor”⁴⁷.

La Guarda y Custodia más que una figura legal, es la consecuencia natural del continuo contacto físico entre padres e hijos, dicha convivencia tiene por objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor, es decir darle

⁴⁵ Galindo Garfias, Óp. Cit., p. 686

⁴⁶ Chávez Ascencio, Manuel, *Convenios Conyugales y Familiares*, 5ª Ed., México, Porrúa, 2005, p. 101

⁴⁷ *Ibíd*em

afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual al hijo; el cual deberá responder a dicha atención en la medida en que su edad y madurez lo permitan⁴⁸.

Desde este punto de vista, se entiende que la Guarda y Custodia es una figura dirigida a la atención de la niñez como complemento de la patria potestad y que se encuentra en estrecha relación con ella. Su significado es precisamente la guarda de una persona con toda la diligencia y cuidado que le sea posible⁴⁹.

En este orden de ideas, podemos deducir lo siguiente: la Patria Potestad y la Guarda y Custodia son figuras jurídicas que comparten una sola finalidad, el bienestar y cuidado de la niñez; pero las mismas son distintas entre sí, pues por un lado la Guarda y Custodia comprende solo los cuidados y la vigilancia de la persona del menor sujeto a ella; y por otro lado la Patria Potestad abarca una serie de responsabilidades y facultades de atención referidas tanto a la persona del hijo como a los bienes del mismo, porque para poder garantizar el propósito esencial de la Patria Potestad por consiguiente lograr el pleno desarrollo personal del hijo, se vuelve indispensable asegurar el pleno contacto físico del padre y la madre con sus hijos.

De esta forma “una persona puede tener el ejercicio de ambos institutos respecto de su hijo o hija o solo uno de ellos; sin embargo, tanto la persona que ejerce la patria potestad como aquella que tiene al o a la menor de edad bajo su custodia tienen, por disposición de ley, la facultad de corregirlo o corregirla y la obligación de observar una conducta que le sirva de ejemplo”⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. *Ibíd*em, p. 65

⁴⁹ Cfr. Pérez Duarte, Alicia, *Derecho De Familia*, 2ª Ed., México, Fondo De Cultura Económica, 2007, pp. 341-342

⁵⁰ *Ibíd*em, p. 342

En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado en diversas sentencias que “La guarda del menor hijo implica esencialmente, la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlo”⁵¹. A modo de conclusión y con base a lo expuesto en el presente apartado; la patria potestad es el género mientras que la Guarda y Custodia es la especie en la relación existente entre estas figuras jurídicas.

2.2 Concepto de Guarda, Concepto de Custodia y su relación jurídica

Como ya se explicó en el capítulo anterior la Guarda y Custodia es uno de los derechos que componen la Patria Potestad, la cual se encuentra íntimamente ligada a ella, pues es indispensable para su correcto desempeño. Cuando la pareja se encuentra unida (ya sea de hecho o de derecho) las diferencias entre estas figuras, no revisten importancia; sin embargo “con la quiebra conyugal (o la separación de la pareja) la situación fáctica no es la misma, a tal punto que se produce un desmembramiento de la guarda que genera una suerte de modelización de los deberes que pesan sobre los padres”⁵².

Cuando los padres se separan o se divorcian, la titularidad (de la patria potestad) permanece íntegra, pero el ejercicio se escinde o desmiembra, correspondiendo en general, de modo exclusivo, al progenitor con el cual los hijos se quedan viviendo⁵³. Al momento de escindirse las prerrogativas de la Patria

⁵¹ Rubro: *MENORES, PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESION PARA RECOBRAR LA GUARDA DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE NUEVO LEON)*, Registro: 242512, 7ª Época, Tercera Sala, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación, Vol. 2, Cuarta Parte, p.53.

⁵² Cfr. Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, 1ª Ed., Argentina, Astrea De Alfredo Y Ricardo Depalma, 1998, p. 396

⁵³ Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El Nuevo Derecho De Familia, Visión Doctrinal Y Jurisprudencial*, 1ª Ed., España, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 172

Potestad, uno de los progenitores al que suele denominársele “progenitor custodio” conserva la Guarda y Custodia, es decir tiene a los hijos a su lado, mientras que el “progenitor no custodio” obtiene un régimen de visitas con su prole y conserva el derecho de vigilancia sobre los actos del progenitor custodio en cuanto a los hijos en común.

Es en estos casos de separación de la pareja (sea por divorcio, nulidad de matrimonio o separación de hecho) en que tenemos que identificar la diferencia entre ambas figuras jurídicas.

De acuerdo con Joaquín Ivars Ruiz, la Real Academia de la Lengua Española define a la Custodia, como la acción y efecto de “custodiar”, que significa “guardar con cuidado y vigilancia”; y por otro lado define “guardar” como “tener cuidado de una cosa, vigilarla y defenderla”. De esta forma, la custodia sería pues una modalidad de la guarda, que se caracteriza por el especial cuidado que esta exige, mientras que la “guarda y custodia”, sucinta ideas de vigilancia, cuidado, conservación y asistencia de alguien o de algo⁵⁴.

También suele definirse a la Custodia como una situación jurídica que implica el cuidado directo y vigilancia inmediata de un menor, la cual deriva de la filiación, del parentesco, de una sentencia judicial, o de una determinación de los sujetos a quienes les corresponde originalmente⁵⁵. Es debido a lo anterior que cabe resaltar, como principal diferencia con la Patria Potestad, que la Guarda y Custodia la puede ejercer un tercero ajeno a la relación paterno-filial, si el interés superior del menor así lo exige, como más adelante se expondrá.

⁵⁴ Cfr. Ivars Ruíz, Joaquín, *Guarda y Custodia Compartida Aspectos Procesales y Sustantivos*, 5ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 53

⁵⁵ Cfr. De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes en la Legislación del Distrito Federal*, 5ª Ed., Porrúa, México, 2012, p. 299

Bajo ese entendido, la custodia es el primer deber de los padres en relación a los hijos menores no emancipados, el cual significa, tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado. No obstante que, en nuestra legislación se emplean conceptos de cuidado y custodia, Chávez Asencio estima que emplear el término custodia que significa “guardar con cuidado y vigilancia” es suficiente para destacar la importancia de este deber⁵⁶.

Aunado a los conceptos anteriormente expuestos, es importante distinguir entre la “custodia física” y “custodia legal” por qué hablar de custodia compartida significa la participación de ambos padres en alguna de dichas formas de tenencia, o en las dos, de acuerdo al caso concreto.

La custodia física es en términos prácticos tener la posesión del hijo, es decir el hecho material y fáctico de que el menor se encuentra viviendo en el mismo domicilio del “custodio”; debiendo tener presente que “la no existencia de la guarda material de la persona del hijo, no afecta al concepto jurídico de la “patria potestad”⁵⁷.

Por otro lado, la custodia legal es precisamente la preservación de los derechos, obligaciones y responsabilidades, inherentes a la patria potestad que conservan los padres en caso de una ruptura familiar, como los son el derecho de vigilancia, el derecho de corrección, el derecho de convivencia entre otros.

En algunos países es común encontrar diversas formas de nombrar a la figura de la Guarda y Custodia, en México por ejemplo en los textos legales se suele usar de manera indiscriminada los términos “deber de cuidado”, o “deber de vigilancia”; mientras que “en Derecho Español se le conoce con la denominación de “deber de convivencia” o “unidad de domicilio”, traducido normativamente como

⁵⁶ Cfr. Chávez Asencio, *La Familia En El Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Óp. Cit., p. 289-290

⁵⁷ Amparo Directo 4029/67 Juan Cantú Villanueva, 3 de febrero de 1969. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís López. Informe de Presidente de la Tercera Sala DE LA Suprema Corte de Justicia de la Nación 1969, página 26

el deber de los padres de tener a sus hijos en su compañía”; por otro lado, en Argentina se le suele llamar “Tenencia” aunque los algunos autores argentinos suelen señalar “la impropiedad del término, en el sentido de que parece aludir más a las cosas que a las personas”⁵⁸.

En base a lo anterior y a modo de conclusión algunos autores argentinos señalan que la guarda presupone una actividad que responde a su significación en el habla castellana, presidida por comportamientos de custodia, defensa o conservación. La tenencia es en cambio a un aspecto meramente material o fáctico, implicando la proximidad física de algo o alguien.

Para la Doctrina Jurídica Mexicana la Guarda y Custodia se identifica con el cuidado y atención diario que se ejerce a través de la convivencia habitual con el menor, esto se traduce “exclusivamente a sujetar jurídicamente al cuidado y vigilancia de una persona a un menor de edad de manera más o menos formal aunque temporalmente”⁵⁹.

En la práctica el “Custodio” (que puede ser uno o ambos progenitores, algún familiar del menor, un tercero sin parentesco, o incluso una institución educativa) tendrá la obligación o responsabilidad de dar alojamiento, proporcionar cuidados cotidianos y vigilar el comportamiento de un menor sujeto a su cuidado.

Una definición contenida dentro de un texto legal se encuentra en el Código Civil de Jalisco que establece “a través de la custodia, una persona o institución asumen el cuidado y atención personal de seres humanos, que incluye las facultades que implican correcciones disciplinarias y dar los auxilios necesarios para mantener o recuperar la salud física y mental, y que este cuidado siempre deberá ser en beneficio directo de la persona en custodia”⁶⁰

⁵⁸ Mizrahi, Óp. Cit., p. 397

⁵⁹ De la Mata Pizaña, Óp. Cit., pp. 299-300

⁶⁰ Cfr. Pérez Duarte, Óp. Cit., pp. 379-380

Sin embargo, en la mayor parte de las Legislaciones de las entidades federativas de nuestro país e incluso en la Legislación Federal, no se define la Guarda y Custodia y, muchos doctrinarios han destacado que la falta de definición de esta figura, ocasiona un sinnúmero de problemas en las familias en crisis, sobre todo porque en la praxis suelen confundirse las funciones ambas instituciones: la patria potestad y la Guarda y Custodia.⁶¹

En base a lo analizado en el presente apartado, puede concluirse finalmente que la Guarda y Custodia de los hijos es una de las obligaciones principales que integran a la institución de la patria potestad; o para ser más exactos, es la función de protección de menores más importante de esta figura. La Guarda es el calificativo de la Custodia; significa precisamente que, el contacto personal, relacional, físico y directo existente entre los padres y su prole, debe ser con cuidado y esmero, no solo en miras de un interés personal sino de un bienestar para el menor, algo que se convierte casi en un imposible en las familias en situaciones de crisis.

2.3 Naturaleza Jurídica de la Guarda y Custodia

Para comprender la naturaleza jurídica de la Guarda y Custodia, se hace imprescindible estudiar primeramente la naturaleza del Derecho Familiar y después la naturaleza de la Patria Potestad; debido a que forma parte integrante de dichas instituciones jurídicas.

El Derecho Familiar a pesar de formar parte de la materia Civil, no comparte su naturaleza de Derecho Privado debido a que la familia “no se rige por las normas del Derecho Privado, no es un ente privado desde el punto de vista del derecho, con fines privados y particulares... pero tampoco es un órgano del

⁶¹ Cfr. *Ibidem*, p. 344

Estado. Es, eso sí, una colectividad con fines sociales protegida por el Estado. Esto afirma la convicción, de quien esto escribe, de que se trata hoy en día, de una institución que pertenece al campo del derecho social”⁶².

La Guarda y Custodia al formar parte del Derecho Familiar, tienen en común su naturaleza jurídica de Derecho Social, que influye de manera determinante en los fines perseguidos como función protectora de los menores sujetos a ella. Su encargo como figura jurídica defensora de los derechos de un sector débil de la población como lo son los niños y niñas, hace que se identifique plenamente con el contenido de esta rama del Derecho.

Así mismo la figura en estudio no puede considerarse parte del Derecho Privado, debido a que la Guarda y Custodia como derecho-deber integrante de la Patria Potestad, no es un producto de la voluntad de los progenitores, la ley y los posibles convenios derivados de la crisis matrimonial, solo hacen referencia a la forma y manera de ejercerla, pues este deber es propio de la patria potestad, nace o se genera de esta natural relación interpersonal paterno-filial⁶³, de esta manera solo los padres o el juez en su caso, pueden delegarla cuando el interés superior de los menores así lo exija.

Ahora bien es menester hacer énfasis en que el orden público, como conjunto de principios rectores de una determinada sociedad influye en las modalidades de ejercicio de la Guarda y Custodia debido a que, “el orden público funciona como un límite (o mejor un equilibrio), por medio del cual se restringe la facultad de las personas en relación con ciertos actos. Es decir desde este punto de vista se considera un conjunto de normas e instituciones que no pueden ser

⁶² Batres Guadarrama, Martí, *Los Derecho De Las Familias En La Ciudad De México*, 1ª Ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2010, p. 68

⁶³ Cfr. Chávez Asencio, *Convenios Conyugales y Familiares*, Óp. Cit., p. 65

alteradas, ni por la voluntad de los individuos por que la autonomía de la voluntad está limitada, ni tampoco por la aplicación del derecho extranjero”⁶⁴

Es por lo expuesto en líneas anteriores que la Guarda y Custodia como prerrogativa de la Patria Potestad, también tiene la naturaleza jurídica de cargo privado de interés público⁶⁵. La Guarda y Custodia tiene intrínsecamente una naturaleza de “encargo privado” y, dicho encargo que tiene los padres (o cualquier persona designada por estos o por el juez) es una figura de protección a los derechos de los niños y las niñas; por ello se puede concluir, la Guarda y Custodia es un supuesto jurídico que está regulado por el Derecho Privado, pero que se encuentra limitado por el orden público y el interés social.

2.4 Características de la Guarda y Custodia

La figura jurídica de la Guarda y Custodia, contiene una serie de características que la diferencian de otras figuras jurídicas similares, como son la Tutela o la Patria Potestad; sin embargo también comparte muchas de ellas pues todas ellas son instituciones del Derecho Familiar. En el presente apartado se pretende hacer mención de dichas características para comprender mejor los alcances de la figura en estudio.

Bajo este orden de ideas cabe señalar que, según Julián Güitron Fuentevilla existen “cuatro diferencias muy importantes entre el derecho de familia y las normas de derecho privado: 1) En el derecho de familia no rige el principio de autonomía de la voluntad; 2) Tampoco se aplica en él las llamadas modalidades del acto jurídico: termino, condición y carga; 3) No son renunciables ni enajenables sus derechos; 4) Estos no pueden ser valuados en dinero. Güitron apunta además una característica del derecho familiar: sus fines están vigilados por el Estado, hay

⁶⁴Ibidem p. 35

⁶⁵ Cfr. Galindo Garfias, Óp. Cit., p. 693

un interés público en que se cumplieran los fines de la familia, su interés merece una legislación protectora del Estado”⁶⁶.

De lo anterior podemos deducir que la figura de la Guarda y Custodia conlleva como parte integrante del Derecho Familiar determinadas características como lo son: la limitación de la autonomía de la voluntad de los padres en función del interés superior del menor, la irrenunciabilidad de su encargo por ser una figura de orden público y la no enajenación de sus facultades debido a que no se puede valorar en dinero.

La Limitación a la Autonomía de la Voluntad de los padres como característica de la Guarda y Custodia de los menores encuentra su justificación, en el interés superior del menor a través del orden público familiar el cual exige, se vele para que los cónyuges no se dañen entre sí, se vigile el interés familiar, se evite que los pactos sean lo menos dañinos a los hijos, se resuelva el aspecto económico y, lo relativo a los bienes conyugales y familiares⁶⁷, con la intervención de los órganos estatales correspondientes que vigilaran se cumplan con todos estos requisitos.

Así mismo, no debe perderse de vista que la Guarda y Custodia es un deber derivado de la patria potestad y como tal dicho deber es obligatorio e irrenunciable⁶⁸, pues la única manera de poder transmitirlo es a través de la instancia judicial correspondiente, y para ello es necesario justificar plenamente que dicha medida es lo mejor para salvaguardar los intereses de los menores.

Como se manifestó en el párrafo anterior la Guarda y Custodia también cuenta con la característica de *transmisibilidad*, la cual es la principal diferencia con la patria potestad. La Guarda y Custodia puede transmitirse incluso sin que

⁶⁶ Batres Guadarrama, Óp. Cit., p. 68

⁶⁷ Cfr. Chávez Asencio, *Convenios Conyugales y Familiares*, Óp. Cit., p. 74

⁶⁸ Chávez Asencio, *La Familia En El Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Óp. Cit., p. 286

exista una ruptura en la pareja, pues si los padres lo estiman conveniente, pueden internar a un menor en una institución educativa que se encargue de su cuidado o; incluso dejarlo al cuidado de un pariente para continuar con determinados estudios, así lo corrobora la autora Pérez Duarte que señala “la custodia sí es transmisible por convenio entre las personas que deben ejercerla e incluso se puede delegar a distintas personas, sean estas físicas o morales”⁶⁹.

Sin embargo en estos casos deberá cuidarse que los padres conserven su contacto con el menor y que no descuiden sus deberes de alimentación, convivencia y vigilancia sobre su prole, pues de no hacerlo pudiera llegar a configurarse el delito de abandono.

Si en los casos en que la pareja se encuentra unida, pueden convenir en transmitir el deber de Guarda y Cuidado de los menores, con mayor razón en los caso de separación de la pareja sea cual sea el motivo, pues la ley deja en libertad a los progenitores para decidir la custodia de los menores, porque se parte del siguiente supuesto: son los padres quienes conocen mejor la realidad personal y familiar de cada miembro, y son ellos quienes propondrán las mejores soluciones para sus hijos⁷⁰. Con lo cual se confirma la característica de transmisión, siempre y cuando esta sea la mejor opción para el correcto desarrollo de los menores.

Una similitud que existe entre la patria potestad y Guarda y Custodia “es en su naturaleza imprescriptible” bien lo señala el maestro Galindo Garfias: “los derechos y deberes derivados de la Patria Potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo”⁷¹, porque aun habiendo transcurrido muchos años de separación entre los padres y su menor hijo, estos pueden exigir la restitución de su hijo (por llamarlo de alguna manera) al domicilio familiar, porqué los derechos nacidos por la filiación no pueden perderse o adquirirse por el simple paso del

⁶⁹ Pérez Duarte, *Óp. Cit.*, p. 345

⁷⁰ Cfr. Chávez Asencio, *Convenios Conyugales y Familiares*, *Óp. Cit.*, p. 99

⁷¹ Galindo Garfias, *Derecho Civil Parte General, Personas y Familia*, *Óp. Cit.*, p. 694

tiempo; además “es imprescriptible toda vez que su existencia no depende de su ejercicio o falta de éste”⁷².

Continuando con la misma lógica y a pesar de que, como se ha señalado el deber de Guarda y Custodia puede ser objeto de transacción, el doctrinario Chávez Asencio señala que: “esta relación jurídica no es contractual, se genera de hechos del hombre que tiene consecuencias jurídicas, como son la concepción y el nacimiento. Es decir tienen un origen natural y propio de la pareja humana que el Derecho asume y da una dimensión jurídica. Consecuentemente, todos los deberes, obligaciones y derechos son irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles, tienen un marcado interés social y por ser familiares son de orden público”⁷³

Por lo manifestado en el presente capítulo que podemos señalar a modo de conclusión, que las características de la Guarda y Custodia en el sistema jurídico mexicano son las siguientes:

- Limita la Autonomía de la Voluntad;
- No es enajenable;
- Su desempeño es obligatorio;
- Su encargo es irrenunciable;
- Su objeto es transmisible;
- Su naturaleza es imprescriptible;
- Su contenido es de interés social;
- Su correcto desarrollo es de orden público.

⁷² Pérez Duarte, Óp. Cit.,p. 345

⁷³ Chávez Asencio, *Convenios Conyugales y Familiares*, Óp. Cit., pp. 100-101

2.5 Sujetos de la Guarda y Custodia

Los sujetos que intervienen en la relación jurídica que conlleva la Guarda y Custodia son, a saber de los doctrinarios, en primer lugar la persona o institución que ejerce la custodia del menor y que por lo tanto despliega una serie de cuidados y deberes sobre este; y en segundo lugar el menor que se encuentra sujeto ha dicho cuidado.

Para continuar con la explicación es necesario hacerse la siguiente pregunta ¿Quién puede ejercer la Guarda y Custodia? De acuerdo al autor Tapia Parreño: “La guarda exclusiva es aquella en que la convivencia se atribuye a *uno solo de los progenitores*, si bien el otro progenitor tiene un derecho de visitas, salvo que por incurrir en alguna causa grave sea privado de la misma. Puede atribuirse, también, a un tercero o a una institución cuando hubiese incapacidad o imposibilidad de los padres”⁷⁴

Anteriormente ya se había explicado que se podía transmitir la custodia de los menores siempre y cuando fuera benéfico para ellos, y que no se configurara o se tratara de disimular el delito de abandono; bajo este orden de ideas como sujeto activo de la relación jurídica que plantea la Guarda y Custodia; se entiende que puede ser:

1. El padre y la madre (en los casos en que la pareja vivan juntos o en los casos de la Custodia Compartida);
2. Exclusivamente uno de ellos (en los casos de ruptura familiar y a falta de acuerdo);
3. Abuelos paternos o maternos, a falta o imposibilidad de los padres en ejercicio de la patria potestad;

⁷⁴ Tapia Parreño, José Jaime, *Custodia Compartida Y Protección De Menores*, 1ª Ed, España, Centro de Documentación Judicial, 2009, pp. 138-139

4. Hermanos o cualquier pariente hasta un límite de cuarto grado a través de la figura jurídica de la Tutela Legítima; (Artículo 4.254 fracciones I y II del Código Civil para el Estado de México);

5. El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en casos de urgencia, de abandono, de exposición, o a falta de los supuestos antes mencionados (Artículos 4.243 y 4.254 fracción III del Código Civil para el Estado de México)

6. Alguna Institución Privada de educación, a voluntad de los padres siempre y cuando no se configure el delito de abandono del menor, y esto sea lo más benéfico para éste.

Como se puede apreciar, en los puntos 4 y 5 se habla de la figura de la Tutela, que en estos caso se encuentra íntimamente ligada a la figura de la Guarda y Custodia de los menores; debido a que el Código Civil para el Estado de México en su artículo 4.229 la define como *“la guarda de la persona y de sus bienes respecto de los que sin estar sujetos a la patria potestad tiene incapacidad natural y legal o solamente la segunda”* haciendo especial mención a que *“en la tutela se cuidara preferentemente de la persona de los incapacitados”*.

En este sentido el Tutor está obligado como sujeto activo en el deber de guarda, a preservar la persona del menor (incapaz natural) cuidándolo y vigilándolo; con lo adquiere todos los derechos y obligaciones que la Guarda y Custodia trae consigo, y los cuales se explicaran más adelante.

Finalmente cabe hacer mención que la Guarda y Custodia de los menores también pueden ser ejercidas por una persona moral; ya sea el Sistema Integral de la Familia DIF como institución pública, o un internado educativo como ente privado. Pero en ambos casos debe observarse que tal medida sea lo mejor para los intereses y el correcto desarrollo del menor en cuestión.

No cabe duda de que el sujeto pasivo de esta relación jurídica es justamente el menor sometido a la custodia; sin embargo, no por ello el menor se encuentra en una relación de subordinación a la persona que ejerce la custodia sobre él, ni dicha circunstancia se torna despectiva o limita en modo alguno sus derechos.

Para realizar la designación de quien puede ejercer la custodia del menor (sea por separación de los padres, sea por designación de tutor, sea por la designación de una escuela o de un pariente para que pueda vivir mejor), el menor debe ser oído como lo establece el artículo 5.35 del Código Civil para el Estado de México; porque es precisamente por el menor, que ésta figura adquiere especial importancia para el derecho. Algunas veces (sino es que la mayoría) los menores no saben que es lo mejor para ellos, pero tomar su opinión es un punto fundamental para una determinación tan trascendental en su modo de vida.

Ahora bien, dentro de este subtema es importante señalar, que para la designación de la Guarda y Custodia en algunos casos aparecen como *Sujetos Accidentales* en esta relación jurídica algunos órganos del estado encargados de defender el interés superior de los menores, pues “participan, además de los cónyuges, el Juez de lo familiar y el representante del Ministerio Público. A ambos funcionarios la ley les encomienda el deber de vigilar los actos de los progenitores para que los pactos se ajusten al orden público, al interés social, a las buenas costumbres y a los principios generales de derecho”⁷⁵. Es decir estos órganos del estado funcionan como protectores de los derechos de los menores frente a las arbitrariedades de los padres.

⁷⁵ Chávez Asencio, *Convenios Conyugales y Familiares*, Óp. Cit., p. 73

2.6 Derechos y Obligaciones que emanan de la Guarda y Custodia

Los derechos y las obligación que derivan de la Guarda y Custodia, tienen una relación jurídica distinta a la que existe en otras ramas de Derecho Civil; pues a cada obligación que tenga el custodio como sujeto activo del vínculo jurídico, le corresponde un derecho que les servirán para poder desempeñar mejor su encargo, y así preservar mejor el interés superior del menor.

La maestra Alicia Pérez Duarte lo explica de la siguiente manera: “Cada una de estas facultades está ligada íntimamente a las otras y exige, a la vez, una obligación por parte del menor o la menor de edad. Así el deber de cuidado y custodia exige que el hijo o hija deba permanecer en el hogar de quien la ejerce y no salir de ella sin su consentimiento o decreto de autoridad competente”⁷⁶; de esta manera la relación entre los derecho y las obligaciones de los sujetos inmersos en ella, es más complicada que una relación común de Derecho Privado.

A modo de ejemplo la mayoría de los autores señala que “en la custodia están comprendidos otros deberes y derechos correlativos de esta relación paterno-filial, como son la convivencia, protección a la persona, vigilancia de sus actos y la educación completa, que comprende la moral y la religiosa”⁷⁷, pero a diferencia de los derechos que pueden ser exigidos como contraprestación en una relación contractual, los derechos derivados de la Guarda y Custodia son, en cuanto el sujeto activo, el medio” para conseguir un “fin”; en este caso, el fin es la protección de la persona del menor.

Es por ello que el primer deber que tiene el “custodio”, es la obligación de cuidar la persona del menor y, para cumplir con este cometido se le otorga el derecho de guarda, que no es otra cosa que el derecho a que el menor viva con él pues para poder cuidar y educar del mismo. Es necesario que éste no pueda dejar

⁷⁶ Pérez Duarte, Alicia, Óp. Cit., p. 367

⁷⁷ Chávez Asencio, *La Familia En El Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Óp. Cit. , p. 291

la casa de los que ejercen la patria potestad (o la guarda y custodia en este caso), sin permiso de éstos o decreto de la autoridad competente, para que así a través del contacto diario pueda cuidar conservar los derechos de los menores sujetos a su encargo; y con ello proteger así el derecho del menor a ser custodiado, haciendo especial mención en que este cuidado debe ser procurando el máximo bienestar y desarrollo de los menores sujetos a su vigilancia.

La persona encargada del menor también tiene la obligación de protección, debe proteger a su “custodiado” de todo aquello que pueda causarle daño sea físico o mental, y para poder cumplir efectivamente como éste cometido, se le faculta con derecho a ser obedecido por el menor sujeto a su cuidado; y con ello salvaguarda el derecho del niño o la niña a ser protegido, tal y como lo señala Chávez Asencio: “dentro del cuidado y custodia esta la protección de la persona del hijo frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física o moral...en cuanto a las facultades, son recíprocas, pues a los padres les corresponde el derecho de cuidarlo y amonestarlos y al hijo de ser protegido”⁷⁸.

Los custodios también tienen la obligación de educar convenientemente al menor que se encuentra a su cuidado debido a que “la educación es el principal deber con cargo a los progenitor (y en este caso de los custodios de menores), lo que corresponde a los padres es propiamente la formación de la persona, que es un deber que corresponde a ambos en igualdad de responsabilidad”⁷⁹; por lo que para ejercer correctamente esta función, la ley otorga el derecho de la corrección, establecida en el artículo 4.203 del Código Civil para el Estado de México.

Las personas que ejercen la Guarda y Custodia tienen que educar de manera adecuada al menor y para ello requiere la facultad de corregirlo, pero no de cualquier tipo de corrección, que conlleve castigos físicos o morales; sino de

⁷⁸ Galindo Garfias, Óp. Cit., p. 698

⁷⁹ Chávez Asencio, *Convenios Conyugales y Familiares*, Óp. Cit., p.66

una *corrección mesurada* acorde a las acciones del menor, a su edad, y sin lesionarlo permanentemente de manera física o psicológica.

Así mismo las personas que tienen a su cargo la guarda y custodia de menores de edad, tienen la obligación de vigilar los actos de los menores sujetos a su protección y, de esta manera preservar los intereses de los niños y niñas; así las cosas “con el concepto “derecho de vigilancia” se desintegra una de las funciones de la Guarda y Custodia para convertirlo en un derecho, sin dar los parámetros normativos que permitan entender que facultades implican ese llamado derecho y si existe o no obligación correlativa”⁸⁰.

Los padres, custodios o tutores deberán vigilar y controlar también las relaciones personales de los menores, evitando aquellas influencias negativas en sus vidas; y en cierto sentido evitar las actividades que puedan llegar a ser peligrosas. Claro que se debe vigilar, pero en ningún momento limitar el contacto con las personas, basándose únicamente en prejuicios de género, de religión, ideología u orientación sexual, debido a que la educación debe incluir la tolerancia de todas las formas de pensamiento humano.

Así mismo, cabe aclarar que contrario a lo que considera la maestra Pérez Duarte, puede afirmarse que, a esta obligación de vigilancia se encuentra correlacionado el Derecho del cuidador a ser respetado por parte del menor sujeto a su guarda; debido a que se presume que sus actos de vigilancia están encaminados a proteger al menor de su inexperiencia en la vida. Podemos concluir lo anterior debido a que analógicamente “al hijo le corresponde la obediencia y respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quienes ejercen la patria potestad”⁸¹, por lo cual los padres y los

⁸⁰ Pérez Duarte, Óp. Cit., p. 346

⁸¹ Chávez Asencio, *La Familia En El Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Óp. Cit., p.292

custodios de menores responde por las consecuencias dañinas, en que han incurrido los menores que se encuentran a su cargo por la falta de vigilancia.

Con lo expuesto en párrafos anteriores se puede observar claramente que cada uno de los derechos y obligaciones que se dependen de esta figura jurídica, guardan íntima relación entre ellos y algunas veces es casi imposible percibir sus sutiles diferencias, tal y como se sugiere en el siguiente texto: “el derecho de guarda y custodia o derecho de vigilancia de la conducta del menor de edad sujeto a patria potestad, se vincula a la vez con el deber de educación del menor y con la obligación (y derecho) del hijo de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido”⁸². No puede existir un derecho sin el otro porque todos son fundamentales para lograr el cometido de la figura: el sano desarrollo físico y emocional de los menores sujetos a la guarda y custodia.

El derecho de los menores a recibir alimentos y la correspondiente obligación de sus custodios a otorgárselos se encuentra plenamente salvaguardado en la ley, aunque las modalidades pueden ser muy variadas; en el caso de las separaciones de los progenitores se suele asignar una pensión alimenticia a cargo del cónyuge no custodio; por otro lado en la figura de tutela legítima, es obligación de tutor dar los alimentos del menor porque tiene que cuidar la persona del mismo y se entiende no existen personas que ejerzan la patria potestad; un caso más complejo es cuando el menor se encuentra con un pariente o en una institución educativa internado por convenio de los progenitores, debido a que en estos ejemplos los padres conservan la obligación de otorgar alimentos a sus hijos, de la misma manera que los custodios tienen la obligación de hacer llegar esos alimentos a los menores.

Finalmente un derecho “accidental” que puede llegar a formar parte o no de la Guarda y Custodia es el derecho de la representación. Para entender lo

⁸² Galindo Garfias, Óp. Cit., p. 698Ñ

anterior es necesario aclarar que “la representación legal del menor no emancipado, corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad y es una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y de los bienes del menor”⁸³, sin embargo con el desmembramiento del ejercicio de la patria potestad, puede ser que el “cónyuge custodio” conserve ese derecho de representación, o que por convenios de las partes y por así convenir a los interés del menor para determinados asuntos el representante sea el “cónyuge no custodio”.

Otro ejemplo de lo anterior son los casos en que por convenio de los padres y sin que exista controversia, mandan al hijo con un pariente a estudiar o a un internado; si bien es cierto dejaron de tener la Guarda y Custodia del menor, conservan derechos propios de la patria potestad, como el derecho a la representación de su hijo y el derecho de vigilancia. La casuística es muy variada y no se pueden abarcar todos los supuestos, pero es importante recalcar que el derecho de representación es parte integrante de la patria potestad, en su caso de la tutela, pero no de la Guarda y Custodia.

2.7 Modalidades de la Guarda y Custodia

Como ya se estudió en párrafos anteriores, la Guarda y Custodia en una figura jurídica, que se compone por un conjunto de derechos y obligaciones cuya función principal, está encaminada a la protección y correcto desarrollo de la niñez. Para llevar acabo tales fines, existen diferentes formas de ejercer la custodia en los menores; las cuales deberán calificarse de manera independiente para cada caso en concreto pues ningún niño es igual a otro, aunque sus situaciones sean similares; así “la guarda y custodia puede adoptar diversas modalidades: *exclusiva, partida y compartida o alternativa*”⁸⁴

⁸³ *Ibíd*em, p. 700

⁸⁴ Tapia Parreño, *Óp. Cit.*, p. 138

La Guarda y Custodia Exclusiva es aquella a la que se le otorga solamente a una persona; en este caso existe como subtipo la llamada *Guarda y Custodia Monoparental*, o en otras palabras, aquella que se le otorga a uno solo de los progenitores (generalmente la madre). El sistema más frecuente utilizado en México, es el de la guarda exclusiva de uno de los progenitores, aquel con el que viven los hijos, gozando el otro denominado *progenitor no custodio*, de un régimen de visitas, comunicación y estancias más o menos amplias⁸⁵.

Este sistema tiene como principal desventaja que transmite en cierta medida la sensación de que uno gana y se queda con los hijos y el que pierde se limita a pasar una pensión y a verlos de cuando en cuando; es por ello que en la actualidad se proponen cambios legislativos para variar este sistema, porque existen estudios que demuestra que “más del 40% de los hijos de divorciados que viven con su madre crecen sin una imagen sólida de su padre”⁸⁶, lo que perjudica su desarrollo emocional.

Sin embargo, a pesar de las desventajas señaladas con anterioridad, la mayoría de los especialistas mencionan que “es de importancia que el menor permanezca con la madre durante sus primeros años de vida, en los que recibe lo que podría llamarse la primera educación, que está prácticamente a cargo del progenitor con quien convive” pues se presume que en la mayoría de los casos “en éste aprendizaje, la madre juega un papel fundamental”⁸⁷.

Dentro de la *Guarda Exclusiva*, existe como otro subtipo de la misma, la *Guarda otorgada a una Institución*, siendo aquella en “que los padres acuerden en colocar al menor en un colegio pupilo y que pase con cada uno de ellos un fin de semana, distribuyendo en igual forma las vacaciones”. Bajo este orden de ideas “si

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 139

⁸⁶ Poussin, Gérard y Lamy, Anne, “*Custodia Compartida*”, 1ª Ed., España, Espasa Práctico, 2004, p. 24

⁸⁷ Stilerman, Marta N, *Menores. Tenencia y Régimen de Visitas*, 3ª Ed., Argentina, Editorial Universidad, 1997, p. 106

los padres que conviven pueden tomar la decisión de enviar a sus hijos a un internado, entonces la solución planteada (en caso de separación) no puede ser controlada por los jueces, a menos que por la misma se configure un abandono disfrazado del menor”⁸⁸.

Y finalmente dentro de la guarda que se otorga a una sola persona, se encuentra la *Guarda Exclusiva a favor de un Tercero*, e igualmente, en caso de que ambos padres estén de acuerdo en que el menor resida con un pariente cercano, el criterio determinante de la posible oposición debe basarse en la configuración o no de un abandono disimulado. En estos casos la autonomía de la voluntad de los padres se encuentra limitada por el interés superior del menor.

Dentro de las modalidades de la guarda y custodia, los doctrinarios hacen mención en que, “la *Guarda Partida* se da en los casos en que se distribuye los hijos entre ambos progenitores asignando la guarda de unos hijos a uno y la de otros a otro”⁸⁹; situación que no es bien vista, ni por la ley, ni por los juzgadores ni por los especialistas en la materia.

Esta oposición doctrinaria se basa en la idea de mantener unido lo que queda de la familia desmembrada; porque al trauma de perder a sus padres, se suma la pérdida de los hermanos, con la consiguiente desintegración total de la familia y del modo de vida del menor. Con esta medida se afecta la estabilidad de los hijos de la pareja en crisis, al romper toda relación sólida que el menor haya afianzado hasta el momento con sus hermanos.

Sin embargo, a pesar del criterio doctrinario que aconseja mantener a los hermanos unidos después de la separación de la pareja; este pierde trascendencia cuando, además de la diferencia de sexo hay gran diferencia de edad que haga dable presumir que por las diferente actividades que ocupan sus

⁸⁸ *Ibíd*em, p. 107

⁸⁹ Tapia Parreño, *Óp. Cit.*, p. 139

tiempos; la convivencia bajo un mismo techo no habrá de significar un contacto más intenso del que pueda resultar de un adecuado régimen de visitas⁹⁰.

Finalmente dentro de las modalidades en que se puede ejercer la Custodia de un menor, encontramos el sistema denominado *Guarda y Custodia Compartida* el cual; el autor Tapia Parreño ha señalado que éste surge cuando la convivencia del menor con los progenitores se reparte entre ambos durante los periodos de tiempo que se hayan estipulado y que suelen tener una duración similar; y de esta manera la expresión *custodia compartida* evita el sentimiento de exclusión y derrota de uno de los progenitores, de ahí la aceptación que ha tenido el término⁹¹.

Se tiene que entender que la custodia compartida no es una “derrota” de la madre; más allá que las nociones de “vencedor” y “vencido”, que no corresponden con la naturaleza de estos procesos, la guarda y custodia compartida permite aligerar jurídicamente las cargas que hoy sustancialmente pesan sobre la madre de los niños al incorporar al padre como corresponsable visible en el manejo de todo lo que hace al quehacer diario de los padres comunes⁹².

Sin embargo a pesar de utilizar el término custodia compartida, muchos doctrinarios consideran que solo es dable denominarla así, cuando el núcleo familiar está unido, de acuerdo con ellos: se puede compartir la responsabilidad o la patria potestad, pero en ningún caso la custodia. Si los padres están separados la custodia la ejerce uno u otro, pero no la comparten. Para ellos sería más exacto, por tanto, hablar de *custodia alternativa*⁹³.

⁹⁰ Cfr. Stilerman, Óp. Cit., p. 128

⁹¹ Cfr. Tapia Parreño, Óp. Cit., pp. 139 y 141

⁹² Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Revista de Derecho Privado*, Ed. Especial 2012, Kemelmajer De Carlucci, Aída, Artículo: *La Guarda Compartida. Una Visión Comparativa*, p. 286

⁹³ Cfr., Tapia Parreño, Óp. Cit. p. 141

A pesar de lo expuesto por diversos doctrinarios en cuanto a la designación de la figura jurídica de la Guarda y Custodia Compartida; la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la práctica ha optado por denominar dicha figura como *Custodia Compartida*, debido a que en diversas tesis aisladas y de jurisprudencias, como se puede observar en la siguiente resolución, que a la letra dice: “el juez habrá de valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre. En conclusión, la tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más benéfica para el menor⁹⁴. Sin embargo este tema se tratara con más detalle en el subtema siguiente.

Finalmente es interesante señalar que la autora Alicia Pérez Duarte, expone en su trabajo otras formas de clasificar la Guarda y Custodia, por ejemplo “en relación con el tiempo de ejercicio, se reconoce la *temporal* y la *definitiva*; tomando en consideración quien la ejerce, se define la *personal* (siendo la que se otorga a una persona física) y la *institucional* (por exclusión la custodia que es otorgada a una persona jurídico colectiva, sea esta pública o privada). Se reconoce también la custodia *onerosa* (en la que se recibe un pago en efectivo o en especie a cambio de prestar el servicio de cuidado, vigilancia, educación y alimentación del menor) y la *gratuita* (consiste en la guarda y custodia realizada en beneficio del menor sin obtener ninguna clase de prestación o beneficio). La *voluntaria*, que es la libremente acordada entre las partes involucrada en ella, y la *forzosa*, que se ejerce en cumplimiento de una determinación de autoridad, aun en

⁹⁴ Rubro: *GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR [INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO]*, Época: 10ª, Registro: 2006791, Instancia: 1ª Sala, Jurisprudencia, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 217.

contra del consentimiento del destinatario y de quienes ejercen la patria potestad”⁹⁵.

2.8 Guarda y Custodia Compartida

Ya se estudió de manera detallada en el presente trabajo de investigación, que se entiende por Guarda y Custodia; cuál es su diferencia y relación con la Patria Potestad; cuáles son sus características y su naturaleza; cuales son los derechos y obligaciones que de ella emanan, y; cuales son las modalidades en que se puede ejercer esta figura. Ahora bien, como parte medular del presente capítulo, se va a explicar sistemáticamente que entienden y como definen diversos doctrinarios a la Guarda y Custodia Compartida; para entender así su origen social, su objetivo y sus diferencias con un régimen de convivencias y visitas amplio.

Primeramente cabe destacar que la Guarda y Custodia Compartida tiene figuras análogas en otros países mismas que han sido ampliamente estudiadas, así “la expresión *tenencia o guarda compartida* equivale a la usada en otras lenguas como *garde conjointe* en francés, *joint custody* en inglés, *affidamento condiviso* en italiano”⁹⁶; pero independientemente de la denominación, estas figuras en sus respectivos ordenes normativos contienen derechos y obligaciones semejantes a los que forman parte en nuestro derecho de la Guarda y Custodia Compartida.

Bajo este orden de ideas, podemos entender que “la custodia compartida significa, y supone, continuar con las mismas atribuciones paterno-filiales ejercidas antes de la ruptura, así como la responsabilidad y vinculación continuada de ambos progenitores en las decisiones relacionadas con el bienestar de los hijos,

⁹⁵ Pérez Duarte, Óp. Cit., p. 380

⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 138

en las cuestiones de educación, cuidado médico, manutención y desarrollo emocional, moral y religioso”⁹⁷.

Así mismo, Pascual Ortuño Muñoz señala: “es aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro” ⁹⁸.

Finalmente también es digno de hacer mención la siguiente definición: “la guarda compartida se visualiza como un derecho de los hijos y progenitores a seguir teniendo una relación paterno filial y materno filial igualitaria; un derecho al que no se puede ni debe renunciar, que nace de la familia y no del matrimonio, lo que supone que tras la crisis, los derechos y responsabilidades de cada uno continúan siendo iguales a los que tenían con anterioridad”⁹⁹.

Como podemos observar de las definiciones anteriores, se da primordial importancia a la conservación de las atribuciones paterno-filiales (derechos y obligaciones) aun después de la ruptura familiar; haciendo énfasis en que se requiere una relación viable y una comunicación equitativa entre los padres; para poder distribuir de manera proporcional con respeto a sus hijos.

No se hace especial referencia al tiempo de estancia de los menores con cada progenitor (custodia material), porque en esencia estos no tiene que ser

⁹⁷ Romero Coloma, Aurelia María, *La Guarda y Custodia Compartida (Una Media Familiar Igualitaria)* 1ª Ed., Madrid, Reus, 2011, p. 20

⁹⁸ *Ibídem*, p. 23

⁹⁹ Tamayo Haya, Silvia, *La Custodia Compartida como alternativa legal*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 700, p. 668.

matemáticamente iguales; la figura trata precisamente de preservar la implicación de ambos padres en las vidas de sus hijos (custodia legal); y no tanto de una distribución exactamente igualitaria de los tiempo de convivencia. Atento a lo anterior y como punto de referencia podemos considerar que la Custodia es Compartida cuando los menores pasan al menos un 40% de su tiempo con alguno de sus progenitores.

En base a lo argumentado en el presente apartado, puede definirse a la Guarda y Custodia Compartida como la corresponsabilidad que tienen ambos progenitores de continuar cumpliendo con sus derechos y obligaciones con respecto de sus hijos, en los casos de separación de la pareja. Para lograr su objetivo la pareja podrá distribuir de manera proporcional y equitativa los tiempos de estancia con sus hijos con la finalidad de lograr una participación más activa de ambos, en la educación y desarrollo físico, moral, espiritual y emocional diario de sus menores hijos.

Ahora bien, debe entenderse que la modificación legal y social que trajo consigo la inclusión de la figura de la Guarda y Custodia Compartida obedece a modificaciones de la realidad social, tales como el acceso de la mujer al mercado laboral y la consecuente igualdad de los cónyuges en el matrimonio, así como a las nuevas pautas de educación, y otros factores que han generado la necesidad de una mayor participación de ambos padres en el cuidado, asistencia y educación de los hijos¹⁰⁰, para lograr un mejor desarrollo profesional y personal de cada miembro de la pareja; en un mundo cada vez más competitivo.

En el siglo pasado los roles parentales se encontraban plenamente definidos en la sociedad, y aun después de la separación de la pareja, la madre se encargaba de los quehaceres del hogar y el cuidado de los hijos, mientras que el padre se encargaba de brindar la manutención y el hogar a la familia. Sin embargo las familias se encuentran sometidas a constantes cambios sociales y culturales

¹⁰⁰ Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Óp. Cit., p. 136

por lo que la Guarda y Custodia Compartida es consecuencia inmediata de los cambios socio-culturales. La facilidad con que se tramitan actualmente los divorcios rompe con la dinámica tradicional del concepto de familia y permite la entrada de la Custodia Compartida que pone a los dos progenitores en situación de paridad desde el principio.

“Esto implica, por tanto, que cada uno de los ex-cónyuges tendrá que dejar al otro el lugar que le corresponde ante su hijo, ya que este último tiene que compartir su vida entre los dos”¹⁰¹. Esta situación en la práctica legal, desafortunadamente no acontece, debido a que generalmente suele decretarse en tribunales la guarda y custodia a favor de la madre, con un régimen de convivencias y visitas muy limitado a favor del padre, lo que ocasiona que el progenitor “visitador” se encuentre constreñido a ejercer meras funciones de complacencia con sus hijos, muy apartadas de las fundamentales realmente propias del progenitor custodio¹⁰².

El objetivo de esta figura jurídica, es preservar el estilo de vida que tenía el menor antes de la separación; o por lo menos que esté se altere en el menor grado permisible. Por lo que, “es precisamente en beneficio del menor, que ha de procurarse una atención similar a la que recibía antes de la separación para que le afecte lo menos posible” ¹⁰³

Dicho objetivo, el cual persigue la Guarda y Custodia Compartida están presidido por un principio rector, por el cual el Juez debe velar en todo momento, llamado: Interés Superior del Menor. Sin embargo no debe olvidarse que ese mismo interés superior, es el que puede llevar a la guarda monoparental e, incluso, a la pérdida de la patria potestad.

¹⁰¹ *Ibíd*em

¹⁰² Ivars Ruíz, *Óp. Cit.*, p. 54

¹⁰³ Tapia Parreño, *Óp. Cit.*,p. 144

Cabe señalar que algunos autores estiman incorrecta la referencia a guarda *conjunta o compartida* y abogan a favor de la expresión custodia *alternativa* o residencia *alternativa*, afirmándose que la custodia compartida solo es posible cuando los conyugues viven juntos. Esta oposición a la idea de la Guarda Compartida, nace de la idea de que no puede compartirse simultáneamente la presencia del menor en los casos en que la pareja se ha separado.

Sin embargo los que defienden este tipo de argumentos, toman en consideración únicamente la custodia material o física del menor; cuando lo que realmente persigue la figura en estudio de acuerdo con su ratio legis, es *compartir las responsabilidades que ambos progenitores tiene para con el menor, aun después de la desintegración familiar; participando ambos en el desarrollo y la vida del menor*, independientemente del tiempo de estancia con cada uno de ellos, esto se confirma con la siguiente opinión: “Al igual que en el derecho italiano y en español se repite que la custodia compartida no significa igualdad matemática de tiempo con cada uno de los padres. Su principal objetivo es implicar e incluir a ambos instando a la colaboración en las principales actividades de los menores, sin desmerecer al otro”¹⁰⁴.

Como principal desventaja que esgrimen los opositores a la figura de Guarda Compartida, es que la misma “provoca una dispersión en el proceso de formación del niño; que éste sufriría una lesión a su seguridad al no tener un punto de referencia estable y pasar frecuentemente de mano en mano; que la educación de los hijos torna indispensable una unidad de dirección y no ambigüedades en las consignas”¹⁰⁵, es por ello que la aplicación y tribunales de esta figura debe estar concientizada, los juzgadores no pueden aprobar mecánicamente un convenio en que se incluya esta o cualquier otra modalidad de la guarda y custodia de los

¹⁰⁴ Kemelmajer De Carlucci, Artículo: *La Guarda Compartida. Una Visión Comparativa*, Óp. Cit., p. 284

¹⁰⁵ Mizrahi Mauricio, Óp. Cit., pp. 421-422

menores, se debe tener pleno convencimiento de que la solución acordada es la más conveniente para los niños afectados. Es por esto que no se puede proceder con una aplicación rígida de la norma, pues la averiguación de la verdad sustantiva tiene que admitir una interpretación flexible de las circunstancias del caso.

Ahora bien debe estudiarse la diferencia que existe entre la Guarda y Custodia Compartida y el régimen de convivencias amplio; y “Es que no pocas veces con la expresión “régimen de visitas” se encubre un verdadero sistema de tenencia alternada; como también es frecuente que, no obstante el empleo de estos últimos vocablos, la cuestión más bien se encuadra en un régimen amplio de visitas”¹⁰⁶.

“La tenencia compartida se comprueba –cualquiera sea la designación- si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor no solo la custodia de los hijos en los días de descanso, sino también la atención del niño en sus actividades diarias”¹⁰⁷

En un régimen de convivencias y visitas amplio los progenitores reparte los tiempos de convivencia con su prole pero la función del padre “no custodio” se limita a la de ser un simple espectador de la vida de sus hijos, sin tener injerencia sobre sus vidas más allá del tiempo en que conviva con ellos; en cambio en la custodia compartida se permite repartir, además del tiempo de estancia con los menores, las responsabilidades derechos e implicaciones que dimana de la corresponsabilidad parental, esta es la principal diferencia que existe entre ambas figuras jurídicas.

De la misma manera, el régimen de visitas no es, por lo tanto, igual a la Custodia Compartida –aunque presente algunas semejanzas- por cuanto hay que

¹⁰⁶ *Ibíd*em

¹⁰⁷ Arianna, *Régimen de Visitas*, “Derecho de Familia”, p. 119, citado por Mizrahi, Mauricio Óp. Cit., p. 421

resaltar asimismo, que el otorgamiento de la Guarda y Custodia confiere a su titular el derecho-deber de decidir sobre la adecuada atención ordinaria de los hijos bajo su custodia en un plano superior –nunca de igualdad- al progenitor que los recibe en razón del régimen de visitas previamente establecido o estipulado quien no por ello dejará de encargarse de los cuidado y atención en los períodos o fines de semana que estén con él¹⁰⁸.

Analizando lo expuesto se infiere que, por muy amplio que sea el régimen de convivencias y visitas que un menor tenga con su progenitor no custodio; este nunca podrá sustituir los cuidados y el afecto que pueda otorgarle su padre o madre a través del contacto diario y continuo. Finalmente a posteriori el padre visitador solo será un invitado en la vida de su hijo, al cual se recurre únicamente en circunstancias verdaderamente excepcionales.

Atendiendo a su evolución sociológica y a sus diferencias con otras figuras similares, la Guarda y Custodia Compartida es una figura jurídica independiente con características propias; su origen se debe a los cambios culturales y económicos que se están dando en la familia actual, las cuales buscan un reparto equitativo de las responsabilidades paterno-filiales aun después de la ruptura de la pareja; e independientemente de la designación que se le dé (custodia compartida o alternada), su principal objetivo es que los menores tengan contacto pleno y directo con ambos progenitores, para que estos puedan cumplir plenamente con sus obligaciones paterno-filiales.

En el Cuarto Capítulo del presente trabajo, se expondrá de manera más detallada, los beneficios de esta figura, sus desventajas, algunas causas que favorecen a su autorización y algunas causas que favorecen a denegarla; pero antes de ello será necesario estudiar; el marco legal que impera en nuestro objeto de estudio.

¹⁰⁸ Cfr. Romero Coloma, Óp. Cit., p. 169

CAPITULO III:

LEGISLACIÓN VIGENTE EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA

En el presente apartado se estudiarán las leyes aplicables a la figura jurídica de la Guarda y Custodia, y a su modalidad la “Guarda y Custodia Compartida”, para entender mejor: las similitudes establecidas en las leyes vigentes del Estado de México y del Distrito Federal; las contradicciones entre las normas vigentes; su aplicación e interpretación en la realidad jurídica actual; así como los límites establecidos por el Sistema Jurídico Mexicano. Este estudio se realizará en el orden jerárquico, iniciando por la norma abstracta dictada en la Constitución Federal, para terminar en la forma en que se aplica la individualización de la norma a través del derecho adjetivo.

3.1 Normatividad Federal e Internacional

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como norma máxima en el sistema jurídico mexicano, contiene una serie de principios y derechos abstractos que otorga de manera genérica a los niños, niñas y adolescentes por su especial situación frente a la norma. Estos derechos preservan la integridad y los valores fundamentales del hombre frente al Estado, a través de los llamados Derechos Humanos.

No es de sorprender que a los niños, las niñas y los adolescentes, como sector vulnerable de la sociedad; se les atribuya una serie de consideraciones exclusivas, dada su especial situación frente a la norma jurídica, frente a los adultos y frente al Estado. Estos mismos principios y normas constitucionales son tomados, no solo de la presunción humana que deriva de la inexperiencia del menor de edad; sino también de los estudios internacionales y los tratados de los cuales el Estado Mexicano es parte; y que de acuerdo a la misma constitución su interpretación forman parte integrante de la misma, bajo el principio pro-persona.

Es por ello que se tiene que iniciar por interpretar la Norma Constitucional (y los Tratados Internacionales como parte integrante de la misma), para entender su aplicación en la realidad de las familias mexiquenses a través de la figura de la Guarda y Custodia Compartida.

3.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Las reformas realizadas a la Ley Suprema en nuestro país en fecha 1º de junio del año 2011, dieron entrada a la aplicación de los Derechos Humanos en México. Si bien es cierto antes de dicha reforma, nuestra Carta Magna garantizaba una serie de derechos fundamentales del hombre; es con la entrada en vigor de estos derechos, que se da una protección más amplia a éstas facultades inherentes del ser humano.

Como consecuencia de lo anterior se vieron afectadas un sinnúmero de figuras jurídicas reguladas por la ley, así como la forma en que se tienen que interpretar y aplicar por parte de los juzgadores. Es justamente por este motivo que en presente apartado se explicara la relación que existe entre diversos artículos constitucionales y la figura de la Guarda y Custodia. De esta manera e iniciando por orden numérico la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El primer párrafo del artículo en estudio nos introduce a una figura jurídica denominada *Bloque de Constitucionalidad*, y “se refiere a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional y que pueden provenir de tratados internacionales o incluso de documentos históricos y complementan a la constitución, con lo que está se expande”¹⁰⁹ . Esta figura permite aplicar dentro del Derecho Interno de nuestro país normas de orden internacional, siempre y cuando versen sobre Derechos Humanos.

Bajo ese orden de ideas, es precisamente la integración de la Convención sobre los Derechos del Niño (que contiene los Derechos Humanos de los Menores) a la normativa vigente en materia de Guarda y Custodia el Estado de México, la forma en que ésta figura jurídica se aplica a partir del texto constitucional. El derecho vigente en la entidad tiene que armonizarse, no solamente al texto constitucional, sino también a los tratados internacionales que forma parte integrante de la misma, gracias al Bloque Constitucional y a la Interpretación Conforme.

El segundo párrafo del artículo en comento, hace alusión a un principio de interpretación, al tenor del cual deberán aplicarse las normas jurídicas en caso de que exista conflicto entre ellas, al cual se ha denominado: *Principio Pro-Persona*. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado que “según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de éstas distintas fuentes (Derecho Interno y Derecho Internacional), deberá prevalecer aquélla que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción”¹¹⁰.

¹⁰⁹ Salazar Ugarte, Pedro, *La Reforma Constitucional sobre los Derechos Humanos. Guía Conceptual*, 1ª Ed., México, Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. 19

¹¹⁰ Rubro: “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE”, Registro: 2002000, 10ª Época, Primera Sala, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, p. 799,

En este sentido, cuando los impartidores de justicia se encuentren ante un conflicto de leyes; están obligados a aplicar la norma que brinde la protección más amplia al derecho afectado o la restricción menos extensa y; en el caso de la Guarda y Custodia, deberá tomar la media que sea más benéfica al interés superior de los menores que se encuentra en medio del conflicto, a efecto de que se vea lo menos afectado posible. De esta manera los juzgadores pueden aplicar incluso, figuras jurídicas que no se encuentran regulados en los ordenamientos respectivos (como es el caso de la Guarda y Custodia Compartida en la Legislación de Estado de México) siempre y cuando dicha aplicación brinde la protección más amplia al menor en comento.

Así como el primer artículo de la Carta Magna nos introduce a las formas de interpretación constitucional en materia de derechos humanos; el artículo cuarto de la legislación en estudio, nos habla sobre algunos principios variados, que se encuentran íntimamente ligados con el derecho familiar y por lo tanto con la Guarda y Custodia. Estos principios son: La Igualdad entre el Hombre y la Mujer y el Interés Superior del Menor.

Al inicio del numeral en comento, a la letra dice: *“Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”*

Este principio es fundamental para la figura de la Guarda y Custodia Compartida, debido a que se dilucida que ambos progenitores tiene los mismos derechos, deberes y obligaciones para con su prole, sin prejuicios de género; ambos tiene virtualmente las mismas capacidades para la crianza de sus hijos, independientemente de que cada uno contribuya de manera diferente y complementaria para su formación y crianza. Además el párrafo en estudio también resalta la importancia constitucional de la familia, como centro de aprendizaje y de desarrollo personal de los menores; por lo cual no se puede

limitar la convivencia de los niños y niñas con sus familiares, a menos que fuera perjudicial para él o ella.

En cuanto al Interés Superior de los menores de edad, el artículo que se estudia en su párrafo noveno expresa lo siguiente:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

De lo anterior se desprende, que si bien en cierto se expresa a nivel constitucional la finalidad del Estado de dar prioridad a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, mencionando un catálogo enunciativo mas no limitativo de derechos dirigidos a la protección de la niñez; no define ni explica qué se debe entender por Interés Superior del Menor, por lo cual debemos recurrir a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Máximo, que en diversos criterios ha manifestado: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"¹¹¹.

Es por ello, que las decisiones de la autoridad judicial, al momento de determinar la Guarda y Custodia de menores de edad, debe buscar concretar las circunstancias en que se puedan desarrollar mejor las potencialidades de los menores sujetos a la custodia de los adultos; aunque ello implicara adoptar medidas extraordinarias que no se encuentren reguladas expresamente por la ley,

¹¹¹ Rubro: INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO, Registro: 159897, 9ª Época, Primera Sala, Jurisprudencia, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 334.

pero que de autos y del estudio de los especialistas, se desprenda que es la mejor solución para los menores encontrados en medio del conflicto.

Aunado a lo anterior en su párrafo decimo del artículo en comento dicta que: *“Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.*

Y con ello se eleva a rango constitucional las obligaciones de los custodios a preservar los derechos del niño y su interés superior del menor, sin importar el tipo de custodia (que sea de hecho o de derecho). Aquellos que tenga a su cargo y cuidado a menores de edad, sean personas o instituciones, tienen que velar por la protección de los menores sujetos a su vigilancia, y de preservar el interés superior de los mismos en todo momento; porque es un deber inherente a su encargo, sin importar la causa que genere esa custodia.

Finalmente el multicitado artículo, en su párrafo onceavo menciona la obligación del Estado y sus órganos de coadyuvar a las personas que se encuentran a cargo de menores de edad, para cumplir con los derechos de la niñez, lo que hace de la siguiente manera *“El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”*

Continuando con el estudio de las normas constitucionales, se debe hacer mención especial al artículo 14, específicamente al párrafo cuarto que textualmente señala:

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.

El procedimiento para solicitar la Guarda y Custodia, es un juicio del orden civil, y bajo ese entendido, en los casos en que alguna figura jurídica no exista en

el ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto, exista una laguna jurídica, o la regulación existente sea insuficiente; los tribunales tendrán la obligación de aplicar los principios generales de derecho, de manera armónica y conjunta para la resolución de la litis sometida a su resolución.

Dichos principios en la materia concreta a modo de ejemplo son *Principio Pro-persona*, *el Bloque de Constitucionalidad*, *La Igualdad entre el hombre y la mujer*, *el Control Difuso de la Convencionalidad*, *la Interpretación Conforme* y por sobre todos los anteriores el *Interés Superior del Menor*; para que analizándolos de manera conjunta con la norma aplicable, los juzgadores realicen la aplicación de la norma que garantice más extensamente el derecho de los menores que se encuentran en un conflicto judicial.

De los principios arriba mencionados falta por explicar precisamente el *Control Difuso de la Convencionalidad* que se encuentra mencionado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Este artículo como es sabido, nos hace mención de la Supremacía Constitucional y de la Jerarquía en el Ordenamiento Jurídico Mexicano. Bajo ese orden de ideas encontramos en primer lugar como norma fundamental y abstracta a la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos y; en segundo lugar a las Leyes Federales Reglamentarias que derivan de la misma Constitución así como a los Tratados Internacionales que se celebren con las formalidades establecidas. Sin embargo de acuerdo a una interpretación conforme del artículo

1º de la misma Constitución, cuando exista un Derecho Humano que otorgue una protección más amplia, menos restringida, o que no esté regulado por el ordenamiento jurídico mexicano; en ese sentido y solo para ese caso concreto, se entenderá a dicho Derecho Humano contenido en el Tratado Internacional como superior al contenido en la Carta Magna.

Para entender esto, juega un papel fundamental el *Control Difuso de la Convencionalidad* como “herramienta para hacer efectivas estas obligaciones (adaptar las normas nacionales a las normas internacionales en materia de derechos humanos) por qué sirve para garantizar la compatibilidad de las normas nacionales y las actuaciones de las autoridades estatales al marco internacional”¹¹².

De esta manera entendemos al *Control Difuso de la Convencionalidad* como una forma de preservar, respetar y garantizar de mejor manera los Derechos Humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales; debido a que las autoridades y órganos del estado podrán aplicar estos derechos aunque existan prácticas o disposiciones en contrario; ello es así pues: “el propósito de esta figura no es implicar o invalidar normas vigentes, sino la armonización y complementariedad de las normas inferiores con las normas constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos”¹¹³.

El principal instrumento internacional que contiene los Derechos Humanos de la Niñez es precisamente la Convención sobre los Derechos del Niño; y es conforme a la misma Convención a la que deben someterse los juzgadores al momento de resolver un asunto sobre Guarda y Custodia de un menor de edad; aplicando de manera armónica y complementaria las disposiciones locales, federales y constitucionales para garantizar el Interés Superior del mismo.

¹¹² Salazar Ugarte, Óp. Cit., p. 21

¹¹³ *Ibidem*

3.1.2 Convención sobre los Derechos del Niño

Como se señaló en el capítulo anterior, en la República Mexicana los Tratados Internacionales firmado por el Presidente de la Republica con aprobación del Senado son, junto a la Constitución, la ley suprema de la nación; en este caso “México firmó la Convención sobre los Derechos del Niño, el 20 de septiembre de 1990, y con ello el Gobierno estableció el compromiso internacional de armonizar la legislación política del país con los artículos de la convención”¹¹⁴, así mismo cabe destacar que “la publicación del decreto el 28 de noviembre de 1990 convirtió a este instrumento en una norma de carácter obligatorio para todos los mexicanos”¹¹⁵, cumpliendo así con las formalidades que la ley establece para su aplicación en el territorio nacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño es considerado como un *Tratado Integral*, debido a que en ella se reconocen diversos derechos humanos (económicos, sociales culturales, políticos y civiles) de todos los niños, niñas y adolescentes de los países signatarios, formando un catálogo mínimo de derechos inherentes a su situación de desigualdad respecto de los adultos; es por lo anterior y en vista de que la mayoría de los gobiernos dan primordial atención al desarrollo de la niñez, que esta Convención es el Tratado Internacional que ha tenido el mayor número de ratificaciones por parte de los Estados¹¹⁶.

Debido a la importancia internacional de la Convención y al *Control Difuso de la Convencionalidad* realizado por los Tribunales Locales, es que se debe estudiar la implicación jurídica de la Convención sobre los Derechos del Niño en

¹¹⁴ Bozzi, Sonia: La Familia y otros grupos como garantes de Derechos de la Niñez a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño, en González Contró, Mónica, *Los Derechos de los niños niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 1ª Ed., México, Porrúa, 2011, p. 109.

¹¹⁵Méndez Carbajal, María Josefina y Fix-Fierro, Héctor, Introducción del libro: *Los Derechos de los niños niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 1ª Ed., México, Porrúa, 2011, p. XI.

¹¹⁶Cfr. Bozzi, Sonia, Óp. Cit., p. 109.

relación con la figura jurídica de la Guarda y Custodia Compartida como objeto del presente trabajo de investigación.

De esta manera iniciamos señalando que la Convención expresa lo siguiente:

ARTÍCULO 3

1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

2. *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, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.*

D' Antonio opina respecto al Interés Superior del Menor contenido en la Convención que es un "límite autonómico de la voluntad decisoria, con caracteres cambiantes, flexibles, evolutivos y ceñidos a las contingencias particulares"¹¹⁷. Esta limitación a la voluntad no es únicamente para los particulares, sino también para los órganos del Estado, que deberán decidir lo mejor para el menor de edad sin estar sujetos a prejuicios. Además de que como el mismo autor lo señala, ésta figura tiene un carácter "flexible y cambiante", debido a que las medidas tomadas para un menor de edad, pueden no ser las mejores para otro menor de edad aunque se encuentre en las mismas circunstancias, porque todos los niños son diferentes; así mismo las medidas que se toman como válidas hoy, pueden no resultar eficaces el día de mañana.

Además el Interés Superior del Menor no solo es un límite a la voluntad de las partes, también es un conjunto de principios protectores que limita los derechos y las obligaciones de los adultos que tiene bajo su cuidado a los

¹¹⁷ D' Antonio, *Convención Sobre Los Derecho Del Niño. Análisis De Su Contenido Normativo Y Aplicación Jurisprudencial*, 1ª Ed., Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001, p. 47

menores de edad; restringe su facultad de corrección y delimita el poder paternal sobre la prole. Sin embargo, al final del día “las limitaciones impuestas aparecen justificadas en razón de los valores jurídicos que se procuran resguardar, y las soluciones del caso están signadas por la aplicación del estándar jurídico del superior interés del niño”¹¹⁸.

Continuando con nuestro estudio la Convención expresa:

ARTÍCULO 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle; en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

La principal característica del artículo citado es el reconocimiento de la familia, como función directriz y orientadora, necesaria para el apropiado desarrollo del niño, permitiendo ejercer los derechos que le son reconocidos por la Convención; es este sentido “La familia constituye el ámbito insustituible para que tenga lugar las conductas inherentes al mencionado desarrollo, conforme al marco sociocultural de pertenencia primaria que permitiría el crecimiento individual y relacional”¹¹⁹.

Como se explicó en el párrafo anterior, la importancia de la pertenencia familiar para un menor de edad, es fundamental para el crecimiento personal y social del menor; la forma en que el menor se relacione con sus familiares, dependerá de cada región donde se aplique la norma, así como de la definición propia de “familia” que se tenga en la zona donde habita el menor pudiendo constituir una familia nuclear, una familia ampliada o una comunidad, y aun, una

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 97

¹¹⁹ *Cfr. Ibidem*, pp. 47 y 55

familia desmembrada donde ambos progenitores convienen un Custodia Compartida del menor para que éste, conserve pleno contacto con ambas ramas familiares. Este artículo, no limita el concepto de familia a un tipo específico, si no que permite una expansión del concepto aplicable a cada forma socio-jurídica de relaciones familiares en cada Estado parte de la Convención.

Finalmente cabe resaltar que el artículo “5º de la Convención extiende los alcances del deber estatal de respeto de la respectivas responsabilidades a tutores y guardadores”¹²⁰, siempre y cuando esto sea lo mejor para el interés superior del menor.

ARTÍCULO 9

- 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*
- 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*
- 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, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

Este artículo consagra el derecho de los niños a mantener contacto regular y directo con ambos progenitores, aun en caso de separación; “los casos más significativos, por su frecuencia y efectos, serán la separación paterna seguida del otorgamiento de la tenencia (o Guarda y Custodia en México) a uno

¹²⁰ *Ibíd*em, p. 59

de los progenitores; a su vez, estos supuestos son los que mayores conflictos acarrearán en las relaciones personales de los padres”¹²¹

La trascendencia de este derecho del niño ha determinado que se sancionen las conductas del progenitor que impida u obstaculicen el debido cumplimiento del derecho-deber del progenitor que no convive con el menor; pues, más que un deber-derecho del progenitor no custodio, es un derecho del menor al que se le prohíbe la interacción con uno de sus padres; cuya sanción es por regla general la pérdida de la Guarda y Custodia, en caso de que se pruebe el dolo o la mala fe de su contraparte en juicio.

Así mismo el artículo 9 en su fracción 3 “consagra el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con su padre o sus padres en caso de interrupción de la convivencia”¹²²; este derecho a la plena convivencia con ambos progenitores en caso de separación se encuentra mejor protegido con la figura de la Guarda y Custodia Compartida, siempre y cuando, se llegara a esta solución por acuerdo de los padres, una vez avalado por un conjunto de especialistas en la materia (peritos en psicología y trabajo social).

Ahora bien el principal soporte jurídico internacional en el cual se puede fundamentar la figura de la Guarda y Custodia Compartida, a través de una interpretación armónica y conjunta con el Interés Superior del Menor (artículo 3 de la Convención) y el derecho del menor a la plena convivencia con ambos progenitores (artículo 9 de la misma) es el siguiente numeral de la Convención; que a la letra dice:

ARTÍCULO 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo

¹²¹ *Ibíd*em, p. 90

¹²² *Ibíd*em, p. 90

que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

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

El artículo que se estudia tiene importancia desde un doble aspecto. El primero de ellos alude al derecho esencial del niño a recibir todo lo necesario para criarse y desarrollarse integralmente, en atención a su interés superior es decir, el derecho de los menores a ser protegidos, cuidados y vigilados para que se puedan desarrollar en un ambiente sano, de cordialidad y afecto. Este derecho, en el Sistema Jurídico Mexicano se encuentra protegido y regulado a través de la figura jurídica de la Patria Potestad como máxima institución protectora de los derechos de la niñez, así como con otras figuras que también ayudan y protegen a los menores a falta o imposibilidad de sus padres, como lo son la Tutela y la Guarda y Custodia.

El segundo aspecto al que debe hacerse mención, se refiere al plano de igualdad en que se encuentran ambos padres para el cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales, resaltándose así que ningún de ellos podrá ser excluido y que, para su eficaz ejercicio, se requiere la adopción de las respectivas conductas que permitan desplegar todas las acciones de cuidado, protección y vigilancia que derivan de la Patria Potestad sin que se impidan o se obstaculicen el uno al otro.

Ambos padres tiene virtualmente las mismas capacidades para atender y cuidar a su prole; y la figura de la Guarda y Custodia Compartida permite que en caso de separación, ambos padres compartan las obligaciones comunes que tiene con sus hijos, tal y como lo prescribe el artículo 18.1 de la Convención pues

“la extensión de este deber a ambos progenitores por igual, resulta de la titularidad de la institución en cabeza de los dos padres, sea matrimonial, extramatrimonial o adoptivos”¹²³.

La Convención de los Derechos del Niño en sí misma, no regula específicamente ninguna figura jurídica que proteja a la niñez (como la Patria Potestad, la Guarda y Custodia o la Tutela); sin embargo da las pautas abstractas a través de las cuales cada país deberá aplicar sus respectivas figuras de protección a los derechos de los menores, debido a que cada Estado es diferente en su composición cultural y sistema jurídico.

En nuestro caso en México a partir de la firma de la Convención, hemos tenido que adaptar la legislación y nuestras figuras jurídicas protectoras de los derechos del niño, a las obligaciones internacionales que se adquirieron al signar el pacto internacional; “se han producido cambios en la legislación mexicana. Uno de los más relevantes fue sin duda la modificación del artículo 4º constitucional en el año 2000, que incorpora por primera vez una descripción amplia de los derechos de los niños y las niñas. La aprobación de la ley reglamentaria del artículo 4º, la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescente, constituye otro paso en el camino iniciado”¹²⁴, mismo que el 4 de diciembre del año 2014 fue derogada por la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y los Adolescentes, a raíz de las reformas constitucionales en derechos humanos del año 2011.

¹²³ *Ibíd*em, p. 128

¹²⁴ *Óp. Cit.*, Méndez Carbajal y Fix-Fierro, Introducción del libro: *Los Derechos de los niños niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, p. XI.

3.1.3 Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes es la ley reglamentaria del artículo cuarto constitucional párrafos decimo, noveno y onceavo, y tiene como característica principal, que regula de manera genérica las obligaciones de la personas que cuidan a los menores (sin importar la figura aplicable sea la Patria Potestad, la Guarda y Custodia o la Tutela), además de dar un catálogo más completo de los derechos que tiene los menores que habitan en el territorio nacional; apegándose a lo pactado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes regulados en la Ley en estudio, pueden resumirse en los siguientes: derecho a vivir en familia (artículo 22); derecho a convivir con su familia de modo regular en caso de separación de la pareja (artículo 23); derecho a condiciones de vida suficientes para su sano desarrollo (artículo 44); derecho a la educación (artículo 57); derecho al esparcimiento y actividades recreativas (artículo 60); derecho a ser oído en juicio en cualquier asunto que implique a sus derechos (artículo 73) y; derecho a la intimidad personal, familiar y a la protección de su información personal (artículo 76).

La importancia de la familia y del derecho del niño a convivir con ella, contenida en el artículo 22 de la ley, ha sido tratada en el apartado anterior referente al artículo 5º de la Convención; sin embargo la aportación más importante realizada por la ley en estudio se encuentra en el párrafo segundo que dicta:

Artículo 22. ...

Niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y, en términos de las disposiciones aplicables, de las

personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas. En todos los casos, se tendrá en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

El artículo anterior consagra el derecho de audiencia de las partes, el derecho al debido proceso, y el derecho del menor a ser oído en juicio. Así mismo el párrafo cuarto del artículo 22 señala la obligación del estado a impedir que a los menores se les separe de sus familias, padres, tutores o cuidadores, sin mediar razón suficiente plenamente acreditada y sea lo mejor al interés superior del menor. Además ligado a lo expuesto en líneas anteriores, debe agregarse:

Artículo 23. *Niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, en especial de niñas, niños y adolescentes.*

Con el texto transcrito, se interpreta que el menor en casos de separaciones familiares, tiene el derecho a convivir con sus parientes de ambas ramas; materna y paterna (sin limitar el grado); y no exclusivamente con sus progenitores; por lo cual una alternativa viable para proteger este derecho del niño al pleno contacto con su familia, es la figura de la Guarda y Custodia Compartida, siempre y cuando se cumplan con las formalidades legales requeridas para ello, es decir: que sea dictado por la autoridad competente, garantizando el derecho de audiencia de las partes, teniendo en cuenta la opinión del menor y allegándose de los medios idóneos para su fijación.

De la misma manera todas aquellas personas, sean físicas o morales que tengan a su cargo el cuidado y la vigilancia de uno o más menores de edad, tiene la obligación de brindar las condiciones que fomentan el sano desarrollo de las personas sujetas a su encargo. Esta situación se regula de la siguiente manera:

***Artículo 44.** Corresponde a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes, la obligación primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida suficientes para su sano desarrollo...*

Es inherente a la Guarda y Custodia la obligación recíproca del sujeto activo en la relación jurídica, de velar por el sano desarrollo de los menores sujetos a su encargo, por ser una función de orden público; dicho numeral, no hace más que formalizar en un texto legal, este derecho natural innato de los menores de edad.

En cuanto al derecho de los menores a la educación, la ley reglamentaria que nos encontramos estudiando, en su artículo 57 señala, que los menores de edad tiene derecho: *“a una educación de calidad que contribuya al conocimiento de sus propios derechos y, basada en un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva, que garantice el respeto a su dignidad humana; el desarrollo armónico de sus potencialidades y personalidad, y fortalezca el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”*. Pero más importante aún que los ideales descritos en su texto; continua otorgando una facultad correlativa a las personas que tiene bajo su cuidado y custodia a los menores de edad, pues para poder cumplir con la finalidad encomendada por el Estado ellos: *“tendrán derecho a intervenir en la educación que habrá de darse a niñas, niños y adolescentes”*, en los términos expuestos por la propia ley.

Así mismo, en su artículo 60 consagra el derecho de las niñas, niños y adolescentes; *al descanso, al esparcimiento, al juego y a las actividades*

recreativas propias de su edad, así como a participar libremente en actividades culturales, deportivas y artísticas, como factores primordiales de su desarrollo y crecimiento.

Conforme a al artículo transcrito, el estilo de vida actual debe permitir a los niños y niñas intervalos de descanso y esparcimiento necesarios para su correcto desarrollo personal y emocional, por lo tanto es obligación de los adultos permitir el descanso necesario para lograr esta meta y, *“no podrán imponerles regímenes de vida, estudio, trabajo o reglas de disciplina desproporcionadas a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, que impliquen la renuncia o el menoscabo de los mismos”.*

Íntimamente ligado al interés superior del menor se encuentra el derecho de los niños y niñas a *“participar, a ser escuchados y tomados en cuenta en todos los procesos judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan”* (artículo 70). Sin embargo debe tomarse en consideración que en muchas ocasiones la voluntad del menor puede estar viciada por alguna de las partes en el juicio, por lo que el juez debe valorar objetiva y prudentemente su elección, lo anterior es así pues *“la preferencia del menor no puede ser determinante para resolverse sobre su guarda y custodia, ya que para ello se deben atender a las diversas circunstancias que rodean el caso, en concatenación con todo lo alegado y probado en autos, ya que de no ser así, se llegaría al extremo de que el menor decidiera sobre su guarda y custodia, lo cual le corresponde determinar al Juez”*¹²⁵

Finalmente el artículo 76 de la multicitada ley, norma el derecho de las niñas, los niños y los adolescentes a la intimidad personal y familiar, así como a la protección de sus datos personales.

¹²⁵ Rubro: GUARDA Y CUSTODIA. ESCUCHAR AL MENOR EN JUICIO, NO ES UN FACTOR DETERMINANTE AL MOMENTO DE RESOLVER, 9ª Época, Registro: 162822, Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Febrero de 2011, Tesis: I.5o.C.144, pp. 2332,

Los menores no podrán ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; tampoco de divulgaciones o difusiones ilícitas de información o datos personales. Y para ello, aquellas personas que tiene bajo su cuidado y vigilancia a los menores de edad tienen la facultad de “orientar, supervisar y, en su caso, restringir, las conductas y hábitos de niñas, niños y adolescentes, siempre que atiendan al interés superior de la niñez”, continuando así bajo la premisa de que, para que las personas que ejercen la Patria Potestad, la Guarda y Custodia o la Tutela puedan cumplir con su encargo de procurar un sano desarrollo a los menores a través de su cuidado y vigilancia, le es necesario que la misma ley les confiera facultades que les permitan allegarse a su fin.

Cabe resaltar que las obligaciones de las personas que ejercen la Patria Potestad, la Guarda y Custodia o la Tutela de los menores de edad contenidas en la ley reglamentaria del artículo 4º constitucional son: La obligación de alimentar a los menores sujetos a su cargo (artículo 103 frac. I); La obligación de registrar a los menores sujetos a su cuidado (artículo 103 frac. II); La obligación de participar en el proceso educativo del menor (artículo 103 frac. III); La obligación de brindar un entorno afectivo y comprensivo a los menores bajo su cuidado (artículo 103 frac. V); obligación de inculcar el respeto a las personas (artículo 103 frac. VI) obligación de proteger a los menores contra todo tipo de violencia, daño y agresiones (artículo 103 frac. VII); y finalmente; obligación de cuidar atender y vigilar a los menores de cualquier tipo de abuso (artículo 105 frac. I).

3.1.4 Código Civil Federal

Continuando con la exposición de las leyes aplicables a la figura jurídica de Guarda y Custodia, en el presente trabajo se procederá a realizar un análisis comparativo de la manera en que se regula la figura de estudio en el Código Civil

Federal, el Código Civil para el Distrito y Federal y el Código Civil para el Estado de México.

Bajo este orden de ideas, se procederá a revisar los tres supuestos jurídicos regulados por la ley en los cuales interviene la fijación de la Guarda y Custodia de los menores de edad; esto es, en el caso de Divorcio, Reconocimiento Simultáneo y Sucesivo de los Hijos, y la Separación de hecho de las personas que ejercen la Patria Potestad.

El Código Civil Federal, que continua fiel al sistema de causales de divorcio nos señala en su artículo 282 fracción VI que al admitirse la demanda de divorcio o antes si hubiera urgencia se podrán dictar como medias provisionales la Guarda y Custodia de los hijos la cual se designara conforme a las siguientes reglas:

Los progenitores podrán designar a la persona que se hará cargo de la Guarda y Custodia de los menores de edad, pudiendo ser cualquiera de ellos o incluso un tercero; además atendiendo al sistema de culpabilidad en el divorcio, en caso de desacuerdo el cónyuge solicitante tiene la facultad de proponer quien será esa persona (generalmente él mismo), y el Juez previa audiencia de las partes resolverá lo correspondiente. Así mismo Cabe señalar que el artículo citado, da a la madre una presunción legal de ser el ente más apto para vigilar y cuidar a los menores de edad que cuente con siete años o menos, salvo que dicha circunstancia fuera perjudicial para los menores en conflicto, lo cual en la práctica deberá ser plenamente probado en juicio.

Ahora bien, es importante hacer énfasis en que solo se podrá pactar la Guarda y Custodia de los hijos cuando ambos progenitores ejerzan la Patria Potestad, debido a que si uno de los progenitores pierde o es suspendido de la Patria Potestad mediante sentencia judicial previa, no habrá posibilidad alguna para que éste progenitor participe en la designación, puesto que ha perdido los

derechos inherentes a la filiación y solo uno de ellos es el que ejerce la Potestad sobre sus hijos¹²⁶.

Ahora bien el artículo 283 del texto en estudio ordena que las sentencias de divorcio deberán resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, en especial la Guarda y Custodia de los hijos, garantiza el derecho de audiencia de las partes contendientes así como de los menores involucrados, a fin de evitar cualquier clase de violencia familiar o de cualquier circunstancia que atente contra el interés superior del menor; respetando el derecho de convivencia de los hijos con los padres salvo que sea perjudicial para los menores.

Es por ello que en el las sentencias de Divorcio el interés superior del menor al momento de determinar la custodia deberá ser estudiado “con un amplio sentido en el cual se analice su edad, sexo de los hijos, la no separación de los hermanos entre sí, los deseos del propio hijo, las necesidades de su educación, las ventajas materiales y factores médicos y psicológicos”¹²⁷.

Una aportación interesante que realiza el Código Civil Federal a diferencia de otras legislaciones sustantivos del área metropolitana, es sin duda alguna su artículo 284, que a la letra dice:

Antes de que se prevea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

Con este párrafo la ley, da legitimación en el juicio a los parientes dentro del primero y segundo grado; para que puedan petitionar formalmente a la autoridad judicial todas aquellas medidas que consideraran convenientes para los menores involucrados; y es que, en no pocas ocasiones alguna de las partes en

¹²⁶ Cfr. Chávez Asencio, Manuel, *Convenios Conyugales y Familiares*, pp. 95-96

¹²⁷ *Ibidem*, p. 95

juicio, obstaculiza la convivencia del menor no solo con su progenitor no custodio, sino con toda la familia de éste, lo cual contraviene el interés superior del menor.

Ahora bien, en cuanto a la designación de la Guarda y Custodia en los supuestos de reconocimiento de los hijos; el Código Sustantivo Civil vigente a nivel Federal, continua fiel a lo enunciado en el Código Napoleónico, el cual fue estudiado en el marco histórico del presente trabajo, haciendo la diferencia entre el reconocimiento de los hijos; simultáneo y el sucesivo.

De esta manera el artículo 380 del Código Civil Federal, manifiesta que cuando el padre y la madre no viven juntos, pero reconocen un hijo en el mismo acto (reconocimiento simultáneo) convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, previa audiencia de los padres y del Ministerio Público resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Por otro lado, el mismo Código expresa en su artículo 381 que el caso del reconocimiento sucesivo de los padres que no viven juntos ejercerá la custodia, el que primero hubiere reconocido al menor, salvo que los padres convinieren otra cosa; y siempre que el Juez de lo Familiar tuviere temor fundado para modificar el convenio por causa grave, pues debemos recordar lo siguiente: “si no se ha acreditado que la solución concertada es contraria a los derechos del niño, la autoridad judicial no puede tener injerencia en el derecho a la vida familiar y, consecuentemente, debe respetar la voluntad de los progenitores”¹²⁸

Continuando con el siguiente supuesto regulado por la norma en estudio, en su artículo 416 expresa que para el caso de separación de las personas que ejercen la patria potestad, los padres podrán decidir en qué términos deberán continuar cumpliendo con sus obligaciones paterno-filiales (alimentos, vigilancia,

¹²⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Revista de Derecho Privado*, Ed. Especial 2012, Kemelmajer De Carlucci, Aída, Artículo: *La Guarda Compartida. Una Visión Comparativa*, p. 285

representación, administración y sobre todo su guarda y custodia). En caso de disenso el juez resolverá lo conducente previa audiencia de Ministerio Público.

Bajo esta hipótesis normativa es importante resaltar que las dificultades originadas por falta de regulación legal para el supuesto de separación de hecho; son generalmente superadas efectuando una remisión analógica a los casos de divorcio y nulidad, aun cuando la solución no otorgue una respuesta ajustada a las particularidades del alejamiento meramente fáctico de los progenitores¹²⁹.

Una aportación interesante que realiza el Código Civil Federal es precisamente en su artículo 417 que a la letra señala: *“No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor”*. En su texto resaltan la importancia del contacto interpersonal entre el menor y ambas ramas familiares a las que pertenece, dando incluso derecho a los familiares de segundo, tercero y hasta el cuarto grado a solicitar la intervención judicial, para el caso de oposición del progenitor custodio del menor.

Ahora bien, estudiando exclusivamente la figura de la Guarda y Custodia del menor, el Código en comento separa perfectamente esta figura de la Patria Potestad y de la Tutela, al señalar expresamente en su numeral 417: *“Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia”*. Además cabe agregar que esta custodia temporal del menor podrá terminarse por voluntad del pariente que tiene bajo su cuidado al menor.

¹²⁹ Cfr. D' Antonio, *Derecho De Menores*, p. 260

Sin embargo, es importante tomar en cuenta la opinión de algunos autores que señalan: cada caso particular que se presenta ante el juez, cuenta con características propias, ello es así pues no se trata de elegir al padre ideal, en forma abstracta, sino de optar entre el padre o la madre de un determinado menor, y solo ante una situación extrema se recurrirá a otorgar la custodia a un tercero, sea este pariente o no¹³⁰.

Bajo el contexto anterior, podemos determinar interpretando conjuntamente los artículos 416, 417 y 418 lo siguiente: En los casos en que sea benéfico para el desarrollo personal y emocional del menor, la custodia podrá ser transferible a un tercero; lo cual se corrobora con el artículo 416 que permite a los progenitores designar quien cuidara a los hijos en común, numeral que no limita la posibilidad de que el encargo se realice a un familiar, a una institución de estudio, o incluso si las circunstancias así lo permiten que compartan esta obligación; siguiendo el principio de que “todo lo que no está prohibido por la ley, está permitido”, siendo así esto, siempre que prevalezca el interés superior de los menores.

Finalmente cabe agregar que los artículos 421, 422 y 423 dictan de manera expresa las obligaciones que tienen las personas que ejercen la Patria Potestad sobre su descendencia, siendo: el derecho de cohabitar con el menor, la obligación de darles una educación conveniente, la facultad de corregirlos, el derecho de vigilarlos y la obligación de observar una conducta que sirva de buen ejemplo a los menores sujetos a su cuidado. Siendo estos derechos y obligaciones también aplicables para cualquier persona que tenga bajo su cuidado, custodia o vigilancia a un menor, mediante las figuras de la Guarda y Custodia o de la Tutela; conforme se desprende de una interpretación armónica de los artículos 413, 417 y 449 del Código en cita.

¹³⁰ Cfr. Stilerman, *Menores. Tenencia y Régimen de Visitas*, p. 121

3.2 Legislación vigente en el Estado de México y el Distrito Federal en materia de Guardia Custodia

Una vez estudiada la Legislación Internacional y Constitucional aplicable en la figura de la Guarda y Custodia, y habiendo analizado el contenido del Código Civil Federal aplicable en el objeto de estudio, se hace indispensable hacer una investigación comparativa de la figura de la Guarda y Custodia en las legislaciones Metropolitanas del Valle de México, específicamente del Estado de México y del Distrito Federal; para comprender mejor la aplicación e interpretación de la Custodia Compartida en una legislación, en la cual no se encuentra regulada.

3.2.1 Código Civil para el Distrito Federal

En el presente apartado se realizará el estudio legislativo en materia de Guarda y Custodia, en el mismo orden que se siguió para el análisis del Código Civil Federal; haciendo notar las principales diferencias entre ambos cuerpos legales y remitiendo al apartado anterior en su caso, en aquellas hipótesis normativas que sean similares, a efecto de evitar repeticiones innecesarias.

Es por lo anterior, en primer término resaltar que la Legislación Civil del Distrito Federal, implementa un sistema de divorcio sin causales, también conocido como divorcio incausado, con lo cual cambia completamente la dinámica del procedimiento judicial para la designación provisional y definitiva de la Guarda y Custodia de los menores, en comparación con el procedimiento convencional de divorcio por causales.

De esta manera en la legislación del Distrito Federal, las medidas provisionales se dictan en dos momentos diferentes, el primero de oficio al momento de admitirse la demanda, y el segundo al momento de proveer la contestación de la demanda o en su caso la rebeldía; siendo justamente en este segundo acto en el cual el juez podrá poner a los hijos, bajo el cuidado de la

persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo incluso compartir la custodia de los hijos en común; siendo la primera legislación del país en contemplar la Custodia Compartida, aunque sin regularla.

El artículo 282 apartado B del Código Civil en estudio al igual que el Código Civil Federal da prioridad a la voluntad de los padres al momento de realizar la designación de la o las personas que deberán hacerse cargo de la Guarda y Custodia de los hijos; sin embargo en caso de desacuerdo, da una presunción legal casi absoluta a la madre para conservar la custodia de los menores (aunque varía el rango de edad de los menores, 12 años para el primer texto legal y 7 años para el segundo).

Cabe agregar que en el Distrito Federal tampoco se encuentra contemplado un procedimiento del Divorcio Voluntario como procedimiento especial e independiente del Divorcio Incausado, sin embargo para ambos casos (que acuda ante la autoridad uno o ambos cónyuges a solicitar el divorcio) deberán acompañar con dicha solicitud, una propuesta de convenio en la cual deberán designar de común acuerdo quien se hará cargo de los menores procreados por la pareja (artículo 267 frac. I), pudiendo ser esta compartida aplicando analógicamente el artículo 282 apartado B.

El artículo 283 señala que la sentencia de divorcio deberá fijar la situación de los hijos menores de edad en todo lo relativo a los derechos y obligaciones derivados de la Patria Potestad, en especial la Guarda y Custodia, las obligaciones de crianza y el derecho de los niños a convivir con ambos progenitores, omitiendo dentro del texto legal el contacto del menor con los demás miembros de ambas ramas familiares, a diferencia del Código Civil Federal.

Además como complemento para el caso de que durante el procedimiento se hubiere acordado la custodia compartida en su Artículo 283 Bis señala: *En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en*

términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos. De lo cual se interpreta que se deberá admitir la aplicación de dicha modalidad de la guarda y custodia, siempre y cuando no exista un peligro sea emocional o físico para los menores, atendiendo siempre a su interés superior.

Para los casos en que los padres que no vivan juntos reconozcan a un menor de edad, tanto en los casos de reconocimiento sucesivo o simultáneo; la Legislación Civil del Distrito Federal en sus artículos 380 y 381 continúa con la tradición legislativa del Código Federal, con la única diferencia de que prescinde de la audiencia del Ministerio Público, dándole más importancia a la audiencia de los padres, del hijo y al interés superior del menor.

Ahora bien en cuanto a las obligaciones de las personas que ejercen la guarda y custodia de un menor, mientras que en el código civil federal se dependen de una interpretación de sus artículos 413, 417, 422, 423 y 449; la legislación del Distrito las menciona expresamente en su artículo 414 Bis, siendo las siguientes:

I.- Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

II.- Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;

III.- Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del menor, y

IV.- Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor.

Continuando con el supuesto de la separación de hecho entre los padres de un menor de edad, el artículo 416 señala que ambos progenitores deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos

de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores; por lo cual en este caso también se podrá aplicar de manera analógica la figura de la Guarda y Custodia Compartida, aunque no lo manifieste expresamente el artículo referido. En caso de desacuerdo el juez deberá resolver viendo dicha resolución “como medida de protección hacia el menor de edad y no como una sanción a la conducta de las personas adultas”¹³¹.

El derecho de los menores a la plena convivencia con ambos progenitores, aun en caso de separación de los mismos se encuentra protegido en el artículo 416 Bis, el cual señala: *No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes*. En este caso la ley limita el derecho de convivencia solo a ascendientes, sin tomar en cuenta a los demás familiares colaterales del menor; como lo hace la Legislación Federal en la materia, y menos aún les da a los familiares el derecho a intervenir en juicio, al menos no de manera expresa.

El artículo 418 transfiere las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutor, aplicándolas a cualquier pariente que tenga la custodia de un menor. Señalando que dicha custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.

Finalmente los Artículos 421, 422 y 423 del Código Civil para el Distrito Federal señala los mismo derechos que sus análogos el Código Civil Federal; esto es: el derecho de cohabitar con el menor, la obligación de darles una educación conveniente, la facultad de corregirlos, el derecho de vigilarlos y la obligación de observar una conducta que sirva de buen ejemplo a los menores sujetos a su cuidado.

¹³¹ Pérez Duarte, Óp. Cit., p. 350

3.2.2 Código Civil para el Estado de México

Finalmente se estudiara la legislación aplicable en materia de Guarda y Custodia en el Estado de México, su forma de interpretación y la posibilidad de incluir dentro de las resoluciones judiciales mexiquenses la figura de la Guarda y Custodia Compartida.

Continuando con el sistema de estudio comparativo aplicado en los dos subtemas anteriores se estudiara en el mismo orden las figuras jurídicas en las que interviene la Guarda y Custodia, sin seguir necesariamente la numeración establecida en el Código Civil para el Estado de México.

Bajo esta tesitura, es menester hacer notar que la legislación del Estado de México, diferencia dos clases de divorcio que requieren la intervención judicial, en contraste con la legislación del Distrito Federal; esto quiere decir que tiene dos procedimientos diferentes para la disolución del vínculo matrimonial, uno para el divorcio voluntario y otro para el divorcio incausado.

De esta manera la Guarda y Custodia provisional otorgada en el procedimiento de divorcio (tanto en el incausado como en el voluntario), el artículo 4.95 fracción III señala que los padres deberán acordar lo conducente respecto la guarda y custodia de los hijos y a falta de acuerdo el Juez, en función del mayor interés de los menores y de los sujetos a tutela decidirá lo que considere más conveniente.

Así mismo y a diferencia de las legislaciones civiles vigentes en el Distrito y a nivel Federal, el artículo en comento señala que: *El otorgamiento de la guarda y custodia de un menor no estará sustentado en prejuicios de género, por lo cual deberá atenderse al interés superior del menor.* Con lo anterior, desaparece a nivel local en el Estado de México la presunción legal de la madre, como el ente más calificado para el cuidado y vigilancia de los hijos en común, colocando a la

pareja en una postura de equidad; aunque en la práctica, la mayoría de los juzgadores continúan aplicando una presunción humana de preferencia materna al momento de designar al progenitor custodio.

Respecto a las propuestas de convenio que se debe agregar de manera conjunta tanto en la tramitación del divorcio voluntario (artículo 4.102 del Código en cita), como el convenio que debe exhibirse de manera conjunta con la solicitud de divorcio incausado (artículo 2.373 del Código de Procedimiento Civiles para el Estado de México); se prescribe que en dichas propuestas se deberá designar a la persona que deberá tener la Guarda y Custodia de los menores, agregando el artículo 4.102 que: *Siempre velarán por lograr un ambiente sano acorde a las necesidades del menor evitando en todo momento generar sentimientos negativos, como odio, desprecio, rencor o rechazo hacia uno de los progenitores, de lo contrario serán sujetos a la suspensión o pérdida de la guarda y custodia;*

Ahora bien al momento de dictar la resolución que decrete el divorcio voluntario, se tomara en cuenta lo preceptuado por el artículo 4.96, por lo cual se determinarán los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad, respecto a la persona y bienes de los hijos, teniendo en cuenta el interés superior de los menores, su salud, costumbres, educación y conservación de su patrimonio.

La legislación en el Estado de México no establece expresamente del derecho de convivencia y pleno contacto del menor con los parientes de ambas ramas familiares como lo hace el Código Civil Federal, y se limita únicamente a señalar en su artículo 4.205 párrafo segundo, que a quien no le corresponda el derecho de custodia, le asiste el derecho de visitas.

Esta laguna legal respecto a la convivencia del menor con sus parientes, puede salvarse en base a la argumentación del Interés superior del menor, en conjunto con jurisprudencias que amplían el derecho de las visitas a otros

familiares, para que el menor tenga contacto principalmente con sus abuelos, tíos y primos pertenecientes a la familia del progenitor no custodio; sin embargo se hace necesaria la inclusión de este derecho del menor en el texto legal del Estado de México para darle mayor eficacia.

Siguiendo con los supuestos en que puede entrar en conflicto la custodia de los hijos, se encuentra el reconocimiento de los hijos cuando los progenitores no vivan juntos, estos casos, es decir, en el reconocimiento simultáneo (artículo 4.173) y en el reconocimiento sucesivo (artículo 4.174); la legislación civil del Estado de México continua con la tradición legislativa vigente en nuestro país, aplicando la misma solución que se da en los Códigos Civiles, Federal y para el Distrito Federal, atendiendo su resolución siempre al interés superior del menor.

En lo que respecta al caso de la separación de hecho de los progenitores quienes ejerzan la patria potestad y en el supuesto de que no exista acuerdo entre los padres sobre la custodia de sus hijos, el Juez deberá resolverá, teniendo siempre en cuenta el interés superior de los hijos; agregando además que a quien no tenga la custodia de los menores, le asiste el derecho de convivencia y visitas; conforme lo prescribe el artículo 4.205 del Código sustantivo en comento.

Es trascendental hacer notar que al derecho de convivencias y visitas, aunque no lo mencione el texto legal se le incluye como parte integrante de la Patria Potestad que conserva el progenitor no custodio: el derecho de vigilancia que “consiste en recabar o recibir periódicamente del otro progenitor, cuando sea preciso o cuando se considere necesario, noticias sobre la salud física y espiritual de los hijos, la marcha de sus estudios, la vigilancia y educación moral, religiosa, cívica para poder participar, en caso necesario o cuando en situaciones especiales o de emergencia que así lo requieran”¹³². En este sentido el Código Civil para el Estado de México vuelve a pecar de escueto al momento de regular dicha figura.

¹³² Chávez Asencio, Manuel, *Convenios Conyugales y Familiares*, Óp. Cit., p.108

Los elementos que el juzgador deberá tomar en consideración para determinar qué persona se hará cargo de la Custodia de los menores, para los casos de disenso entre los progenitores, se encuentran contemplados en el numeral 4.228, siendo un parte aguas en la materia al especificar un sistema diverso a los comúnmente utilizados en las legislaciones del país.

Para designar la guarda y custodia de los menores, la legislación en estudio no prevé un sistema de culpabilidades como lo hace el Código Federal, ni tampoco confiere una presunción legal casi absoluta a favor de la madre como la mayoría de las legislaciones estatales; si no que expresa que el juzgador deberá realizar dicho otorgamiento de la guarda y custodia de los menores *sin estar sustentado en prejuicios de género, por lo cual deberá atenderse al interés superior del menor*. Con el texto anterior, se coloca a los progenitores en una situación de paridad frente a sus hijos, reconociéndolos como sujetos que se presume tienen en sí, las mismas capacidades para atender el desarrollo de su prole, pero con diferentes aptitudes complementarias entre ellas.

También señala dentro de los criterios que deberán tomarse en cuenta que los mayores de catorce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos y si éstos no eligen el Juez decidirá; pero debemos recordar que existen diversas jurisprudencias en el sentido de que, la decisión de los menores de edad (aunque la ley les de esa facultad) puede no ser decisiva para el otorgamiento de la Guarda y Custodia, máxime en el caso de que la elección del menor no sea la más benéfica para interés superior del mismo; por lo cual el juez deberá valorar prudentemente su determinación.

En último lugar, el texto legal del artículo en análisis señala: *la resolución que ordene cuál de los padres ejercerá la guarda y custodia, se sujetará al interés superior del menor, velando en todo momento por la integridad física y mental de los hijos, atendiendo las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y a salvaguardar el sano desarrollo de los*

menores. En todo caso, deberá practicarse la pericial en psicología familiar a las parejas de los padres, con el fin de verificar la seguridad del menor de la guarda, custodia y aún de la convivencia.

Es por ello que se concluye que los juzgadores del Estado de México deberán valorar las especiales circunstancias del caso para poder determinar cuál es el ambiente más propicio para el sano desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos; pues el criterio directriz de acuerdo con la *ratio legis* del legislador mexiquense al momento de determinar la Guarda y Custodia de los menores; es precisamente en función del interés superior del menor y este puede encontrarse a través de la custodia exclusiva o compartida, aunque no se encuentre expresamente regulada en el texto legal.

De esta forma la designación de la guarda y custodia de un menor, no se trata de encontrar la mejor solución en forma abstracta y genérica para todos los casos, sino de establecer cuál es la mejor solución posible para un menor determinado, en razón de las circunstancias fácticas que configuran su entorno; pues la solución que ayer fue buena para un menor determinado puede no serlo hoy, no solo si la situación externa ha presentado variantes, sino también en razón de los cambios madurativos debidos al crecimiento del menor¹³³.

Finalmente cabe hacer hincapié en la diferencia de los Códigos Civiles vigentes en la Federación así como en el Distrito Federal, la legislación civil vigente en el Estado de México es muy “simple” al momento de regular el derecho de los progenitores de cohabitar con el menor, la obligación de darles una educación conveniente, la facultad de corregirlos, el derecho de vigilarlos y la obligación de observar una conducta que sirva de buen ejemplo a los menores sujetos a su cuidado; pues se puede interpretar se encuentran resumidos en sus

¹³³ Stilerman, Óp. Cit., p. 126

artículos 4.19, 4.201 y 4.203, los cuales dejan mucho a la doctrina y a la interpretación.

CAPITULO IV:
**LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA GUARDA Y
CUSTODIA COMPARTIDA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE
MÉXICO**

En el presente trabajo de investigación se ha estudiado de manera detallada la evolución histórica de la Guarda y Custodia, así como la manera en que se fue desprendiendo de la Patria Potestad; también fueron analizados diversos criterios doctrinarios respecto a su definición, características, naturaleza jurídica, derechos, obligaciones, elementos personales y modalidades en que se ejerce el cuidado y vigilancia de los menores de edad, a través de la figura de estudio; finalmente en el tercer apartado se analizó de manera jerárquica el contexto legal y la regulación jurídica del objeto de estudio, para comprender de manera integral su aplicación en los tribunales locales del Estado de México.

Atentos a las observaciones históricas, doctrinarias y legales que fueron planteadas en la presente tesis, el cuarto capítulo de este trabajo de investigación, pretende confrontar los tres apartados anteriores; a efecto de dar solución a la problemática que dio origen al objeto de estudio, precisamente: la falta de regulación jurídica de la Guarda y Custodia compartida en la legislación civil vigente para el Estado de México.

4.1 Contradicción de criterios en los Tribunales del Estado de México en materia de Guarda y Custodia Compartida

La contradicción de criterios en los Tribunales locales del Estado de México, tiene su origen a partir de la inclusión en la legislación sustantiva Civil del Distrito Federal de la figura de la Guarda y Custodia Compartida. Dicho supuesto normativo que fue innovador para el Sistema Jurídico Mexicano más que solucionar la problemática de las familias en crisis residentes en el Distrito Federal, provoco confusiones y criterios opuestos entre los juristas y juzgadores

mexicanos, quienes poco conocían sobre el tema; debido a que no se encontraba debidamente regulada la figura, y que en doctrina jurídica mexicana poco o casi nada se había tratado el tema.

Es importante destacar que el error legislativo cometido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al incluir a la Guarda y Custodia Compartida sin reglamentarla, ocurrió también en España donde “las leyes que introdujeron la figura (al menos para no vedarla) no la regularon; fue insertada como un simple nombre, pero ninguna norma clarificó su contenido o afirmó cómo debía de ser aplicado; por eso fueron *normas en blanco*”¹³⁴. Así las cosas, si en el Distrito Federal hubo inconvenientes al emplear la Custodia Compartida; en el Estado de México (donde ni siquiera está contemplada de nombre la figura) su aplicación encontró un gran rechazo por parte de los aplicadores de la justicia.

La cercanía de ambas entidades federativas, así como el hecho de pertenecer al área metropolitana (lo cual supone la interacción continua e influyente entre sus respectivas legislaciones), tuvo como resultado que los litigantes residentes del Distrito Federal, transportaran mediante sus propuestas de convenios la inclusión de la figura jurídica de la Guarda y Custodia Compartida, como un medio de solución alternativo de conflictos en las parejas en crisis del Estado. Y fue este hecho el que provocó justamente, la contradicción de criterios en los Tribunales locales mexiquenses, quienes tienen pocos elementos (tanto legales como doctrinarios), para tomar en consideración la aplicación o negación de la Custodia Compartida al caso concreto, aun en los casos de convenio, y menos aún en una resolución final como sería una sentencia.

El primer inconveniente que surgió al momento de proponer la aplicación de la modalidad de la Guarda y Custodia Compartida en el Estado de México, fue la omisión total de dicha figura dentro de la legislación civil vigente en la entidad.

¹³⁴ Kemelmajer de Carlucci, Óp. Cit., p.140

En la mayoría de los casos los juzgadores ni siquiera entraba al estudio de la conveniencia o no de la implementación de la figura jurídica en la familia en crisis, argumentando simplemente que no se puede aplicar la figura de la Guarda y Custodia Compartida por ser un trámite no previsto en la legislación vigente de la entidad.

Este argumento, carece de fundamento jurídico pues de acuerdo al control difuso de la convencionalidad y al método de interpretación conforme, que pretenden hacer valer los derechos humanos y en especial el interés superior del menor contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño; los juzgadores tanto federales como locales tienen la obligación de optar por la medida que se torne más benéfica para los menores que se encuentran inmersos en un conflicto judicial. Por lo tanto, aun cuando en la legislación positiva mexicana no se encuentre normada la Guarda y Custodia Compartida, los Tribunales locales tienen la obligación constitucional de estudiar de oficio la conveniencia de cualquier medida que proteja los intereses de los menores, determinando con miras en este parámetro, si se debe negar o aplicar al caso las medidas propuestas por los progenitores en el convenio regulador de la crisis familiar, en lugar de desechar sus pretensiones simplemente porque existe una laguna legal.

Además de la problemática anteriormente expuesta, en dado caso de que los padres de la familia en crisis logran superar la laguna legal existente en la Custodia Compartida; otra oposición que suele encontrarse en la implementación de esta figura, y la cual tiene un verdadero fundamento jurídico y psicológico es “la posible inestabilidad de los menores, producida por los continuos cambios de domicilio; los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando; y las dificultades para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de las vidas de los menores”¹³⁵.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 164

Ciertamente el peregrinaje de los menores de edad entre dos estilos de vida diferentes, así como los constantes cambios de domicilio a los que se encuentran sometidos, es uno de los puntos débiles de la figura en estudio. Sin embargo existen caso de separación de la pareja (que si bien son contados) en los cuales existe una relación cordial entre los progenitores, y que la separación fue decidida de manera madura y responsable debido a causas como superación profesional o cambios en los modelos de vida; y no necesariamente por problemas insuperables de caracteres o conflictos internos en el matrimonio. Es decir la separación de la pareja y la consecuente implementación de la Guarda y Custodia Compartida es una solución preventiva a los posibles problemas que pudiere traer consigo un cambio en los estilos de vida de la familia, a efecto de evitar un daño mayor.

Otra desventaja latente al momento de estudiar la implementación o no de la Custodia Compartida, es la finalidad que persiguen los ascendientes al momento de solicitarla, pues puede ser una amenaza esgrimida con el fin de ejercer presión o violencia sobre la familia; así mismo puede perseguir la propósito de salirse con la suya en el reparto de bienes, librarse de la pensión alimenticia, obtener el domicilio familiar etc. En algunos países se han dado casos (aunque poco frecuentes) en los que se pide la Custodia Compartida con la única intención de fastidiar a la ex pareja¹³⁶. Es por lo anterior que el análisis realizado por el Juez, debe valerse de estudios interdisciplinarios en materia de psicología y trabajo social; a efecto de evitar posibles manipulaciones, tomando en consideración todos los elementos del caso, estudiando minuciosamente las propuestas de los padres y la opinión de los menores.

Ahora bien desde el punto de vista de su aplicación, existen varias problemáticas que la pareja debe sortear para obtener la aprobación judicial de la

¹³⁶ Cfr. Poussin y Lamy, Óp. Cit., p. 59

Guarda y Custodia Compartida, pues a pesar de ser idealmente positiva y de que en la teoría ofrezca muchas ventajas, algunos autores consideran a la misma como irrealizable en la mayor parte de las situaciones concretas que la vida propone; mencionan que es benéfica solo hipotéticamente, porque para su efectiva realización se requieren condiciones excepcionales de consentimiento, capacidad de aceptación, y buena voluntad de ambos padres¹³⁷, situación que no acontece en la mayoría de los casos de separación de la pareja.

En esencia el argumento vertido anteriormente es cierto; para la aplicación de la Custodia Compartida es necesaria toda la tolerancia que tengan padres para conllevar no solo las obligaciones paternales, los derechos de crianza, la educación y la vigilancia de los hijos; sino también de compartir el tiempo, el esfuerzo, la comunicación y hasta la privacidad tanto del padre como de la madre del menor. Pero no debe perderse de vista también, que la sociedad ha evolucionado a pasos agigantados y que algunos padres están dispuestos a realizar tal “sacrificio” por el bien de sus hijos, circunstancia que si bien es excepcional, no puede ser vedada por criterios tradicionalistas y obsoletos de nuestros Tribunales, pues negarían una excelente oportunidad de desarrollo y crecimiento de los hijos, por ser un ejemplo ideal de que todos los conflictos se pueden solucionar negociando y cediendo un poco de nuestros intereses por un bien mayor.

Al final del día, debemos comprender que las acciones y responsabilidades derivadas de la relación paterno-filial, van más allá del simple contacto físico derivado de la convivencia con el menor. “Cualquiera de los padres (quien tiene la guarda o quien no la conserva) puede desplegar una serie de cuidados, protección y actividades en relación al hijo que no exigen necesariamente la vida en común”¹³⁸. Los niños mexiquenses tienen derecho a la plena convivencia con ambos progenitores, a través de la medidas que

¹³⁷ Kemelmajer de Carlucci, Óp., Cit., p. 182

¹³⁸ Ibídem, p. 139

implementen las leyes para su protección, pero en caso de que la ley sea insuficiente, también se les puede (y se agregaría que se debe) proteger mediante los modelos de vida familiares, sociales y culturales que mejor se adapten a cada niño, niña o adolescente en concreto.

En conclusión los juzgadores locales mexiquenses, deben tomar en consideración las circunstancias especiales del caso en concreto¹³⁹, es decir todos los elementos objetivos (lejanía de las casas, posibilidades económicas, reparto proporcional de tiempos de estancia) y subjetivos (como sentimientos de abandono, rencor, ira o desapego) que previamente deben ser valorados para motivar la resolución judicial; y mediante las cuales se fijan los parámetros convenientes para salvaguardar el interés superior de los menores en conflicto. Siendo estas mismas circunstancias especiales del caso las que permitirán al juez dar mayor flexibilidad al procedimiento judicial familiar y al mismo tiempo apartarse de las normas legales expresas, fundando su apartamiento en que: la norma en cuestión no es aplicable al caso concreto, pues no otorga la mejor solución para preservar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pudiendo aplicar por lo tanto la Guarda y Custodia Compartida.

4.2 Criterios rectores para la regulación jurídica de la Guarda y Custodia Compartida

Para comprender mejor la naturaleza y los objetivos de la Guarda y Custodia Compartida, es preciso entender que ésta, fue concebida y nació con la ayuda de la mediación familiar; mediante este método alternativo de resolución de conflictos que constituye uno de sus pilares, se ha dicho que prescindiéndose de

¹³⁹ Rubro: GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ASPECTOS QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA SU FIJACIÓN, Época 10ª, Registro: 2007476 Instancia: T. C. C. Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, Tesis: II.1o.12 C (10a.), p. 2424.

la mediación y de la conciliación, la guarda compartida pierde gran parte de su capacidad de resolver problemas¹⁴⁰.

A efecto de dar mejores parámetros para la deliberación de la aplicación de la Guarda y Custodia Compartida a un caso concreto, la doctrinaria española Aurelia María Romero, señala diversos elementos que se pueden llegar a considerar favorecedores para que prospere de mejor manera esta modalidad de la custodia, los cuales se enumeran a continuación:

1º Que el domicilio de ambos progenitores fuera próximo, lo cual facilita las alternancias domiciliarias;

2º Que el niño disponga en ambos domicilios de su propio espacio y de estabilidad emocional;

3º Que ambos progenitores dispongan de capacidades personales (voluntad) y parentales adecuadas para el ejercicio de la custodia;

4º Que entre los progenitores y el hijo haya una vinculación segura y afectuosa;

5º Que la relación entre ambos progenitores sea buena;

6º Que no se vea alterado el desarrollo integral del hijo, ni de aspectos concretos de su existencia, como rendimiento escolar, interferencias las reclamaciones sociales, angustias o repercusiones internas negativas¹⁴¹.

En lo concerniente a la proximidad domiciliaria, podemos encontrar diversos criterios subjetivos de lejanía o proximidad, en general se suele recomendar una compatibilidad geográfica (es decir que sea fácil el traslado del menor), como por ejemplo cuando ambos progenitores viven dentro de la misma colonia o por lo menos que sus respectivos domicilios se encuentren a no más de treinta minutos entre ellos y de la escuela; a efecto de proporcionar mejores

¹⁴⁰ Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Óp. Cit., p. 181

¹⁴¹ Cfr. Romero Coloma, Óp. Cit., pp., 28-29

referencias estabilizadoras al menor. Sin embargo a pesar de lo anterior, este punto es el que más flexibilidad puede llegar a tener siempre y cuando exista disposición por parte de los padres a compartir los tiempos y los gastos que implicaría un desplazamiento mayor de sus hijos hacia sus respectivos domicilios.

También se resalta la importancia, de que el menor en ambos domicilios debe tener un espacio propio, con suficientes bienes para el desarrollo cotidiano de sus actividades escolares y de recreación; situación que en ocasiones resulta difícil hablando económicamente pues no todas las familias cuentan con los ingresos suficientes para sufragar este tipo de gastos dobles; pero no es una solución del todo imposible, dado que “una solución sería acordar que los hijos menores permanezcan siempre en el domicilio familiar y que sean los progenitores los que vayan alternando la convivencia en la vivienda”¹⁴², tal como se ha decretado de diversas resoluciones por Tribunales Españoles e incluso las resoluciones del Poder Judicial Federal en nuestro país, a modo de ejemplo la tesis nombrada GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. SU NATURALEZA JURÍDICA Y MODALIDADES.

A este respecto y bajo las premisas que enuncian los puntos 4º, 5º y 6º enumerados, debe tomarse en consideración que debe buscar perturbar lo menos posible el estilo de vida del menor, manteniendo una similitud en los modelos de vida que se encontraban antes de la ruptura familiar; porque no sería lógico decretar una Guarda y Custodia Compartida en los casos en que el padre o la madre se hayan encontrado ausentes del hogar por periodos relativamente largos de tiempo por cuestiones de trabajo; y pretender que por la separación, el menor de un día para otro, deba adecuarse a convivir de manera cotidiana con un adulto con el cual, si bien reconoce como su progenitor, no existe una vinculación afectiva fuerte. Por lo tanto el Juez tendrá que analizar la dinámica familiar anterior a la separación o divorcio de los progenitores, es decir la presencia y participación del padre y la madre en el marco de las relaciones familiares, para buscar preservar su papel en la formación del menor de la mejor manera posible.

¹⁴² Ibidem, p. 36

Como consecuencia del análisis de los elementos anteriormente descritos de manera enunciativa mas no limitativa; puede concluirse que el establecer determinados presupuestos objetivos favorecedores de un sistema de custodia compartida, no significa que deban concurrir cada uno de ellos para que resulte benéfico para el menor la implementación de la figura, ni tampoco quiere decir que de no concurrir alguno de ellos deba denegarse sin más dicho sistema de custodia; pues finalmente, es una decisión que debe tomarse acorde a las necesidades del caso concreto, ello se infiere derivado de que la situación de un menor no es necesariamente igual a la de otro niño de la misma edad envuelto en una situación similar¹⁴³.

En cuanto a las situaciones o elementos que deben tomarse en consideración para la denegación de la Guarda y Custodia Compartida podemos encontrar principalmente los siguientes:

- 1º Sometimiento de uno de los progenitores a proceso penal;
- 2º Indicios fundados de violencia doméstica;
- 3º Cualquier circunstancia que haga peligrar la integridad física, psíquica o moral del niño permite fundar la denegatoria de la custodia compartida (violencia familiar)¹⁴⁴;
- 4º Cuando los progenitores, ya separados o divorciados, no logran llevarse bien, no mantienen una armonía mínima, en sus relaciones de cara a sus hijos, será inviable la medida de la Guarda y Custodia Compartida;
- 5º Conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente cuando, existen malos tratos, a causa de la continua exposición de los hijos a esos enfrentamientos¹⁴⁵.

¹⁴³ Kemelmajer de Carlucci, Óp. Cit., pp.144-145

¹⁴⁴ Ibídem, pp. 158-160

¹⁴⁵ Romero Coloma, Óp. Cit., pp. 23 y 29

En cuanto al sometimiento de uno de los progenitores a un proceso penal, resulta lógico que se niegue la Guarda y Custodia Compartida, debido a que durante el proceso (y dependiendo del mismo) no podrá hacerse cargo de sus obligaciones paterno-filiales, y si bien es cierto que ello no es motivo suficiente para prohibir de plano que tenga contacto con sus hijos, si puede ser motivo suficiente para limitar un poco su convivencia, más aun en una figura tan importante para el desarrollo del menor.

En lo concerniente a los indicios fundados de violencia también resulta completamente racional, el hecho de negar la aplicación de la figura jurídica en estudio, pues en algunos países se han documentados casos, en los cuales el progenitor violento “solicita la custodia compartida como medio para seguir controlando, acosando y maltratando a su pareja a través del maltrato potencial o real de los hijos¹⁴⁶”. En estos casos el Juez, antes de tomar una determinación definitiva deberá allegarse de todos los medios de convicción puestos a su disposición, para salvaguardar la integridad de los menores, a través de los estudios ordenados de oficio en materia de Psicología y Trabajo Social, así como escuchando prudentemente a las partes del proceso y valorando objetivamente la opinión de los menores.

En cuanto a los puntos 4º y 5º es precisamente por lo cual diversos doctrinarios se encuentran en contra de la Guarda y Custodia Compartida decretada de oficio, debido a que la implementación de dicha figura jurídica requiere un mínimo de respeto, tolerancia y compromiso para con los menores. En síntesis, para que la Guarda y Custodia Compartida prospere por lo menos con un mínimo de éxito, es necesario que las condiciones educativas de los progenitores sean compatibles, lo que exige un cierto grado de cooperación entre

¹⁴⁶ Tapia Parreño, Óp. Cit., p. 144

los padres, con el riesgo de que si no existe, aumente los conflictos ya existente entre estos.

Finalmente respecto a los elementos que limitan la aplicación de la Custodia Compartida, dentro de la doctrina italiana podemos encontrar también los siguientes: “cuando uno de los progenitores resida en una ciudad o en un país diverso y lejano al domicilio del hijo y del otro progenitor; también la aversión o el rechazo del niño , no obstante todos los esfuerzos realizados por el juez y por el otro progenitor para favorecer la recuperación de la figura rechazada; la enfermedad psiquiátrica de tal gravedad que pueda dudarse de la capacidad del progenitor para ocuparse convenientemente del cuidado del niño; así como una conducta inmoral o completamente irresponsable¹⁴⁷”.

En lo que respecta a los beneficios que trae consigo la implementación del objeto de estudio; de acuerdo con una investigación realizada por Aida Kemelmajer, la Audiencia Provincial de Barcelona, en España, en una resolución respecto a la Guarda y Custodia Compartida del año 2007, enumero los siguientes beneficios que trae consigo la aplicación de la Guarda y Custodia Compartida:

“a) Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores, pese a la ruptura de las relaciones de pareja...;

b) Se evitan determinados sentimientos negativos en los menores, entre los cuales cabe relacionar los siguientes: miedo al abandono, sentimiento de culpa, sentimiento de negación; sentimiento de suplantación, etc.;

c) Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación de nuevo contexto y

¹⁴⁷ Kemelmajer de Carlucci, Óp. Cit., p. 177

se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente, por parte de los padres frente a los hijos;

d) Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus obligaciones y derechos inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo de sus hijos, evitando, así, el sentimiento de pérdida que tiene el progenitor cuando se atribuye la custodia al otro progenitor y la desmotivación que se deriva cuando debe abandonarse la pensión de alimentos...;

e) No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores;

f) Hay una equiparación entre ambos progenitores en cuanto a tiempo libre para su vida personal y profesional...;

g) Los padres han de cooperar necesariamente, por lo que el sistema de guarda compartida favorece la adopción de acuerdos, lo que se convierte así mismo en un modelo educativo de conducta para el menor”¹⁴⁸.

Sin embargo, a pesar de las crecientes ventajas que tiene la implementación de la figura de la Guarda y Custodia Compartida, no debe perderse de vista que, para que se pueda llevar a cabo efectivamente y así lograr su objetivo; es indispensable que ambos progenitores contribuyan en la medida de sus posibilidades (y cabría agregar que de sus responsabilidades) al sano desarrollo de sus hijos, ya que sin su voluntad ningún beneficio de los anteriores será obtenido.

¹⁴⁸ *Ibíd*em, p. 164-165

Ya se han estudiado algunos elementos que favorecen la aplicación de la guarda y custodia compartida, así mismo algunos que sirven como parámetro para negar su implementación, a la vez que se han señalado los beneficios que en otros países se han obtenido con su ejecución en casos concretos; ahora toca estudiar las modalidades temporales en las cuales puede hacerse uso de la Guarda y Custodia Compartida según algunos doctrinarios extranjeros, modelos que a continuación se enlistan¹⁴⁹:

- Modelo temporal de alternancia horario en el mismo día: alternando por ejemplo el cuidado de los hijos desde las siete de la mañana hasta las dos de la tarde, horario en que la madre trabaja y el padre se encarga de preparar el desayuno así como llevarlos y recogerlos de la escuela, para que la madre se encargue de dar la comida y ayudarlos con las tareas en la tarde;
- Modelo de alternancia diaria o de dos días: cuando los menores turnan en la residencia de cada uno de los padres uno o dos días a la semana por ejemplo, lunes y martes con el padre, miércoles y jueves con la madre, viernes sábado con el padre, etc.
- Alternancia semanal, que conllevan periodos más largos de estancia con cada progenitor, y que suele ser el más usado cuando la distancia entre los domicilios y la escuela no es tan grande, suele darse un día a la semana para que el progenitor no custodio conviva con su hijo.
- Alternancia Quincenal; es decir que habita quince días en el domicilio de cada uno de sus progenitores, en este sistema al igual que en los subsecuentes se hace indispensable la fijación de

¹⁴⁹ Cfr. Romero Coloma, Óp. Cit., pp. 163-164

un régimen inter-quincenal de visitas y convivencias con su progenitor no custodio, ya sea un día de cada semana o el fin de semana intermedio.

- Alternancia Mensual; no se requiere explicación respecto a su desarrollo, sin embargo cabe recalcar que es necesaria la fijación de un régimen de convivencias con el progenitor no custodio durante el mes de estancia, y así mismo se hace recomendable también la aplicación de una pensión alimenticia mensual para solventar los gastos del menor.

- Alternancia Anual; como si se tratara de una designación de Guarda y Custodia Monoparental, es requisito *sine qua non* la delimitación clara y precisa de un régimen de convivencias y visitas con el progenitor que durante ese año no goce de la custodia del menor, al mismo tiempo que deberá quedar precisado el monto de pensión alimenticia que deberá proporcionarse durante el año de estancia y la forma de garantizar dicha obligación.

Como se puede observar la casuística y las posibilidades son muy amplias, y puede existir una opción para cada caso particular, la importancia reviste en que se salvaguarde el desarrollo emocional de los menores, de la mejor manera posible, pues como ya se había expresado anteriormente en el presente trabajo, la Guarda y Custodia Compartida no implica necesariamente una distribución exactamente igualitaria del tiempo de estancia con ambos progenitores, sino que implica esencialmente una participación intensa de ambas partes en sus obligaciones de crianza y educación, funciones inherentes a la Patria Potestad.

Ahora bien, continuando con las modalidades en que debe desarrollarse la Guarda y Custodia Compartida, y tomando en consideración lo expuesto en párrafos anteriores, se hace indispensable fijar por lo menos los parámetros en que ambos progenitores se harán cargo de sus obligaciones alimentarias, para con sus hijos.

Si bien es cierto, algunos autores consideran que es innecesario la fijación de una pensión alimenticia a través de un monto fijo en efectivo, debe tomarse en consideración los modelos temporales descritos con anterioridad para poder tomar una determinación al respecto. En España por ejemplo: “lo usual en la práctica es abrir una cuenta corriente a nombre de ambos progenitores, en la que ambos aportan una cantidad mensual normalmente fija, la misma todos los meses, añadiendo a ello el pacto de que cada uno de los progenitores se haga cargo de los gastos del hijo en los periodos que pase con cada progenitor”¹⁵⁰.

Una solución acertada, pero que requiere un amplio grado de responsabilidad y confianza entre los padres; y a la cual cabría agregar en su caso, que ambos progenitores se responsabilizan del pago previa comprobación del gasto del 50% de las erogaciones extraordinarias que pudieran llegar a presentarse, como por ejemplo alguna hospitalización en caso de no contar con seguridad social.

Existen también otros casos en los que “se mantiene el sistema habitual de abono de pensión, si bien, en la determinación de la cuantía, seguramente, se haya tenido en cuenta la aportación económica que deriva de la estancia del hijo con cada uno de los progenitores en periodos similares a los que pasa con éste el progenitor que va a percibir la pensión”¹⁵¹, en estos casos la pensión alimenticia debe decretarse también bajo los principios de necesidad del acreedor alimentario

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 142

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 142

y de la posibilidad de quien debe otorgarlos, tomando en cuenta los ingresos de ambos progenitores.

Ahora bien, en lo que respecta con la aplicación de un Régimen de Convivencias y Visitas la doctrina internacional se encuentra dividida, debido a que algunos autores opinan que: “la modalidad de la guarda y custodia compartida deja sin contenido y convierte en innecesario el régimen de convivencias de los hijos con el progenitor no custodio; efectivamente no se presentan fundamentos o presupuestos que lo justifiquen”¹⁵²

Sin embargo, como ya se detalló anteriormente, existen casos en que el establecimiento de la custodia compartida no elimina la fijación de un régimen de convivencias y visitas para los progenitores; sobre todo en aquellos lapsos en que el hijo no se encuentre a su cargo. Por lo general se recomienda, si la alternancia es por meses, se fija en los fines de semana o días entre semana. Si la alternancia es Semestral o anual, se suele señalar además visitas durante los meses de vacaciones¹⁵³. Ello tiene su fundamento en el tiempo de estancia que habita con cada progenitor, debido a que lo buscado con este modelo de Guarda y Custodia es precisamente, que no se pierda en contacto con ambos progenitores de manera prolongada.

En cuanto a la manera de aplicar la Guarda y Custodia Compartida es preciso mencionar la forma en que su aplica de manera provisional en Francia, la aplicación de dicha figura jurídica. Por ejemplo, cuando en el mencionado país, el juez descubre que se ha producido un incumplimiento del derecho de visitas o que alguno de los progenitores demuestra mala voluntad, hasta el punto de hacer peligrar el buen funcionamiento del sistema, éste podrá imponer la custodia compartida solo por un tiempo determinado; de seis meses, por ejemplo

¹⁵² Kemelmajer de Carlucci, Óp. Cit., p. 161

¹⁵³ Romero Coloma, Óp. Cit., p. 168

El juez una vez pasado esos meses de prueba, vuelve a ver a los padres y dependiendo de cómo se haya comportado cada uno, decide o no perpetuar el sistema. Además, si comprueba que los hijos no obtienen ningún beneficio con este régimen, que los padres están a punto de estallar debido a los conflictos o que uno de ellos busca pelea, podrá decidir cambiar el régimen de custodia del niño¹⁵⁴.

Una vez realizado lo anterior y previo haber recibido los estudios de los especialistas, los dos hogares vuelven entonces al sistema tradicional, y se concede la custodia principal al progenitor que haya mostrado mejor disposición en facilitar el contacto del hijo con el otro.¹⁵⁵ Una solución ecléctica y con un procedimiento bastante flexible, pero que otorga una solución acertada a la problemática familiar y permite identificar al padre más apto para conservar la custodia del menor en caso de que no prospere la Custodia Compartida, sin prejuicios de los roles de género.

Además de lo antepuesto, podría también completar la acción estableciendo como obligación para el Juzgador, que se convocara a ambos progenitores para explicarles el significado de “la guarda compartida”, su importancia, la similitud de deberes, y de derechos atribuidos a los progenitores y las posibles sanciones del incumplimiento de las responsabilidades paterno-filiales.

Una vez analizado en su conjunto el presente trabajo puede decirse a manera de conclusión que la Guarda y Custodia Compartida no es sino una de las posibles formas de guarda y Custodia más previstas para tutelar de la mejor manera posible el interés superior del menor, perfectamente viable solo a instancia de ambos padres (a juicio del autor del presente trabajo de investigación), siempre y cuando sea decretada con ayuda de un cuerpo de especialista que avale dicha

¹⁵⁴ Poussin y Lamy, Óp. Cit., p. 33

¹⁵⁵ *Ibidem*

implementación, pues es finalmente obligación de los Tribunales garantizar los derechos de los menores sujetos a su jurisdicción.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En la antigua Roma no existió Guarda y Custodia como figura independiente de la Patria Potestad; pues ésta era considerada un poder casi absoluto del paterfamilias sobre toda su descendencia durante la Monarquía, y que evolucionó gradualmente hasta convertirse en una figura con limitados privilegios a favor de los hijos a mediados de la época Imperial.

SEGUNDA.- Durante la Edad Media en Europa se comienza a desprender la figura de la Guarda y Custodia de la Patria Potestad debido a la aparición del Divorcio (en casos verdaderamente excepcionales); mientras que la Patria Potestad paso a convertirse en una institución protectora de los menores debido a la influencia que tuvo en ella, el *mund* germánico y el cristianismo.

TERCERA.- En el Texto de Código Napoleónico no se distingue claramente la diferencia entre la Guarda y Custodia y la Patria Potestad, sin embargo los doctrinarios de la época ya identifican el derecho de Guarda como parte fundamental de la Patria Potestad, sin la cual los padres no pueden cumplir con su obligación natural de educar, dirigir, vigilar, y cuidar a la persona del menor.

CUARTA.- En el articulado del Código Civil del Estado de México abrogado, todavía se confunden en varios segmentos legales a la figura de la Guarda y Custodia con el ejercicio de la Patria Potestad; si bien es cierto se comienza a diferenciar más claramente ambas figuras. En la práctica se emplea un sistema de culpabilidades para determinar a favor de cual progenitor debía prevalecer la Custodia de los menores en el divorcio necesario y dejando a la voluntad de las partes en los demás casos de separación de la pareja, comenzando a tomar importancia el interés superior del menor.

QUINTA.- En la actualidad la doctrina mexicana considera a la Patria Potestad como una institución jurídica que comprende al conjunto de derecho y obligaciones paterno-filiales derivadas del hecho natural de la filiación, ejercida por los ascendientes en el orden establecido por la ley; cuyo objeto es la protección y asistencia de los menores no emancipados sujetos a ella.

SEXTA.- La Guarda y Custodia es por lo tanto una de la obligaciones principales que integran a la institución de la Patria Potestad, cuyo significado es precisamente el contacto personal, físico y directo existente entre padres e hijos (principalmente aunque no de manera exclusiva), realizado con cuidado y esmero, en miras de proteger y preservar a la persona del menor.

SÉPTIMA.- La naturaleza jurídica de la Guarda y Custodia compartida se traduce en ser un encargo privado de interés público, cuyas principales características son la inenajenabilidad, irrenunciabilidad, transmisibilidad, imprescriptibilidad, de orden público y de interés social.

OCTAVA.- la Guarda y Custodia compartida es una de las posibles modalidades en que se puede ejercer la Guarda y Custodia; la cual implica la corresponsabilidad de ambos progenitores de continuar cumpliendo con sus derechos y obligaciones paterno-filiales en los casos de ruptura familiar; distribuyendo de manera proporcional y equitativa los tiempos de estancia de los hijos para lograr una participación más activa del padre y la madre en la vida del menor.

NOVENA.- La Guarda y Custodia compartida no se encuentra regulada en el Código Civil del Estado de México, sin embargo se puede aplicar dicha figura jurídica fundamentando la decisión judicial en la Convención de los derechos del Niño mediante la aplicación del Bloque de Constitucionalidad y el control difuso de la convencionalidad a efecto de salvaguardar debidamente el interés superior del menor; si las circunstancias del caso así lo permiten.

DÉCIMA.- El código civil del Distrito Federal solo menciona la figura de la Guarda y Custodia Compartida sin regularla; sin embargo la laguna legal puede ser subsanada aplicando el principio pro-persona contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y realizando una interpretación armónica y conforme de las facultades y deberes contenidos en la Ley General de los derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, de manera conjunta al principio de igualdad entre el hombre y la mujer, y del interés superior del menor.

DÉCIMA PRIMERA.- Para determinar la aplicación de la Guarda y Custodia Compartida los Tribunales de Estado de México deberán valerse de las facultades de dirección en el proceso que les confiere la ley adjetiva vigente; a efecto de darle mayor flexibilidad al procedimiento apartándose de las normas legales expresas a efecto de poder dar la mejor solución debido a las circunstancias especiales del caso concreto; pues la ley no puede regular la amplia variedad casuística de todas las familias mexiquenses.

DÉCIMA SEGUNDA.- La existencia de determinados elementos que se consideren favorecedores para la implementación de la figura jurídica de la Guarda y Custodia Compartida, no presupone que deban reunirse todos ellos para que la medida resulte benéfica para un menor determinado, o que de no acudir alguna, su aplicación esté destinada al fracaso; finalmente se trata de buscar la solución que sea más benéfica para un menor en concreto, y no un remedio para una hipótesis general y abstracta.

DÉCIMA TERCERA.- Contrario a lo que comúnmente se piensa, la aplicación de la Guarda y Custodia Compartida no implica necesariamente la desaparición de la figuras de Pensión Alimenticia y de Régimen de Convivencias y Visitas; debido a que las modalidades temporales en que se puede ejercer esta modalidad de custodia son muy variadas, entre mayor sea el tiempo de estancias de los hijos con cada uno de sus progenitores, el juzgador deberá estar más

atento a efecto garantizar de manera adecuada los derechos alimentarios de los menores y propiciar el contacto con ambas ramas familiares.

DÉCIMA CUARTA.- Una posible solución para garantizar la aplicación exitosa de la Guarda y Custodia Compartida, es emplearla como medida provisional por un lapso de tres a seis meses y posteriormente observar los beneficios o perjuicios que se ocasionaron con la implementación de dicha figura en la familia en crisis; con apoyo de especialistas en Psicología y en Trabajo Social que determinen pros y contras, el juez podrá valorar objetivamente si se puede continuar con su práctica o implementa una Custodia Tradicional con un Régimen de convivencias y Visitas amplio.

PROPUESTAS

PRIMERO.- La modificación del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Estado de México, a efecto de que permita apartarse de las formalidades rígidas del procedimiento familiar tomando en consideración el interés superior de los menores en los casos de excepción, como lo es, la Guarda y Custodia Compartida.

SEGUNDO.- Establecer la obligación por parte del Tribunal al momento de que sea presentado el Convenio en que se solicite la Guarda y Custodia, de analizar de oficio las circunstancias especiales del caso, como lo son la proximidad de los domicilios de los padres, la conservación de la estabilidad emocional y social del menor, la voluntad de los padres para llevar a cabo este sistema, la opinión de los menores, así como alto grado de disponibilidad entre los progenitores para llegar acuerdos.

TERCERO.- Enlistar en la ley expresamente de manera enunciativa mas no limitativa, las causas para negar la Guarda y Custodia en cualquiera de sus modalidades (monoparental o compartida); como lo son tener un procedimiento penal seguido en contra la persona que pretende obtener la custodia de un menor, la presunción fundada de violencia familiar o, las circunstancias que puedan hacer peligrar la integridad física o mental del menor, ya sea por las personas con quienes conviviría o por el lugar donde habitaría.

CUARTO.- Incluir dentro de las obligaciones del Juzgador al momento de decretar la Guarda y Custodia Compartida ya sea de manera provisional o definitiva; que advierta al padre y a la madre del menor, los derechos y las obligaciones que tendrán como parte del sistema de custodia compartida, haciendo énfasis en la alta disponibilidad que deberán tener para resolver los problemas que en convenio no puedan preverse, ello en cuanto a la educación y cuidado de los hijos en común. En ese orden de ideas el Juez deberá buscar

obtener un sistema ágil de toma de decisiones para los casos de emergencia en los cuales se requiera el acuerdo de los padres, y que por caso fortuito o fuerza mayor no puedan llegar a consenso.

QUINTO.- Se propone también que en caso de otorgar una Guarda y Custodia Compartida por convenio, se ordene poner en práctica un periodo de prueba de manera provisional, a efecto de analizar prudentemente los beneficios y las desventajas presentadas durante su desarrollo para garantizar su correcto desempeño de manera definitiva. Dicho periodo de prueba puede durar de tres a seis meses de acuerdo a las circunstancias del caso.

SEXTO.- A este efecto se propone también que el juzgador requiera de oficio y aunque no exista controversia: la opinión de especialistas en materia de Psicología y de Trabajo Social, quienes al finalizar el periodo de prueba, ofrecerán al Juez su valoración respecto a la pertinencia de continuar con la Custodia Compartida; o en su caso cambiar a un sistema tradicional de guarda monoparental, sin que en sus respectivas valoraciones existan prejuicios de género o de cualquier otro tipo.

BIBLIOGRAFÍA

- Batres Guadarrama, Martí, *Los Derecho de las Familias en la Ciudad de México*, 1ª Ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 2010.
- Castán Vázquez, José María, *La Patria Potestad*, 1ª Ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1960.
- Chávez Asencio, Manuel, *Convenios Conyugales y Familiares*, 5ª Ed., México, Porrúa, 2005.
- Chávez Asencio, Manuel, *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, 5ª Ed., México, Porrúa, 2005.
- D' Antonio, Daniel Hugo, *Derecho de Menores*, 4ª Ed., Buenos Aires, Astrea De Alfredo Y Ricardo Depalma, 1994.
- D'Antonio, Daniel Hugo, *Convención sobre los Derecho del Niño. Análisis de su contenido normativo y aplicación jurisprudencial*, 1ª Ed., Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001.
- De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho Familiar y sus Reformas más Recientes en la Legislación del Distrito Federal*, 5ª Ed., Porrúa, México, 2012.
- Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, México, Esfinge, 26ª Ed., 2008.

- Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho Civil. Personas y Familia*, México, Porrúa, 27ª Ed, 2012.
- González Contró, Mónica, *Los Derechos de los niños niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 1ª Ed., México, Porrúa, 2011.
- Ivars Ruíz, Joaquín, *Guarda y Custodia Compartida Aspectos Procesales y Sustantivos*, 5ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, *El Nuevo Derecho de Familia, Visión Doctrinal y Jurisprudencial*, 1ª Ed., España, Grupo Editorial Ibáñez, 2010.
- Kipp, Theodor y Wolff Martín, *Derecho de Familia*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 2ª Ed., 1952.
- Laurent, François, *Principios de Derecho Civil Francés*, Tomos III y IV, [en línea], México, Tribunal Superior De Justicia Del Distrito Federal, 2008.
- Mizrahi, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, 1ª Ed., Argentina, Astrea De Alfredo Y Ricardo Depalma, 1998.
- Pérez Duarte, Alicia, *Derecho De Familia*, 2ª Ed., México, Fondo De Cultura Económica, 2007.
- Poussin, Gérard y Lamy, Anne, *Custodia Compartida*, 1ª Ed., España, Espasa Práctico, 2004.
- Romero Coloma, Aurelia María, *La Guarda y Custodia Compartida (Una Media Familiar Igualitaria)*, 1ª Ed., Madrid, Reus, 2011.

- Salazar Ugarte, Pedro, *La Reforma Constitucional sobre los Derechos Humanos. Guía Conceptual*, 1ª Ed., México, Instituto Belisario Domínguez, 2014.
- Stilerman, Marta N, *Menores. Tenencia y Régimen de Visitas*, 3ª Ed., Argentina, Editorial Universidad, 1997.
- Tapia Parreño, José Jaime, *Custodia Compartida y Protección de Menores*, 1ª Ed, España, Centro de Documentación Judicial, 2009.

LEGISLACIÓN VIGENTE

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
- Código Civil Federal
- Código Civil para el Distrito Federal
- Código Civil para el Estado de México

CIBERGRAFÍA

- Página Oficial de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal:
<http://www.aldf.gob.mx/marco-legal-d-f-107-1.html>
- Página Oficial de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión:
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- Página Oficial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos:
<http://www.cndh.org.mx>
- Página Oficial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM:
<http://www.juridicas.unam.mx>
- Página Oficial del Poder Legislativo del Estado de México:
http://www.infosap.gob.mx/leyes_y_codigos.html
- Página Oficial del Semanario Oficial de la Federación, consulta de jurisprudencias y tesis aisladas: <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>