

# REFLEXIONES EN TORNO A LA CUSTODIA DE LOS HIJOS. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y LAS REFORMAS DE 2004

María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo, la autora considera el interés superior del niño como el eje de su análisis, si se comprende que tanto la familia como sus transformaciones implican cambios en el derecho de familia. Así, esta rama del derecho debe ajustarse a las realidades de la convivencia humana con el fin de proveer de seguridad jurídica y protección a todos los miembros del grupo familiar, pero fundamentalmente a los niños. Un tema relevante en el ámbito de las transformaciones en las relaciones familiares es el que tiene que ver con la guarda y la custodia de menores por parte de sus progenitores, en los casos de divorcio, casos que se examinan en el presente ensayo desde una perspectiva multidisciplinaria y de derecho comparado.

**Palabras clave:** familia, guarda, custodia, derechos del niño.

**ABSTRACT:** *In this essay, the author considers the superior interest of the child as the core of principle of her analysis, assuming that the family and its transformations imply changes at the level of family law. Thus, this branch of the law has to be adapted to the changing circumstances of human coexistence, the aim being to provide legal security and protection to all the members of families, but mostly to children. A relevant subject related to those changes is the one that has to do with the rules on guardianship and custody of minors on behalf of their parents in cases of divorce. This subject is analyzed in the present essay, through a multi-disciplinarily and comparative law perspective.*

**Descriptors:** *family, guardianship, custody, rights of the child.*

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

SUMARIO: I. *Aproximación al tema.* II. *La custodia en el derecho. Un breve recorrido histórico.* III. *Custodia en la literatura jurídica.* IV. *La custodia y los artículos 1o. y 4o. constitucionales.* V. *El interés superior del niño y la custodia en las relaciones familiares.* VI. *Custodia compartida.*

## I. APROXIMACIÓN AL TEMA

La familia y sus transformaciones implican, por supuesto, cambios en el derecho de familia, el cual debe ajustarse a las realidades de convivencia humana con el fin de proveer de seguridad jurídica y protección a todos los miembros del grupo familiar, fundamentalmente a los niños, quienes por sus características requieren de toda nuestra atención y cuidado.

Dichas transformaciones son de índole sociocultural, económica y de género, las que se reflejan en el trato más equitativo que se da a hombres y mujeres en la ley, independientemente de la edad, así como en las formas y criterios de protección, y en la resolución de controversias del orden familiar, tanto desde el punto de vista legislativo como desde el judicial.

Entre los temas que se pueden abordar como consecuencia de las transformaciones en las relaciones familiares, se encuentra la figura de la guarda y la custodia de menores por parte de sus progenitores en los casos de divorcio.

La relevancia de este tema de siempre ha sido trascendental en el desarrollo integral de los menores y de las familias; más a partir de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de custodia, que se hicieron en 2004,<sup>1</sup> en las que se inserta la figura de la custodia compartida, digna de análisis y consideración.

El tema que nos ocupa es nuevo en nuestra legislación, pero tiene varias décadas de ser estudiado multidisciplinariamente en otros países, como el Reino Unido, Canadá, Australia y Estados Unidos, por señalar algunos.

Siempre resulta importante hacer las distinciones pertinentes entre las diversas modalidades de una figura considerada en el Código Civil, en este caso las que se encuentran involucradas en el tema que

<sup>1</sup> Publicadas en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 6 de septiembre de 2004.

nos ocupa, para así poder entender los efectos jurídicos y su trato por los órganos encargados de impartir justicia.

## II. LA CUSTODIA EN EL DERECHO. UN BREVE RECORRIDO HISTÓRICO

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

En el derecho romano, el padre tenía o a él se le otorgaba el control y autoridad sobre todos los miembros de la familia, inclusive el derecho a privar de la vida a los hijos, cuando éstos cometían faltas. Después, atendiendo a casos concretos, se empezó a tener la posibilidad de juzgar a los padres, figura masculina, por infanticidio.

Este poder absoluto ha ido disminuyendo aunque sin desaparecer, pues aún continuamos viviendo en sociedades profundamente patriarcales. Sin embargo, se ha evolucionado al grado de que, en casos de exceso en el derecho a castigar a los hijos, se puede juzgar al padre o a los padres abusivos.

Los argumentos usados durante mucho tiempo para mantener la custodia y cuidado de los hijos por los padres consistieron en afirmar que para criar y mantener a los hijos en orden y obediencia era necesario dejarlos bajo el cuidado legal del padre hasta la mayoría de edad, ya que la madre carecía y no le era reconocido poder alguno sobre los hijos, y sólo debía ser objeto de reverencia y respeto, es decir una figura decorativa.<sup>2</sup>

La regla era que el padre tenía derecho a la custodia de los hijos, salvo que se probara que era incapaz de tenerla, y que su deber era mantener, proteger y educar a sus hijos, lo cual quedó así establecido por la ley.

Paulatinamente se presentó un proceso de flexibilidad en la ley y/o en la práctica de la ley, que permitía considerar a la madre como capaz de criar a los hijos cuando éstos fueran menores de siete

<sup>2</sup> Véase Atkinson, Jeff, *Modern Child Custody Practice*, Nueva York, Kluwer Law Book Publishers, Inc., 1990, vol. 1, p. 223.

años. Después de 1900, es cuando progresivamente se comienza a presentar un cambio en la legislación y en los criterios de su aplicación, que consistió en reconocer y regular la custodia de los hijos con preferencia hacia las madres con la misma fuerza que durante tantos años se concedió a los padres.<sup>3</sup>

Lo anterior no es excepción en nuestros códigos civiles a pesar de que no se regula aspecto alguno en particular respecto a la guarda y custodia de los hijos, sólo se establecen normas relativas a la patria potestad, de cuyos atributos son la guarda y custodia. En este sentido las disposiciones consideran que la patria potestad corresponde ejercerla a los progenitores mientras estos sobrevivan durante la minoría de edad de los hijos, en su caso al progenitor superviviente; sin embargo, aún cuando se reconoce su ejercicio para ambos, existe un artículo que expresamente en orden de prelación coloca en primer lugar al padre y en segundo a la madre, como queda de manifiesto en los códigos de 1870 y 1884. Una excepción a lo anterior se encuentra en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que establece en el orden de prelación, en igualdad de condiciones o en el mismo nivel para ejercer la patria potestad al padre y a la madre, y establece jerarquía entre el abuelo y abuela paternos, en primer lugar, y entre abuelo y abuela maternos, en segundo lugar.<sup>4</sup>

Asimismo, el Código Civil de 1870 nos presenta una disposición cuyo contenido expresa lo que podría ser un acercamiento a la custodia compartida, en el artículo relativo a las medidas provisionales en el juicio de divorcio que, guardadas las proporciones, correspondería a lo estipulado actualmente por el artículo 282 del código vigente, cuando dice en su artículo 266:

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

<sup>3</sup> Véase Hardcastle, Gerald W., "Joint Custody: A family Court, Judge's Perspective", *Family Law Quarterly*, vol. 32, núm. 1, primavera de 1998, pp. 202-204.

<sup>4</sup> Véase título octavo, capítulo I, artículos 389 a 393 del Código de 1870; título octavo, capítulo I, artículos 363 a 367 del Código de 1884, y capítulo XV artículos 238 a 242 de la Ley de Relaciones Familiares.

1a. ...

2a. ...

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

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

Esta nueva perspectiva parece estar sostenida en la realidad percibida a través del orden natural y percepción y práctica de los propios roles de género asignados a hombres y mujeres, lo que describiremos como distribución genérica de actividades y/o trabajo. En este sentido se ha llegado a sostener, como fenómeno universal, a lo largo de la evolución de las relaciones familiares y de la legislación en la materia, que la mujer esta hecha para cuidar del hogar y de los hijos: “The paramount destiny and mision of women are to full fill the noble and being offices of wife and mother. This is the law of the creator” (“El destino y misión fundamentales de la mujer son cumplir con el noble y buen oficio de esposa y madre. Esa es la ley del creador”).<sup>5</sup>

Esta preferencia subsiste en países del *Comon Law*, como Estados Unidos de América e Inglaterra, hasta la década de los setenta, y en México, por ejemplo, encontramos una clara práctica de este criterio, aún con las reformas del 2004, como veremos más adelante. Siempre en todos los casos argumentando el interés superior del niño.

Es a partir de estos periodos que la legislación y los criterios de aplicación de la ley, relativos a la guarda y custodia de los hijos, comienzan a establecer que la custodia de éstos debe ser decidida sin tomar en cuenta el sexo de los progenitores, obviamente, con la carga de género que se les asigna, en el interés superior del niño; por supuesto, atendiendo a la CEDAW y a los instrumentos genéricos de

<sup>5</sup> Joseph, Anna *et al.*, *Beyond the best interest of the child*, Nueva York, The Free Press, 1973, p. 54.

derechos humanos que establecen los principios de igualdad, del hombre y la mujer, en y ante la ley, así como de no discriminación. Seguramente con gran influencia de la declaración y la Convención sobre Derechos del Niño, los cuales establecen los estándares internacionales que los Estados de la comunidad internacional deben observar, en este caso respecto a los derechos y obligaciones familiares, para cumplir tanto en la práctica como legislativa y judicialmente con relación a los menores, y en particular, respecto al derecho de convivencia de los hijos con sus progenitores: “In this time of equality both parents must be regarded as equally qualified to rear the children” (“En este tiempo de igualdad ambos padres deben ser considerados igualmente calificados para criar a sus hijos”).<sup>6</sup>

### III. CUSTODIA EN LA LITERATURA JURÍDICA

En la práctica y la doctrina se ha hablado y se ha distinguido que la custodia no es una figura estática, sino que existe diversidad en su concepción y en su construcción a partir de los casos concretos, lo que ha permitido hacer una clasificación de las formas en que la guarda y la custodia pueden ser determinadas y comprendidas.

#### 1. *Custodia*

Así las cosas, podemos señalar que la custodia es regulada y determinada por la autoridad judicial competente en cualquiera de las formas en que aparece en las diferentes legislaciones del orbe mundial.

Primero proporcionaremos un concepto que nos permita identificar la figura jurídica de custodia.

Hace referencia a la combinación de derechos, privilegios y obligaciones establecidas o decretadas a una persona, por autoridad judicial competente, normalmente a cualquiera de los padres, para el cuidado y desarrollo integral de otro, en este caso, un niño o niña menores de edad; es decir los hijos, casi siempre.

La custodia implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria y

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 229.

que: “Comprende el deber y la facultad de tener a los menores en compañía de los padres, afectando, únicamente a una parte de las facultades integrantes de la patria potestad”.<sup>7</sup>

Jurisprudencia comparada define a la custodia como: “La tenencia o control físico que tienen los padres sobre sus hijos (as) no emancipados (as) (Torres Ojeda y Chávez Ex parte 87 JTS 19). En rigor jurídico, la custodia es un atributo inherente a la patria potestad”.<sup>8</sup>

De igual manera se señala que los criterios que deben regir la resolución sobre quién será quien detente la custodia de los hijos deberán ser el bienestar y los mejores intereses de los menores, independientemente de su sexo o edad.

Finalmente, en la literatura mexicana la custodia se ha definido como: “Guarda o cuidado que se ejerce sobre una persona o cosa”, en este caso los hijos.

La custodia tiene diversas modalidades reconocidas en la doctrina, y que son:<sup>9</sup>

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

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

A variety of terms have been employed to describe the different types of custodial arrangements which are available. Alternative forms of custody which appear today include joint, divided, alternating, sole...<sup>10</sup>  
[Una variedad de términos han sido empleados para describir los dife-

<sup>7</sup> Zanón Masdeu, Luis, *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 64.

<sup>8</sup> Tribunal General de Puerto Rico, <http://www.tribunalpr.org/orientacion/custodia.html> (17-11-05).

<sup>9</sup> Véase Floberg, Jay (coord.), *Joint custody and Shared parenting*, Nueva York, The Guilford Press, 1996, pp. 6 y 7.

<sup>10</sup> Gaddis, Stephen M. y Bintliff, Barbara A., “Concurrent custody: means of continuing parental responsibility after dissolution”, en varios autores, *Child Custody Litigation: approach and avoidance, children’s Legal Service and Young lawyers Section*, Seattle-King County Bar Association, 1979, p. 30.

rentes tipos de arreglos que sobre custodia existen. Formas alternativas de custodia que aparecen ahora incluidas(:) la custodia compartida, la dividida, la alternada y la única].

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

## 2. *Custodia única* (Soul custody)

Es aquella en la que el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos es atribuido sólo a uno de los padres, y al otro se le establece y/o permite el régimen de vistas y los alimentos: “provides for the full vesting of custodial powers in one parent, to exclusion of the other”<sup>11</sup> (“Provee de todas las atribuciones y poderes de la custodia a uno de los padres con exclusión del otro progenitor”).

En este punto, resulta fundamental señalar cómo se ejerce esta clase de custodia. Tiene dos elementos que determinan su naturaleza y que confirman la guarda y custodia para uno de los padres.

El primero de los elementos es lo que se denomina custodia legal,<sup>12</sup> que implica al conjunto de derechos y obligaciones del padre o de la madre para hacer y tomar decisiones fundamentales e importantes que afectan todos los aspectos de la vida del menor. Se refiere a las áreas de más importancia en la toma de decisiones, no limitativamente, como por ejemplo, educación, salud, cuidado médico, práctica religiosa, residencia del menor, clases extracurriculares, métodos disciplinarios, permiso para manejar, entre otros.

El padre que tenga la custodia legal será quien goce de la total autoridad para decidir en los asuntos concernientes al menor que se presenten en la vida diaria, como autorizar una cirugía, independien-

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 29-46.

<sup>12</sup> Véase en Floberg, Jay (coord.), *op. cit.*, nota 9, p. 5.

temente de que se pueda o no contactar al otro padre, o en los permisos, reuniones o asuntos académicos y escolares, etcétera.

Por cuanto a la custodia física,<sup>13</sup> se señala que se refiere exclusivamente al tiempo (presencial o material) que se comparte o se dedica al menor directamente, mediante la participación de los padres en el cuidado del menor. Obviamente uno de ellos conserva esta custodia permanentemente al tener la custodia provisional o definitiva del menor y el otro la ejercerá durante el tiempo de vistas que goce con el menor, en ejercicio del derecho de convivencia. Es decir, ésta es plena para uno de ellos y/o limitada para el otro en virtud de una resolución judicial o por acuerdo entre los padres.

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

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

De la lectura de los artículos 416 y 417, relativos a la custodia de menores y al derecho de convivencia, en razón de las determinaciones de custodia que afectan al menor, parece que es precisamente éste régimen, es decir el de custodia única, el que se utiliza hasta nuestros días, lo que resulta confuso respecto de otras disposiciones del mismo código, los artículos 282 y 283 que se verán más adelante, motivo de las reformas de septiembre de 2004.

<sup>13</sup> Véase Atkinson, Jeff, *op. cit.*, nota 2, pp. 356 y 357.

Nuestro código señala en su artículo 416:

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar en el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y la custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá...

En este [último] supuesto, con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor conforme a la resolución judicial.

Confirma lo anterior el siguiente criterio:

MENORES DE EDAD. EN JUICIO SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA ES NECESARIO ESTABLECER UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA CON SUS PADRES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

Conforme a la legislación del Estado de México, el régimen de convivencia del menor no emancipado encuentra sustento en el artículo 267 del Código Civil que prevé su instauración como consecuencia al decretamiento del divorcio de los padres. No obstante, tratándose de juicio sobre guarda y custodia del menor, debe hacerse extensiva la aplicación de ese régimen por actualizarse idéntica situación derivada de la separación de los ascendientes, que si bien como objeto principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno, en forma complementaria conlleva a la necesidad de fijar las circunstancias en torno a las cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con su hijo y de cumplimentar sus obligaciones derivadas de la patria potestad que sobre el mismo mantiene.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 152/99. Sergio Trejo Cervantes y otra. 3 de noviembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Baltazar Cortez Arias.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XIII, marzo de 2001, tesis XIV.2o.95 C, p. 1735.

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

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

Dar automáticamente preferencia a la madre, o en su caso a cualquiera de los padres sobre el otro, bajo cualquier argumento de orden natural o de género en la custodia de los hijos, genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto a los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso, y a la igualdad en la protección en y ante la ley.<sup>15</sup>

De conformidad con los instrumentos internacionales convencionales y universales de derechos humanos, tanto generales como específicos; es decir la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño, que de conformidad con el artículo 133 de la Constitución son ley vigente y positiva en el territorio nacional, así como con los propios artículos 1o. y 4o. constitucionales, que establecen las garantías de no discriminación y de igualdad del hombre y la mujer en la ley, cualquier consideración que exprese preferencia por razón de sexo, tanto en la ley como en la práctica por las autoridades encargadas de impartir justicia, estará reflejando violaciones a derechos humanos y garantías fundamentales, que llevan implícitas prácticas de discriminación en los casos de determinación de la custodia.

La edad de los menores, igualmente, junto con aspectos como los anteriores, pueden y han sido elementos que definen criterios para asignar la custodia, con preferencia a la madre y en algunos casos al

<sup>15</sup> Véase Melton J., Brian, "Solomon's wisdom or Salomon's wisdom lost: Child Custody in North Dakota. A presumption that joint custody is in the best interest of the child in custody disputes", *North Dakota Law Review*, vol. 73, núm. 2, 1997, pp. 280 y 281.

padre, ya que se considera que las madres son mejores que los padres para cuidar a menores o a los hijos pequeños, lo que se toma en consideración para otorgar la custodia automáticamente a las madres, aspecto que no es acertado en todos los casos.

El sexo de los hijos también ha sido, históricamente, un aspecto importante en la decisión de las autoridades judiciales para otorgar la custodia de los hijos, lo que representa un criterio discriminatorio contra alguno de los progenitores por cuanto a la designación de cual de los progenitores detendrá la custodia y cual quedará bajo el régimen de visitas, lo que lleva implícito un trato diferenciado de los progenitores, igualmente por sexo, en la práctica jurídica.

Como podemos ver, nuevamente nos encontramos con los roles, los estereotipos y las prácticas de género, que permean tanto en el ámbito de control formal e informal, y que resultan poco favorables para todas las partes o miembros de la familia. Entonces ya no sólo nos encontramos frente a la discriminación por sexo y a la desigualdad del hombre y la mujer, sino a la discriminación a los progenitores por edad del menor, considerando una preferencia hacia la madre por razón de la juventud de los hijos.<sup>16</sup>

Sólo habrá que revisar el contenido del segundo párrafo de la fracción V del artículo 282 cuando establece: “Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años *deben quedar al cuidado de la madre*. No será obstáculo para la *preferencia* maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos”.

Debe quedar claro que no existen argumentos para descalificar a un padre respecto del otro en la crianza de los hijos, salvo aquellos promovidos por las prácticas culturales, roles y estereotipos de género que siempre perjudicarán a alguna de las partes, en este caso a uno o varios miembros de la familia. Asimismo, por el interés superior o el

<sup>16</sup> Queda claro que en estos tiempos en los que ambos padres deben salir a trabajar fuera del hogar para poder mantener el hogar y las necesidades de su familia, los argumentos de género mencionados en este apartado para otorgar la custodia automáticamente a la madre quedan superados por la realidad, independientemente de la edad o del sexo de los menores sobre los que se debe ejercer la guarda y la custodia. Ninguno de estos elementos es suficiente para determinar que la madre o el padre pueden ser mejor uno que el otro tanto para criar, como para conocer y solventar mejor las necesidades de los hijos.

mejor interés de los menores, y en igualdad de condiciones y de circunstancias del hombre y la mujer, cualquiera de los padres esta capacitado y habilitado para el cuidado de los hijos.

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

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

No es necesario sujetar al trámite incidental, la solicitud de la demandada para que le fuera entregada la guarda y custodia de sus menores hijos, en razón que de acuerdo con los artículos 315 y 336 fracción VI del Código Civil del Estado, los hijos e hijas menores de cinco años se mantendrán al cuidado de la madre; así como conforme al 227 del procedimiento civil de Jalisco, deben quedar al cuidado de la madre los hijos menores de siete años; *de lo que se deduce que el legislador jalisciense tuvo como voluntad que, tanto durante el trámite de los juicios respectivos como al decidirse éstos, si los cónyuges tuvieran hijos menores de cinco o siete años, deberían pasar a la guarda y custodia de su madre.* Lo anterior es así, si se parte de la base, que es de explorado conocimiento jurídico, que los legisladores no producen disposiciones redundantes ni contradictorias y que si lo hacen es principio de hermenéutica jurídica que las disposiciones de la ley deben interpretarse armónicamente, de tal manera que las mismas valgan sin excluirse en lo individual y se complementen con las restantes. Luego, si de los preceptos citados anteriormente se deduce claramente que, tratándose de matrimonios nulos o ilícitos del trámite provisional como acto prejudicial en un juicio de divorcio o en la decisión final que se tome en un procedimiento de tal naturaleza, la ley impuso al resolutor la obligación “siempre” y “en todo caso”, que los menores aludidos se entreguen en guarda y custodia a la madre de los mismos, obviamente, sin mediar el trámite incidental, porque fue precisamente esa la voluntad del legislador, *lo que se presenta como una situación razonable y de fácil explicación, si se toma en consideración que el ser humano en esa edad, necesita de extremos cuidados, enorme protección y cariño*

*que sólo le podrán ser proporcionados por la madre, pues por más que se le pudieran proporcionar por cualquier otra persona, incluso el padre, nunca, cuando menos en situaciones normales, tendrán estas personas la posibilidad de sustituir la calificada atención que le otorga la naturaleza a la madre de los pequeños.* No se opone a tal razonamiento, la pretendida falta de audiencia que para ese fin reclama el padre quejoso, porque del texto de los preceptos invocados, se aprecia que *fue voluntad del legislador, invertir los factores para conceder primero la natural protección de la madre a los menores y otorgar después esa garantía de audiencia al padre*, para que, posteriormente, en la vía incidental, de existir alguna de las inconveniencias que señala la propia ley o alguna otra que adujera el padre, tramitar en esa forma las inconformidades que en contra de la entrega en custodia de los pequeños pudiera hacer valer, como claramente se aprecia de los preceptos referidos, al colocar en la parte final de los mismos la posibilidad de oposición para el padre de los niños.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

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

Amparo en revisión 783/94. Elizabeth Hines Sicilia. 30 de noviembre de 1994. Mayoría de votos. Disidente: Jorge Figueroa Cacho. Ponente: Julio Ibarrola González. Secretario: Luis Bosco Gutiérrez Rodríguez.<sup>17</sup>

El legislador, al parecer y corroborado el criterio por los tribunales civiles, señala habilidades y capacidades de las mujeres por encima de los hombres, madres y padres respectivamente, en cuanto a la crianza y cuidados de los hijos, pero no se señala cuáles son las razones de tal afirmación, incluso indica, a nuestro parecer, frívolamente: “lo que se presenta como una situación razonable y de fácil explicación”, al afirmar que uno es más adecuado que el otro, lo que permite presumir que el criterio está fundado en creencias y prácticas en torno a estereotipos y papeles desempeñados que permanecen en per-

<sup>17</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. VIII, agosto de 1998, tesis: I.9o.C.53 C, p. 845.

juicio del principio de igualdad en y ante la ley, por aquellos que deben precisamente velar por la exacta aplicación del principio:

Lo que se presenta como una situación razonable y de fácil explicación, si se toma en consideración que el ser humano en esa edad, necesita de extremos cuidados, enorme protección y cariño que sólo le podrán ser proporcionados por la madre, pues por más que se le pudiera proporcionar por cualquier otra persona, incluso el padre, nunca, cuando menos en situaciones normales, tendrán estas personas la posibilidad de sustituir la calificada atención que le otorga la naturaleza a la madre de los pequeños.

Antes de entrar en el siguiente punto recordemos el texto del 4o. constitucional a la letra: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”.

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

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

El último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, establece un *principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de siete años, consistente en que éstos deben permanecer al lado de su madre* “salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos”. *El espíritu de este principio, evidentemente, tuvo como sustento que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores; consecuentemente, legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos.* Es pertinente destacar que si bien el artículo 4o. de la Constitución General de la República, estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria “protegerá la organización y el desarrollo de la familia”; de lo cual se desprende cla-

ramente que en este aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto, por consiguiente, a proteger el desarrollo de los menores; aspectos que recoge el legislador ordinario y los plasma en el artículo 282 del Código Civil.

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 5689/98. Luis Tovar Zúñiga. 25 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Aguilar. Secretario: Antonio Rebollo Torres.<sup>18</sup>

A decir verdad, este criterio sólo confirma lo anteriormente dicho al señalar como fundamento:

Tuvo como sustento que el legislador atendiera a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores; consecuentemente, legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos procreados.

Ello quiere decir que tanto el legislador como el Poder Judicial utilizan prácticas estereotipadas y prejuiciadas para sostener criterios jurídicos discriminatorios, porque la afirmación hecha sigue sin tener un sustento jurídico, científico, moral o de cualquier otra índole que lo justifique; el resultado de la hermenéutica aplicada al caso concreto es, a todas luces, violatoria del 4o. constitucional.

Más aún, en el último párrafo se establece una afirmación que resulta confusa, viniendo de expertos como los que la emitieron y que trabajan para garantizar la exacta aplicación del derecho, sin prejuicios que resulten en inseguridad jurídica para los gobernados y/o interesados:

Si bien el artículo 4o. de la Constitución General de la República, estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se

<sup>18</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. IX, febrero de 1999, tesis XX.2o.2 C, p. 511.

refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria “protegerá la organización y el desarrollo de la familia”; de lo cual se desprende claramente que en este aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto, por consiguiente, a proteger el desarrollo de los menores.

Aún cuando la Constitución señala que es el Código Civil, en este caso, el que regula la organización y desarrollo de la familia, es principio fundamental que ninguna disposición contenida en ley alguna pueda contravenir lo dispuesto por la Constitución como garantía individual y fundamental de los gobernados, si así ocurriera, como es en este caso, nos encontraríamos frente a un caso de violación de garantías. El principio de igualdad por el que se lucha para las mujeres, no tendría sentido si no se aplicara en igualdad de condiciones con los hombres en este caso concreto; es decir, en la igual consideración para detentar la custodia de sus hijos, pues lo que se protege a través de él es el interés superior y el bienestar del menor y de la familia, como se destacará más adelante; salvo en aquellos casos en que por considerarse que se pone en peligro la integridad de los menores se limite y/o excluya la convivencia con uno de los progenitores.

En este sentido, y aplicable a este caso concreto, el artículo 1o. constitucional señala:

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

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

MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA

DETERMINAR LO CONDUCENTE, DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS.

Este Tribunal Colegiado ha sostenido ya que en asuntos donde se resuelve respecto de la guarda y custodia, es obligación de la autoridad responsable ordenar al Juez natural la reposición del procedimiento a fin de que éste, de manera oficiosa, *recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes en relación con las citadas guarda y custodia, pues evidentemente ello repercutirá en su salud mental y física. Por consiguiente, si bien diversos tribunales federales han sostenido como criterio preponderante que cuando se trata de menores de corta edad, lo más benéfico para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica es que queden bajo el cuidado de la madre, no obstante tal predisposición debe aplicarse en forma moderada y no indiscriminadamente en todos los casos, porque resulta patente el deber del juzgador de tomar en cuenta, ante todo, el interés del menor o menores sobre cualquier otro aspecto.* Así, al tener importancia prioritaria lo que más beneficie a los infantes, sólo de manera secundaria prevalecería el interés de las personas con derecho a reclamar su custodia, a pesar de existir, como se anotó, *la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente porque si bien ello tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto casi siempre corresponde a la madre su atención y cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del o de los citados menores involucrados al respecto, en mérito de que las actividades de ambos padres son complementarias de la atención y cuidado de aquéllos.* Entonces, en orden con lo precedente, deviene innegable la necesidad de *recabar oficiosamente los medios probatorios encaminados a desentrañar lo que resulte más benéfico para el menor de edad, por lo que si éstos no se aportaron, debe ordenarse a la Sala Familiar que mande reponer el procedimiento a efecto de que, como se precisa, el Juez natural disponga lo necesario a fin de que se recabe la opinión de expertos en materia de psicología y de trabajo social, en relación con ambos padres y, por lo que hace al infante, en materia de psicología, así como cualquier otra probanza indispensable, como sería escuchar al menor y, a su vez, dar intervención representativa al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 267 del anterior Código Civil para el Estado de México, para de esa forma contar con los elementos propicios a fin de estar en las condiciones básicas que permitan al juzgador primario y a la autoridad de alzada conocer de manera objetiva su entorno social, salud, sensibilidad motora y de pensar, costumbres y educación, incluso, en su caso, la conservación de su patrimonio, para resolver lo más benéfi-*

co sobre la guarda y custodia de todo menor, lo que el Estado debe realizar para que la sociedad no resulte afectada en casos como el indicado, máxime si lo anterior es de orden público.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

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

## V. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA CUSTODIA EN LAS RELACIONES FAMILIARES

El interés superior de la infancia es el principio universal que debe tomarse en cuenta sobre todos los asuntos que conciernan a niños y niñas, pero sobre todo en los aspectos del orden familiar, y particularmente, en este caso, cuando se trate de decidir la custodia del menor como consecuencia de la solicitud para la disolución del vínculo matrimonial.

### 1. *El principio universal*

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia señala que el interés superior del niño consiste en tomar siempre en consideración todo aquello que beneficie al menor. Podemos afirmar que incluso va más allá, pues este principio consiste en aplicar el criterio de la norma más protectora del menor, aun cuando ésta sea distinta de una convención internacional de derechos humanos; todo esto por encima de cualquier otro derecho de cualquier otro sujeto, inclusive el de los mismos padres.<sup>19</sup>

Sin embargo, parece que la interpretación que se hace de este principio por las autoridades judiciales, en muchos casos en el mundo entero, no siempre se orienta a este fin, o bien su interpretación se encuentra plagada de roles, estereotipos y prácticas culturales que

<sup>19</sup> Véase Cahn, Naomi R., "Civil Images of Battered Women: The impact of domestic violence on child custody decisions", *Vanderbilt Law Review*, vol. 44, núm. 5, octubre de 1991, pp. 1068-1071.

tienden a beneficiar o a que exista una preferencia para con uno de los padres, normalmente la madre:

*The child's interest is a blanket judicial finding of fact, a statement by Court that, until proven other wise by the weight of substantial evidence, mothers are always better suited to care for young children than fathers* [El interés superior del niño es un recurso judicial, una declaración de la corte para sostener el criterio que afirma que mientras no se pruebe con el peso de evidencia substancial otra cosa, las madres estarán siempre mejor consideradas y preparadas para cuidar a los hijos, pequeños o jóvenes, que los padres].<sup>20</sup>

Parece que este tipo de interpretación le resta valor al principio, debido al sesgo discriminador con que se matiza, usándose a favor de las madres, o en el caso del utilizar el criterio del sexo de los hijos en favor de los padres en los casos concretos, por cuanto a los asuntos relativos a la determinación de la custodia.

Parece que de conformidad con lo antes expresado, así como con los criterios expresados en la ley, en las prácticas de las instituciones de asistencia, como el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, y en las del Poder Judicial, por cuanto a los asuntos familiares y en este caso, por lo que se refiere a la determinación de la custodia de los hijos, puede llegar a encontrarse mal empleado, ya que parece haber un problema respecto del significado del *standard* creado por el Comité sobre Derechos del Niño y su aplicación y construcción en el derecho interno o nacional por el Poder Legislativo y el Judicial encargado de impartir justicia:

*The child's interests are often balanced against and frequently made subordinated to adult interest and rights. Many decisions are fashioned primarily to meet the needs and wishes of competing adult claimants or to protect the general policies of child care or other administrative agency* [Los intereses del menor son frecuentemente enfrentados y subordinados a los intereses y derechos de los adultos. Muchas decisiones se encuentran influidas y sostenidas primeramente para satisfacer las necesidades y deseos de los adultos, que compiten en sus demandas por los menores y entre ellos a costa de los menores, o bien para proteger las políticas gubernamentales protecto-

<sup>20</sup> Atkinson, Jeff, *op. cit.*, nota 2, p. 221.

ras de instituciones de asistencia o de otras instancias, dedicadas al cuidado y custodia de menores].<sup>21</sup>

Es fundamental entender que los derechos de la infancia y el principio del interés superior del niño como mecanismo para implementarlos debe estar siempre, de hecho y de derecho, definitiva e inequívocamente por encima de los intereses y derechos de los adultos, por las razones expresadas en el preámbulo de la Convención sobre Derechos del Niño.<sup>22</sup> Obviamente este principio no tiene ni ha tenido como objeto, en ningún momento, generar prácticas de discriminación entre los padres cuando se sustenten en argumentos de género, una situación de preferencia de uno de los padres sobre el otro sólo podrá presentarse bajo un supuesto, el de una resolución judicial que determine que el menor debe quedar bajo la custodia de uno de ellos, en particular cuando se encuentre en riesgo la integridad y/o el sano desarrollo físico, psicoemocional, sexual o social del menor.<sup>23</sup>

## 2. *Criterios de determinación de la custodia de menores a sus progenitores*

El Poder Judicial, con el transcurrir del tiempo, ha aplicado diversos criterios sobre los que descansan sus resoluciones relativas a la situación de guarda y custodia de los hijos en los casos de divorcio de sus padres. Como ya hemos visto, han descansado sobre el principio del interés superior del niño, de conformidad con la interpretación que a los casos concretos convinieron, y que han determinado la conformación de este grupo de criterios que tienen como fin establecer y garantizar los deberes y responsabilidades de los padres para con los hijos y el derecho de convivencia de éstos para con aquéllos. Los criterios obviamente se han presentado para atender a la evolución de

<sup>21</sup> Joseph, Anna *et al.*, *op. cit.*, nota 5, p. 54.

<sup>22</sup> Véase Clark, Beth K., "Acting in the best interest of the child: Essential components of a child custody evaluation", *Family Law Quarterly*, vol. 29, núm. 1, primavera de 1995, pp. 19-38.

<sup>23</sup> Véase Buonomo Ramos, Ivette, "La violencia doméstica y las determinaciones judiciales sobre la custodia y el derecho de visitación de menores en Puerto Rico", *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, San Juan, vol. 56, núm. 4, octubre-diciembre de 1995, pp. 93-108.

las sociedades y de los intereses jurídicos que se pretenden proteger en un orden jurídico; se fundamentan en los deberes y obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, ya que la guarda y la custodia es un deber impuesto a los padres en razón de aquella.

Así las cosas, los criterios que se han tomado a lo largo del tiempo para resolver sobre la custodia de los hijos, los más importantes y sin ningún orden de importancia específico, son los siguientes:<sup>24</sup>

- La relación de los hijos con sus padres, y en su caso con cualquier otra persona por la que el menor tenga un afecto significativo, por ejemplo, los abuelos maternos y paternos o parientes por consanguinidad, ascendentes o colaterales.
- La edad y preferencia del menor si es suficientemente grande para expresar una preferencia relevante o significativa.
- La duración y adecuación de los arreglos corrientes para el desarrollo de la vida del menor y la expectativa de mantener continuidad.
- La estabilidad en las condiciones de vida del menor.
- El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en los que se desarrollará el niño.
- La capacidad de cada padre para permitir o conceder y animar continua y frecuentemente el contacto entre el niño y su otro padre, incluyendo el acceso físico.
- La capacidad de cada uno de los padres para cooperar o aprender a cooperar en el cuidado de los niños.
- El deseo de cada uno de los padres de conocer, aplicar y ejecutar los métodos de asistencia familiar para cooperar y resolver disputas.
- El efecto en el niño, si sólo uno de los padres tiene la autoridad en la crianza del menor.
- Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional, así como en el bienestar del menor, como los recursos financieros, el alcoholismo y las drogas como impedimento, al igual que la inestabilidad mental o emocional y la discapacidad física, en este último

<sup>24</sup> Para más información, véase Lledó Yague, Francisco, *Sistema de derecho familiar civil*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 270 y 271.

caso, cuando de trata de enfermedades crónicas, con frecuencia en hospitalización, y que crean dependencia de medicamentos o también, por ejemplo, la sordera o la ceguera.

Nos parece oportuno mencionar que estos son algunos criterios, la enumeración no es limitativa y guarda un orden de prelación específico, aun así en las resoluciones del Poder Judicial se podrán observar éstos y otros tantos, en atención a las necesidades y circunstancias de los casos concretos.<sup>25</sup>

## VI. CUSTODIA COMPARTIDA

La custodia compartida es una figura nueva en nuestro derecho de familia, por lo menos de derecho, porque de hecho se ha presentado esta práctica con acuerdos no judiciales entre las partes. Como en todos los procesos, en aquellos lugares donde se ha regulado este tipo de custodia, hay quienes se encuentran a favor y quienes en contra de los beneficios y eficacia de esta práctica jurisdiccional y familiar, argumentando sus consecuencias para el o los menores hijos.<sup>26</sup>

La custodia compartida es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos. Esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de tal manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones.<sup>27</sup>

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

De la interpretación armónica de los artículos 164, 168, 413, 414, 416, 418 y 422 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que la patria potestad se ejerce por los padres sobre la persona y los

<sup>25</sup> Zanón Masdeu, Luis, *op. cit.*, nota 7, pp. 39-62.

<sup>26</sup> Véase Melton J., Brian, *op. cit.*, nota 15, pp. 274 y 275.

<sup>27</sup> Para más información, véase Morgenbesser, Mel y Nehls, Nadine, *Joint Custody: an alternative for divorcing families*, Chicago, Nelson-Hall Publishing, Co., 1980.

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

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 6123/2002. Octaviano Padilla Longoria. 23 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Gabriel Regis López.<sup>28</sup>

La custodia compartida no es una alternativa para todos los casos, por eso es importante ver tanto los pro y los contra, como los criterios que se han tomado para determinar quiénes pueden ser buenos candidatos a este tipo de medida:

*Joint custody is not a solution for all people but rather must be the product of agreement entered into by the divorced parents* [La custodia compartida no es una solución para toda la gente, debe ser el producto de un acuerdo o convenio entre los padres divorciantes].<sup>29</sup>

Creemos que respecto a este concepto y práctica se aplica el criterio de la corte que además va a favor de la exacta aplicación del artículo 4o. constitucional.<sup>30</sup>

### 1. *Debate sobre la conveniencia o no de la custodia compartida*

En este orden de ideas abordaremos brevemente este debate que se ha venido presentando sobre el tema.<sup>31</sup>

En primer lugar, señalaremos los enunciados más importantes de la postura de aquellos que se encuentran a favor de la custodia compartida.

<sup>28</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XVII, febrero de 2003, tesis II.2o.C.397 C, p. 1088.

<sup>29</sup> Grote, Douglas F. y Weintein, Jeffrey P., "Joint Custody", *Journal of Divorce*, New Jersey, Fall, 1977, vol. 1, p. 3.

<sup>30</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XVII, marzo de 2003, t. VII.1o.P. J/49, p. 1662. Esta tesis contradice los criterios señalados en el apartado relativo a los artículos 1o. y 4o. constitucionales; véase *supra* IV, pp. 20-21.

<sup>31</sup> Para más información, véase Melton J., Brian, *op. cit.*, nota 15, pp. 276-279; y Holub, Donald A., "The pros and cons of joint custody", en varios autores, *Manual of the Association of Conciliation Courts*, Milwaukee, Department of Family Conciliation, 1978, pp. 1-4.

Se señala que la custodia compartida garantiza el mejor interés del menor en cuanto a su situación con respecto a los padres, su vida y desarrollo familiar.

Los acuerdos entre los progenitores permiten que las autoridades judiciales competentes, es decir el juez de lo familiar, pueda tomar determinaciones que influyan en la ideología social local y en las percepciones de género, roles y estereotipos, al considerar a ambos padres por igual en la crianza de los hijos, de forma que ésta haga eficaces los principios de igualdad y no discriminación en la ley y ante la ley. Se afirma que mediante la custodia compartida, ambos padres tienen oportunidad juntos y por separado de tomar decisiones y resolver problemas sin necesidad de ayuda externa, ya sea de la corte o de cualquier otra autoridad.

La custodia compartida provee a los menores de mejor calidad de vida, puesto que siempre existen dos para responder y satisfacer las necesidades de los hijos, por un lado, y por el otro, los menores establecen un fuerte lazo afectivo con ambos padres y reduce el sentimiento de pérdida que se da en los casos de divorcio y cuando se decreta la custodia única.

Se le atribuyen beneficios económicos, al eliminar los gastos profesionales y judiciales que llevan aparejados los juicios de custodia derivados de contiendas entre los padres.

Le provee de independencia a cada uno de los padres para poder tomar acciones y decisiones en cuanto a cuestiones académicas y escolares del menor, cuidado médico, viajes, etcétera, relativas al desarrollo y diario vivir del menor, con la misma autoridad y en igualdad de condiciones y circunstancias.

En segundo lugar contamos con los argumentos de quienes consideran que tiene más aspectos que afectan al desarrollo integral y emocional del menor que beneficios.

Primero, se señala que mientras no haya investigación, estadística y experiencia en la aplicación de la figura, no se puede afirmar que es benéfica para el menor o para los padres respecto del menor. Porque puede haber situaciones relativas a la edad del menor que se vean alteradas por el cambio permanente en sus condiciones y circunstancias de vida, en particular para una estabilidad emocional y en su medio social.

También se le atribuye un perjuicio económico, puesto que en algunos casos, no sabemos cuántos, pero tal vez muchos, puede ser demasiado oneroso proveer para la manutención y sostenimiento de dos hogares, cuando así se estipule en el acuerdo de custodia compartida por la autoridad judicial.

Puede ser que el acuerdo de custodia compartida no dure mucho tiempo o funcione por un largo término como consecuencia de la situación de los padres, por ejemplo, cuando uno de ellos contraiga nuevas nupcias, o cuando tenga que cambiar de ciudad su domicilio.

En muchas ocasiones, la custodia compartida acordada y determinada es guiada por el interés de concluir con un cansado y desgastante divorcio y, no necesariamente, por el deseo de proteger los intereses del menor.

Es muy difícil que el Poder Judicial, en estos casos los tribunales de lo familiar, den seguimiento a los casos de custodia compartida, lo que no permite determinar la eficacia o no de esta figura, ni los beneficios para los menores en las relaciones familiares.

Finalmente se afirma la falta de eficacia y de conveniencia de la custodia compartida en los casos en que los padres antes, durante o después del divorcio mantienen cierto grado de hostilidad en sus relaciones, puesto que los menores hijos estarán expuestos a los conflictos y consecuencia de los mismos, los que los llevarán a ser víctimas de descuido, falta de atención y a experimentar un ambiente hostil de convivencia y desarrollo familiar.

Como podemos ver, las dos posturas parecen considerar aspectos que resultan fundamentales en el desarrollo humano, social y emocional del menor, y en algunos casos aspectos relativos a las condiciones de los padres con el fin de proporcionar todos los elementos para lograr todo lo anterior en favor de los hijos.<sup>32</sup>

Finalmente, creemos que para que los acuerdos de custodia compartida sean eficaces y cumplan con sus objetivos más optimistas, y más aún, ahora que nuestro código la establece y privilegia en el Código Civil, en los artículos 282 y 283, es necesario hacer un examen

<sup>32</sup> Para más información, véase Elkin, Meyer, "Joint Custody: In the best Interest of the Family", en Floberg, Jay (coord.), *op. cit.*, nota 9, pp. 13 y 14.

—por parte de un equipo multidisciplinario<sup>33</sup> y bajo la supervisión del juez— de las condiciones en que se encuentra la convivencia entre los progenitores y de éstos con sus hijos, de los aspectos económicos y otros más, para establecer en qué casos procede y en cuáles no aún cuando no haya violencia familiar, es decir en qué caso se es candidato o no a un acuerdo y resolución de custodia compartida.

Sobre el particular se firma:

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

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

<sup>33</sup> Véase Hardcastle, Gerald W., *op. cit.*, nota 3, pp. 207-216.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

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

## 2. *Criterios para determinar la procedibilidad de la custodia compartida*

En el proceso de estudio y práctica en aquellos países que previamente la han establecido y regulado en su legislación, como es el caso de Estados Unidos de América, Reino Unido, Canadá, Australia, por mencionar algunos, se ha afirmado que la custodia compartida no resulta para todas las familias, pero sí para muchas de ellas.<sup>35</sup>

Existen algunos supuestos que, si se reconocen, hacen posible considerar la aplicación de la custodia compartida en ciertos casos, y entre ellos están:<sup>36</sup>

- Considerar que, en general, son los miembros de la familia, mejor que ninguno, los que saben qué es lo mejor para cada uno de sus miembros.
- Cuando ambos padres se encuentren igualmente involucrados en las actividades y en la crianza de los hijos, y compartiendo en igualdad de condiciones la responsabilidad, superando roles, estereotipos y prácticas tradicionales.
- La aceptación, no impuesta, de los padres acerca de la posibilidad o la intervención psicológica a través de profesionales, que permita un incremento en la comprensión, diálogo y toma de decisiones, entre todos los miembros de la familia y entre los padres en particular, sobre todo si se considera que los menores tienen o manifiestan igual apego por ambos padres.
- El reconocimiento de ambos padres de la importancia del papel que juegan ambos en el crecimiento y desarrollo inte-

<sup>34</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XVII, enero de 2003, tesis: I.3o.C.381 C, p. 1816.

<sup>35</sup> Véase Melton J., Brian, *op. cit.*, nota 15, pp. 292-295.

<sup>36</sup> Para más información, véase Ware, Ciji, *Sharing parenthood after divorce*, Nueva York, The Viking Press, 1982.

gral de los hijos y sus nuevas responsabilidades, en las nuevas condiciones.

- La importancia de que ambos padres tengan claro el papel de cada uno en la crianza y desarrollo de los menores, durante y después de los acuerdos a los que lleguen y que sean confirmados por la autoridad judicial competente.
- La posibilidad de llegar a acuerdos, evaluada por el juez, entre los padres es un elemento esencial para poder confirmar y resolver a favor de la custodia compartida, ya sea sin o con auxilio de ayuda externa, como sería, en este último caso, a través de un medio alternativo, como la mediación.
- Que ambos padres tengan claro que el divorcio no restringe a ninguno de los padres el derecho de convivencia con los hijos, excepto cuando así lo decrete una sentencia judicial y en el mejor interés del menor.
- Cuando los padres consideran la custodia compartida como resultado de una situación de residencia en diversos puntos de los que se venía realizando la convivencia familiar, ya sea nacional o internacional.
- La relación funcional, positiva y viable que los mantenga objetivos respecto a la situación de los hijos, independientemente de aquellos aspectos de conflicto que pueda haber en virtud del divorcio, los cuáles deberán ser considerados por el juez, y que en muchos casos son pasajeros y se superan en el corto plazo, llevará a acuerdos y resoluciones dirigidos a proteger, respetar y garantizar el bienestar o intereses de los menores para su mejor desarrollo integral y social.
- Que entre los padres se mantenga siempre el respeto y se promueva éste y el aprecio por los hijos hacia cada uno de ellos.
- Cuando ambos padres mantienen una alta autoestima, flexibilidad, y apertura al apoyo y la ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio y sus causas. Es decir, que los sentimientos de frustración, enojo, venganza, falta de apoyo y desesperanza no se presentan o son superados con ayuda multidisciplinaria en el corto plazo, y no representen una amenaza para la convivencia y desarrollo de los menores con alguno de los padres.

- Cuando ambos padres tienen la libertad para decidir y resolver sobre las vidas de sus hijos, por no albergar ninguno de los sentimientos antes mencionados.
- La capacidad de los padres para llegar a acuerdos, en lugar de que éstos tengan que ser impuestos por autoridad judicial, lo que disminuye o elimina la posibilidad de conflictos y agresiones, abriendo la puerta a la construcción de horarios, condiciones, frecuencia y todos los detalles que permitan construir un buen convenio de custodia compartida.<sup>37</sup>

### 3. *Reflexiones finales. La custodia compartida en el Código Civil para el Distrito Federal*

El artículo 416, segundo párrafo, del Código Civil vigente para el Distrito Federal señala: “Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial”.

En primera instancia, el artículo está regulando la custodia única, en la que uno tiene la custodia y el otro el régimen de visitas. Este artículo no fue modificado con las reformas del 2004. Cabe agregar que no se desvirtúa su contenido con lo descrito en el párrafo anterior, relativo a que los padres podrán convenir en particular sobre la guarda y custodia de los menores, puesto que hasta antes de las reformas en las que se plantea la custodia compartida, el artículo tenía el mismo texto y sentido.

Continúa este criterio afirmativo respecto a la custodia determinada para sólo uno de los padres, cuando el artículo 417, en su primer párrafo, establece: “Los que ejercen la patria potestad, aún cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para ellos”.

<sup>37</sup> Para más información, véase Saposnek, Donald T., “A Guide to Decisions about Joint Custody: The Needs of Children of Divorce”, en Floberg, Jay (coord.), *op. cit.*, nota 9, pp. 30-34.

Y en su párrafo tercero, el mismo artículo hace referencia al cambio de custodia, modificado con las reformas del 2004, y que sin embargo continúa en la misma tesitura, cuando dice: “El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e *incluso podrá decretar el cambio de custodia* de los menores previo el procedimiento respectivo, [a] *quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos*”.

Finalmente, en este mismo sentido, contamos con el artículo 447 del Código Civil que se refiere a las causas de suspensión de la patria potestad y que con relación a la custodia afirma: La patria potestad se suspende “VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente”.

Quizás esta disposición sea la más abierta en cuanto a su interpretación por cuanto al tipo de custodia al que se pueda referir al código, pero, como seguimos dentro del capítulo en que se encuentran contenidas estas tres disposiciones, entendemos que se aplica en el mismo sentido que las de los artículos 416 y 417, ya planteadas en este apartado.

Todas estas disposiciones se encuentran reguladas en el capítulo relativo a la patria potestad, puesto que la custodia, como ya mencionamos, es un atributo de aquélla. Si se pretendía regular algún aspecto relativo a este tema, hubiera sido pertinente incluirlo en este capítulo y no en las disposiciones relativas al divorcio —además de índole procesal— contenidas en el Código Civil, este es el caso de los artículos 282 y 283 del mismo ordenamiento.

Es así que el artículo 282, que se refiere a las medidas provisionales que se deberán dictar por el juez de lo familiar desde que se presente la demanda de divorcio y durante el juicio, establece disposición relativa a la custodia, en su nueva modalidad de compartida: “V. *Poner a los hijos al cuidado* de la persona *que de común acuerdo hubieren designado* los cónyuges, *debiendo ser uno de éstos* y pudiéndose compartir la custodia”.

Hasta antes de la última frase, este artículo continúa regulando, a nuestro parecer, la custodia única y el régimen de visitas para el otro; sólo al final señala la *posibilidad* de optar por la custodia compartida, lo que permite intuir que en el contexto del artículo lo que

se propone es que sólo uno tenga la custodia legal y física, y el otro, sólo la física en los momentos de convivencia que los progenitores establezcan o que decrete el juez de lo familiar, lo que al final se traduce en lo mismo, es decir la custodia única y el régimen de visitas.

La otra interpretación, y que funciona para esta disposición, es que uno de ellos tendría la custodia física y ambos progenitores la custodia legal, ya sea por convenio o por resolución judicial. No se establece la disyuntiva, no dice “o pudiéndose compartir la custodia”, sino por el contrario “y pudiéndose compartir la custodia”. Sin embargo, el artículo es confuso, debe revisarse su redacción y su ubicación en el Código Civil.

El artículo parece establecer, por su redacción, que la custodia compartida podrá ejercerse por los padres, siempre que ambos consientan en ello, que exista acuerdo o convenio entre ellos, se trata de una posibilidad de la disposición para aquellos que se encuentran en el supuesto de divorcio, y que deberá ser ratificada por el juez de lo familiar. Pero diferente es el caso de una imposición judicial; en este sentido, sería peligrosa si se considera la exigencia de la funcionalidad de las relaciones entre los padres, necesaria para contemplar la posibilidad del planteamiento de la custodia compartida como elemento esencial, el juez tendrá que ser muy cuidadoso en tal hipótesis para determinar o establecer qué parejas son candidatas para la custodia compartida.

Por otro lado, el artículo 283 establece una disposición de buena fe al señalar que:

Deberá procurarse en lo posible el régimen de la custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y las niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los 7 años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo.

No parece congruente esta disposición con las que hemos venido analizando, en el sentido de que parece que lo relativo a la custodia compartida son disposiciones aisladas, establecidas fuera de los rubros

correspondientes. Pero tiene una ventaja, y es que pasados los siete años de los menores, la preferencia por la madre es eliminada y se posibilita al padre el poder tener o compartir la custodia, atendiendo a cada caso concreto.

Parece extraño lo dispuesto por el mismo artículo en sus párrafos tres y cuatro, puesto que la norma es limitativa y expresa respecto a la forma de recuperación de la custodia: “La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación”. Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.

En el caso de la patria potestad, las causales de pérdida, limitación y suspensión son claras, y parece que igualmente los supuestos para su recuperación. Pero no así los de la custodia y mucho menos respecto del supuesto de custodia compartida, ya que al leer los artículos sobre el tema, la única causa por la que se puede perder o no ejercer la custodia es cuando se ponga en peligro el sano desarrollo de los menores, en particular respecto del caso de la violencia familiar. Si bien la falta de cumplimiento en la obligación alimentaria puede poner en peligro al menor,<sup>38</sup> también lo es que ésta es una interpretación muy amplia y restrictiva con respecto al progenitor, cuando no se ha hablado de ello antes en las disposiciones específicas y dada la generalidad con que el concepto se ha manejado a lo largo de las disposiciones sobre el tema. Además esta causal, es decir, los alimentos, sólo se menciona como consecuencia del párrafo 3 relativo a la patria potestad.

Nuevamente afirmamos que las disposiciones son dispersas y ambiguas, por lo que es necesario revisar la legislación en cuestión. Lo anterior es importante si consideramos que en la actualidad se sostiene por especialistas y juristas que la custodia compartida refleja la protección y garantía al principio del interés superior del niño, salvo en los casos expresamente considerados por la ley.

<sup>38</sup> Véase Cahn, Naomi R., *op. cit.*, nota 19, pp. 1058-1061.