

Universidad Nacional Autónoma de México.

Facultad de Derecho.

La Ineficacia de la Custodia Compartida de  
Menores en el Código Civil para el Distrito  
Federal.

Tesis.  
Para optar por el título de Licenciado en  
Derecho.

Presenta:  
José Manuel Martínez Martínez.

Director:  
Licenciada María del Carmen Montoya Pérez.

*Ciudad Universitaria junio de 2006*



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.

# **La Ineficacia de la Custodia Compartida de Menores en el Código Civil para el Distrito Federal.**

Alumno: Martínez Martínez José Manuel.

Número de Cuenta: 09958224-7.

## **Introducción.**

I.

## **Capítulo 1. La Patria Potestad.**

1.1 Concepto.	1
1.2 Origen.	6
1.3 Naturaleza jurídica.	11
1.4 Características.	17
1.4.1 Sujetos.	20
1.4.2 Derechos y obligaciones.	21
1.4.3 Ejercicio de la Patria Potestad.	26
1.5 Extinción.	28
1.6 Limitación, suspensión y recuperación de la Patria Potestad.	29

## **Capítulo 2. La Custodia de Menores.**

2.1 La Custodia.	32
2.1.1 Concepto doctrinal.	41
2.1.2 Concepto legal.	48
2.1.3 Jurisprudencia.	55
2.2 Evolución de la Custodia de menores en México.	61
2.3 Características.	64
2.3.1 Custodia como derecho y como función.	65
2.3.2 Sujetos, derechos y deberes.	66
2.3.3 Custodia física, moral e intelectual.	74
2.4 Relación entre la Custodia y la Patria Potestad.	76
2.5 Custodia compartida.	80

## **Capítulo 3. Legislación Comparada en Materia de Custodia de Menores.**

3.1 Legislación Mexicana.	85
3.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 4.	85
3.1.2 Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.	88
3.2 Legislación en el ámbito local de México.	92
3.2.1 Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Distrito Federal.	100
3.3 Legislación internacional.	103
3.3.1 Carta de los Derechos de los Niños.	104
3.3.2 Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.	109
3.3.3 Francia.	110
3.3.4 España.	114
3.3.4 Argentina.	118

## **Capítulo 4. La Custodia de menores en el Marco Jurídico Vigente en el Distrito Federal.**

4.1 La Custodia en el Distrito Federal.	121
4.1.1 Las reformas publicadas el 6 de septiembre del 2004 al Código Civil para el Distrito Federal.	124
4.1.2 Exposición de motivos.	125
4.1.3 Artículo 282 y 283 del Código Civil para el Distrito Federal.	127
4.1.4 La reforma al artículo 171 del Código Penal para el Distrito Federal.	137
4.2 Ventajas y desventajas de la Custodia Compartida de menores.	138
4.3 Propuesta de reforma en materia de Custodia Compartida.	149
<b>Conclusiones.</b>	<b>157</b>
<b>Bibliografía.</b>	<b>168</b>

## **Introducción.**

La familia, dentro de nuestra sociedad, es considerada como su base fundamental. Aun con la realidad en que se desarrolla la vida actualmente. tan cambiante, se han conservado ciertos valores, como es el deber de respeto y la integridad familiar, así mismo, se han redimensionado y adquirido otros, como es la responsabilidad paternal, por lo que hombres y mujeres han adquirido nuevos roles paternidad y han reasumido otros con el fin de coadyuvar al desarrollo de sus hijos y de la familia como tal. Es dentro de la familia donde los hijos comienzan su aprendizaje, donde se adquieren normas de conducta y donde forman su carácter, posee además una función socializadora de sus miembros.

A pesar de lo anterior, esta institución ha sufrido el cambio inevitable que trae consigo el avance de la sociedad; por lo que hemos visto proliferar nuevas formas de integración familiar, por lo cual sus actores se ven obligados a desarrollar nuevas formas de relaciones entre ellos.

Uno de los factores importantes e la evolución de las relaciones familiares, es la ruptura de las parejas (léase divorcio, separación o nulidad matrimonial). Una crisis familiar provoca un grave desequilibrio de las relaciones entre sus miembros, lo cual trae consigo un sin numero de síntomas negativos que les afectan, tanto hacia dentro del núcleo familiar como hacia fuera del mismo. La ruptura en una pareja, acarrea consigo para los hijos y para los padres, sufrimientos, sentimientos encontrados, que implican sacrificios, acarrea a sus miembros frustraciones, dudas y angustias, por temor a la soledad, el abandono y desamparo.

Ante la separación inminente de los padres, surgen dificultades entre estos, desde el decidir sobre la partición de los bienes que la familia ha acumulado en los años de convivencia hasta problemas aún mas graves, como es, el decidir la situación de los hijos.

Dentro de este torbellino de problemas que origina la separación de una pareja se conjugan además factores de índole económico, social y afectivo, que provocan un recrudecimiento en las relaciones tanto entre la pareja en proceso de separación, como entre ellos y los hijos procreados. Es aquí donde entran en conflicto intereses y derecho de los integrantes de la familia que a menudo son difíciles de identificar y más aún de comprenderlos. Dentro de los agentes afectivos involucrados, los que se recrudecen en mayor medida, son los referentes a la Custodia de los hijos menores. Puesto que los padres se envuelven tanto en su propio conflicto, que pueden olvidar el que los hijos están atravesando, por lo que les es difícil llegar a un acuerdo viable de convivencia entre ellos mismos y con sus hijos.

Esto puede dar pie a una feroz batalla ante los tribunales por ganar su Guarda y Custodia; este proceso puede ocasionar un severo daño en el desarrollo óptimo del menor. Pero esto no acaba aquí, ya que los miembros de una familia fragmentada se deben de adaptar a nuevas formas de convivencia entre sus miembros.

Una pareja en conflicto se olvida que son roles distintos la paternidad y el que tiene para con su similar; ante una ruptura familiar, consideramos que debe ser tomado por cuerda aparte cada uno de estos, y tomar con la debida responsabilidad su rol paternal, esto para considerar el bienestar de sus hijos, que por lo regular resultan muy afectados por un evento así, por lo que la primera pregunta que se deben plantean es: ¿Quién esta mejor capacitado para ministrar el cuidado a los hijos menores?. Y una vez tomada dicha determinación, se deben de establecer las cuales son obligaciones de la nueva relación familiar

Es por estas razones que consideramos que nuestro Derecho Familiar debe regular de manera por demás precisa y clara los deberes y prerrogativas de los miembros de la familia tanto de la intacta como de la fracturada (léase divorcio, separación u nulidad matrimonial); con el fin de paliar en la medida de lo posible las consecuencias negativas que una separación puede acarrear a

los integrantes de una familia en crisis. En especial se debe procurar la protección a los menores, ya que en casos como el expresado son los más perjudicados, debido al natural estado de indefensión que poseen; además que se encuentran en un plano inferior respecto a sus padres, esto en cuanto a la toma de decisiones que les conciernen de manera directa y que afectan o influyen en su desarrollo.

La Custodia de menores es el resultado natural de un proceso de separación de los padres, y, siendo una figura jurídica de suma importancia para el desarrollo de los menores y las relaciones familiares, presenta en nuestra legislación carencias en su regulación, desde el simple hecho que no existe su concepto delimitado en la norma, por lo cual se deja a arbitrio de las partes y del juez su interpretación.

Por lo anterior expresado, dentro del presente trabajo abordaremos el problema de la Custodia de menores desde diversos puntos, haciendo especial énfasis en la protección que deben de gozar los menores para garantizarles un sano desarrollo.

En el primer capítulo abordamos a la Patria Potestad, aquí discurremos sobre su concepto y sus características, en especial las encaminadas a la tuición de los menores, en lo que respecta a su persona.

En el segundo capítulo presentamos un breve bosquejo de la Custodia de menores, con el fin de exponer su concepto y poder delimitar el problema abordado en este trabajo.

En el tercer apartado hacemos un análisis de las legislaciones que en el ámbito internacional han regulado la institución de la Custodia Compartida, para saber como han enfrentado este problema otras sociedades que ya han experimentado desde hace años en lo referente a este problema.

Por último ofrecemos en el capítulo cuarto un resumen y un análisis a la reforma del Código Civil vigente para el Distrito Federal, publicada el 6 de septiembre del 2004, para establecer sus alcances y limitaciones, así como proponer una alternativa de reforma viable para la regulación del ejercicio de la Custodia de menores.

# 1. La Patria Potestad.

## 1.1 Concepto de la Patria Potestad.

La Patria Potestad se considera una Institución derivada de la filiación: "que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad".<sup>1</sup>

En esta definición, observamos que la autora le confiere un grado de institución a la Patria Potestad; hace referencia a que la misma, entraña un conjunto de obligaciones y derechos los cuales, manifiesta, nacen de la filiación, por ser ésta el origen de la Patria Potestad. Sin embargo, la definición en comento es un tanto general, pues no se detiene a precisar puntualmente los efectos que conlleva en sí misma.

José María Álvarez la definió en 1827 como "...aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden a los padres sobre sus hijos con el fin de que éstos sean convenientemente educados".<sup>2</sup>

Este autor en particular, enfatiza en su definición el concepto de autoridad, misma que ejercen los padres sobre los hijos; así mismo hace especial hincapié en que la finalidad de la Patria Potestad es educar convenientemente a los hijos; lo cual nos parece, es una aportación importante a la definición.

Galindo Garfias, expresa que: "Es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no

---

<sup>1</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México D.F., 1984. p 339.

<sup>2</sup> Diccionario Jurídico 2000 Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Disco Compacto.

emancipados... no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y la maternidad".<sup>3</sup>

Galindo Garfias, propone una definición basada en considerar a la Patria Potestad como una función, la que incumbe a los padres como los primeros sujetos obligados a ejercerla derivada de la misma procreación. Es decir, del vínculo natural que se crea a partir del nacimiento de un hijo. Plantea como su finalidad el proteger y educar a los hijos menores.

A la Patria Potestad, Colin y Capitant la definen como: "El conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados".<sup>4</sup>

Esta definición, aporta como elemento importante de la Patria Potestad: el deber de alimentos y de educación que están a cargo de los padres respecto de los hijos. La misma, nos dice que la ley le concede a los padres un conjunto de derechos, y que estos son para facilitar, en la medida de lo posible, el cumplimiento de las obligaciones que la ley les impone. Ejemplo: el sostenimiento de los hijos.

El concepto Etimológico de Patria Potestad, proviene del Latín ***Patrius***, que significa: lo relativo al padre y ***Potestas***, potestad, dominio, poder sobre una cosa.<sup>5</sup>

Nuestra legislación vigente no proporciona un concepto específico de la Patria Potestad, sólo se limita a describir los derechos, obligaciones y efectos; así

---

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> COLIN AMBROISE. Victor Charles y Capitant H., traductor Demofilo de Buen, Curso Elemental de Derecho Civil, Editorial Reus. Buenos Aires 2002. p 20.

<sup>5</sup> CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. (Relaciones jurídicas paterno filiales). 3ª Edición Editorial Porrúa. México D.F., 1997. p 275.

como las partes que integran ésta relación jurídica, señalando que los hijos menores de edad están sujetos a la misma. Así encontramos, que el artículo 412 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice:

**“Artículo 412.** Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.”

En este artículo, la ley se concreta a limitar los sujetos que participan en ésta relación y las condiciones bajo las cuales se crea la misma. Por su parte, el artículo 414 del mismo ordenamiento, detalla a los sujetos que ejercerán la Patria Potestad al expresar lo siguiente:

**“Artículo 414.** La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres...”

En el mismo tenor, nuestra legislación hace referencia a la forma en que se debe ejercer la Patria Potestad y sus alcances, lo que está plasmado en el artículo 413 del Código Civil mencionado, que manifiesta:

**“Artículo 413.** La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten...”

Nuestra legislación plantea también, de manera expresa, quiénes deberán de ejercer la Patria Potestad sobre el menor, y el orden que se debe seguir para ejercerla si faltaren los primeros. Así, en primer lugar, siempre se encuentran los padres. Si uno de los padres tuviera algún impedimento para ejercerla, su ejercicio le corresponderá al otro, y a falta de ambos padres, recae en los abuelos paternos o maternos, según lo considere el Juez de lo Familiar.

Tratándose de hijos habidos fuera de matrimonio, ambos padres ejercerán la Patria Potestad, en tanto vivan juntos. Si viven separados, deben convenir exclusivamente sobre el ejercicio de la Custodia.

Finalmente, en el caso de adopción, sólo los padres adoptivos ejercerán la Patria Potestad, tal y como se previene en el artículo 419 de nuestro Código Civil.

La Jurisprudencia en nuestro sistema jurídico juega un papel preponderante, ya que es aquí donde la autoridad jurisdiccional expone su opinión jurídica, con la cual se llenan los vacíos de que la ley contiene. A continuación expondremos una tesis de jurisprudencia en la que se explica brevemente lo que significa la Patria Potestad para nuestro poder Judicial, y la forma en que debe ejercerse la misma.

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : I Primera Parte-1

Tesis:

Página: 330

Rubro

PATRIA POTESTAD, GUARDA DEL MENOR NECESARIA PARA EL EJERCICIO POR LOS PADRES DE LA.

Texto

**La Patria Potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la Patria Potestad, como son velar por la seguridad e integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter,** es de todo punto necesario que dichos padres tengan la Guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente. (El resaltado es mío).

Precedentes

Amparo directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Amparo directo 3601/70. Armando Quintero Rodríguez. 17 de junio de 1971. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís. Séptima Época (sic), Volumen 30, Cuarta Parte, página 69.

Esta tesis propone algunos puntos interesantes a la definición de la Patria Potestad, pues expone que, se ha establecido "... en beneficio del hijo", lo cual nos parece acertado, pues va de acuerdo al Interés Superior del Menor. La explica, acertadamente, como un "... un poderoso auxilio"; sin embargo, creemos que debería referir al desarrollo del menor, y no a la "... debilidad, ignorancia e inexperiencia" del mismo, pues estos adjetivos que se han superado con el devenir del tiempo, en todo caso tendría que aludir al "estado de indefensión del menor".

Es conveniente también abordar, de forma breve, el concepto de menor, que es finalmente quien está sujeto a la Patria Potestad. Marta N. Stilerman, menciona que: "...el concepto de menor de edad esta determinado por la naturaleza humana"<sup>6</sup>. El menor, desde el punto de vista biológico, se encuentra en un estado de indefensión por la incapacidad que tiene de valerse por sí mismo, y desde el psicológico, debido a la tardía adquisición del lenguaje como primer punto; y en segundo lugar, por el lento desarrollo emocional que experimenta. Hechos que generan la necesidad de un régimen de protección jurídica que le garantice un pleno desarrollo. Continúa Stilerman expresando que la única diferencia para considerar a un sujeto como menor, es precisamente la edad, dependiendo del sistema jurídico en que se encuentre.

De todo lo anterior, podemos decir que la Patria Potestad es una relación jurídica entre él o los progenitores y sus hijos menores, la cual nace de la Filiación que según Planiol es: "La relación que existe entre dos personas de las cuales

---

<sup>6</sup> STILERMAN, Marta N. Menores. Tenencia y Régimen de Visitas. 2ª Edición. Editorial. Universidad. Buenos Aires Argentina, 1991. p 27.

una es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados”. Así pues, esta relación acarrea consigo un conjunto de derechos o facultades y obligaciones recíprocas para las partes involucradas.

La Patria Potestad, por su definición etimológica, alude a un “poder” que ejerce el padre, la madre o quien la detente sobre la persona y bienes del menor. Este axioma ha sido superado en nuestra época, pues como ya vimos, los autores en la actualidad la refieren como un conjunto de deberes derivados de la procreación, contenidos en el orden natural<sup>7</sup>, para, asistir y proteger al menor por parte de los padres, con la finalidad de proporcionarle los valores y herramientas básicas para que pueda desarrollarse plenamente en sociedad como un individuo productivo para la misma. Esto último es quizá la finalidad más importante de esta Institución jurídica.

Pero esto no es lo único, pues también esta institución trae consigo deberes de representación del menor en todos los actos jurídicos en que se encuentre involucrado, así como deberes de administración de los bienes del menor. Lo anterior, se encuentra establecido en el artículo 425 del Código Civil. Estos aspectos se abordarán más específicamente en las siguientes páginas.

## **1.2 Origen.**

La Patria Potestad nace, probablemente, a causa de la necesidad de proteger a la progenie por parte del varón o la mujer, tiene su origen en las primeras organizaciones familiares de la humanidad, donde se fue creando un

---

<sup>7</sup> Confróntese. PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia E. Derecho de Familia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México DF, 1994. P 211. Y, LA CRUZ BERDEJO, José y otros. Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. 3ª edición. Editorial Bosch, Barcelona España, 1989. P 215.

vínculo que obligaba y procuraba una protección para los hijos indefensos por causa de su edad.

De esta forma, tenemos que su origen es partir de una unión estable, la cuál posee cierta permanencia; pues sólo una unión de este tipo dará lugar al ejercicio de la autoridad paterna.

Este vínculo fue evolucionando para dotar al padre o la madre, dependiendo el sistema de patriarcado o matriarcado en que se desarrollaban las sociedades, un poder casi omnipotente sobre la persona de los hijos, el cual se fue fortaleciendo con el tiempo hasta llegar a la familia como tal.

Así pues, en Roma, encontramos el antecedente más específico de la Patria Potestad. En las *Institutas de Justiniano*, se puede apreciar el cariz que la Patria Potestad tomó en Roma:

“El derecho de potestad (poder) que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. **Bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos**, quienes procreamos en justas nupcias” I.19.2<sup>8</sup>, esto dice Justiniano en sus Instituciones. Además puede estar bajo la potestad paterna el abrogado y el adoptado.

La Patria Potestad en Roma aborda 3 puntos básicos, en los cuales se denota el carácter autoritario con que se revistió esta Institución en el Derecho Romano, a saber:

a). El jefe de familia es el jefe de Culto Doméstico. Es él quien debe rendir culto a los ancestros importantes y los Dioses domésticos.

---

<sup>8</sup> Citado por BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz Bravo Valdez. Derecho Romano. Primer Curso. 19ª edición. Editorial Porrúa. México DF, 2002. p 140.

b). Los hijos de familia son incapaces, al igual que los esclavos; no pueden tener un patrimonio, todo lo que ellos adquieren, es adquirido por medio del *paterfamilias*.

c). La persona física de los sujetos a esta potestad, está a la disposición absoluta del *paterfamilias*, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y darles muerte.

El origen de la potestad en Roma era el *Iustae nuptia*, es decir: el matrimonio legítimo. También se debía el origen a la *adrogatio* o adopción y la *cognatio*.

De lo anterior vemos que la Potestad es un derecho exclusivo del *paterfamilias* como el dador de vida de la familia o *domus* y no del hijo. Esta institución, estaba organizada para beneficio único del padre, excluyendo por tanto a la madre. El derecho de potestad en Roma raya en los extremos de disponer incluso de la vida del sujeto que se encuentre bajo la Potestad del *paterfamilias*, ya no digamos sobre los bienes del sujeto a la Patria Potestad. Así encontramos que el sujeto a la Patria Potestad sólo estaba sometido a éste régimen de carácter privado, y no le afectaba en nada el derecho público, pues el *paterfamilias* era quien le representaba en todos los actos de derecho público en que tuviese que participar; sólo se le permitía realizar algunos actos jurídicos con su propio peculio, si es que lo poseía, y algunas acciones, limitadas todas por el derecho romano.

En Roma no había especificación alguna para la extinción de la Patria Potestad por causa de la edad, esta sólo se daba por dos causas, a saber<sup>9</sup>:

a). Acontecimientos fortuitos:

---

<sup>9</sup> Confróntese. BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. Op cit pp. 142, 143.

1. La muerte del *paterfamilias*, en cuyo caso los que estaban sometidos directamente se harán *Sui iuris*.
2. La pérdida de la ciudadanía del padre.
3. La reducción a la esclavitud del *paterfamilias*<sup>10</sup>.

b). Actos solemnes, como la entrega en adopción y la emancipación. En éste último caso, el sujeto toma automáticamente la condición de *Sui iuris* y está en condiciones de formar su propia familia y ser *paterfamilias*.

Pero la Patria Potestad a partir de Roma ha sufrido una evolución importante, ya que la creciente intervención del Estado ha modificado esta Institución de manera tal, que sea en beneficio del menor sujeto a la Patria Potestad.

Con relación a los hijos nacidos fuera del matrimonio, en la antigüedad no estaba debidamente expresada; no es sino hasta la era moderna, en que se ha procurado una protección para estos menores sujetos a la Patria Potestad.

En el Derecho Germano, no sólo se entendía a la Patria Potestad como autoridad del padre hacia los hijos, sino que la misma, estaba orientada hacia un derecho y un deber para la protección de los hijos. Esto como parte de una protección más general en relación con todo el grupo familiar. Así pues, sus características evidenciaban una participación materna, no sólo a falta de padre, sino que también consideraban a la madre como un sujeto al que se le reconocían derechos y deberes durante el ejercicio de la Patria Potestad. Así, en este derecho, se crean dos situaciones: la primera se traduce en que, en las relaciones con el exterior, el portavoz de la familia y, por tanto de los hijos, era el padre. En

---

<sup>10</sup> Confróntese. BRAVO GONZALEZ, Op cit p 152.

la segunda situación, la madre asume el mismo papel, pero hacia el interior del grupo familiar en las cuestiones que le interesan de común a la familia, sin que por esto fuere en detrimento la preponderancia en las decisiones que le correspondía al varón.

Un factor importante en la evolución de la Patria Potestad es el Cristianismo, pues él mismo fue una circunstancia atenuante del rigor de la autoridad paterna; se produjo entonces un sincretismo entre la potestad romana y el principio protector del derecho germano. Reconociendo la autoridad paterna, la limitó; determinando con claridad que ésta es justificada por la necesidad de la protección al hijo como un ser en formación. Podemos observar entonces, que las excesivas atribuciones paternas, observadas en la legislación, trajeron consigo una reacción en el derecho del medioevo, la cual se tradujo en una negación de la Patria Potestad entre los lombardos y ciertas doctrinas francesas; las cuales iban no como una postura de rechazo de la Patria Potestad, el rechazo iba en torno al ejercicio ilimitado de la misma. Podemos advertir que en España, las leyes combatían el poder absoluto del padre en la Patria Potestad; el Fuero Real rechazó la idea del poder paterno de forma ilimitada y despótica. En Las Partidas se incorporó una concepción por la cual el poder paterno se ejercía de forma medida y con piedad<sup>11</sup>.

Dentro de la evolución de la Patria Potestad, en el Código Napoleónico se estableció a ésta como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley. A partir de esto último, el legislador francés de la época, distinguió en tres etapas el ejercicio de la Patria Potestad. Afirmó que en la primera etapa: “La naturaleza quiere que en la infancia tengan los padres sobre sus hijos un poder pleno dedicado exclusivamente a su protección y defensa”<sup>12</sup>. En la segunda etapa se hacía mención que: “Hacia la pubertad el hijo tiene la necesidad de una mano

---

<sup>11</sup> Confróntese. D'ANTONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1970. pp 30 – 34.

<sup>12</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Derecho de Familia. Editorial Abuled-Perrot. Buenos Aires, 1984. p 331.

dura fuerte que lo proteja”<sup>13</sup>. Por último, desde la pubertad hasta la mayoría de edad, el poder de los padres es un medio de dirección y defensa.

En mil novecientos cincuenta y nueve la Asamblea General de las Naciones Unidas, proclamó la Declaración de la Derechos del Niño. En este documento, se reconoce, como principio, que los menores deben de gozar de una legislación especial para su protección, con el fin de garantizar su desarrollo pleno. Se expresan derechos fundamentales de los niños, tales como: que el menor debe desarrollarse dentro de su seno familiar, a no ser separado de su familia y en especial de su madre a temprana edad, salvo circunstancias excepcionales. Se introduce además el concepto del “Interés Superior del Menor”.

Debido a la evolución sufrida por esta Institución, en la actualidad, el criterio de los autores sobre la Patria Potestad es que, ésta va dirigida a asegurar a los menores la satisfacción de sus necesidades subjetivas mediante la familia. De esta forma se le considera como un “... conjunto de facultades y deberes”<sup>14</sup>, éstos poseen un contenido natural, porque devienen de la procreación. Consecuencia de lo anterior, se hace especial énfasis en la salud del menor, su alimentación; y su desarrollo físico, moral, intelectual, etcétera.

### **1.3. Naturaleza jurídica.**

En cuanto a la naturaleza jurídica de la Patria Potestad, existen diversas opiniones por parte de los juristas, dependiendo la característica que para cada uno predomina en éste concepto. De esta manera, encontramos las siguientes:

---

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia E. *Op cit.* p 213.

- Institución. Galindo Garfias señala que la Patria Potestad es: “...una institución establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él, o de hijos adoptivos”<sup>15</sup>.

En esta opinión, observamos que el autor considera como característica principal de la Patria Potestad, que se haya establecida por el derecho y éste le confiere el grado de Institución, esto en cuanto a la forma de ejercer la Patria Potestad. Además, considera que los objetivos de esta Institución son la asistencia y protección al menor sujeto a la Patria Potestad.

- Derechos y deberes. De Pina, dice que: “La Patria Potestad se define como el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes ejercen en relación con las personas y bienes de los sujetos a ella, con objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria”<sup>16</sup>.

Nuestro autor concibe a la Patria Potestad “...un conjunto de facultades y deberes,” pero no menciona quien o qué los confiere, ni señala el origen de la relación; se limita a mencionar el objetivo de la Patria Potestad, el cual considera como: “el salvaguardar a la persona y bienes del menor sujeto a la Patria Potestad”.

Galindo Garfias dice que para lograr esa “... finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez por el padre y la madre, la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida que su estado de minoridad lo requiere”.

---

<sup>15</sup> Citado por: CHAVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. (Relaciones jurídicas paterno filiales). 3ª edición. Editorial Porrúa. México DF, 1997. p 280.

<sup>16</sup> Idem.

El Maestro Galindo Garfias, al hablar de la asistencia que el estado de minoridad del sujeto pasivo requiere, agrega una característica importante a la definición de la Patria Potestad; nos parece se refiere al Interés Superior del Menor.

- Poder. Desde este punto de vista se hace referencia a la autoridad, y de ella se dice que contiene las relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. No hay una relación jurídica entre iguales, pues el padre y la madre ejercen una potestad<sup>17</sup>.

En este punto, el autor hace referencia y resalta la importancia de la autoridad que por derecho ejerce el sujeto activo de la Patria Potestad.

Carbonier considera que: “La autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre, al objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de su juventud e inexperiencia”.

Carbonier trata de justificar, de alguna manera, el concepto de la autoridad paterna dentro de la relación jurídica que es la Patria Potestad, al mencionar que ella se debe a que, con el ejercicio de esta autoridad, se trata de proteger al menor respecto a circunstancias, ajenas a su familia, en contra de él.

La teoría de los “poderes-deberes”, formulada por Francesco Messineo, expresa que: “es un conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes: poderes-deberes) en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de

---

<sup>17</sup> Idem.

madurez psíquica (dependiente de la edad) y de su consiguiente capacidad para obrar”<sup>18</sup>.

Esta teoría se basa en considerar que: la Patria Potestad acarrea consigo un conjunto de poderes-deberes para lograr la finalidad tuitiva que representa, la cual debe ser ejercida por ambos padres. Comprende un conjunto de poderes impuestos a los ascendientes, que estos ejercen sobre la persona y bienes del sujeto a la Patria Potestad para cuidarlos, educarlos y procurar su asistencia en todos los sentidos. Administrando así, una protección eficaz en la medida que su estado de minoridad lo requiera. Este conjunto de poderes y deberes son atribuidos, como facultades, a los padres para que puedan cumplir con la finalidad de la Patria Potestad en la medida de lo posible.

- Reconocimiento de una facultad natural. Se parte de la idea de que la filiación es un hecho natural, inherente a la procreación. El que procrea tiene lógicamente mayor edad que el procreado, por tanto posee mayores conocimientos y posibilidades; en este tenor se debe de reconocer a la Patria Potestad como una facultad natural del procreador, misma que se ejerce mientras el infante necesite de la ayuda y atención. Puig Peña dice al respecto que: “Se trata pues a nuestro juicio de un reconocimiento de una facultad natural. No es que los padres tengan la propiedad sobre sus hijos, como sostenían viejas doctrinas”.

A propósito de esta opinión, existe una tesis de jurisprudencia que evidencia que la Patria Potestad es considerada como una facultad natural que ejercen los padres o, en su defecto, los abuelos sobre los menores no emancipados; procurando de esta forma proteger, lo más posible, al ser en desarrollo. La misma, concibe a la Patria Potestad como un derecho fundado en la procreación de los hijos. Esta tesis es un poco anacrónica al hablar de hijos nacidos dentro del

---

<sup>18</sup> Citado por: D´ANTONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad. Editorial Astrea. Buenos Aires 1970. pp 30 – 34.

matrimonio, pero obviando esta alusión, es aplicable a la opinión sobre la naturaleza jurídica de la Patria Potestad como un derecho natural.

Instancia: Tercera Sala Época: Séptima Época  
Localización

Instancia: Tercera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Parte : 169-174 Cuarta Parte  
Tesis:  
Página: 151

Rubro

PATRIA POTESTAD, NATURALEZA DE LA.

Texto

La Patria Potestad tratándose de hijos de matrimonio, se ejerce, no como una consecuencia de ese contrato social, sino como un derecho fundado en la naturaleza en relación directa con la procreación de aquéllos; tan es así que la misma, atento lo dispuesto por el artículo 425 del Código Civil del Estado de Tamaulipas, se ejerce por ambos progenitores, cuando viven juntos y reconocen al hijo, aunque no hubiesen contraído matrimonio. (El resaltado es mío)

Precedentes

Amparo directo 4369/82. Paula Elena Martínez Carrizales. 17 de enero de 1983. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

La Patria Potestad es una situación originada de un hecho natural y social, fundada primordialmente en la procreación; es así como se le considera un derecho natural del padre ejercer la Patria Potestad y velar por el cuidado y desarrollo del hijo.

- Como una Función. En este concepto se aborda a la Patria Potestad como una función que ejercen los padres para la protección de los hijos. Ésta función es temporal y productora de deberes para los padres y limita las facultades atribuidas a estos.

- La Patria Potestad como un derecho humano. Desde este punto de vista se trata, dice Chávez Ascencio, “de derechos familiares de la persona y derechos sociales de la familia”<sup>19</sup>. Dentro de estos se encuentran derechos subjetivos conyugales y familiares, derivados de actos o hechos jurídicos familiares, pero también en lo conyugal y en lo familiar existen derechos derivados y originados de la persona y de la familia como institución, que son inalienables y forman parte de su personalidad y patrimonio humanos. Dentro de estos derechos, está la Patria Potestad como derecho subjetivo, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico es una facultad o prerrogativa que corresponde a los progenitores, y que se opone *erga omnes*, dentro del cual está el ejercicio de la Patria Potestad oponible frente a terceros. Dentro de estos derechos se encuentra el derecho a la educación que todo padre debe ofrecer a sus hijos.

Podemos concluir, en cuanto a la naturaleza de la Patria Potestad, que ésta es, una Institución porque está regulada por el Derecho. Se deriva de la procreación, lo que es un hecho natural, por lo que necesariamente contiene principios debidos a la naturaleza. Va dirigida a proporcionar los cuidados que el menor requiere a temprana edad, para asegurarle un desarrollo eficaz. Se considera que la Patria Potestad implica un poder sobre el menor no emancipado, pero éste sólo va en función de cumplir con un deber de protección hacia él, encaminado también, a cumplir con la función, inherente a los padres, de educar y preparar a sus críos para que puedan asumir (al alcanzar su mayoría de edad) un rol independiente y productivo en la sociedad.

Debido a la naturaleza de donde se deriva ésta Institución, se considera así mismo que, la Patria Potestad es un derecho humano, pues los menores tienen el privilegio de crecer en el seno de su familia; y ser educados por sus padres.

---

<sup>19</sup> CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F. Artículo: Derechos Fundamentales (Comparación de los Convenios Internacionales, Americanos y Europeos). Revista Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. N 32. México. 2002. diseños e Impresiones Sandoval. P 185.

## 1.4 Características.

Los diversos autores de Derecho Familiar, de acuerdo a la concepción que de ella tienen, proponen distintas características de la Patria Potestad; pero, para efectos de estudio, nos parece que la más sencilla y completa, es la propuesta que maneja la Maestra. Sara Montero Duhalt, en su libro “Derecho de Familia”, la cual a continuación exponemos:

- **Cargo de interés público:** Esta característica se da en función de que es una actitud de proteger, velar, educar y mirar por el interés y el bienestar de los hijos; la cual, dice la Maestra Montero, es una buena medida derivada de la naturaleza misma. La mayor parte de los padres, asumen su responsabilidad para con sus hijos de manera espontánea, cuidando así la vida y desarrollo de los mismos. Esto responde al instinto de supervivencia, no sólo a escala personal, sino a la supervivencia de la especie misma. El derecho recoge estos valores de las relaciones humanas, y los eleva a conductas de interés público al plasmarlos en ordenamientos jurídicos.

“La patria potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse por sí mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable”<sup>20</sup>.

- **Irrenunciable.** Es irrenunciable por ministerio de Ley, ya que la misma determina expresamente ésta característica en el Artículo 448 del Código Civil, al señalar: “La patria potestad no es renunciable...” esto concuerda con el artículo 6 del mismo ordenamiento que expresa lo siguiente: “... Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente a interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”

---

<sup>20</sup> MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México DF, 1984. p 342.

Esta característica además de tener la irrenunciabilidad expresada en la ley, va de la mano con la anterior, ya que aún de no existir el artículo 448 del Código en cita, el artículo 6 del mismo hace la aclaración de su irrenunciabilidad al ser la Patria Potestad una institución de interés público.

- Intransferible. Como casi todas las relaciones que se derivan de la familia, la Patria Potestad, para su ejercicio, tiene un carácter personalísimo; ya que no puede ser objeto de comercio, no puede transferirse, bajo cualquier título (ya sea gratuito u oneroso), el derecho al ejercicio de la Patria Potestad. La única excepción a la regla es la adopción, aquí se requiere el consentimiento expreso de quien ejerce la Patria Potestad para que el menor sea dado en adopción. Además, este acto debe revestir todas las formalidades que la ley impone para que se pueda dar la figura de la adopción. Así, si se cumplen estos requisitos, a los padres adoptantes se les transmite de manera fáctica el ejercicio de la Patria Potestad. No se considera como traslación del ejercicio de la Patria Potestad cuando, quienes la desempeñan, mueren, ya que, en todo caso, a quien le corresponde el ejercicio de la Patria Potestad, lo asume por orden de ley; pues, como ya se expresó, nuestro ordenamiento Civil marca quiénes deberán ejercerla.

Al respecto, nuestra Autoridad Jurisdiccional emitió la siguiente Tesis, en la que, se hace especial énfasis a la característica referida.

**PATRIA POTESTAD. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA, SON INEXTINGUIBLES Y NO SUJETOS A CONVENIO.**

Los derechos y obligaciones emanados del parentesco natural, son inextinguibles, porque no pueden ser materia de convenio, pues la materia de los contratos sólo debe versar sobre derechos y obligaciones, sin existir la posibilidad de transmitir a seres humanos mediante convención. En estas circunstancias, los menores no pueden ser objeto de convenios y si éstos son producto de un matrimonio, su Guarda y Custodia no deriva de los casos especiales de divorcio; del reconocimiento de los nacidos fuera del mismo o de la separación de los padres.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

T.C.

Amparo directo 295/93. Héctor Becerra Martínez. 2 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretario: Jaime Arturo Cuayahuitl Orozco.

**Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo XIII, Marzo de 1994. Pág. 417. **Tesis Aislada.**

En esta tesis, observamos que el criterio del juzgador es acorde con la característica en cuestión, pues considera que no puede ser materia de convenio la Patria Potestad, ya que atañe directamente a la persona del menor, que es un ser humano y, por tanto, sus derechos no pueden estar sujetos a convenio, ni pueden ser transferidos. Explica que sólo está sujeto a convenio el ejercicio de la Custodia en caso de separación de los padres; esto concuerda con lo estipulado en nuestro Código Civil.

- Imprescriptible. La Patria Potestad, en forma alguna, se extingue o se adquiere por prescripción. La persona que esté obligada a ejercerla y no lo hiciere, no le prescribe por ello su derecho ni su deber a ejercerla.

En el mismo sentido, sí alguna persona asume de modo propio las obligaciones inherentes a la Patria Potestad para con un menor del que no tenga obligación alguna, no por ello adquiere el derecho de ejercicio de la Patria Potestad de dicho menor.

- Temporal. Esta característica se da en función de la naturaleza humana, ya que el cargo se ejerce sólo mientras el sujeto sea considerado como menor. Al llegar a la mayoría de edad o al emanciparse concluye. Así, el plazo máximo de ejercicio de la Patria Potestad de los hijos, es de dieciocho años; es decir, cuando adquieren la mayoría de edad.

- Excusable. Debido a ciertas circunstancias que imposibilitan el debido ejercicio de la Patria Potestad, la Ley permite que la persona a quien le corresponde el ejercicio de la misma, pueda eximirse de este deber mediante una excusa, tal y como lo marca el artículo 448 del Código Civil:

**“Artículo 448.** La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño”.

#### **1.4.1 Sujetos de la Patria Potestad.**

Se consideran dos clases de sujetos en esta relación jurídica: un sujeto activo y un sujeto pasivo.

Como sujetos activos de la Patria Potestad se considera a los padres conjuntamente, o solamente el padre o la madre, a falta o imposibilidad de uno de ellos. En segundo lugar, la ley señala a los abuelos, ya sea maternos o paternos, unos u otros conjuntamente, o uno sólo de cada pareja.

Los sujetos pasivos de la Patria Potestad, son los hijos o nietos menores de edad. Pues, como ya se expresó, no existe la Patria Potestad para los mayores de edad. En caso de que no haya padres ni abuelos, al menor de edad sólo se le podrá nombrar un tutor, quien de ninguna forma ejercerá la Patria Potestad y sólo se concretará al cuidado del menor.

Para el caso de los hijos habidos fuera del matrimonio, no existe disposición expresa para el ejercicio de la Patria Potestad, pues tal disposición fue derogada. Sin embargo, es el padre o la madre que le haya reconocido como hijo, quien ejerce la Patria Potestad del menor, y habiendo sido reconocido por ambos, los dos la ejercerán, en cuanto vivan juntos. En el caso de que los padres vivan separados, analógicamente se puede aplicar el artículo 416 del Código Civil, por el cual se les ordena acordar los términos del ejercicio de la Patria Potestad.

Por último, en caso de que falten ambos padres o estén imposibilitados para el ejercicio de la Patria Potestad de un menor, ésta corresponde a los ascendientes en segundo grado. El juez de lo familiar decidirá a quién le será concedido el derecho de ejercerla, atendiendo a las circunstancias del caso en concreto.

#### **1.4.2 Derecho y obligaciones.**

Los derechos y las obligaciones que nacen de esta relación jurídica, revisten el carácter de reciprocidad entre las partes. Comenzaremos analizando el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal.

**“Artículo 411.** En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición”.

En este artículo, la ley impone a las partes el respeto y la consideración mutua como obligaciones inherentes a la Patria Potestad; éstas son de carácter social y educativo.

Doctrinalmente hablando, se han hecho diversas clasificaciones de los distintos derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad; estos siempre atienden a lo expresado por la ley. Se clasifican, por regla general, en derechos y obligaciones con relación a la persona del menor y sobre sus bienes. A continuación, se expondrá un bosquejo de los diversos derechos y obligaciones de la citada institución.

Derechos y obligaciones de la Patria Potestad respecto a la persona del menor:

- Custodia. Dentro de ésta obligación, podemos encontrar varios conceptos, como son: alimentos, educación, corrección, ejemplaridad y convivencia:
  - Alimentos. Estos comprenden habitación, entendiéndose por ésta también la designación de un domicilio; comida, vestido, educación, conteniendo esta última el deber de proporcionarle al menor: oficio, arte o profesión de acuerdo a las circunstancias personales de las partes. Tal y como lo previene el artículo 308 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.
  - Educación. La ley impone a las personas que ejercen la Patria Potestad de un menor, el deber de educarlo convenientemente; así lo previene nuestro Código Civil en su artículo 422, siendo esto, además, parte primordial de los alimentos. Dentro de este deber, se encuentra el proporcionarle los valores básicos, tanto sociales como culturales, para que el menor se integre a la sociedad como un sujeto productivo.

Es dentro de la familia donde se adquieren las normas éticas básicas de conducta, de educación y cultura; así pues, los padres como sujetos activos de la Patria Potestad tienen el deber de moldear el carácter de los niños y adolescentes que estén bajo su tutela. Quizá por esto, es de suma importancia el papel que desempeña la familia en la función educativa, además que le incumbe también una función socializadora de sus miembros, con el objeto de conducirlos a buen cauce. Dado que los hijos normalmente se guían por la conducta de sus progenitores, la responsabilidad de los padres para con sus hijos en formación, es difícil y enorme.

- Corrección. El deber de educar puede implicar en ocasiones una conducta correctiva por parte de los padres para con el menor, por tanto, la legislación civil ha previsto esta circunstancia y ha dotado al padre de la facultad de corrección en el artículo 422 del Código Civil para el Distrito Federal; ésta debe ser mesurada para no incurrir en delitos como lo podría ser el de lesiones.

- Ejemplaridad. Esta característica es producto de las anteriores, pues no hay mejor forma de educar que con el ejemplo; por lo que los padres deben siempre observar una conducta inobjetable frente al menor.

- Convivencia. La natural consecuencia de la Patria Potestad es la obligación de convivencia, la cual tiene como principal objetivo lograr en el menor una estabilidad personal, psicológica y emocional. Para alcanzar este resultado, es menester proporcionarle afecto, calor humano, presencia personal, respaldo espiritual y, en general, todo lo que el padre considere necesario para lograr este objetivo.

Las reformas realizadas a nuestro Código Civil, publicadas el seis de septiembre del año dos mil cuatro, imponen además el deber de procurar el respeto y acercamiento de los hijos hacia los padres. Esto, en caso de separación de los padres, pues trata de evitar que exista un rechazo del hijo hacia uno de los padres, provocado por el otro. Esto se encuentra regulado en el artículo 411 de nuestro Código Civil, último párrafo. Desde nuestro particular punto de vista, esto es cuestión de educación y madurez de las partes, para asumir el rol paterno independientemente de los problemas entre pareja, y así, lograr una relación sana padre-hijo.

- Representación legal. Los menores son considerados por nuestro Derecho Civil como incapaces, por lo que se hace necesario, para todos los actos jurídicos en que deban intervenir, nombrarles un representante legal. Nuestro Código ha previsto esta situación, nombrando como representante natural al padre o, en su defecto, a quien ejerce la Patria Potestad. Cuidando así, los intereses del menor en forma óptima. El único caso en que un menor puede actuar por cuenta propia y siempre bajo la supervisión del representante, es cuando se trate de bienes adquiridos por su propio trabajo.

El artículo 425 del Código Civil, impone al padre la representación legal para comparecer a juicio; pues el artículo 424 del mismo ordenamiento, prohíbe, en forma expresa, que el menor sujeto a la Patria Potestad comparezca a juicio, a menos que tenga el consentimiento manifiesto de quien ejerce la Patria Potestad sobre él.

En relación con los bienes del menor, estos, pueden ser de dos especies; la primera se integra con los que se adquieren por el trabajo del menor, y la segunda se conforma por adquiridos por cualquier otro título léase: herencia, legado, donación o por don de la fortuna.

En este orden de ideas, la administración y el usufructo de los bienes de la primera especie del menor, le corresponde su administración y el producto del usufructo al menor.

En cambio, los de la segunda especie, la propiedad y la mitad del usufructo de esos bienes, son exclusivos del menor; de la administración del total se encarga quien ejerce la Patria Potestad y así mismo le pertenece el cincuenta por ciento restante del usufructo.

Sin embargo, cuando los bienes en cuestión provienen de herencia, legado o donación; y el testador o donador indicó que el usufructo corresponde exclusivamente al incapaz, deberá cumplirse con esa manifestación. El padre puede así mismo renunciar al usufructo y a la mitad de los bienes a favor del infante.

Derechos y obligaciones de la Patria Potestad respecto de los bienes del menor.

Como ya se ha explicado, el estado de minoridad de los sujetos a la Patria Potestad, les obliga a actuar por medio de un representante legal en todos los actos jurídicos en los que tenga que participar. Además de lo anterior, el Código Civil en su artículo 425, impone a los que ejercen la Patria Potestad, el deber de administrar los bienes del menor. Designando además, diversas modalidades para los distintos casos y circunstancias que se sucedan en el ejercicio de la Patria Potestad.

#### Obligaciones del Sujeto a la Patria Potestad

Este punto se refiere a los deberes y obligaciones que tienen los hijos para con quien ejerce la Patria Potestad. Esta es una relación jurídica en la cual debe imperar el respeto y consideración mutua.

La relación jurídica de la Patria Potestad es desigual en cuanto a las partes, pues el sujeto a la Patria Potestad se encuentra subordinado a quien la ejerce; y aunque esta institución tiene como significado el poder ejercido sobre el pasivo, ésta se encuentra limitada, en su ejercicio, por la ley, procurando siempre el bienestar del menor.

Atendiendo al principio comentado, los deberes de los hijos como sujetos pasivos de esta relación son: procurar el trato respetuoso y considerado hacia el sujeto activo. En este mismo orden de ideas, la obediencia y la aceptación son factores primordiales en esta relación.

Además se derivan otros deberes como el de vivir en el domicilio parental, la convivencia entre ambos; atender, escuchar y honrar a quien ejerce la Patria

Potestad, y, en general, toda conducta aceptada en la sociedad, que beneficie y aporte algo a la relación.

### **1.4.3 El ejercicio de la Patria Potestad.**

La Patria Potestad la ejercen, de forma preferente, ambos padres en forma conjunta o separada sobre los hijos, pues se supone que ellos pondrán más cuidado a la educación y preparación de los hijos, así como a los negocios en los que tengan que participar los menores no emancipados. En segundo lugar, y a falta de los padres o que estos tengan o se ubiquen en alguna causal que les impida el ejercicio de la Patria Potestad, se encuentran los abuelos, sin distinción de línea; pero el Juez de lo Familiar es quien decide cuál de ellos la ejercerá, tomando en cuenta las circunstancias de cada caso en particular para mayor beneficio de los menores sujetos a la Patria Potestad. Esto se encuentra establecido en el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal. Lo anterior es en cuanto a las personas que intervienen en el ejercicio de la Patria Potestad como relación jurídica emanada de la procreación y, por tanto, de la filiación.

En el mismo orden de ideas, el artículo 413 del mismo ordenamiento, impone que la Patria Potestad se ejerce sobre la persona y bienes del hijo, esto con el fin de dispensar el cuidado debido al menor, y protegerlo de alguna manera, contra las vicisitudes ajenas a la familia que puedan afectar su desarrollo personal y emocional, así como para cuidar de sus intereses contra los externos.

La Patria Potestad implica deberes para con los menores, dirigidos a su protección y atendiendo su mejor interés, sin dejar de considerar los derechos que el padre posee. La Patria Potestad la ejercen los padres o abuelos, sin distinción de línea, sobre los hijos o nietos menores de edad no emancipados; y ésta, consiste en ejercer, por parte de los sujetos activos, el cúmulo de deberes y prerrogativas que la ley les confiere. La conducta de los sujetos activos debe ser

encaminada siempre a la protección del Interés Superior del Menor, logrando de este modo, un desarrollo satisfactorio del sujeto pasivo.

En ese complejo de derechos y deberes, o función de paternidad, en que se conjuga el interés paterno con el familiar y social, se encuentra la Custodia del menor, ubicándola en el campo social. De tal suerte que, aún no teniendo el derecho a la Custodia, el padre que esté separado del que la ejerza, tiene el derecho de visita y convivencia, tal y como lo expresa nuestro Código Civil en su artículo 417. la Patria Potestad se ejerce sobre los hijos, en los casos y circunstancias que expresamente señala la ley. La finalidad consiste en proteger los intereses de los hijos; es por eso que el legislador ha dispuesto que la Patria Potestad, como regla general, se ejerza por los dos padres conjuntamente, y solamente como excepción, se le otorgará a uno sólo de ellos.

La Patria Potestad la ejercerá siempre el sujeto activo en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad. Es decir, se estructura como una función que significa la atribución de un conjunto de derechos como medio para cumplir con los deberes de forma dual o compartida por el padre y la madre. Se establece el principio básico de respeto al desarrollo de la personalidad del hijo, y se impone una total igualdad entre esos hijos, sean o no nacidos dentro del matrimonio.

Al sujeto activo de la Patria Potestad también le incumbe las facultades de educar al menor, velar por la seguridad o integridad corporal del hijo, vigilar su conducta y el formar su carácter, entre otras señaladas por la ley, comentadas en páginas anteriores. Así mismo, el menor sujeto a la Patria Potestad, tiene sus propias obligaciones para con los sujetos activos de esta relación, tales como: el respeto, la consideración, la ayuda, el vivir en el domicilio que señale el sujeto activo y, en fin, todo lo que se considere sano y que ayude al mejor desarrollo del ejercicio de la Patria Potestad.

El ejercicio de la Patria Potestad sobre el adoptado, corresponde sólo a la persona que le adopte; así lo refiere el artículo 419 de nuestro ordenamiento Civil.

## **1.5 Extinción.**

La extinción de la Patria Potestad se produce cuando se da alguno de los casos previstos en el artículo 433 del Código Civil para el Distrito Federal.

**“Artículo 443.** La patria potestad se acaba:

**I.** Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;”

Esta causal obedece al hecho natural que es la muerte, y no habiendo persona que tenga derecho a ejercer la Patria Potestad, se nombrará un tutor para la protección del menor.

**“II.** Con la emancipación derivada del matrimonio;”

La presente causal tiene como principio rector el dar un voto de confianza al menor emancipado.

**“III.** Por la mayor edad del hijo; ”

La causal en comento se da debido a que al alcanzar la mayoría de edad, a la persona, se le supone apta para procurarse los medios necesarios para subsistir.

**“IV.** Con la adopción del hijo;”

**“V.** Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 Bis del Código de Procedimientos Civiles.”

En estas dos últimas causales la Patria Potestad no se extingue propiamente, sino que se traslada este derecho al padre adoptante. En cuenta a la quinta fracción del presente artículo, se hace referencia a la entrega del menor por quien ejerce la Patria Potestad a una Institución para su adopción.

## Pérdida de la Patria Potestad.

La pérdida de la Patria Potestad tiene como objetivo primordial el interés superior del menor, al tratar de protegerlo de un posible daño en su pleno desarrollo causado por la conducta nociva del sujeto activo. A tal efecto, el artículo 444 de nuestro Código Civil, prevé distintas causales por las cuales el Juez de lo Familiar, puede decretar la pérdida de la Patria Potestad. Estas causales pueden ser: por abandono y exposición de menores, incumplimiento de las obligaciones inherentes a la Patria Potestad, delitos cometidos contra el menor por parte del que la ejerce, cuando el que la ejerce sea condenado dos o más veces por delitos graves, por estar imposibilitado, debido a una condena expresa a la pérdida de ese derecho en sentencia ejecutoriada.

### **1.6 Limitación, suspensión y recuperación de la Patria Potestad.**

Limitación de la Patria Potestad: esta figura se da a raíz de un divorcio o separación de los progenitores, como lo estipula el artículo 444 bis del Código Civil, y se aplica tomando en cuenta las disposiciones del mismo. Esto tiene como objetivo el que, quien posee la Guarda y Custodia del menor, pueda en dado caso tomar las debidas providencias para procurar satisfacer las obligaciones inherentes a la Patria Potestad.

La suspensión de la Patria Potestad se ocasiona por alguna de las causales estipuladas en el artículo 447 del Código Civil; estas por su naturaleza sólo son temporales, debido a las razones que la originan, a saber:

**“Artículo 447.** La Patria Potestad se suspende:

**“I.** Por incapacidad declarada judicialmente;”

Esta causal se origina por la imposibilidad del sujeto activo, debido a la incapacidad de ejercicio propia de su estado, y, por lo tanto para desempeñar la Patria Potestad.

**“II. Por ausencia declarada en forma;”**

La presente causal de suspensión de la Patria Potestad, está prevista para proteger tanto a la persona, como a los bienes del menor; pues éste, forzosamente, requiere de alguien que le guíe y proteja sus intereses frente a terceros.

**“III. Cuando el consumo de alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotropicos, amenacen a causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor;”**

La causal en comento, sirve principalmente para proteger la persona y bienes del menor frente a un daño que le pueda causar el sujeto activo de la relación, a causa de los hábitos que posea; y que puedan, en momento dado, ser un mal ejemplo para los menores.

**“IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión.”**

Esta causal no impone comentario, ya que la ley es muy clara al establecer las causales que ameritan la suspensión de la Patria Potestad. Por lo tanto, el Juzgador ejerciendo su criterio jurídico, podrá, en dado caso, suspender éste derecho a los padres o abuelos, en su caso, hasta que se satisfagan los requerimientos que la ley impone para recuperar el ejercicio de la Patria Potestad.

**“V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del o los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado.”**

Esta causal es de reciente anexión al artículo, y va dirigida a proteger la salud, tanto física como emocional de los menores, en tanto se encuentre

amenazada por quien posea la Custodia legal del menor o familiares de éste hasta el cuarto grado. Se trata, creemos, de un complemento a las reformas sobre Custodia, publicadas el seis de septiembre del dos mil cuatro.

“VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.”

Dicha causal está encaminada a salvaguardar el derecho de visita y convivencia que el padre no custodio posee; pero desde nuestro punto de vista es un tanto exagerada, pues aunque se cometa una grave infracción al no permitir la convivencia del padre no custodio con su menor hijo, esto no quiere decir que el padre custodio sea un mal padre. Creemos que el Juzgador deberá ser muy cuidadoso al tratar de aplicar la presente causal a un caso concreto, pues debe apreciar también el Interés Superior del Menor al momento de dictar sentencia.

Recuperación de la Patria Potestad.

La figura jurídica de la recuperación de la Patria Potestad por parte de un padre al que se le haya inhabilitado por alguna causal de pérdida o suspensión de la misma, es una adición al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal. En este tenor, la Ley faculta a un padre para promover la recuperación de su derecho a ejercer la Patria Potestad, siempre y cuando, demuestre que la causal por la que se le suspendió el ejercicio de ésta, haya desaparecido. Aunque sólo se le faculta a promover la recuperación de la Patria Potestad, cuando la haya perdido por cuestiones alimentarias inherentes a la misma.

## **Capítulo 2 La Custodia de Menores.**

### **2.1 La Custodia.**

#### **Antecedentes.**

De unas décadas al presente, la realidad social en que vivimos ha cambiado drásticamente. La pérdida de los valores éticos tradicionales, la crisis económica del país que afecta al núcleo familiar, la cual, acarrea la necesidad de que en las parejas ambos tengan que trabajar para ayudar al sustento familiar; las adicciones dentro de la familia y la sociedad en general, la escasez de vivienda, el progreso tecnológico, el alto nivel de información en la sociedad, la infidelidad conyugal, etcétera; han provocado un cambio radical en la manera de la integración familiar. Se ha incrementado el nivel de divorcios en el Distrito Federal y en casi todo el país. Así pues, hoy día, encontramos diversas formas de integración familiar: familias monoparentales, familias extensas reunidas en un sólo núcleo, familias compuestas, es decir una pareja con hijos de distintas parejas; familias que aunque en apariencia jurídica están unidas, la realidad es otra por la necesidad de que algún miembro de la familia salga a trabajar lejos, incluso fuera del país, para allegarse de recursos para mantener a la familia. La conmoción que provocan estos y otros factores más, provoca un desequilibrio en las relaciones familiares, lo que puede traer consigo, una crisis matrimonial; léase: separación, divorcio, nulidad matrimonial.

La realidad social y jurídica de nuestro país, ha sacado a la luz la preponderancia que tiene el Derecho para regular las relaciones familiares, como son: el matrimonio, el concubinato, la filiación, la adopción, el patrimonio familiar; en el seno de nuestra sociedad, tanto hacia adentro del núcleo familiar, como hacia el exterior del mismo.

En éste orden de ideas, resulta que con todo el desequilibrio que provoca una escisión en un matrimonio o en una pareja estable en la que se hayan

procreado hijos. Quienes cargan con la peor parte, por lo regular, son precisamente éstos últimos, sobre todo si son menores. Pues, por lo general, sin importar los motivos de la separación, antes de que ocurra ésta, la pareja pasa por diversas fases en las que de una relación conflictiva y más o menos llevadera, puede derivar en violencia, tanto moral como física entre ellos y/o hacia los hijos; o bien, una vez llegada la separación, al hijo puede tratársele como rehén o botín. La maestra Pérez Duarte y N., comenta que los hijos son utilizados por las parejas, en trance de separación, como arma para herir o destruir al otro u otra; o simplemente los usan con el fin de obtener mayores privilegios de la pareja, o son utilizados con afán de revancha. Sin afirmar que esto sea la generalidad, los mencionamos como supuestos que llegan a verificarse.

Ante la inminente separación de la pareja, Ángel Gordon Ferrer recomienda que los padres, una vez madurada y llegada esta decisión, deberán comunicarla a los hijos de acuerdo a su edad. Esto, dice, tiene como objetivo: por una parte; "... que los hijos se utilicen en propio interés de uno de los padres"<sup>1</sup>; y por la otra, "Se evita que uno de los padres haga responsable al otro de lo que sucede en el matrimonio. Es fundamental y básico para que el hijo que tenga una imagen de unidad con relación a los progenitores, y que esa imagen dé la sensación de que se ha tomado una decisión madura, ponderada y racional".<sup>2</sup>

Estas precauciones que deben tomar los padres, en caso de separación, nos parece de lo más importante, pues demuestran el grado de madurez que pueden poseer. De esta forma se consigue justificar que pueden llegar a un buen acuerdo para determinar las relaciones que cada uno de los padres deberá llevar con sus hijos.

---

<sup>1</sup> Don Ángel Gordon Ferrer; comentario de aspectos psicológicos en el libro titulado: La Guarda y Custodia de los Hijos. Autor principal: ZANON MASDEU, Luis. Editorial Bosch Casa Editorial S.A.. Barcelona España, 1996. P 181.

<sup>2</sup> Idem.

## El Menor.

Es importante, desde nuestro punto de vista, abordar más exhaustivamente el concepto de menor, que es el sujeto pasivo de la relación jurídica que encarna la Patria Potestad, y por tanto sobre quien se ejerce la Custodia.

Su definición etimológica proviene del latín *minor natus*, referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano, sino digno de protección.

El menor, “desde el punto de vista biológico, se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena”<sup>3</sup>.

Desde la perspectiva jurídica se habla de que el menor es: “... la persona que por la carencia de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento de su nacimiento viable hasta cumplir la mayoría de edad la **ley le restringe su capacidad dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan**”<sup>4</sup>. (El resaltado es del autor de éste trabajo)

Al respecto, el Código Civil, vigente para el Distrito Federal, no define el concepto de menor; éste lo aborda en forma dispersa, en diversos artículos, por ejemplo: el artículo 450 del ordenamiento citado dice que: “Tienen incapacidad natural y legal. I. Los menores de edad”. Así mismo, el artículo 646 del Código en comento, nos dice que: “La mayor edad comienza a los dieciocho años

---

<sup>3</sup>Diccionario Jurídico 2000 Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Disco Compacto.

<sup>4</sup> Idem.

cumplidos”. Por lo que podemos inferir que éste concepto se da en función a la edad, y en este caso, en México, se considera que una persona tiene plena capacidad de ejercicio y, por tanto, alcanza la mayoría de edad al cumplir los dieciocho años.

Es de precisar que diversos ordenamientos en nuestra República, tanto locales como federales, aportan una definición de menor; así encontramos que la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños para el Distrito Federal, considera en su artículo tercero, fracción decimoséptima: “Niña o Niño: a todo ser humano menor de dieciocho años de edad”. Desde nuestro punto de vista, ésta definición, es completa para fines indicativos; se diferencia de la legislación Civil en que alude a “niña o niño” en lugar de menor, aún así se puede considerar como válida, pues son conceptos que, si no son del todo iguales, sí se pueden utilizar para los mismos efectos, ya que en la Convención de los Derechos del Niño se aporta una definición parecida en su artículo primero.

### **Interés Superior del Menor.**

Es indispensable aportar en este trabajo, el concepto de “Interés Superior del Menor”, el cual, a raíz de la suscripción por parte de México de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, ha sido incorporado a nuestro Código Civil. Este concepto está plasmado en el artículo tercero de dicha convención.

El Interés Superior del Menor tiene como principio considerar al menor como un ente titular de derechos autónomos, susceptibles, si llegare a darse el caso, de ser ejercidos contra sus padres. El menor es un sujeto de derecho distinto de los padres, esto se da en virtud de la indefensión que naturalmente posee por su inmadurez física y psicológica. Razón por la que se considera al menor, cuando está en condiciones de formarse un juicio, como sujeto de

opiniones propias, por lo qué, se establece la necesidad de oírlo. En cambio, si aún no tiene juicio propio, los padres no podrán adoptar cualquier resolución a ese respecto. Las disposiciones de los padres, deberán tomar en cuenta el impacto que puede provocar la decisión que se adopte en el desarrollo futuro del menor. El asegurar el desarrollo de la personalidad, la autonomía actual y futura e identidad del menor, aparecen indisolublemente ligados a ese criterio de la protección del “Interés Superior del Menor”. Este principio tendrá especial relevancia a propósito de las decisiones que se adopten en materia de Custodia, régimen de visita y Patria Potestad.

Es de acotarse en éste trabajo que, la inclusión en el Derecho Internacional del principio comentado, es en la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada en mil novecientos cincuenta y nueve, por la Asamblea General de la Naciones Unidas, en su resolución 1386 del veinte de noviembre de ese año. Dicho principio está contenido en el artículo segundo del documento mencionado; pero fue en la Convención de mil novecientos ochenta y nueve donde se abundo mas en este “Interés”.

Al respecto, podemos agregar a este trabajo la siguiente Jurisprudencia, en la cual, la Interpretación de nuestra autoridad Judicial ordena: que en un juicio de Guarda y Custodia, ante todo, debe prevalecer, al dictar sentencia, el Interés Superior del Menor:

**GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

El derecho a la Guarda y Custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que **atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la Guarda y Custodia.** Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y

derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la Guarda y Custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

II.3o.C. J/4

Amparo directo 170/2000. Adrián Escorcía Martínez y otra. 1o. de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuatla.

Amparo directo 935/2000. Rosa María Reyes Galicia y otro. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 980/2000. Geni Vega Espriella. 26 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 701/2001. Ignacio Alfaro Hernández. 29 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

Amparo directo 367/2002. Carlos Octavio Juárez González. 9 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando García Quiroz, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Jorge Luis Mejía Perea.

**Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XVI, Octubre de 2002. Pág. 1206. **Tesis de Jurisprudencia.**

En esta tesis, nuestro Poder Judicial considera en extremo, la necesidad de atender al Interés Superior del Menor como una medida que, por lo menos, vaya encaminada a proteger y paliar los efectos que ocasiona la separación inminente de los padres. También trata, por supuesto, de proteger al menor de otras conductas, reiteradas o esporádicas, que puedan atentar contra el sano desarrollo del menor, quien, hasta antes de los quince años, aproximadamente, es un ser que se encuentra en pleno desarrollo físico y emocional; por lo que cualquier

factor externo, puede ocasionar un desequilibrio que ponga en peligro su sano desarrollo. Por eso es menester protegerle de la mejor forma posible, tanto hacia el exterior del núcleo familiar, como hacia el interior, donde recibe la mayor información e influencia durante su desarrollo.

En otra tesis similar, nuestra Autoridad Jurisdiccional considera que: “...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”<sup>5</sup>.

### **Génesis de la Custodia de menores.**

Una vez aclarados los anteriores puntos, nos parece pertinente abordar de lleno, lo que podría llamarse: “La Génesis de la Custodia de Menores”.

Como ya lo anotamos en líneas anteriores, el problema del ejercicio de la Custodia de Menores puede derivarse del divorcio o separación de los padres de los menores en cuestión. Pero no son las únicas causas, ya que también ésta se configura cuando se procrean hijos sin que los padres tengan una relación de convivencia común entre ambos. También puede verificarse en caso de que ambos padres fallezcan. En este último ejemplo, pueden actualizarse varias hipótesis, por ejemplo: si existe quién tenga derecho a ejercer la Patria Potestad

---

<sup>5</sup> MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDITORIALIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDITOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LO CONDUCENTE DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIX, Mayo de 2004. Pág. 1548. Tesis de Jurisprudencia.

sobre los menores. También puede emanar la Custodia de la Tutela ya sea por un particular o por una Institución Pública.

Las consecuencias que puede producir la ruptura de la relación de los padres en los menores son diversas, pues se interrumpe, por lo general, de forma brusca, el modo de vida que llevaba la familia hasta antes de que apareciera las causas que provocaron la disolución de la relación familiar, produciendo en la familia un desequilibrio profundo que se asocia con cambios y pérdidas. Sin embargo, en la mayoría de los casos, persiste el cuidado y protección de los hijos. El conflicto generado puede derivar en actos impulsivos y destructivos, además que se presentan descalificaciones mutuas al interior de la familia, generando un clima en que aumenta la sospecha y la falta de contacto. Período, a su vez, en que se requiere información selectiva desde lo jurídico, lo que acentúa el conflicto, aviva el rencor e imposibilita el acuerdo de los progenitores respecto a los hijos; impidiendo el ejercicio pleno de la paternidad.

“La inmensa mayoría de los especialistas concuerdan, que la separación de los padres, constituye uno de los acontecimientos vitales más estresantes y están relacionados con la etapa de la separación, el sexo y la edad”.<sup>6</sup>

Los más pequeños pueden distorsionar su propia percepción del conflicto, lo que provoca, que al no discernir en plena conciencia los sentimientos de los padres, presenten un sentimiento de culpabilidad sobre ellos; razón por la cual, no evalúan objetivamente la situación. Por otra parte, en la etapa que va de los seis a los siete años, desarrollan una mayor tolerancia a la situación de conflicto. Aparecen sentimientos de tristeza y frecuentes fantasías de reunificación; surgen conflictos de lealtad, lo que les ocasiona un gasto emocional considerable.

---

<sup>6</sup> ESTEFFEN CÁCERES, María Guisella. Un Paradigma Familia de Tuición Compartida en Chile. Tesis para optar al grado académico de Magíster en Ciencias de la Educación. Año 2003. Universidad Mayor, Facultad de Educación. Chile. S/p

La siguiente etapa, la cual se comprende de entre los nueve y doce años, el menor dispone de una mayor capacidad de comprensión de los hechos y pueden traducir su tensión emocional en reacciones diversas que se manifiestan en incrementos de la actividad escolar, deportiva o social; además de que los problemas pueden reflejarse en alteraciones psicósomáticas. Lo más llamativo, en esta etapa, es el establecimiento de una relación de alianza con uno de los padres, que suele suponer el rechazo del otro.

Finalmente, la etapa que va de entre los trece y dieciocho años, se caracteriza por el sentimiento de pérdida, que se manifiesta con sensaciones de vacío, dificultades de concentración, fatiga crónica, intentos de suicidio; pero estas disfunciones, se presentan también en adolescentes de familias intactas. A pesar de que experimentan un alto grado de sufrimiento y cólera, pueden, eventualmente, entender la situación y no atribuirse la responsabilidad<sup>7</sup>.

El estado de indefensión general que posee el menor, tanto dentro de una familia intacta, como en una familia fracturada o separada, hace necesario que la Ley se ocupe de protegerlo de manera especial. Por la condición en que se encuentran los menores, tienen necesidades subjetivas que hay que satisfacer; entiéndase: cuidado, vigilancia, afecto, un hogar, etcétera. Esto, con la finalidad de asegurar de forma integral y armónica, su desarrollo como un ente vulnerable en busca de su propia personalidad. La protección jurídica que exige el estado de indefensión del menor, tiene que adecuarse a las circunstancias que su desarrollo en forma gradual y progresiva, va imponiendo.

---

<sup>7</sup> Cfr.: EZQUERRO, García Milagros. “El Conflicto Entre los Padres y sus Efectos Sobre los Hijos”. 2002. Guía hispavista.com

Tomando en cuenta los antecedentes que ya se han precisado, es pertinente que, ante el acuerdo de separación en una pareja que hubiese procreado hijos, se tomen las medidas necesarias, tanto por parte de los padres como del Juzgador, para que éste evento perjudique lo menos posible a los hijos. Por esto es menester que dentro de nuestra legislación, se precise eficazmente los supuestos que pueden llegar a ocurrir, y, desde luego, la manera más efectiva de abordarlos y resolverlos, de tal forma que se no se comprometa su desarrollo efectivo y que se tome en cuenta el Interés Superior de un Menor ante el divorcio o separación de sus padres; pues la sana convivencia del menor con ambos, es vital para su desarrollo. Esto último, se encuentra mejor expresado en la Convención de los Derechos del Niño, donde se reconoce que: "...el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión".

### **2.1.1 Concepto doctrinal.**

Comenzaremos este punto proporcionando la definición etimológica de Custodia: esta palabra proviene "del latín *custos*, que significa Guarda o guardián, y ésta a su vez, se deriva de *curtos*, forma del verbo *curare* que quiere decir cuidar. Es por lo tanto, la acción y el efecto de Custodiar, o sea, Guardar con cuidado alguna cosa"<sup>8</sup>.

Así pues, actualmente en nuestro Derecho Civil, se considera a la "Custodia" una obligación en distintos contratos, a saber: es obligación del deudor Custodiar la cosa objeto del contrato, en los casos que se haya pactado sobre derechos reales, en el cual, el deudor detenta la tenencia de una cosa ajena. Casos diferentes son: el contrato de depósito, en el de usufructo, en el contrato de prenda y de comodato.

---

<sup>8</sup> Diccionario Jurídico 2000 Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Disco Compacto.

Aunque la figura de Custodia sea inherente a alguno de los contratos antes mencionados, y sobre todo del contrato de depósito, ésta, de ningún modo, es exclusiva de los mismos, pues existe una diversa gama de relaciones jurídicas que originan o tienen como consecuencia “La Custodia”.

Una de estas Relaciones Jurídicas es la Custodia de menores, que dentro del Derecho Familiar, además del deber de cuidado de los menores, implica un deber de vigilancia, de educación, y en fin, una serie de deberes encaminados a lograr un desarrollo óptimo del menor. Estos deberes se generan y son atributos en la mayoría de los casos del ejercicio de la Patria Potestad, el cual a su vez, deriva de la filiación o del parentesco en algunas de las ocasiones, lo que origina una serie de derechos y obligaciones entre ambos sujetos de la relación, tanto en el orden personal como patrimonial. La Custodia está dirigida a la atención de la persona de los menores.

La Custodia: “Se le define como derecho y obligación que tiene una persona de dar alojamiento y conservar con ella a un menor o en su caso, establecer su residencia en otra parte. A diferencia de la Patria Potestad, la Custodia corresponde solamente al cuidado de la persona”<sup>9</sup>.

Esta definición, alude a que la Custodia implica un derecho y al mismo tiempo éste se constituye en una obligación, los cuales van dirigidos al cuidado del menor. La Maestra Denton Navarrete refiere que ese derecho, es el de dar alojamiento y conservar al menor con la persona titular del derecho. Hace especial énfasis en que la Custodia está dirigida sólo al cuidado de la persona en sí. Esta circunstancia, dice el autor, es la diferencia de la Patria Potestad; lo cual

---

<sup>9</sup> DENTON NAVARRETE, Thalía. Artículo: La Custodia en la Reformas al Código Civil del Distrito Federal de junio del año 2000 Revista Alegatos. Universidad Autónoma de México, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Departamento de Derecho. Número 51, mayo-agosto 2002. P 220

nos parece que es un error, pues la Custodia, en todo caso, es un atributo de la Patria Potestad, se deriva de ella, y es una de las partes que la conforman. Aunque explica bien que es dirigida única y exclusivamente al cuidado de la persona del menor; siendo esta circunstancia sólo un parte de las dos que componen a la Patria Potestad; la otra parte esencial es respecto a los bienes del menor. Sin embargo, esta definición, desde nuestra opinión, aborda acertadamente el punto más importante de la Custodia, que es el cuidado del menor y el derecho de convivencia de los padres con él mismo, pero olvida mencionar otros aspectos importantes de esta institución jurídica.

Esteffen Cáceres aporta en su Tesis doctoral una definición de Custodia, la cuál, a nuestro parecer, está compuesta tanto por elementos jurídicos como sociológicos. A continuación la exponemos: Custodia es la “posición que ocupa el progenitor respecto del hijo que con él convive, dada la ausencia de convivencia entre los padres y la imposibilidad de que ambos convivan con el niño simultáneamente”<sup>10</sup>. Explica que la misma definición posee una fuerte connotación de ganador-perdedor al referirse al padre que convive con el menor, ante la imposibilidad de que ambos padres puedan convivir entre ellos; y hace referencia a poseer a los hijos en vez de apoyar los objetivos de su cuidado. Esta definición, a nuestro parecer, sólo es válida en caso de separación de los padres, pues es allí cuando emerge la circunstancia de convivencia, pero olvida aspectos esenciales como el que se deriva de la Patria Potestad en el caso que comenta.

La Maestra Pérez Duarte y Noroña, en su libro “Derecho de Familia”, dice acerca de la Custodia en el Derecho Mexicano: “El sentido que se le da es precisamente la Guarda de una persona con toda diligencia y cuidado”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> ESTEFFEN CÁCERES, María Guisella. Un Paradigma Familia de Tuición Compartida en Chile. Tesis para optar al grado académico de Magíster en Ciencias de la Educación. Año 2003. Universidad Mayor, Facultad de Educación. Chile.

<sup>11</sup> PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia. Derecho de Familia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México DF, 1994. P 229.

En lo anterior, la Maestra Pérez Duarte toma el concepto de Guarda para referirse a la tenencia o posesión física de la persona del menor sujeto a la Patria Potestad; ya que explica, en diversas líneas, que la Custodia es complemento de la Patria Potestad, puesto que está dirigida al cuidado y atención de la niñez. Al mismo tiempo, incorpora como características de la misma, que ésta, debe llevarse a cabo con toda diligencia y cuidado; refiriéndose, creemos, al interés que los o el padre custodio deben poner para con los menores al momento de desempeñar su función.

Podemos decir en consecuencia, que Custodia es: el deber natural o legal que ejerce una persona, sobre un menor, o un mayor con incapacidad, el cual comprenderá la facultad del cuidado de la persona del incapaz, así como su educación, velar por él, su alimentación y tenerlo en su compañía. La Custodia lleva implícita la Institución de la Patria Potestad.

Se habla de un derecho natural porque la procreación de los hijos es un hecho biológico, el cual no conoce de encasillamientos legales, y como consecuencia de esto, los vínculos que existen entre los padres y los hijos pueden tomar diversas vertientes.

Es difícil desentrañar el concepto de Custodia, siendo éste una concepción un tanto vago en nuestra legislación e incluso en nuestra doctrina, además de que el mismo, se encuentra ligado indisolublemente a otro concepto: "la Guarda". En la práctica diaria en los tribunales de lo familiar, los encontramos siempre juntos, ligados, pero sin hacer una referencia precisa a qué se alude al solicitar a un Juez de lo Familiar que nos otorgue o, mejor dicho, que otorgue al cliente representado "la guarda y custodia de los menores hijos, la provisional y, en su momento, la definitiva". Pero la cuestión estriba en distinguir ambos conceptos, los que algunas veces se usan como sinónimos y otras, se pretende distinguirlos. Por

tanto, a continuación haremos un breve esbozo de lo que estos conceptos significan para los juristas, tanto nacionales como extranjeros.

“Por guarda de los hijos se entiende en lenguaje jurídico, la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia propia de un buen padre de familia”<sup>12</sup>.

Como podemos observar, esta definición hace referencia a que la Guarda es un concepto genérico respecto a quien corresponde el cuidado de los menores o incapacitados, pues en principio no establece a quién le corresponde ejercer la Guarda, sino que hace hincapié que ésta debe ser ejercida “... con la diligencia de un buen padre”. Por tanto, nuestro autor considera que la Guarda está considerada como el género, al no imponer en su definición los sujetos activos que ejercerán la Guarda; pues, como veremos adelante, la Guarda de menores en nuestra legislación no es exclusiva de los padres o, en su defecto, de quien ejerce la Patria Potestad.

Con relación a la Guarda, Luis Felipe Ragel Sánchez, hace su comentario en torno a que la Guarda es: “... persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa”; y custodiar: “... guardar con cuidado y vigilancia”<sup>13</sup>. Estas precisiones las hace tomando en cuenta al Diccionario de la Real Academia Española; refiere al ilustrar estos conceptos que aunque se pueden considerar como conceptos similares la Custodia implica, además, “... una guarda cuidadosa y diligente”. Continúa el mismo autor considerando que la expresión conjunta de “Guarda y Custodia” es exclusiva a la que ejerce uno o ambos padres, pues la simple Guarda hace referencia a la ejercida por un tercero, tal como la “Guarda de

---

<sup>12</sup> Diccionario Jurídico 2000 Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Disco Compacto.

<sup>13</sup> RAGEL SÁNCHEZ, Luis F. Artículo “La Guarda y Custodia de los Hijos”. Revista de Derecho Privado y Constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Sumario, Año 9, n. 15. enero-diciembre 2001. p. 282.

Hecho”<sup>14</sup>, o la ejercida por una institución pública. Tales conceptos no están alejados de nuestra propia legislación, pues la tutela es definida como la Guarda de la persona y bienes de un incapacitado natural o legalmente ( léase artículo 449 del código Civil para el Distrito Federal). Así mismo, el código en comento se refiere a la Guarda y Custodia o bien a la Custodia, en los artículos 416 y 417 respectivamente, para determinar a quien le corresponde su ejercicio de entre quienes detentan la Patria Potestad.

Eduardo A. Zannoni, afirma que la Guarda presupone dos requisitos indispensables para que se configure, a saber: “El reconocimiento legal de la autoridad de los padres<sup>15</sup>”; es decir, la potestad bajo la que se encuentran los hijos menores; el segundo supone que: “El derecho-deber de los padres de convivir con los hijos y la relativa obligación de éstos de habitar con sus padres”, refiere a la obligación que tienen los hijos que estén sujetos a la Patria Potestad de vivir en el domicilio de los padres. Sin embargo, consideramos que estos dos presupuestos no operan de forma tan tajante en nuestro Derecho, ya que este, se refiere a la Guarda de menores e incapaces en la Tutela, como ya lo apuntamos en líneas anteriores. También se regula en el artículo 492 de nuestro Código Civil el acogimiento de menor, el cual tiene por objeto la protección inmediata de un infante expósito. El sujeto que acoge bajo su cuidado a un incapaz en esta situación asume de alguna forma la Guarda. Si bien es cierto que la Guarda es parte integrante del ejercicio de la Patria Potestad, en nuestra legislación no es óbice para que en llegado el caso, un tercero asuma la Guarda temporal del menor. En esta definición, el autor además no apunta el objetivo de la Guarda o lo maneja implícito dentro de lo que él llama “derecho-deber” de habitar bajo el mismo techo.

---

<sup>14</sup> El derecho español regula la “Guarda de Hecho” en la Ley 13/1983, y es aquella que ejerce una persona respecto de un menor, para el cual no tiene obligación o no ejerce la patria potestad, o en su caso la ejerce una Institución Pública tal y como lo establece el artículo 254 del código Civil Español.

<sup>15</sup> ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil (Derecho de Familia Tomo 2). 2ª edición. Editorial Astrea. Madrid, 1989. pp 711, 712.

En la mayoría de las definiciones aportadas, los autores aseveran que dentro de la Guarda y de la Custodia está implícito el “Cuidar”, por lo que se me hace pertinente aportar una definición de éste concepto. Así pues, tomaremos la que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, que en su primera noción explica: “Poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de algo”. En la segunda enuncia: “Asistir, guardar, conservar..., de los niños”. Dado que el cuidar de los menores es una parte importante del ejercicio de la Custodia o, en su caso, de la Guarda o las dos en forma conjunta; creemos que esta tarea es la esencia de dichas Instituciones.

En este tenor, podemos considerar que la Guarda es la expresión genérica del cuidado y protección de incapaces, y que; dentro de ésta, se comprende una Custodia, la cual incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de Patria Potestad. La Guarda puede implicar además de la Patria Potestad, otro tipo de relaciones como la Tutela o el Acogimiento de menores, en las que puede no haber relación alguna de parentesco entre los sujetos de la relación y, por tanto, no existe la Patria Potestad.

El objetivo de la Guarda es precisamente cuidar a los menores incapaces, por lo que nuestra legislación considera que, aún en las circunstancias de que no exista una relación de Patria Potestad, la Custodia esté siempre presente; por ejemplo, tomemos a la Tutela: ésta obliga al tutor a ejercer un cuidado, una Guarda y una educación para con el pupilo (artículo 449 del Código Civil vigente para el Distrito Federal). Dentro del Acogimiento de menor, nuestro Código Civil también hace referencia a una Custodia, en su artículo 492, para personas físicas que amparen a un menor, ya que lo constriñe a las mismas obligaciones de la tutela; y en caso de que sea acogido un menor por una Institución, ya sea Pública o Privada, también les manda ejercer una Custodia sobre el menor. Esta obligación de Custodia para los tutores y parientes que tengan bajo su cuidado a

un menor, también la encontramos en el artículo 418 de nuestro Código en mención.

Siendo así, no podemos concebir La Guarda y Custodia como conceptos separados: los dos implican un cuidado para con el menor, sólo que la Custodia es la especie y se encuentra contenida dentro del genérico de lo que significa la Guarda, la cual implica el cuidado y, al mismo tiempo, la tenencia física del menor; y ya que la Custodia, implica un Guardar con cuidado y diligencia, los dos conceptos, necesariamente, requieren de la tenencia material del menor para su ejercicio.

### **2.1.2 Concepto legal.**

En la Legislación Civil para el Distrito Federal no existe ninguna definición precisa de la Custodia, pues, como ya se expresó antes, la Custodia de Menores está regulada en artículos dispersos y en distintos títulos del Código Civil. Algunos autores mexicanos, como la multicitada Maestra Pérez Duarte y Noroña, acotan que ésta Institución está contenida y referida en diversas expresiones como pueden ser: “poner a los hijos al cuidado”, “guarda de la persona y bienes a quien sean confiados los hijos”, etcétera; razón por la cual, a continuación se hará un breve bosquejo de estas alusiones a la Custodia dentro de nuestro Código Civil.

Empezaremos comentando las menciones contenidas dentro del Título Octavo, Capítulo Primero, del Código Civil, referente a la Patria Potestad.

En primer termino encontramos el artículo 413.

**“Artículo 413.** La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en **cuanto a la guardia (sic) y educación** de los

menores, a las modalidades que le imprima las resoluciones que se dicten...” (El resaltado es del autor de este trabajo).

De este artículo se puede inferir que la Custodia en nuestra legislación, es parte esencial de la Patria Potestad, referida al cuidado de la persona de los menores sujetos a la misma, pues indica la forma en que se ejerce refiriéndose a la Guarda y educación del menor como parte indispensable del ejercicio de esta institución.

**“Artículo 416.** En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la **guarda y custodia de los menores...**”. (El resaltado es del autor de este trabajo).

Este artículo enuncia, que los deberes y derechos derivados de la Patria Potestad, siguen vigentes aún en caso de que estén los padres separados y exista un régimen de Custodia monoparental. Esta disposición propone que, aunque un padre no posea la Guarda y Custodia, éste deberá continuar ejerciendo la Patria Potestad con las modalidades que impriman las partes o bien el Juez en caso de desacuerdo. Por lo anterior, no hay razón, desde nuestra particular opinión y de acuerdo a la Ley, para que el menor no reciba por parte de ambos padres todos los cuidados y vigilancia necesarios para su desarrollo pleno.

Aún hay más referencias a la Custodia dentro de este título, pero consideramos que las expuestas son las necesarias para discernir el concepto jurídico de Custodia; pues las demás alusiones son referidas básicamente a sus efectos; y para quien posea la Custodia y no ejerza la Patria Potestad, como es el caso de la tutela o el acogimiento de menores, lo cual será abundado en páginas posteriores.

Ahora pasaremos al estudio de las expresiones referentes a la Custodia contenidas en el Título Quinto, Capítulo Décimo, referente al Divorcio.

Nuestro Código Civil regula tres diferentes formas de promover el divorcio, a saber: el divorcio administrativo, el divorcio voluntario, también llamado por los tratadistas “divorcio no contencioso”; y el divorcio necesario o, denominado por nuestros Juristas, “divorcio contencioso”. De estos, sólo nos ocupan los dos últimos; pues para que proceda el administrativo es menester que la pareja que pretende divorciarse, no haya procreado hijos, o en caso de que existan, éstos, no deben ser menores de edad o incapaces; así lo dispone en el artículo 272 del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Por tanto, en éste no hay cabida a la Custodia.

En el divorcio voluntario sí se puede dar el caso de que emerja la Custodia; pero, por regla general, aquí no existe un gran problema para otorgar la Custodia a alguno de los padres, ya que son las partes las que proponen la forma de ejercer la Guarda y Custodia de sus menores hijos, en virtud de que el Código Civil ordena, en el artículo 273, fracción primera, que los promoventes deben anexar al escrito inicial de solicitud de divorcio, un convenio en el que deben designar “... la persona que deberá ejercer la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces...”. Esta disposición nos hace pensar que se puede designar a cualquier persona capacitada para ejercer la Guarda y Custodia, atendiendo a que no obliga de manera expresa que sea uno de los padres el que la ejerza.

En el divorcio necesario, la cuestión es completamente distinta a las dos anteriores, porque aquí se puede verificar la violencia moral o física entre los cónyuges divorciantes y/o hacia los hijos; pues se puede dar el caso de que los menores sean utilizados por los padres como botín, como rehén del divorcio y un sin fin de supuestos; o por ser tan fuerte la desavenencia entre los padres, que estos no se puedan poner de acuerdo con respecto a la Custodia o, se imponga, tal vez, el amor filial sin que los padres consideren el mejor interés del menor. Es aquí donde el Juez, el Ministerio Público adscrito al Juzgado de lo Familiar y

demás terceros llamados a juicio en cualquier calidad de los supuestos que fija nuestro Código Adjetivo aplicable, deben poner en claro sus facultades y conocimientos para resolver el problema que implica el conceder la Guarda y Custodia.

En el artículo 282 Código Civil, se disponen las medidas provisionales que el Juez de lo Familiar debe ordenar, a efecto de asegurar los distintos derechos, tanto de los cónyuges divorciantes, sus posesiones, domicilio, así como de los menores, en caso de que los hayan procreado. Este último caso se regula en la fracción quinta reformada, que expresa:

**“Artículo 282.** Desde que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I...

II...

III...

IV...

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. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.”<sup>16</sup>

Esta medida provisional la debe ordenar el Juez, con el fin de salvaguardar la persona de los menores, indicando para ello, quién deberá ejercer la Custodia o en su caso, ordenar que la Custodia sea compartida. La novedad que encontramos en esta fracción reformada, es que debe ser uno de los padres

---

<sup>16</sup> Gaceta Oficial del Distrito Federal. Décima Cuarta Época; 6 de septiembre de 2004. No 90. pp 2, 3.

quien ejerza la Custodia mientras dure el procedimiento de divorcio, o en su caso ambos; si se concede la Custodia Compartida. Esto marca la diferencia con la redacción anterior a la reforma, ya que la misma indicaba que podía ser uno de estos, refiriéndose a los padres, sin obligar por ello a que fuera uno de estos.

En la fracción referida, encontramos que en su segundo párrafo ordena: “... Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre...”; en este párrafo el legislador al ordenar que los menores de siete años deberán de quedar al cuidado de la madre, indudablemente se refiere, además del cuidado, a la tenencia física del menor.

Por otra parte, el artículo 283 reformado del mismo Código, señala que en la sentencia de divorcio el Juez debe fijar la situación definitiva de los hijos de los cónyuges divorciantes. Agrega así mismo, en su segundo párrafo, que: “... Deberá procurarse en lo posible el régimen de 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 siete años podrá demandar en lo posible la custodia para ambos padres...”<sup>17</sup>; este artículo trata, de alguna manera, de asegurar los cuidados que deben dispensarse al menor por parte de los padres, al regular el régimen de Custodia Compartida; pues el legislador considera que: “... En tales supuestos (se refiere al Custodia monoparental), los niños y las niñas tienen una esfera de protección precaria. Para superar tal situación, urge armonizar los derechos de sus ascendientes y otros parientes a convivir con ellos, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus derechos y deberes escolares...”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Idem.

<sup>18</sup> Exposición de motivos del proyecto de reformas y adiciones en materia de Guarda y Custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad en la legislación del Distrito Federal. S/p.

La Custodia está, además, regulada en otros títulos; justamente encontramos que en materia de alimentos se hace alusión a ésta, pues en el artículo 315 de nuestro Código Civil, fracción tercera: tiene acción para pedir alimentos el que tenga la Guarda y Custodia del menor; y en la fracción quinta se señala que también poseen esta acción los que tengan bajo su cuidado al acreedor alimentario.

Así mismo, está regulada la Custodia en Materia de tutela, que como ya se expresó en páginas anteriores, es una Institución de Derecho consagrada a preservar, sostener, defender o socorrer a los menores en los distintos supuestos que la Ley menciona. Pero, para el caso de que la tutela sea ejercida por una Institución, ésta tiene la Custodia de los menores; tal y como se regula en el artículo 494 del Código en cita.

También encontramos que la figura del Acogimiento de menores abandonados o expósitos, hace referencia a la Custodia, al mencionar que esta figura jurídica tiene como propósito “la protección inmediata del menor”. Esta protección se puede equiparar a la Custodia, pues la protección de los menores es una de las características esenciales de la Custodia.

Podemos aportar a este trabajo, a guisa de ejemplo, la forma en que se regula la Custodia en el Estado de Puebla, ya que en su legislación Civil encontramos un numeral en el cual se ofrece una descripción de algunos de los objetivos que se desean cumplir con la Institución de la Custodia. Ese artículo, es el 635 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla.

**“Artículo 635.** La ley reconoce el derecho de convivencia que tienen los menores con sus padres y con las familias de ambos. La convivencia permite el conocimiento directo de los menores con sus ascendientes y demás parientes, a fin de lograr su integración al núcleo familiar y obtener la identidad plena de los menores en el grupo social a que pertenece.

La custodia puede establecerse de manera compartida y mediante ella se determinan derechos iguales de convivencia a favor de los menores con sus padres y demás familiares.

Cuando conforme a este código deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda de un menor, uno de los padres, se aplicaran las siguientes disposiciones:

I. El padre y la madre convendrán quien de ellos ejercerá la guarda, poniendo a los hijos a cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de estos y pudiéndose compartir la custodia, en los tiempos libres de los menores, al otro que no tenga dicha custodia. Las obligaciones de formación cultural y educativa, corresponde a ambos padres, quienes podrán acordar formas de colaboración para alcanzar dicho objetivo...”

En el artículo en comento, podemos apreciar que el legislador del Estado de Puebla expone diversas características de la Custodia. En primer lugar, reconoce el Derecho de Convivencia que tienen los menores con los padres, y viceversa; pretende establecer perfectamente los alcances de la Custodia, ordenando a las partes compartir las responsabilidades inherentes a la misma, como la formación cultural y educativa del menor. Con lo que trata de asegurar primordialmente el derecho de convivencia de las partes y el sano desarrollo del menor, al intentar que conviva con su núcleo familiar y con su familia extensa; para asegurar los lazos de fraternidad entre el menor y sus parientes. Por lo anterior, se observa que aún reconociendo la Custodia Compartida, no la trata de obligar, sólo la aporta como una modalidad de la misma.

La Custodia de los hijos es una de las medidas indispensables a adoptarse en un caso de crisis conyugal, ya sea separación o divorcio de los padres; esta providencia está encaminada a dispensar la protección al menor para que el evento dañe lo menos posible su eficaz desarrollo.

### 2.1.3 Jurisprudencia.

La jurisprudencia es la "Interpretación" con carácter de obligatoria que hace la Autoridad Jurisdiccional competente de los preceptos legales; es pues un criterio Jurídico aplicado al estudio de casos concretos para encontrar la justicia posible en cada uno de ellos. En nuestro sistema Jurídico es de vital importancia, pues es aquí donde los jueces o magistrados vierten su opinión con el propósito de llenar las lagunas existentes en la Ley. Siendo la Custodia una Institución de Derecho regulada de forma dispersa y sin un concepto legal específico, es nuestro deber estudiar la Jurisprudencia, a efecto de darnos una idea del criterio jurídico que prevalece en nuestro poder judicial.

A continuación se expondrán algunas Tesis con las cuales se procura, de alguna forma, discernir lo que significa para nuestros Tribunales, la Custodia.

#### **GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE SIETE AÑOS. SALVO PELIGRO PARA SU NORMAL DESARROLLO, DEBE OTORGARSELE A LA MADRE.**

Establece el artículo 282, fracción VI, último párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal que **"salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre"**. Por tanto, si no se acredita fehacientemente que ésta incurre reiteradamente en conductas u omisiones que afectan el normal desarrollo de su hijo menor, debe otorgársele su Custodia definitiva.

3a.

Amparo directo 8362/87. Concepción Perla Bellot Campos. 15 de diciembre de 1987. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

**Instancia:** Tercera Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo I. Primera Parte-1. Enero a Junio de 1988. Pág. 364. **Tesis Aislada.**

En esta tesis podemos apreciar que nuestra Autoridad Jurisdiccional hace referencia al artículo 282 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que

aunque a partir de que se dictó la misma, este artículo ha sufrido varias reformas, el mismo coincide con la redacción actual en cuanto a la edad. Se refiere también a la Custodia como el cuidado que se debe dispensar al menor por parte de los padres, por lo que la definición que expone el Juzgador, concuerda con nuestra hipótesis de que la Custodia es precisamente el cuidado, vigilancia y todo lo que conlleva el mismo hacia el menor. Aunque debemos observar otras tantas tesis para poder dilucidar este concepto.

**POSESIÓN DE DERECHOS DE PADRE SOBRE UN MENOR. SE PERTURBA ÉSTA CON LA SOLA AMENAZA DEL QUE NO TIENE LA CUSTODIA MATERIAL DE SU HIJO, EN EL SENTIDO DE SACARLO DEL DOMICILIO EN QUE HABITA EMPLEANDO LA FUERZA Y POR PROPIA VOLUNTAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN).**

Si en un juicio sobre posesión interina de menores, no se encuentra en controversia que la actora, madre del menor (quien vive en diverso domicilio al del padre) ejerza de hecho su Custodia, de donde resulta lógico que tal estado de posesión del menor lo adquirió aquélla mediante determinado acuerdo con el padre, o simplemente sin oposición de éste, pero sin mediar determinación judicial alguna al respecto, bien **puede establecerse que dicho estado de posesión o Custodia que la accionante ejerce sobre su menor hijo**, no puede ser modificado o alterado por voluntad del padre y de propia autoridad, sino únicamente mediando una resolución judicial que así lo determine, conclusión que resulta congruente con la primera parte del artículo 17 constitucional, que reza: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.". En esa tesitura, puede establecerse que la sola amenaza por parte del demandado, en el sentido de sacar de su domicilio a su menor hijo por la fuerza y **sin el consentimiento de la madre quien, como se dijo, ejerce su Custodia material**, constituye un acto de perturbación o molestia en los derechos que ésta tiene sobre el mencionado menor, ante lo cual podrá usar las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la **posesión** de conformidad con el artículo 353 del Código Civil para el Estado de Nuevo León. (El resaltado es del autor)

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL CUARTO CIRCUITO.

IV.2o.C.29 C

Amparo directo 84/2004. 26 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Alejandro Cañizales Esparza. Secretario: Jesús Rodolfo Cristerna Iribe.

**Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XX, Noviembre de 2004. Pág. 2000. **Tesis Aislada.**

En esta tesis se puede apreciar que la Autoridad Jurisdiccional se refiere a la Custodia como un sinónimo de posesión. Si bien es cierto que la legislación en que esta basada es del Estado de Nuevo León, no podemos dejar de hacer notar que la misma es acorde con nuestra legislación local, por lo que no existe gran diferencia. Continuando con el comentario hacia la referencia que hace esta tesis sobre la Custodia, es de subrayar, que aún para nuestro Poder Judicial, es difícil determinar los alcances de la Custodia de menores, hecho que se identifica en el uso de “Custodia” y “Posesión física” como sinónimos; lo cual desde nuestro punto de vista no es impreciso, pues el deber de cuidado para poderle dispensarlo de forma adecuada, implica forzosamente una posesión o tenencia física del menor. Tal aseveración la hacemos fundado en la siguiente tesis:

Instancia: Tercera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Parte : I Primera Parte-1  
Tesis:  
Página: 299

Rubro

GUARDA Y CUSTODIA. NO SE PUEDE ENTENDER DESVINCULADA DE LA POSESION.

Texto

Una de las prerrogativas de la Patria Potestad es la Custodia, cuidado y vigilancia de los menores y dicha Guarda no se puede entender desvinculada de la posesión material de los hijos, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades.

Precedentes

Amparo directo 8236/86. Manuel Armas Vázquez y otra. 12 de enero de 1988. Cinco votos. Ponente: José Manuel Villagordo Lozano. Secretario: Agustín Urdapilleta Trueba. Amparo directo 73/87. Salvador Cardoso Torres y otra. 6 de abril de 1987. Cinco votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Séptima Época, Volúmenes 217-228, Cuarta Parte, página 243.

La tesis que se transcribe habla por sí sola. Nuestra Autoridad Jurisdiccional considera a la Custodia como parte esencial del ejercicio de la Patria Potestad; es una prerrogativa o derecho de la misma que conlleva, por si misma, un deber de “cuidado y vigilancia” de los menores; la refiere como la posesión material del menor, ya que para llevar a cabo, de forma optima y con efectividad ese “cuidado y vigilancia”, es necesario que los que ejercen la

Custodia, posean la tenencia física del menor. Considerando lo anterior, podemos advertir el uso de Custodia y Guarda como sinónimos.

Nuestros juzgadores no siempre usan, de la forma citada, los conceptos de Guarda y de Custodia; por lo cual, también aportaremos la siguiente tesis para intentar comprender cabalmente esto.

Instancia: Tercera Sala Época: Séptima Época  
Localización

Instancia: Tercera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Parte : 30 Cuarta Parte  
Tesis:  
Página: 69

Rubro  
PATRIA POTESTAD. PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO QUE LOS PADRES  
TENGAN LA GUARDA DEL MENOR.

Texto

La Patria Potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la Patria Potestad, como son velar por la seguridad o integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos **padres tengan la Guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente**

Precedentes

Amparo directo 3601/70. Armando Quintero Rodríguez. 17 de junio de 1971. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís.

Aunque esta tesis es un tanto anacrónica por la fecha en que fue emitida, nos sirve de ejemplo para aventurar la propuesta de que la Autoridad Judicial interpreta a la Guarda como: la posesión física del menor sujeto a la Patria Potestad. Lo cual no objeta la misma necesidad de mantener cerca de los padres a los menores para ejercer la Custodia. Aporta sin embargo, una característica interesante, al establecer que los padres o quien posea la Guarda y Custodia en su caso, deben velar por la seguridad o integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, vigilar su conducta y sus relaciones, etcétera. Sin embargo la

alusión a la inexperiencia, debilidad e ignorancia natural de los menores, ha sido superada en la actualidad

Por último, para cerrar este punto, presentaremos la siguiente Tesis, la cual, indica en resumen el alcance de los deberes de Custodia sobre los menores:

**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 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 omnímoto 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. (El Resaltado es del autor).

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.  
I.3o.C.381 C

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

La tesis en comento alude también al cuidado de los menores sujetos a la Patria Potestad, e indica que la Custodia es un derecho inherente a la misma para poder cumplir con los deberes de vigilancia y cuidado que se deben de dispensar a los menores. Inserta además la necesidad de que el padre no-custodio, pero en pleno ejercicio de la Patria Potestad, contribuya de una forma eficaz al desarrollo y educación de sus hijos, velando por su crecimiento físico y espiritual, ejerciendo (al efecto) su derecho de visita, el cual garantiza de alguna forma, que se involucre en la educación, cuidado y vigilancia del menor.

En resumen de esta cuestión, podemos establecer que nuestra Autoridad Jurisdiccional establece que la Custodia es “Inherente a la Patria Potestad”, la cual se considera el cuidado y vigilancia de la persona de los menores; misma que para su pleno ejercicio, necesita tener consigo a los menores sobre los que se ejerce dicha Custodia. Aquí entra el concepto de Guarda, la que necesariamente se debe poseer para el debido ejercicio del cuidado de la persona de los menores. Recordemos que en líneas anteriores nos referimos a que La Guarda es el género y la Custodia es la especie contenida dentro del primero. Lo que nos deriva a concluir que, para nuestro Poder Judicial, es: el derecho-deber natural o legal que ejerce una persona, sobre un menor, o un mayor con incapacidad, el cual comprenderá la facultad del cuidado de la persona del incapaz, así como su educación, velar por él, su alimentación y tenerlo en su compañía. La Custodia lleva implícita la Institución de la Patria Potestad.

Las expresiones “Guarda” y “Custodia” de los hijos, hacen alusión a un sentido amplio, pues comprenden: el cuidado personal del hijo, su protección, vigilancia y dirección; otorgarle los elementos ineludibles para su pleno bienestar

corporal, los medios recreativos propios de su edad, velar por su salud y su integridad física, suministrarle alimentación y vivienda adecuadas, atender su educación, cuidar por su superación técnica, científica y cultural; asistir donde los maestros para ayudar en las actividades escolares. Todo este conjunto de deberes podrá realizarse, en mayor o menor grado, conforme a la medida de los recursos que dispongan.

## **2.2 Evolución de la Custodia de menores en México**

La Custodia, aunque se deriva de la Patria Potestad, hemos señalado que por lo regular se actualiza o surge a la luz como un problema en el caso de una crisis conyugal (léase separación o divorcio), esto en cuanto a las formas y/o modalidades en que debe ejercerse; por esta razón, la mayoría de los autores mexicanos abordan precisamente el concepto de Custodia en el Capítulo donde comentan el divorcio. Por lo que la evolución de la Custodia ha estado íntimamente ligada a la evolución del Divorcio.

El divorcio es una institución jurídica que surge, según Monroy Cabra, "... cuando el derecho intervino para organizar el matrimonio jurídicamente"<sup>19</sup>; a esto agrega que el divorcio apareció: "como un derecho concedido al varón, de repudiar a la mujer en algunos casos, por causas de adulterio de la esposa y cuando era estéril la mujer..."<sup>20</sup>. El divorcio con el paso del tiempo fue evolucionando, de tal forma que llegó a ser un derecho de ambas partes por causales bien definidas en las leyes respectivas.

El divorcio en México en la época independiente, aparece en los Códigos Civiles de 1870, y se confirma en el de 1884, que recoge el texto casi íntegro del anterior ordenamiento; pero no se acepta como un divorcio vincular, sino sólo

---

<sup>19</sup> MONROY CABRA, Salvador. Matrimonio y Divorcio (Efectos Jurídicos). Editorial PAC S.A. de C.V. México 1998. p 37.

<sup>20</sup> Idem.

separación de cuerpos y por tiempo determinado, y se traduce en una dispensa de la obligación de cohabitar en caso de enfermedad de alguno de los cónyuges. Lo citado lo podemos comprobar en el artículo 226 del Código Civil de 1884. Sin embargo, aún bajo esta circunstancia, el Legislador previó la situación de los hijos en caso de Divorcio; pero aún no se consideraban los conceptos de Guarda y Custodia, sólo se refería a la Patria Potestad. Así el cónyuge culpable, era condenado a perder la Patria Potestad, tal y como lo estipulaba el artículo 245 del Código Civil de 1870, que a la letra dice:

**“Artículo 245.** Ejecutoriado el divorcio, quedaran los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos lo fuesen y no hubiere ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de un tutor.”<sup>21</sup>

Así pues, se pretendió regular el desarrollo de los hijos, pero creemos que este principio atendía más a la conveniencia de los padres; aunque en la época en que se redactó tal vez era la mejor y única forma de asegurar el desarrollo de los hijos menores.

De las legislaciones del siglo XIX, hay que mencionar también la Ley de Matrimonio Civil de 1859, expedida durante el periodo presidencial de Benito Juárez, donde se procuró secularizar los actos civiles incluyendo el matrimonio; quitándoles así, su carácter sacramental. Lo anterior dio la posibilidad de establecer el divorcio vincular, mismo que se convirtió en una realidad hasta el año de 1914 con la expedición de la Ley del Divorcio Vincular, promulgada por Venustiano Carranza, en la ciudad de Veracruz.

Sin embargo, en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, expedida por Venustiano Carranza, es donde se regula el divorcio vincular en los artículos 75 al 106. Esta Ley, al referirse exclusivamente a la Patria Potestad, sigue en la tesitura de los Códigos anteriores; la aportación fundamental es que señala las medidas provisionales que deben de adoptarse al darle entrada a una demanda de

---

<sup>21</sup> PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa. México D. F. pp 24-34

divorcio, además de que introduce el concepto de “poner al cuidado”, que como ya vimos con antelación, es una de las alusiones referidas a la Custodia dentro de nuestro Código actual. Esto se encuentra destacado en su artículo 93, y las medidas referentes a los hijos están ordenadas en el numeral tres romano, del mismo artículo, que enuncia: “Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, observándose lo dispuesto en los artículos 94, 95 y 96”.

En los artículos a que se refiere la anterior hipótesis normativa se concede la Patria Potestad en la sentencia definitiva al cónyuge no culpable; sin embargo en caso de que ambos sean culpables, autoriza a los abuelos o hermanos mayores a solicitar al Juez cualquier providencia que consideren necesaria para la protección del menor.

Como lo apuntamos anteriormente en la legislación Civil para el Distrito Federal la Custodia de Menores está regulada en artículos dispersos y en distintos títulos del Código Civil. Ésta Institución está contenida y referida en diversas expresiones como pueden ser: “poner a los hijos al cuidado”, “Guarda de la persona y bienes a quien sean confiados los hijos”. Todas estas alusiones están dedicadas a velar porque los menores reciban los cuidados necesarios para su sano y pleno desarrollo, por lo que en nuestra época se considera mas como un deber de los padres y no como un derecho sobre los menores.

### **2.3 Características.**

Siendo la Custodia, por lo general y por su propia naturaleza, una parte inherente a la Patria Potestad, dirigida hacia el cuidado de la persona del menor; las características de la misma van de la mano con el ejercicio de la Patria Potestad, aunque esto no quiere decir que allí quede, pues se conjugan diversos factores, sobre todo del orden afectivo, además de la protección y cuidado hacia

los menores. En atención a lo anterior, se ejemplificarán de manera breve y concisa, atendiendo al concepto de Patria Potestad.

Una característica de la Custodia, en caso de separación de los padres, que no se deriva directamente de la Patria Potestad pero que está implícita en la misma, puede ser voluntaria o jurídica, porque proviene de una sentencia o de un convenio. Es decir, la Custodia se le concede al padre o en su caso a los padres o a quien se considere pertinente, atendiendo a una petición ya sea en una controversia de lo familiar como juicio autónomo o en un incidente. Esto, observando cada caso en concreto, apelando a las facultades que tiene el Juez de lo Familiar para decidir lo que mejor conviene al menor, atendiendo a la Legislación vigente y al principio del Interés Superior del Menor. Lo anterior está inserto en el artículo 941 reformado, del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal.

La Custodia es pues un encargo efectuado a quien considere pertinente el Juez, responsabilidad dispuesta por la Ley. La Custodia, que de manera fortuita o de hecho, que se ejerza sobre un menor, también trae consigo obligaciones ordenadas por la Ley; por lo que aunque no se derive de un convenio o sentencia, ésta se halla regulada por la Ley, razón por la cual consideramos que también tiene un fondo Jurídico.

Las demás características contempladas de la Custodia, están contenidas en los diversos derechos, facultades, funciones y obligaciones inmersas en la misma, las cuales se abordaran con abundamiento en los puntos siguientes.

### **2.3.1 Custodia como derecho y como función.**

El ser humano como tal, posee una serie de derechos tanto públicos como privados; los cuales van dirigidos hacia su persona, su vida, sus bienes y su integridad. Entre éstos derechos el Lic. Manuel Chávez Asencio, ubica a los Derechos Familiares; de estos, explica, se derivan “los derechos familiares de la persona” y “derechos sociales de la familia”<sup>22</sup>.

Así pues, dentro del seno familiar, existen derechos derivados del mismo, tanto hacia dentro del núcleo como hacia el exterior. Estos derechos son reguladores de las relaciones jurídicas que se derivan de la familia, entiéndase matrimonio, Patria Potestad, filiación, etcétera. De estos derechos son titulares todos y cada uno de los miembros de la familia, sea cual sea la relación jurídica de la cual deriven. Discutiendo específicamente de la Custodia, ésta se define precisamente como un derecho que ejerce una persona, sobre un menor, para realizar las distintas funciones y deberes que la minoridad de sus hijos requiere. Pero no es un derecho exclusivo de quien detenta la posesión de la Custodia, pues de aquí se derivan distintas obligaciones, las cuales se convierten en derechos para los menores sobre quienes pesa la Custodia. De esto último, es de donde emana la Custodia como función.

La Custodia como función envuelve diversas obligaciones contenidas en la misma; consideramos entonces, que la función primordial de la Custodia es: brindar la protección necesaria al menor para que lleve a cabo un desarrollo pleno, que le haga un ente productivo en nuestra sociedad, cuidando de su educación tanto en la escuela como en casa, inculcándole principios necesarios para la convivencia social, suministrándole los alimentos necesarios con todo lo que derive de los mismos, y todo lo que se considere necesario que pueda ayudarle a desarrollarse de manera efectiva. Es menester tomar en cuenta las diversas necesidades que el menor posea en las distintas etapas de su desarrollo,

---

<sup>22</sup> CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. Artículo: Derechos Familiares Fundamentales. Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Número 32. Editorial Diseños e Impresos Sandoval. México 2002. p 185.

previando a cada decisión de los padres el beneficio que le reportará al menor tal o cuál decisión; de allí la importancia que tiene la Custodia como Función.

### **2.3.2 Sujetos, derechos y deberes.**

Los sujetos que implica la Custodia son los mismos que involucra la Patria Potestad, agregándole un sujeto más que participa directamente en esta relación jurídica, a saber:

Sujeto Activo o Custodio: es la o las personas que ejerciendo su derecho de Patria Potestad o atendiendo a otra figura jurídica como la tutela o el acogimiento de menores, tiene la obligación de proporcionar a un menor una protección efectiva para garantizar su pleno desarrollo bio-psíco-social. La Custodia puede derivar de una sentencia judicial o por ministerio de Ley, y puede ser conjunta o monoparental.

Sujeto Pasivo; en este caso es el menor que, sujeto a la Patria Potestad, está bajo la protección del Custodio.

Padre no Custodio: este sujeto es el padre a quien por diversas causas no se le concedió la Custodia sobre su menor hijo; quien sin embargo, sí goza todavía del derecho de Patria Potestad relativo a su menor hijo, así se convierte en el Padre Visitante, con el objeto de vigilar, convivir y cooperar con el padre custodio para coadyuvar al desarrollo del menor.

Los derechos y deberes que se derivan de esta relación jurídica son complejos; los mismos, atienden principalmente a la función de la Custodia para cumplir con el fin preponderante de esta Institución que es garantizar el pleno desarrollo del menor. En el capítulo anterior expresamos que la Custodia es uno de los deberes u obligaciones de la Patria Potestad, pero creemos que es menester comentarlos de una forma un poco más abundante, relacionándolos con nuestro concepto de Custodia; pues como ya quedo asentado, la Custodia por lo general le corresponde ejercerla a quien detente la Patria Potestad, pero no es exclusivo, ya que atendiendo al Interés Superior de Menor, el Juez puede, llegado el caso, conceder la Custodia a un tercero sin que éste necesariamente ejerza la Patria Potestad; o bien por decisión del titular de la Patria Potestad, quien puede ceder el ejercicio de la Custodia a un tercero, o porque se configure la Tutela. Este último caso, lo podemos sustentar en el artículo 418 de nuestro Código Civil.

A cada una de las partes que integran esta relación Jurídica, le corresponde por cada obligación, un derecho y viceversa, entre ellos hemos de mencionar los siguientes:

**Alimentos:** en este deber se engloba una serie de factores imprescindibles para el pleno desarrollo del menor, los cuales están debidamente expresados en el artículo 308 del Código Civil; éstos comprenden la designación del domicilio, suministrarle los víveres necesarios para su subsistencia acorde a su edad y circunstancias, allegarle vestido, procurarle atención médica integral, proporcionarle los medios necesarios para que pueda desarrollar un oficio o profesión de acuerdo a las posibilidades del deudor alimentario.

**El deber de convivencia:** es el natural resultado de la filiación y del ejercicio de la Patria Potestad; es una consecuencia del deber de cuidado y Custodia. Esta convivencia debe ser constante e ininterrumpida; tiene por objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor, necesaria para alcanzar su desarrollo óptimo. Al menor le corresponde ser respetado en su persona e intimidad, hechos que son necesarios para lograr una sana convivencia familiar. Además de un deber, éste se presenta como un derecho para ambas partes, pues este derecho-deber se deriva esencialmente de los lazos afectivos existentes entre padres e hijos, y que para cultivarlos apropiadamente, ambas partes deben de Guardarse

respeto mutuo. Tal situación la encontramos regulada en el artículo 411 de nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal. Los lazos afectivos y la compatibilidad, crecerán en la medida en que se desarrolle una sana convivencia.

Derecho de visita: éste se presenta cuando la convivencia normal entre padres e hijos sufre un cambio, es decir, cuando se presenta una crisis conyugal en la pareja procreadora. Como consecuencia de este hecho, surge el “Derecho de Visita”, el cual tiene como función cuidar y vigilar que la educación y la atención que recibe el menor sean suministrados de manera adecuada a sus necesidades, además de coadyuvar en la medida de lo posible, con la educación del menor; y por último, implica la convivencia inherente a la Patria Potestad, y también se da en función del sentimiento afectivo entre el padre no-custodio y sus hijos. Lo anterior, se encuentra precisado en el artículo 416, segundo párrafo, de nuestro Código Civil. Este deber responde a la necesidad de que, aunque los padres estén separados, exista un vínculo de los hijos con ambos progenitores, para que se pueda cumplir tanto con el deber de proporcionar afecto como de que se desarrolle debidamente la responsabilidad paternal de proveer lo necesario para su desarrollo, intervenir en su educación, y participar en su formación y crianza.

El derecho a visitas, se refiere a los arreglos hechos para que un niño pueda ver al padre con quien no está viviendo, en este caso el padre no custodio. Es pertinente que los padres establezcan un horario muy claro de las visitas para que no afecten los deberes escolares y domésticos del menor, además para no interferir con su derecho al esparcimiento. Se debe establecer un horario de visitas basado en las necesidades del niño, tanto como en el horario de los dos padres.

En algunas situaciones, no es seguro para un niño estar a solas con el padre no-custodio durante las visitas. Sí este fuera el caso, una opción es arreglar para que las visitas sean supervisadas. Visitas supervisadas, significa que un

tercero, ajeno, debe estar presente durante el desarrollo de las mismas, para asegurar que el niño esté protegido y que el padre visitante actúe en forma apropiada. Si el supervisor cree que el niño no está seguro, puede terminar con la visita. Para esto, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal cuenta con un Centro de Convivencias dedicado a este menester.

Vigilancia de sus actos: dentro de la Custodia está implícito este deber, y se correlaciona como tal a los anteriores derechos; pues es necesario que los padres pongan especial cuidado en el desarrollo del menor, así lo previene el artículo 418 de nuestro Código Civil. Debe procurarse que el menor reciba influencias que le sean benéficas a su desarrollo y que contribuyan a que desarrolle plenamente su propia personalidad; de este modo, deberá vigilarse que las influencias negativas no existan o por lo menos tratar de evitarlas en la medida de lo posible. Los padres custodios tienen responsabilidad civil por los daños o perjuicios que ocasionen los menores bajo su Custodia.

Protección de la persona: este deber va en función del cuidado que se debe dispensar a la persona de los menores frente a peligros externos o dentro del mismo seno familiar, que puedan amenazar la integridad y salud física y emocional del menor. Como tal, este deber también es correlativo a los Derechos de Convivencia y de Visita en su caso.

Educación: la cual está contenida en el artículo 422 de nuestro Código Civil, donde se ordena a las personas que tienen bajo su Custodia un menor, les incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Lo anterior, desde nuestro punto de vista, comprende inculcarle valores sociales, culturales, éticos, etcétera; los cuales van dirigidos a convertir al menor en un ser valioso y provechoso para la sociedad en que se desenvuelva. Es en la "Familia" donde se sientan las bases para lograr que un menor, al alcanzar la mayoría de edad, se convierta en un sujeto productivo y benéfico.

Corrección: este se encuentra vinculado con el anterior deber; y está normado en el Código referido, artículo 423; que provee a los custodios la facultad o derecho de corregir mesuradamente a los menores que se encuentran bajo su Custodia, esto con el propósito de que sus actos negativos sean corregidos a tiempo, pues a corta edad aún se puede influir de manera positiva en la conducta de los menores.

Deber de ejemplaridad: este se halla establecido en el Código Civil, artículo 423; según el cual, la persona que tiene en Custodia a un menor, está obligada a observar una conducta inobjetable frente a sus Custodiados; pues no hay mejor forma de predicar que con el ejemplo, en virtud de que los menores son mejor influenciados a corta edad. Siendo así, ellos desarrollaran su conducta apegada, por lo regular, al ejemplo que reciben de las personas con las que más conviven, por eso es necesario inculcarles buenos ejemplos.

El deber afectivo: este nace de la procreación, pues se supone que los padres por naturaleza protegen y quieren a sus hijos, además esto va de la mano con los anteriores deberes y derechos, pues para poderlos desarrollar, creemos, debe existir el sentimiento de afectividad, que por supuesto no se crea; nace y se desarrolla con la convivencia habitual entre padres e hijos.

El deber de respeto: debido a las reformas al Código Civil del Distrito Federal, relativas a la Guarda y Custodia de los menores, publicadas el seis de septiembre del año dos mil cuatro, en el artículo 411 reformado en su párrafo segundo; se ordena que: "Quien ejerza la patria potestad, debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad". Por lo que corresponde a ambos padres este deber de inculcar amor, respeto y acercamiento con el otro padre. Así mismo, nuestro

legislador introdujo el concepto de “Alineación Parental”; dictando el mismo artículo que: “... En consecuencia, cada uno de los ascendientes deber (sic) evitar cualquier acto de manipulación, **alineación parental** encaminado a producir en la niña o el niño, rencor o rechazo hacia el otro progenitor”. (El resaltado es del autor de este trabajo).

Al respecto del Síndrome de Alineación Parental (SAP) es necesario aportar una definición para comprender este concepto de reciente inclusión en nuestra legislación.

Este fue formulado por el Dr. Richard Gardner. En el año de 1987 éste lo definía como "... un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la Guarda y Custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del niño, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la vilificación (sic) del progenitor objetivo de ésta campaña denigratoria".<sup>23</sup>

“La alienación parental es un proceso que consiste en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación. Cuando el síndrome es presente, el hijo da su propia contribución en la campaña de denigración del padre alienado”<sup>24</sup>

Esta hipótesis expresa que como resultado de la “Alineación Parental”, el niño aprende a odiar, influenciado, por el padre custodio, al progenitor no custodio; por lo que éste pasa a ser para el menor un extraño; mientras tanto, se configura el progenitor que tiene la Custodia como modelo, patológico, mal

---

<sup>23</sup> DARNALL, ,Douglas, Ph. D. Una Definición mas amplia de la Alineación Parental. Traducción autorizada de Julio Bronchal, Psicólogo Colegiado N°. PV-07798.  
<http://ayudaafamiliasseparadas.fiestras.com/servlet/ContentServer?pagename=R&c=Articulo&cid=1032226110781&pubid=988617426871>

<sup>24</sup> Pagina Web. <http://users.skynet.be/paulwil/sap.htm#1.1>

adaptado y con disfunciones. De ahí en adelante el niño tiende a reproducir la misma patología psicológica que el progenitor que tiene la Custodia, y ofrece su propia contribución para la destrucción del vínculo.

Esta teoría ha sido duramente controvertida, sobre todo por los detractores de la Custodia Compartida, La Licenciada en Psicología Sonia Vaccaro, por ejemplo expone que: "...el síndrome es simplemente una opinión de Richard Gardner, basada en su experiencia clínica personal. Por supuesto, el hecho que el Parental Alienation Syndrome se base en la experiencia de un sólo hombre no significa que existirían equivocaciones en él. Así y todo, es claro que el síndrome no está aceptado como un método científicamente confiable de reportar convincentemente un argumento para discernir si un abuso sexual es verdadero o falso"<sup>25</sup>.

"Gardner es un franco detractor de ciertos aspectos del sistema de defensa a los niños. Aparentemente, Gardner cree que América está inmersa en una histeria colectiva acerca del abuso sexual infantil"<sup>26</sup>.

Daniela Pastrana, en un artículo publicado en el periódico "La Jornada" expresa, con relación al Síndrome de Alienación Parental, que: "... es un término que tiene muchos seguidores, pero que no está reconocido en el ámbito internacional. Ni la Organización Mundial de la Salud (OMS), ni la Asociación Americana de Psiquiatría la admiten en su catálogo de trastornos mentales, pese a que sus defensores lo han promovido por más de 20 años".<sup>27</sup>

Con respecto de estas opiniones, no hacemos comentario alguno, puesto que no es motivo de nuestro tema, sólo nos limitamos a exponerlas; a fin de presentar los distintos puntos de vista en relación con este concepto; sólo con el

---

<sup>25</sup> VACCARO, Sonia, Psicóloga – M.N 8298. Buenos Aires – Argentina. Pagina Web <http://www.isabelmonzon.com.ar/vaccaro2.htm>

<sup>26</sup> VACCARO, Sonia, Op cit.

<sup>27</sup> PASTRANA, Daniela. Una ley contra la infancia. (Permite a padres abusadores convivir con sus hijos). Periódico "La Jornada". Suplemento dominical "Masiosare". México D. F. 31 de julio del 2005. <http://www.jornada.unam.mx/2005/jul05/050731/mas-daniela.html>

propósito de que aclararlo en la medida de nuestras posibilidades, para entender el porque su reciente inclusión de manera implícita en nuestra Legislación Civil sustantiva.

Administración de los bienes del menor: aunque la Patria Potestad se divide en dos partidas, la primera dirigida al cuidado de la persona de los hijos; y la segunda, a la administración de los bienes del menor. Creemos que la debida administración de los bienes del menor, afecta directamente a su desarrollo, ya que la finalidad es salvaguardar su hacienda hasta que tenga la posibilidad de administrarla él mismo. El deber de administrar los bienes del menor está contenido en el capítulo segundo, del título octavo referido a los efectos de la Patria Potestad, respecto de los bienes de los hijos; y en el título noveno correspondiente a la Tutela.

### **2.3.3 Custodia física, moral e intelectual.**

Estos conceptos son parte fundamental de los derechos y deberes, inmersos en la Patria Potestad, para con un menor bajo Custodia, pero por su importancia hemos querido abundarlos en este punto, en la consideración de que, desde nuestra particular opinión, son parte esencial del ejercicio de la Custodia.

Estos tres conceptos adquieren especial relevancia y deben tomar en cuenta las necesidades del menor de acuerdo a su edad; ya que éstas son múltiples y tienden a evolucionar con el crecimiento del menor.

La Custodia física es imprescindible dentro del periodo inmediato posterior al nacimiento y hasta aproximadamente el año y medio de edad, ya que el menor requiere cuidados especiales que van desde una debida alimentación procurada por la lactancia, hasta el abrigo y el cuidado médico. Es por eso que es vital la

presencia de la madre; puesto que, debido a la naturaleza, es la indicada para satisfacer las necesidades del menor. En esta etapa la conservación de la vida del menor es lo más importante, ya que a esta edad los códigos de comunicación que utiliza son limitados, abstractos y personales; razón por la cual, sólo quien esté a su lado de manera constante, tendrá la capacidad para interpretar las señales con las que el infante comunica sus necesidades.

En la fase comprendida del año y medio hasta los tres años aproximadamente, el menor ya aprende a manifestar sus deseos y necesidades de una manera más accesible y específica; sus movimientos le ayudan a desplazarse con mayor agilidad e independencia, por lo que es deber de quien lo tenga a su cargo, cuidarlo apropiadamente para evitar que se ocasione daños por su inexperiencia. Sigue siendo fundamental a esta edad, que la madre posea la Custodia física para poder satisfacer las necesidades del menor. Es en este período en que, según opinión de los expertos, el niño comienza a adquirir hábitos por la simple repetición de ellos (deber de ejemplaridad); es entonces a esta edad que el niño debe aprender ciertas pautas que habrán de regir su vida: las habilidades básicas del lenguaje (escuchar y hablar), hábitos de higiene y de respeto de horarios (para comer, dormir, jugar, etc.). Es aquí donde el papel de los padres debe concentrarse en imbuirle normas de conducta y proponerle límites, como el respeto, que le servirán en el desarrollo de su vida. En este punto, comienza a intervenir la Custodia Moral, por la cual los padres deben de inculcar valores morales al menor.

En la etapa posterior, comprendida aproximadamente de entre los tres a los cinco años, sigue desempeñando un papel predominante la Custodia Física, pues el menor aún tiene necesidades especiales que deben ser satisfechas. Por consiguiente, toma especial influencia la Custodia moral, en atención a que es en este periodo que se da inicio a la etapa escolar; esto implica por lo tanto, nuevas formas de conducta que deberán de ser vigiladas y conducidas debidamente. En este ciclo, aparece para el menor un nuevo concepto de autoridad y un nuevo grupo social, lo cual debe estar debidamente supervisado por los padres para que

las nuevas formas sociales a que se enfrenta, sean lo más benéficas posible para su desarrollo.

En la siguiente etapa que cursa entre los seis y los doce años, además de la Custodia Física y Moral, entra en juego la Custodia Intelectual; pues para que el niño, de acuerdo a su edad y grado, tome sus estudios con responsabilidad, los padres deben de involucrarse en sus actividades escolares, transmitiendo a los hijos sus propias experiencias, ayudándoles con los deberes escolares y acudiendo con regularidad a la escuela a tomar nota de la conducta, avances y necesidades de los menores.

Quizá la etapa más difícil de abordar y resolver para los padres, es la que se presenta en el lapso que comprende entre los doce y los dieciocho años; ya que en la adolescencia requieren, sobre todo, de atención y cuidado a los cambios que sufren tanto física como psicológicamente. A esta edad los menores comienzan a desarrollar su propia personalidad y su posición frente a la sociedad, por lo que se debe procurar un acercamiento con ellos para establecer una buena comunicación, con la finalidad de poder guiarlos de la mejor manera hacia la etapa final de su desarrollo. Es aquí donde el menor debe fundar las bases de la forma de vida que llevará en la madurez, pues sus actos repercutirán de manera profunda en su futuro; es por eso que es fundamental el apoyo de los padres para ayudarles a decidir lo mejor.

## **2.4 Relación entre la Custodia y la Patria Potestad.**

La Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo, así lo enuncia el artículo 413 de nuestro Código Civil; de esta manera se justifica la relación existente entre la Patria Potestad y la Custodia, toda vez que la Custodia

se ejerce sobre la persona de los menores para cumplir con los deberes de cuidado, vigilancia, educación y asistencia; todo ello, inherente por naturaleza a la Patria Potestad.

Las diferentes obligaciones y derechos enunciados por nuestro Código Civil para con la persona de los menores atribuidos a la Patria Potestad, son los mismos que los marcados para la Custodia

De la obligación que tienen los menores sujetos a la Patria Potestad de vivir en el domicilio de quien la ejerce, establecida en el artículo 421 del Código Civil para el Distrito Federal, se desprende que: quien ejerce la Patria Potestad posee a su vez el derecho de tener al menor en su compañía, derecho y obligación indispensable para ejercer tanto la Patria Potestad como la Custodia.

Del artículo 422 de nuestro Código sustantivo de la materia, se infiere otra obligación inherente a ambas instituciones, pues quien ejerce la Patria Potestad o la Custodia, tiene la obligación de educar convenientemente al menor que se encuentre bajo su cuidado.

Así mismo, a cada uno de los que ejercen estas Instituciones les corresponde el cuidado, la alimentación y el deber de corrección de los menores que estén bajo su protección.

Por estas razones se puede interpretar que la Custodia es parte integrante de la Patria Potestad, pero la Custodia se convierte en cuestión de vital importancia en el caso de una crisis conyugal. En apoyo de esta aseveración citaremos a dos autoras mexicanas por demás reconocidas.

En primer lugar haremos referencia a la opinión de Talía Dentón Navarrete, “La Custodia en el caso de los padres que viven juntos, puede entenderse como la tenencia o control físico sobre hijos e hijas menores de edad, es inherente a la Patria Potestad”<sup>28</sup>.

Nuestra autora considera a la Custodia como la tenencia o control físico de la persona de los hijos. Desde nuestro punto de vista, entorno a la obligación que tienen los menores de vivir en el domicilio que habita el que ejerce la Patria Potestad, a éste se le confiere el derecho de tener en su compañía al menor; requisito indispensable para llevar a cabo adecuadamente las prerrogativas y obligaciones que deben observarse para con un menor que se encuentra bajo su cuidado.

La atribución de la Custodia del hijo a cualquiera de los padres, no implica que el otro padre pierda o se le suspenda el ejercicio de la Patria Potestad del menor; pero “... la guarda es una de las exteriorizaciones más importantes de la patria potestad, pues lleva consigo no sólo el poder de tener el hijo, sino también el ejercicio de las principales manifestaciones que forzosamente derivan de esa especie de gobierno de la persona y de los bienes del menor”<sup>29</sup>. Lo dicho, conlleva forzosamente una influencia directa sobre su formación tanto física como espiritual y moral; es por eso que se considera que su otorgamiento a un sólo padre, origina una especie de desmembramiento de la Patria Potestad, al pasar a la Guarda parte de los derechos inherentes de su ejercicio. Ésta disociación a que se refiere el Maestro Belluscio, se traduce en que ciertos derechos, como la educación y corrección, pasan al padre Guardador, mientras que el otro padre conserva sólo el derecho de controlar o vigilar la educación del hijo.

---

<sup>28</sup> DENTON NAVARRTE, Talía. Artículo: La Custodia en la Reformas al Código Civil del Distrito Federal de junio del año 2000. Revista Alegatos, número 51, mayo agosto 2002. Universidad Autónoma de México; Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades. Departamento de Derecho.

<sup>29</sup> BELLUSCIO, Augusto Cesar. Derecho de Familia, Tomo II Matrimonio (Divorcio). Ediciones De Palma. Buenos Aires Argentina, 1981. p 620.

La Maestra Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, en su libro “Derecho de Familia”, hace referencia en torno a la Guarda como: “el derecho y la obligación que tiene una persona (normalmente el padre o la madre) de dar alojamiento y conservar con ella a un menor”<sup>30</sup>; haciendo alusión a la misma prerrogativa que poseen los que ejercen la Patria Potestad de tener en su compañía a los menores. Más adelante hace referencia a que, desde su punto de vista, ambas instituciones están destinadas al bienestar y cuidado de la niñez, aunque se diferencian en que en una (la Custodia) va dirigida hacia el cuidado de la persona del menor y la otra contempla el cuidado de la persona del menor y sus bienes; desde nuestro punto de vista, esto no es óbice para que la primera esté contenida dentro de la segunda como parte integrante de la naturaleza de su propio ejercicio, desde nuestra particular visión. Cabe señalar que esta autora usa los conceptos de Guarda y de Custodia como sinónimos.

Por lo anterior, podemos concluir, que si bien la Patria Potestad y la Custodia son dos instituciones de derecho diferentes, éstas no se contraponen, al contrario la segunda complementa a la primera, pues teniendo al menor consigo, el que ejerce la Patria Potestad, puede cumplir con sus obligaciones y ejercer sus prerrogativas para con el menor, de una manera por demás eficaz y, hasta cierto punto, armónica.

Es un hecho que cuando los padres viven juntos y existe una relación normal entre los mismos, la Custodia sobre los hijos se encuentra “embebida por la Patria Potestad dual”<sup>31</sup>; esto se desprende del cúmulo de facultades y obligaciones que posee él o los que ejercen la Patria Potestad, las cuales están

---

<sup>30</sup> PEREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. Editorial Fondo de Cultura Económica. S/e. México Distrito Federal 1994. p 229.

<sup>31</sup> RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Artículo La Guarda y Custodia de los Hijos, Revista: Derecho Privado y Constitución; Sumario Año 9, numero 15, enero diciembre 2001. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p 284.

debidamente establecidas en nuestro Código Civil, y ya comentadas en abundancia en las páginas anteriores de este capítulo.

En las situaciones distintas a la de la convivencia normal de los padres, es decir, que exista una crisis en la pareja que les conmine a separarse, “la Guarda y Custodia se separa de la Patria Potestad como el polluelo del cascarón”<sup>32</sup>. Ante una situación como ésta, es donde se presenta el conflicto de decidir quién estará mejor capacitado para ejercer la Custodia; pues es aquí cuando se disocia la Custodia de la Patria Potestad, es decir se separa.

Para atender este problema, el Juez de lo Familiar deberá considerar las variantes de cada caso en particular; la ley establece que éste deberá velar por los intereses del menor, por lo que se deben analizar todos y cada uno de los siguientes puntos: ¿Quién puede atender mejor al menor?, ¿Cuál de los padres es más apto, tiene mejor capacidad para educarlo?, ¿Quién le da mejor trato al menor de acuerdo a su edad y le proporciona mejor calidad en el tiempo que le dedica?.

Además, se deben aplicar pruebas psicológicas a las partes involucradas, con el objeto de averiguar cuál de ellos es el más apto para proporcionar las atenciones que conlleven al mejor desarrollo físico, emocional y psicológico del menor que se pretende dar en Custodia.

## **2.5 Custodia Compartida.**

---

<sup>32</sup> Ibidem. p 286

Este concepto va muy ligado a una figura reciente llamada Coparentalidad, ésta figura es de carácter social, y no está incluida en ningún ordenamiento jurídico de México, pero es muy importante para explicar la Custodia Compartida.

“La Coparentalidad es un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados”.<sup>33</sup>

La Custodia Compartida, opina Antonia Freijanes Benito, es cuando: “el niño reside primordialmente con un padre y existe la posibilidad de vivir con ambos padres pasando tiempo en cada casa”<sup>34</sup>. Como vemos en esta opinión, el autor no restringe a la convivencia continua equitativa de parte de los padres con el menor, pero alude a que existe dicha posibilidad.

Para Luis Felipe Ragel Sánchez, se configura la Custodia Compartida: “... en los casos en que los periodos alternos de convivencia con uno u otro progenitor sean cuantitativamente similares”. Este autor si restringe el concepto a obligar a las partes a repartir el tiempo de convivencia de forma equitativa entre uno y otro padre; se pretende igualar, desde nuestro punto de vista, la responsabilidad parental entre el padre y la madre, tendiendo a consolidar la función paterna.

En nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, ahora se regula, la figura de Custodia Compartida, pero no se incluye una definición de la misma, tampoco en la Exposición de Motivos, pero presentaremos los artículos

---

<sup>33</sup> Informe reencuentro 2000, Santiago de Chile

<sup>34</sup> FREIJANES BENITO, Antonia; comentario al margen en el libro de RODRÍGUEZ TORRENTE, Jesús.

El menor y la familia (Conflictos e implicaciones). Editorial Universidad Pontificia; Madrid España 1998. p 80.

reformados para hacer un breve análisis de lo que, para nuestra legislación, representa la Custodia Compartida.

“**Artículo 282.** Desde que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I...

II...

III...

IV...

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. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el Código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor...”

Este artículo trata, desde nuestro punto de vista, de generalizar una opción que, en este caso, es la Custodia Compartida, pero no aporta las modalidades en que se puede llevar a cabo, ni establece un concepto de la figura para poder establecer sus alcances.

“**Artículo 283.** La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres...”

Este artículo establece que, de forma preferente, deberá aplicarse el régimen de Custodia Compartida; una vez más queda, a nuestro parecer, su contenido a la interpretación de las partes, porque no establece límites ni modalidades en que pueda llevarse a cabo, sin embargo no restringe las posibilidades en cuanto a que si se aplica este régimen, los padres tengan que alternar, forzosamente, el tiempo de convivencia de forma equitativa. Esto se infiere en el artículo comentado, en la parte donde ordena que los niños “pueden” permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres.

La palabra Custodia, como ya lo vimos, define a la vez, el derecho y la obligación de un padre de mantener al hijo en el hogar familiar, así como de atender sus necesidades personales que requiera en la medida de su edad y condiciones. Agregamos además que la palabra “compartida” significa: “repartir, dividir, distribuir en partes”<sup>35</sup>; por lo que podemos concluir que la Custodia Compartida implica: repartir las obligaciones y derechos que pesan sobre los menores entre los padres; a efecto de que ambos se involucren de manera plena y equitativa en el cuidado, educación, vigilancia y demás asuntos de los menores. Pero esto sólo se logra con la convivencia más o menos constante de los padres con el menor.

Esta modalidad de la Custodia Compartida sólo es válida para aplicarla entre los padres o quienes detentan la Patria Potestad del menor, puesto que sólo a ellos, debido a la naturaleza de los lazos familiares y filiales, les incumbe. Éste es un presupuesto importante para entender la Custodia Compartida.

A continuación expondremos una relación de fórmulas propuestas por la “Asociación de Padres de Familia Separados”, en las cuales se pretende exponer algunas estrategias para llevar a cabo la modalidad enunciada.

- La fórmula que los padres establezcan por mutuo acuerdo en función de su situación personal y la del niño, salvo las debidas consideraciones del Juez.

---

<sup>35</sup> Diccionario Larousse Ilustrado. Diccionario Enciclopédico. 1999.

- Modalidades de alternancia con un ritmo inferior al semanal, o incluso diario, en caso de niños de corta edad, o de tres días y medio según la edad del niño.
- Alternancia semanal. En principio, la formula más sencilla para niños mayores de cinco años (edad aproximada). Esta, es considerada la más idónea por la nueva legislación francesa.
- Alternancia quincenal. El niño convive quince días seguidos con cada uno de los padres y pasa con el otro los fines de semana completos, y una o dos tardes entre semana.
- Alternancia mensual. El niño convive un mes con cada uno de los padres, y pasa con el otro los fines de semana.
- Alternancia de los padres. Los niños permanecen siempre en el domicilio familiar, y son los padres quienes rotan la utilización de ese domicilio

## **Capítulo 3. Legislación Comparada en Materia de Custodia de Menores.**

En este capítulo abordaremos el estudio de diversos ordenamientos que contienen la figura de la Custodia, para hacer una comparación de las distintas legislaciones, tanto nacionales como extranjeras. Este propósito va encaminado a determinar las distintas modalidades en que está regulada la figura de la Custodia de Menores, con el fin de establecer una buena noción de cómo aplicarla a nuestro tema, apoyándonos en las distintas experiencias de las legislaciones que ya han regulado la Custodia. Trataremos incluso de encontrar su origen Legislativo para aventurar una conclusión válida para la aplicación de la Custodia Compartida de Menores en nuestro ámbito judicial.

### **3.1 Legislación Mexicana.**

El estudio de la Custodia de Menores dentro de nuestra legislación es muy importante, aunque sabemos que es un tema en el cual la legislación no ha abundado lo suficiente, pero podemos encontrar ésta figura dispersa en distintos ordenamientos; en algunos de ellos sólo encontramos el origen de la Custodia de menores, sin aludir directamente a ella; en las legislaciones de las diversas entidades federativas de nuestra República, encontraremos que se ha tratado de regular, pero de una forma escueta, pues en ningún Estado se ha profundizado legislativamente al respecto. Aún así, nos es muy importante su estudio, porque en ellas se sientan precedentes para una posterior regulación más eficaz.

#### **3.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Artículo 4.**

La Constitución Mexicana es la norma fundamental que rige a nuestro Estado y regula su orden jurídico; es decir, contiene la totalidad de ese Derecho, ya que es la base y los principios generales y esenciales de los otros ordenamientos jurídicos que se derivan de la misma; en ella se indican los procedimientos de creación, modificación y abrogación de todas las normas de nuestro orden jurídico. La Constitución se divide en una parte orgánica y otra

dogmática; en esta última se contienen los principios denominados Derechos Humanos o Fundamentales, los cuales son considerados como: “Conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente”<sup>1</sup>.

El artículo Cuarto Constitucional está ubicado dentro de la parte Dogmática de nuestra Constitución, por lo que en él se contienen derechos y prerrogativas de las personas tanto individual como colectivamente; como vimos en líneas anteriores, esos derechos pueden ser de carácter social y cultural, y se refiere también a sus respectivas formas de garantizarlos; por lo que procederemos a su estudio en cuanto a los párrafos del mismo, que a este trabajo interesan, los cuales corresponden a los tres últimos del artículo citado.

**“Artículo 4.-** El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y desarrollo de la familia.

...

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para alcanzar su desarrollo integral...”

El párrafo anterior, consagra el derecho de los menores a un desarrollo pleno. Para cumplir este objetivo, nuestra Constitución consagra los derechos que tienen a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación, sano esparcimiento, etcétera. Algunos tratadistas argumentan que el derecho a la salud es una prerrogativa general, establecida en el mismo artículo en un párrafo anterior, o que el derecho a la educación está regulado en el artículo tercero Constitucional; esto es cierto, pero consideramos que es un hecho palpable y provechoso el que nuestro legislador trate de regular los derechos de la niñez. Es por consiguiente, significativo que esencialmente

---

<sup>1</sup> Diccionario Jurídico 2000 Desarrollo Jurídico Copyright 2000. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

regule lo necesario para que los menores puedan lograr un desarrollo integral. Recordemos además que éste párrafo es producto de la Reforma Constitucional para regular los derechos de la infancia, debido a la suscripción de México a la Convención de los Derechos del Niño.

Continúa el párrafo subsiguiente:

“Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.”

La Doctrina Mexicana considera que de éste se deriva un “deber constitucional<sup>2</sup>” de los padres o, en su caso, de tutores o custodios, encaminado a preservar los derechos que poseen los menores, con el objeto de que estos puedan alcanzar un “desarrollo integral”. Esto implica necesariamente el ejercicio de la Patria Potestad, o en su caso de la Custodia, con todos sus deberes y prerrogativas. Este párrafo nos parece complemento del anterior, ya que además de legislar el deber de los padres a preservar los Derechos de los Niños, ordena al Estado a coadyuvar con los responsables del menor, para que se logre el fin de su desarrollo integral, en atención a que es obligación del Estado proveer lo necesario para el respeto a la dignidad de la niñez, con la intención de que los infantes alcancen un desarrollo pleno y puedan ejercer debidamente sus derechos. A tal efecto, y como producto de la firma a la multicitada Convención sobre los Derechos del Niño, se decretó la creación de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Esta ley es reglamentaria del artículo en estudio.

El último párrafo del artículo citado expresa:

“El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.”

---

<sup>2</sup> Instituto de investigaciones Jurídicas; UNAM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y Concordan. Tomo I Artículo 1º a 29. Coordinador Miguel Carbonier. Autor del Comentario el coordinador. Porrúa-UNAM. México, 2003. p 106.

Este último párrafo, nos parece, es apoyo de los anteriores al referirse al deber del Estado de otorgar las facilidades necesarias a los particulares para que se ayuden mutuamente a dar cumplimiento efectivo a los Derechos de los Menores; por tanto creemos que este párrafo sí puede hacer alusión a otros derechos intrínsecos al desarrollo integral del menor, contenidos dentro de la misma Constitución, con los que se garantiza el pleno desarrollo del infante, por ejemplo: el derecho a la salud y a una vivienda digna, derechos indispensables para llevar una vida provechosa y saludable, tanto de los padres como de sus hijos; el derecho a la educación consagrado en el artículo tercero de la misma, el derecho a la manifestación de ideas contenido en el artículo sexto de nuestra Constitución y en la Carta de los Derechos del Niño.

### **3.1.2 Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.**

Esta es la Ley reglamentaria del Artículo Cuarto Constitucional, párrafo sexto, y fue creada a partir de la suscripción de México a la Convención de los Derechos del Niño, en septiembre de mil novecientos ochenta y nueve; y publicada en el Diario Oficial de la Federación el veinticinco de enero de mil novecientos noventa. Fue publicada en el Diario Oficial el veintinueve de mayo del dos mil, y forma parte importante del ámbito de la tutela de los derechos del menor; muchos de ellos son obligaciones de los Padres, Custodios y Tutores, por lo que es importante el estudio de la misma. Esta Ley es un instrumento importante para decidir el ejercicio de la Custodia en nuestro ámbito jurídico, pues a raíz de su creación, en nuestro Código Civil se introdujo la figura del “Interés Superior del Menor”, el cual es necesario tomar en cuenta para decidir la mejor situación del menor en cuanto a la Custodia. Por tanto, analizaremos algunos artículos que por su importancia repercuten forzosamente en el devenir de la Custodia en el Distrito Federal.

En principio, debemos comentar que este ordenamiento tiene el carácter de “concurrente”, ya que ordena en diversos artículos, como el siete y el ocho, la cooperación de los distintos niveles de competencia y de gobierno, tanto Federal, como Local, Municipal y del Distrito Federal; para asegurar a niñas,

niños y adolescentes la protección y el ejercicio de sus derechos y la toma de medidas necesarias para su bienestar apelando a los derechos y deberes de sus madres, padres y demás ascendientes, tutores y custodios.

En razón de lo anterior, pasaremos al estudio de los artículos más importantes para nuestro trabajo; como principio analizaremos el artículo primero de dicha Ley.

**“Artículo 1.-** La presente ley se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones son de orden público, interés social y de observancia general en toda la República Mexicana y tiene por objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios en el ámbito de su competencia, podrán expedir las normas legales y tomarán las medidas administrativas necesarias a efecto de dar cumplimiento a esta Ley.”

Como podemos observar, esta Ley tiene como objetivo primordial el garantizar a los menores en general, sus derechos, los cuales están consagrados en la Constitución Mexicana. Siendo ésta la Ley fundamental, de ella derivan otras tantas Leyes o Códigos en donde están contenidos los derechos en comento en forma pormenorizada.

La Ley, considera niños a las personas desde su nacimiento y hasta que estén por cumplir los doce años; adolescentes de los doce y hasta los dieciocho años cumplidos, esto lo encontramos en su artículo segundo. Aunque vemos, discrepa con el artículo 646 de nuestro Código Civil, puesto que a los dieciocho años cumplidos se actualiza la mayoría de edad; a pesar de que este ordenamiento aún los considera adolescentes, lo cual son dos supuestos distintos.

En el artículo tercero de esta norma, se fija el objetivo de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes; que según la misma, es garantizarles un “Desarrollo Pleno e Integral”. Apunta además, a las implicaciones que este objetivo requiere; alude a la oportunidad de los niños de formarse física, mental, emocional, social, moral en condiciones de igualdad; las cuales a pesar de que son responsabilidad de los padres, custodios o tutores, impone al Estado el deber de garantizar que estos se lleven a cabo de forma adecuada; a tal efecto, dentro de este mismo artículo, se establecen principios rectores para llegar a éste fin.

En este mismo artículo se fijan principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

**“A.** El del interés superior de la infancia.”

Respecto a este concepto, ya comentamos que ha sido establecido para proteger el mejor interés del menor, con el objeto de lograr su desarrollo efectivo e integral; se habla de este concepto con mayor abundamiento en el análisis del siguiente artículo.

**B...**

**C...**

**“D.** El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.”

Se establece en este principio que la familia es el espacio primordial, y tal vez fundamental, para el desarrollo óptimo del menor. Por tanto, interesa de sobremanera, puesto que la Custodia de menores y, en especial, la Custodia Compartida, está dirigida para el desarrollo del menor dentro del seno familiar.

**“E.** El de tener una vida libre de violencia.”

Este principio es parte importante para el desarrollo del menor, ya que una vida libre de violencia, en especial intra familiar, logrará que su desarrollo sea apreciable; además que el menor no sea víctima de violencia, es parte importante para conceder el ejercicio de la Custodia, en llegado el caso de una separación conyugal.

**“F.** El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.”

En este principio se ordena una cooperación entre la familia y el Estado, ejerciendo plena y eficazmente el derecho de Patria Potestad o Custodia en su caso, con el fin de garantizar que se ejerzan de forma adecuada, con el propósito de alcanzar el desarrollo pleno del menor.

**“G.** El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.”

Este principio consagra la obligación del Estado de garantizar los derechos del menor para lograr su desarrollo integral.

En el artículo cuarto de esta misma Ley, se expresa que, de conformidad con el principio del interés Superior de la Infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo pleno dentro de un ambiente de bienestar familiar y social. Observando este principio, el ejercicio de los derechos de los adultos no podrá, en ningún momento o circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Esta norma previene que, se debe de atender al respeto de este principio, así como el de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como ya se explico, el Interés Superior del Menor, tiene como principio considerarlo como un ente titular de derechos autónomos; susceptibles, en llegado el caso, de ser ejercidos aún en contra de los derechos de sus padres. Por lo que en caso de que los derechos de los padres se contrapongan a los de los menores, se aplicará la Ley a favor de estos últimos. Así está establecido en este artículo; aunque no se deja de considerar en forma alguna el derecho de los padres a ejercer su paternidad, sólo se trata de evitar un daño posible al menor por las condiciones de vida en las que un padre o madre se desarrollan, y lo que puede aportar al crecimiento del menor; ya que éste, es considerado

como un sujeto de derechos distintos a los de los padres, lo cual se da en virtud de la indefensión que naturalmente posee a causa de su inmadurez física y psicológica; razón por la que se hace necesario que el Derecho vaya, básicamente, dirigido a su tutela y a garantizar su desarrollo pleno e integral.

En los artículos quinto y sexto del mismo ordenamiento, se establece la obligatoriedad de la aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, esto basado en el artículo 133 de nuestra Constitución.

### **3.2 Legislación en el ámbito Local de México.**

Este punto tienen como objetivo guiarnos en cuanto a la legislación en el ámbito local de algunos Estados de la República, con el propósito de saber cómo han resuelto o tratado de resolver el problema de la Custodia en sus respectivos ordenamientos, a fin de tomarlo como experiencia y ejemplo.

En primer lugar, presentaremos el artículo 635 del Código Civil para el Estado de Puebla, el cual ya fue apuntado en el capítulo anterior, pero nos parece pertinente agregarlo también a este punto, porque el mismo aborda de una forma interesante, el modo en que regula la Custodia y la Guarda de los menores.

**“Artículo 635.** La ley reconoce el derecho de convivencia que tienen los menores con sus padres y con las familias de ambos. La convivencia permite el conocimiento directo de los menores con sus ascendientes y demás parientes, a fin de lograr su integración al núcleo familiar y obtener la identidad plena de los menores en el grupo social a que pertenece.”

En este párrafo la Ley establece de manera inequívoca el derecho de convivencia entre los menores hijos y sus padres; y de igual forma con sus demás parientes. Establece esta necesidad con el objetivo de garantizar la integración del menor con su familia, tanto nuclear como extensa, para que el

menor logre formar una identidad con el grupo al que pertenece. Esto no está estipulado en la Legislación del Distrito Federal, pero creemos que se sobreentiende al analizar el artículo 417 de nuestro Código Civil, al determinar la convivencia entre los menores y sus ascendientes, salvo que se ponga en peligro al menor y su desarrollo óptimo. Este artículo es interesante porque fija el objetivo que desea alcanzarse con la convivencia entre el menor y su parentela.

Sigue el mismo artículo:

...

“La Custodia puede establecerse de manera compartida y mediante ella se determinan derechos iguales de convivencia a favor de los menores con sus padres y demás familiares”.

Esta entidad federativa instituye en su legislación una regulación de la Custodia Compartida; pero, al igual que en la nuestra, no determina el alcance ni los candados o condiciones que deben existir para que se verifique efectivamente esta modalidad de la Custodia; pero más adelante establece una modalidad de cómo puede llevarse a cabo ésta. Además del Distrito Federal, nos parece que Puebla es el único Estado de la República que la regula. Es importante hacer notar que éste artículo se refiere al “derecho a favor de los menores”, y no al de los padres, esto concuerda con el Interés Superior del Menor.

Continúa el artículo:

“Cuando conforme a este código deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la Guarda de un menor, uno de los padres, se aplicaran las siguientes disposiciones:

I. El padre y la madre convendrán quién de ellos ejercerá la Guarda, poniendo a los hijos a cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de estos y pudiéndose compartir la Custodia, en los tiempos libres de los menores, al otro que no tenga dicha Custodia. Las obligaciones de formación cultural y educativa, corresponde a ambos padres, quienes podrán acordar formas de colaboración para alcanzar dicho objetivo;”

La aportación más palpable que este artículo ofrece, es que instaura la Custodia Compartida, pero la redacción deja margen a especulación, porque establece que los tiempos libres de los menores le corresponderá al otro que no tenga dicha Custodia; no explica de manera razonable si la Custodia Compartida será en forma ininterrumpida o sólo se aplicará ésta en los tiempos que se determinen en razón de las ocupaciones del menor. Sin embargo, éste artículo ayuda a entender las obligaciones de dicha Custodia, al ordenar que la obligación de la formación cultural y educativa, corresponde a ambos padres, quienes podrán acordar formas de colaboración para alcanzar el objetivo, cosa que no está regulada en nuestra legislación.

En cuanto a la última parte del artículo abordado, diremos que ésta, es similar a nuestra legislación; por lo que no tiene objeto seguir analizándolo.

En segundo lugar, analizaremos el Código Civil para el Estado de Quintana Roo, específicamente el artículo mil veintidós, el cual establece causales específicas para privar de la Custodia del menor al titular de la Patria Potestad; es importante comentar que en esta legislación se entiende a la Custodia como el cuidado y la tenencia física del menor, ya que en ningún otro artículo establece una diferencia específica, y se refiere a ellas en uno y otro lado como sinónimos.

**“Artículo 1022.** Puede privarse de la Custodia al titular de la Patria Potestad:

I. Cuando cometa algún delito grave en contra del menor;”

Esta causal se ha establecido para proteger al menor del Custodio, en la eventualidad de que éste último cometa un delito grave contra él. Su intención es, principalmente, la de salvaguardar su integridad física, emocional y económica, porque, dentro de esta causal, se pueden englobar delitos tanto patrimoniales como contra la integridad de la persona.

**“II.** Cuando ha sido condenado ejecutoriamente dos o más veces por delitos cometidos en contra de otras personas;”

Aquí, a nuestro parecer, el legislador trata de evitar la influencia negativa que pueda ejercer el padre custodio, en relación con su propia conducta, la cual puede acarrear la comisión de un delito, aún contra otras personas que no sean los menores bajo su Custodia.

**“III.** Cuando por sus costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de sus deberes frente a sus hijos o nietos en su caso, se pueda comprometer su salud, la seguridad o la moralidad del menor, aunque esos hechos no sean penalmente punibles;”

Sigue el legislador de Quintana Roo, tratando de proteger la integridad física, moral, psicológica y económica de los menores, ya que las conductas que menciona, creemos ejemplificativas no limitativas, pueden poner en peligro el sano desarrollo del menor, por lo que trata, considerando el Interés Superior del Menor, de evitar que estos se vean afectados en su desarrollo por conductas que puedan repercutir en forma negativa en su vida.

**“IV.** Cuando abandone o exponga al menor; y”

El abandono y la exposición de menores afecta la seguridad física de estos, pues se actualiza una omisión al deber de ayuda y socorro, que por la edad requieren los menores. Por lo anterior, el legislador pretende salvaguardar la integridad física del menor dictando una acción para corregir el problema. A nuestro entender esta causal también engloba el aspecto de la ministración de los alimentos al menor.

**“V.** En los casos de divorcio.”

Esta causal está dada previendo la hipótesis de que, en el caso del Divorcio, los padres no puedan ponerse de acuerdo en cuanto a la Custodia de

sus hijos; y dicta que, por sentencia, se puede privar de la Custodia a uno de ellos o a los dos en su caso.

Como podemos observar, las causales para privar de la Custodia a quien es el titular de la Patria Potestad, son parecidas a las estipuladas en nuestro Código para la pérdida de la Patria Potestad.

Abordaremos también el Código Civil para el Estado de Guerrero, que presenta ciertas peculiaridades en su regulación de la Custodia, por lo que nos parece notable su estudio. La Custodia la aborda para el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio, pero pueden ser aplicadas analógicamente para el caso de que se suscite una separación o divorcio. Es importante asentar que este Código posee un título especial donde se regula la Custodia, el cual es llamado: Título Quinto. De la Patria Potestad y la Custodia; Capítulo V. De la Custodia.

**“Artículo 626.-** Si el padre y la madre viven separados, se observara respecto de la Guarda y Custodia del hijo, lo dispuesto en los artículos 539 y 540.”

**“Artículo 627.-** En el caso previsto por el artículo anterior, cuando, por cualquiera circunstancia cese de tener la Custodia del hijo el ascendiente a quien corresponda y deje aquel de habitar con este, entrará a ejercer dicha Custodia el otro ascendiente, con el cual habitará entonces el hijo.”

En este Estado, se observa que su Legislación, está dirigida principalmente a regular la Custodia en cuanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio de parejas que no hagan vida en común; analizaremos a estos dos artículos expuestos en su conjunto, pues los dos se complementan y van de la mano. Se puede observar que estas disposiciones relativas a la Custodia, son parecidas a las aplicables en nuestra Legislación relativa a la Patria Potestad; lo interesante de esto es que la regulan en un título aparte, quizá para tener mayor certeza jurídica a la hora de aplicar el Derecho al caso concreto. Algo

importante de resaltar, es que este artículo considera que los menores deberán de habitar la casa de quien ejerce la Custodia.

Por último, en el artículo 629, se aclara y dispone que serán aplicadas las disposiciones relativas a la Patria Potestad, a la Custodia; esclareciendo que debe prevalecer el Interés Superior del Menor. Podemos concluir que esta Legislación, aunque regula a la Custodia en un título aparte, no hace diferencia alguna de la Patria Potestad, por lo que se puede inferir que supone a la Custodia derivada de la Patria Potestad, al referirse que se pueden aplicar las mismas disposiciones para una y otra.

Examinaremos de igual forma la Legislación Civil del Estado de México, en su Libro cuarto del derecho familiar, Título primero del matrimonio, Capítulo II de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio. Educación de los hijos y administración de bienes.

**“Artículo 4.19.** Los cónyuges de común acuerdo decidirán lo relativo a la educación y formación de los hijos y a la administración de los bienes que sean comunes a los cónyuges o que pertenezcan a los hijos sujetos a su Patria Potestad.

En caso de desacuerdo el juez de primera instancia resolverá lo conducente, sin necesidad de juicio.”

Aquí, se refiere al caso de separación de los padres, por lo que previene la forma en que habrá de resolverse la Custodia de los Menores. Podemos darnos cuenta que se ocupa de la Custodia de la persona del menor, al dictar que los cónyuges decidirán lo relativo a la educación y formación del mismo; nos parece, que hace un distinguo en cuanto a que alude a la administración de los bienes del menor, por lo que deja margen a que uno pueda ejercer la Custodia personal o física del menor, y otro ejerza la Custodia administrativa de sus bienes. Un aspecto interesante que está contenido en este mismo artículo, es el señalamiento de la no-necesidad de que haya un juicio para que el Juez

decida sobre la Custodia del menor, adelantándose a el supuesto que los padres no lleguen a un acuerdo; con ello se trata de agilizar el tramite para decidir la situación del menor.

**“Artículo 4.83.** Cuando la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los padres propondrán la forma y términos del cuidado y Custodia de los hijos, el juez resolverá, atendiendo siempre al interés preponderante de estos.”

Una vez más encontramos en la Legislación, la exigencia de observar, siempre y en todo momento, el Interés Superior del Menor para resolver respecto de su Custodia.

**“Artículo 4.228.** Cuando sólo uno de los que ejercen la Patria Potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la Guarda y Custodia de un menor, se aplicaran las siguientes disposiciones:”

Este artículo propone diversos supuestos para conceder la Custodia a uno u otro padre en su caso, a saber:

**“I.** Los que ejerzan la Patria Potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la Guarda y Custodia del menor;”

Primero habla de que sean los mismos padres, quienes propongan la forma y términos en que habrá de llevarse a curso dicha Custodia; además esta disposición concuerda con nuestra legislación, pero indica más adelante distintos supuestos para que se conceda a uno u otro padre, el ejercicio de la Custodia.

**“II.** Si no llegan a ningún acuerdo:

**A)** Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor;”

Aquí el legislador consideró que la edad en la cual el menor puede dejar de depender directamente de los cuidados de la madre, debido a la indefensión

ocasionada por su edad, es la de diez años. Por esta razón, se diferencia de nuestra disposición normativa, en cuanto que nuestro Código considera que esa circunstancia ocurre a la edad de siete años; lo anterior es producto de la última reforma, pues hasta antes de esta se consideraba que debería ocurrir a la edad de doce años.

“**B)** El juez, después de oír a los interesados, decidirá quien se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce;”

En este supuesto, el legislador deja abierta la posibilidad de escuchar al menor y, basándose en lo que este exprese, se decidirá el ejercicio de su Custodia.

“**C)** Los mayores de catorce años elegirán cual de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si estos no eligen el juez decidirá.”

El legislador Mexiquense le da voto de confianza al menor para que éste decida quién habrá de ejercer su Custodia, algo que nos parece muy importante de resaltar; pues a esa edad, el menor por lo general se le considera apto para tomar una determinación por sí mismo, alejándose tal vez, de la influencia de los padres.

### **3.2.1 Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Distrito Federal.**

Esta Ley se creó a partir de que México ratifica la Convención Sobre los Derechos del Niño. La presente, es importante para éste trabajo, porque fija principios rectores sobre el trato y los derechos que poseen los menores. La misma también se ve influida en su nacimiento, por la Ley para la Protección de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de observancia general en toda la República; la cual ordena a las Entidades Federativas y el Distrito Federal legislar respecto de los derechos de los niños. El ordenamiento comentado, establece que es de orden público, interés social y de observancia general en el Distrito Federal, aunque a esta norma le corresponde su ámbito de aplicación a las autoridades administrativas y descentralizadas del Distrito Federal, aquí se contienen principios y directrices concernientes a los menores, por lo tanto, analizaremos los artículos que mejor incumban a este trabajo, con

el objetivo de precisar los derechos de los menores establecidos en nuestra propia legislación.

En el artículo cuarto de esta Ley se establecen principios rectores para su observancia, interpretación y aplicación. En primer lugar, establece el Interés Superior de las niñas y niños; este fundamento implica dar prioridad al bienestar de los infantes ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio, el cual lo aborda, estableciendo la preferencia a la protección de los niños y niñas sobre cualquier otro interés, lo cual concuerda con los comentarios que se han aportado en los capítulos anteriores de este trabajo. En segundo lugar, ordena la corresponsabilidad o concurrencia que asegura la participación y responsabilidad de familia y Gobierno para lograr los objetivos de esta norma; los cuales son: impulsar y consolidar la atención integral y la generación de oportunidades de manera igualitaria para las niñas y niños; establecer los mecanismos que faciliten el ejercicio de los derechos de los menores; promover una cultura de respeto hacia ellos en el ámbito familiar, comunitario y social; instituir las facultades y obligaciones de la Administración Pública para el cumplimiento de la presente Ley; y por último y más importante, para este análisis, el establecer a la familia como el espacio preferente para el desarrollo de las niñas y niños.

En el Capítulo Segundo de esta Ley se establecen los Derechos de las y los niños:

**“Artículo 5.-** De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

**A)** A la Vida, Integridad y Dignidad:

**I. A la vida, con calidad, siendo obligación del padre y la madre,** de la familia, de los Órganos Locales de Gobierno del Distrito Federal y de la sociedad, **garantizar a las niñas y niños, su sobrevivencia y su desarrollo,** así como el acceso a los medios y mecanismos necesarios para ello;” (El resaltado es de el autor).

Uno de los derechos importantes que establece esta Ley para los menores, es el Derecho a la vida con calidad; por lo tanto ordena a los padres, a la familia y la sociedad en general, garantizar este derecho, a efecto asegurar el óptimo desarrollo del menor.

**“B)** A la identidad, Certeza Jurídica y Familia:

**IV.** A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña o niño;”

Este derecho pone de manifiesto, la necesidad de la convivencia entre el menor y su parentela; por lo que trata de asegurar el cumplimiento del derecho-deber de los padres a convivir con sus menores hijos; aclarando que debe ser preponderante el Interés Superior del Menor para que estas convivencias se lleven a efecto.

En el Título Tercero se regulan las obligaciones de la familia para con los niños y niñas:

**“Artículo 8.-** La madre y el padre son igualmente responsables del desarrollo sano e integral de sus hijos, debiendo garantizar lo necesario para la subsistencia, salud, educación y los elementos que favorezcan su incorporación al medio social.”

Se establece la corresponsabilidad entre ambos padres en el cuidado del desarrollo de los menores, además de que se regula la necesidad de garantizar lo necesario a los menores para su subsistencia.

**“Artículo 9.-** Son obligaciones de los progenitores y miembros de la familia para con las niñas y niños:

**I...**

**II...**

**III.** Proporcionar apoyo, cuidados, educación, protección a la salud, alimentación suficiente y adecuada;”

Esta obligación va de la mano con lo apuntado en capítulos anteriores, tanto de la Patria Potestad como de la Custodia. Los conceptos de educación, protección a la salud y alimentación suficiente, los podemos englobar, todos, en la obligación de alimentos; el apoyo se relaciona precisamente con la obligación de cuidado que poseen tanto los Padres como los Custodios.

**IV...**

“**V.** Realizar los trámites de inscripción para que reciban la educación obligatoria; ...”

Este derecho se relaciona con el deber de alimentos que los padres tienen para con los menores; aquí especifica uno de sus alcances.

### **3.3 Legislación internacional.**

En la legislación de diversos países y en el Derecho Internacional, podemos encontrar los diferentes derechos que se han establecido a favor de los niños. También se encuentra las distintas formas en que los Estados han regulado a la Custodia, con el fin de paliar los efectos colaterales que una crisis conyugal produce en los menores. Es vital para nosotros conocer estas legislaciones, pues en gran medida marcan la pauta en el ámbito internacional sobre este tema; además que el Derecho Internacional influye considerablemente en el nuestro, tanto en el ámbito federal como en el local.

Es por todos sabido que nuestro sistema jurídico trata de adaptarse a lo establecido en los Tratados Internacionales, pues son considerados como norma suprema (aún se discrepa en nuestro país si están al mismo nivel o por debajo de nuestra Constitución); lo que sí es un hecho, es que a raíz de la suscripción de un Tratado Internacional, cualquiera que este sea, el legislador se ve en la necesidad de ajustar la Constitución a los preceptos ordenados. Como ejemplo tomemos el Artículo Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual sufrió una modificación a raíz de la entrada

en vigor de la Convención de los Derechos del Niño (la que ya fue analizada en su oportunidad); incluso se creó un ordenamiento reglamentario: Ley Para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes; por lo cual es ineludible el análisis de dicha Convención y el estudio de las Legislaciones en la materia de otros Estados, para considerar el punto de vista de los lugares donde ya se ha legislado sobre la Custodia.

### **3.3.1 Carta de los Derechos de los Niños.**

Éste documento nace a raíz de la Convención de los Derechos del Niño, la cual fue adoptada, y abierta a firma y ratificación, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 44/25 del veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve. Fue suscrita por México en diciembre de ese mismo año, y entró en vigor el dos de septiembre de mil novecientos noventa.

En primer lugar abordaremos el concepto de “niño” que esta Convención proporciona, el cual está determinado en su primer artículo.

**“Artículo 1.-** Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

Aquí podemos apreciar que esta Acuerdo Internacional aborda el concepto de “niño de manera acorde con a nuestra legislación, en cuanto a la edad se refiere; hace especial reconocimiento a que se deben respetar las Leyes de los Estados miembros que señalen una edad diferente para alcanzar la mayoría de edad.

En esta Carta se estipula que la misma, se basa en la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, donde se proclamó que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, debido a la indefensión que naturalmente poseen. Contiene varios principios enumerados en el preámbulo y relacionados con los diversos artículos de dicha Convención:

En el primer principio, se establece la necesidad de que la familia, y en particular los niños, deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; pues se reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros. En conexidad con lo anterior, la Convención reconoce que los niños deben crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; esto con el objetivo de lograr un desarrollo pleno y armonioso de su personalidad.

A tal efecto, considera que el niño debe ser educado de una forma tal que al alcanzar su edad productiva, esté plenamente preparado para una vida independiente en sociedad, y ser educado de acuerdo a los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Obliga a los Estados parte, a establecer una protección legal especial para los menores: como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". La necesidad de proporcionar al niño una protección especial, ha sido enunciada en las distintas Convenciones de Derechos Humanos, todo con el fin de lograr su bienestar social, espiritual y moral, y su salud física y mental.

En el Artículo Tercero de esta Convención, se instituye el principio del Interés Superior del Menor; recordemos que es a partir de ésta, que se empiezan a regular los derechos de los menores en el mundo de manera mas efectiva; y ordena por tanto, que en todas las medidas concernientes a los menores, entre ellas la Custodia, debe prevalecer el principio expuesto.

Se establece, que los Estados parte, se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado necesarios para su bienestar; teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la Ley, con el fin de tomar todas las medidas legislativas y administrativas pertinentes.

El Estado debe tratar de asegurar el bienestar del menor en toda ocasión, tomando en cuenta los derechos y deberes de los padres o de quienes estén a cargo de los menores; por lo que les impone a los Estados signantes, la obligación de legislar a favor de los menores. Lo anterior, con el fin ineludible de garantizar el desarrollo óptimo al menor.

En el Artículo nueve, se constituye el deber que el Estado tiene de evitar que los menores sean separados de sus padres; pues como se estipula en uno de sus principios, el menor tiene el derecho de convivir con su familia y, aún mas, tiene el derecho de desarrollarse en el seno de su núcleo familiar, pues éste es el medio donde podrá, según la Convención, desarrollarse con mayor plenitud; esto, excepto que sea contrario al Interés Superior del Menor, considerando así mismo las salvedades que así determine una autoridad judicial, y sólo en casos particulares de cada Estado.

Este artículo instauro el principio por el cual los menores poseen el derecho de que, aún separados de sus padres, puedan tener una convivencia con los mismos, la cual debe ser sana y de modo tal, que sean aprovechadas para que el menor pueda desarrollarse plenamente en consonancia con el principio del Interés Superior del Menor.

En el Artículo Doce, se trata de garantizar que la opinión del menor sea respetada y que la misma sea tomada en cuenta en los asuntos que lo impliquen directamente; esto se debe a que se le otorga al menor un voto de confianza para que pueda expresar su opinión, en virtud de que se le considera como un ente pensante; que sí bien se encuentra en pleno desarrollo, sus percepciones deben ser tomados en cuenta de acuerdo a su edad y madurez. Se establece así mismo, la necesidad de escuchar al menor cuando, además de que se estén tratando asuntos que le impliquen directamente, como la Custodia del mismo, también sea escuchado cuando se trate de un proceso en el que se vean envueltos sus derechos como persona. En nuestra legislación se regula, en el artículo 282, párrafo quinto, del Código Civil para el Distrito

Federal, que se deberá tomar en cuenta la opinión del menor al momento de resolver la Custodia provisional en caso de divorcio.

**“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 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.”

Este artículo aborda el concepto de Coparentalidad, por el cual, ambos padres tienen derechos y obligaciones sobre un menor; estos, de acuerdo al principio, obtienen obligaciones comunes en la crianza y educación de sus menores hijos; esto con el objetivo de lograr su desarrollo pleno.

“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.  
...”

Aquí se fija la obligación del Estado de coadyuvar con los padres o con quien este a cargo del menor, para garantizar los derechos que el menor debe gozar, los cuales están establecidos debidamente en esta Convención; lo que está de acuerdo con el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**“Artículo 27**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.”

Es indispensable tomar en cuenta el derecho de los menores a desarrollarse en un nivel de vida apropiado, con el objetivo de cumplir con los aspectos enumerados en este artículo para lograr el crecimiento satisfactorio del menor.

“2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

...”

Establece la responsabilidad de los padres de proporcionar los medios necesarios para que el menor se desarrolle, de acuerdo a sus posibilidades, en un entorno adecuado. Por otra parte, esto es un deber natural de los padres porque implica el debido cuidado del menor.

En éste mismo artículo, la Convención ordena que los Estados deberán garantizar y coadyuvar para que se cumplan los objetivos estipulados en el cuerpo de la misma; pues deben, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los padres o a quienes estén a cargo de los menores para, de esta manera, hacer efectivo este derecho y, en caso necesario, proporcionar asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Así mismo, los Estados deben garantizar que se cumpla con todo lo concerniente a asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera para con el niño.

### **3.3.2 Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.**

Esta Convención trata de fijar reglas comunes entre los Estados Signatarios para el caso de una adopción internacional; se fija el derecho que deberá prevalecer para poder llevar a cabo una adopción de este tipo, por lo que a nosotros nos interesa sólo en cuanto a los derechos de los menores, que en ella se fijan.

En primer lugar, esta Convención retoma algunos principios establecidos en la Convención de los Derechos de los niños, por lo que reconoce que para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar con un clima de felicidad, amor y comprensión.

Se pacta, el deber de cada Estado tomar como carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen.

Por último, expresa que la adopción internacional puede presentar la ventaja de dar una familia permanente a un niño que no puede encontrar una familia adecuada en su Estado de origen, por lo que es necesario adoptar medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al Interés Superior del Niño y al respeto a sus derechos fundamentales, así como para prevenir la sustracción, venta o tráfico de niños.

### **3.3.3 Francia.**

Como antecedentes de la regulación de la Custodia, en particular de la Custodia Compartida; tenemos que en Francia en febrero de 2001, se presentó a través de su Ministro de la Familia, una iniciativa de reforma en su Legislación Civil. Así, el cuatro de marzo de dos mil dos, se creó la Ley número 2002-305, llamada “Ley sobre Autoridad Parental”, la cual entró en vigor el cinco de marzo siguiente a su publicación. Ésta derogó y modificó diversos artículos en el Código Civil Francés relativos a la Patria Potestad y el ejercicio de la Custodia. Aborda puntos interesantes en cuanto a la forma en que regula el ejercicio de estas instituciones, ya que en primer lugar, dentro de su

exposición de motivos, expresa que se debe suprimir el término de Custodia y se debe atender únicamente al ejercicio común de la Patria Potestad<sup>3</sup>.

Esta Ley define a la Patria Potestad como: "... un conjunto de derechos y deberes que tienen por finalidad preservar el interés del niño". Lo anterior, en su artículo segundo, el cual modifica al artículo 371-1 el Código Civil Francés; así mismo, ordena que el padre y la madre la ejerzan hasta que el menor cumpla la mayoría de edad, por lo que deben velar por su seguridad, su salud, su moralidad, y asegurar su educación y permitir su desarrollo; en todo esto debe existir respeto a la persona de los hijos y tomar en cuenta su opinión.

El artículo tercero de esta Ley, el cual modifica al artículo 371-2 de su Código Civil, hace alusión directa a que a ambos padres les corresponde la obligación de contribuir al mantenimiento del menor; estos dos artículos se basan en el principio de coparentalidad, por el cual ambos padres son responsables tanto del sustento como del desarrollo y educación del menor.

En su artículo cuarto, esta Ley modifica al artículo 371-4, del Código Civil de Francia, y se fija el principio contenido en la Carta de los Derechos de los Niños, por el cual el menor tiene derecho a convivir con sus ascendientes, salvo que exista peligro para su desarrollo óptimo. Éste artículo propone además que, atendiendo al Interés Superior del Menor, el hijo podrá ser puesto bajo el cuidado de un tercero.

En el artículo quinto se modifica el texto del artículo 372, del Código Civil Francés, y establece la obligación de que el ejercicio de la Patria Potestad será llevado a cabo por ambos progenitores, a excepción que haya un reconocimiento posterior al registro del menor, por lo que el padre que lo registró conservará en exclusiva el ejercicio de la Patria Potestad; sin embargo, ante un caso como éste, se previene que se podrá ejercer de forma común por acuerdo de los padres o por decisión del Juez, lo cual sienta un precedente

---

<sup>3</sup> Cfr. Informe Reencuentro. FRANCIA. <http://es.geocities.com/apinpach/francia.htm>

para el ejercicio efectivo de la Patria Potestad atendiendo al principio de coparentalidad.

En este mismo numeral se modifica el 373-2-6, del Código Civil Francés, y le concede facultades a sus jueces para intervenir en los asuntos de familia, velando siempre por el especial protección de los intereses de los hijos; a tal efecto, puede en llegado el caso, tomar las medidas pertinentes para asegurar la continuidad y efectividad del mantenimiento de los vínculos del niño con cada uno de sus padres, le otorga la potestad de ordenar que en el pasaporte del menor se asiente la prohibición de que éste salga de Francia sin la autorización de ambos padres, medida importante desde nuestro punto de vista para evitar la sustracción de menores.

Sigue el mismo artículo y modifica al artículo 373-2-7, del Código referido, el cual faculta a los padres a convenir la forma en que se ejercerá la Patria Potestad, así como la forma en que ambos padres contribuirán al mantenimiento del menor; este convenio deberá ser presentado ante el Juez para su debida ratificación, sin embargo, esto no obsta para que a petición de parte el Juez fije lo anterior.

Continúa el artículo en comento y modifica también el artículo 373-2-9 de su Legislación Civil, en donde se establece que el domicilio del menor podrá fijarse en la casa de cada uno de los progenitores con carácter alterno, o en uno sólo de ellos; aquí comienzan a tomar forma las disposiciones referentes al ejercicio Conjunto Patria Potestad, recordemos que esta Ley elimina el concepto de Custodia.

Siguiendo con el mismo artículo, se modifica el 373-2-10 de la legislación en comento, en el cual se establece que el Juez deberá ser mediador entre las partes para que ambos lleguen a un acuerdo consensuado, a efecto de dirimir y resolver el ejercicio de la Patria Potestad. Podrá ordenarles que se dirijan a un mediador familiar para que les informe sobre el objeto y el desarrollo de esta medida.

En este mismo numeral se modifica el 373-2-11 del Código citado; en este se fijan reglas para que el Juez tome una determinación sobre el ejercicio de la Patria Potestad de un menor; a este efecto en primer lugar, debe atender a la conducta seguida con anterioridad por los padres; es decir, quién de ellos ha velado por el desarrollo óptimo del menor (lo que en Estados Unidos de América del Norte llaman “el conserje del menor”). El Juez debe, además, tomar en cuenta los acuerdos firmados por los padres con anterioridad; en segundo lugar, tendrá que considerar los sentimientos expresados por el niño, atendiendo a su “Interés Superior” y al grado de madurez observado; debe discurrir sobre la aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes, la mejor atención al menor, y respetar los derechos del otro padre.

Por último, se puede englobar en un sólo concepto sus apartados cuatro y cinco; en estos se ordena que el Juez, para decidir sobre el ejercicio de la Patria Potestad, debe tomar en cuenta el resultado de las pruebas periciales y los datos e informes presentados por las partes y terceros coadyuvantes.

El artículo sexto de la Ley 2002-305, modificó al artículo 373-3 del Código Civil Francés, e insertó un título llamado: “Del ejercicio de la Patria Potestad por los Padres Separados”. Debido a esto, tendremos la posibilidad de reafirmar lo expuesto con antelación respecto a la supresión del concepto de Custodia, al referirse sólo al ejercicio de la Patria Potestad.

En su segunda fracción modifica al artículo 372-2, de su Código Civil, el cual queda de la siguiente manera:

**“Artículo.373-2.-** La separación de los progenitores no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la Patria Potestad.

Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor.”

Aquí se establece, en primer lugar, que la separación de los padres no tiene porque afectar las normas establecidas para la atribución y ejercicio de la Patria Potestad; por tanto, los padres deben seguir teniendo relaciones

personales con el menor, deben respetar el derecho que el otro posee. Por ésta razón, se considera que subsisten, de forma íntegra, todas y cada una de las obligaciones establecidas para la Patria Potestad; lo cual nos parece que va encaminado a paliar, en lo posible, los efectos que puede traer consigo la separación de los padres.

Continúa el mismo artículo, y en su último párrafo determina que todo cambio de residencia de uno de los progenitores, deberá comunicarse con la debida anticipación al otro progenitor, esto en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la Patria Potestad; lo cual parece encaminado a proteger los intereses del menor y a velar porque siga existiendo la relación personal y cercana entre el progenitor y su prole.

En el tercer apartado de este mismo artículo, se inserta al 372-2 de su Código Civil, cinco artículos más, en los cuales se fijan términos y modalidades para el ejercicio de la Patria Potestad en caso de la separación de los padres.

En el artículo 373-2-1, se determina que, llegado el caso y si el interés del niño lo exige, el juez podrá confiar el ejercicio de la Patria Potestad a sólo uno de los progenitores; por lo que se pone de manifiesto, aún en contra de los derechos de los padres, se debe tomar en cuenta primordialmente el Interés Superior del Menor. Así mismo, establece el derecho de visita y de acogida domiciliaria de los hijos, el cual no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves, y siempre atendiendo al Interés Superior del Menor. No obstante, el progenitor que no posea la Patria Potestad conserva el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño, razón por la cual deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor, y deberá cumplir la obligación que le impone esta misma Ley.

#### **3.3.4 España.**

En España, según diversos autores, se regula la Guarda y Custodia en diversas modalidades; para Luis Felipe Ragel Sánchez<sup>4</sup>, la Guarda y Custodia se circunscriben expresamente a la que es ejercida por los padres; ya que hace la diferencia entre esta, y la “Guarda de Hecho” que es un figura regulada en el derecho español. Según Antonio Javier Pérez Martín, la Guarda de Hecho es aquella por la cual “... una persona se hace cargo de un menor o incapaz y de sus bienes contrayendo las obligaciones propias del cargo de tutor”<sup>5</sup>; esto es para el caso de menores desamparados o bien que los padres decidan de modo propio que un tercero se haga cargo de la Guarda de sus menores hijos; sin embargo esto es llevado a cabo sin intervención judicial, de lo contrario, se configura lo que los autores Españoles llaman “la Guarda Legal”, que se aplica en los mismos casos, pero ésta (la Guarda); puede ser decretada en caso de divorcio de los padres; sin embargo para este caso, la Guarda y Custodia de los menores está regulada en sus artículos 90 y 92 del Código Civil Español, este último fue reformado en el año 2005, y es en donde se establece el concepto de Custodia Compartida o Coparentalidad.

En su artículo 90, se regula qué, para el caso de divorcio solicitado por ambos o uno sólo de los cónyuges, se debe aportar un convenio por el cual los padres habrán de cubrir conceptos referentes a sus hijos, a saber:

**A).** La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la Patria Potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, la comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.

**B).** Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos; teniendo en cuenta siempre, el interés de aquellos. Se establece además que los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio; serán aprobados por el juez, salvo si son dañinos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno

---

<sup>4</sup> Cfr. RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. Op cit. p 284

<sup>5</sup> Cfr. PÉREZ MARTÍN Javier Antonio. Adopción, Acogimiento, Tutela y otras Instituciones de Protección de menores. Segunda Edición. Valladolid, 1998. p 96

de los cónyuges. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento.

En el artículo 92 reformado, del Código Civil Español, se establece la posibilidad de aplicación de la Custodia Compartida.

**“Artículo 92.-** La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

...

Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

Los padres podrán acordar o, en su caso, el Juez podrá decidir que la guarda de los hijos sea ejercida por uno sólo de ellos o conjuntamente.

Si hubiera más de un hijo, el Juez, a instancia de parte, podrá decidir que cada uno conviva separadamente con uno de sus padres. El Juez sólo adoptará esta medida tras recabar informe favorable de un perito psicólogo, haber oído al Ministerio Fiscal, a los hijos que tengan suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.”<sup>6</sup>

En primer lugar, este artículo, al igual que el comentado numeral uno de la Ley 2002-305 de Francia, establece que aún dada la separación conyugal, los padres no quedan absueltos de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones de la Patria Potestad para con sus hijos; pero establece que para el mayor beneficio de los hijos, se podrá restringir o incluso privar de la Patria Potestad, si llegará a darse el caso. Se prevé en este artículo que los padres, por iniciativa propia, lleguen a un acuerdo en el que se fijen las condiciones para ejercer la Patria Potestad y la Guarda de los menores. Instaura también, la posibilidad de que esta Guarda sea conjunta. Se le faculta al Juez para que pueda decidir sobre el caso, tomando en cuenta el mayor beneficio del menor, y allegándose él de lo necesario para poder decidir lo mejor para el menor.

---

<sup>6</sup> Comentario a la Reforma del Código Civil Español. Pagina web:  
<http://www2.cgae.es/es/contenidos/contenido.asp?iddoc=8657>

En la exposición de motivos de esta reforma, se vislumbra que los padres pueden acordar en el convenio regulador, que el ejercicio de la Custodia se delegue a uno de ellos o se ejerza compartida. También el juez, en los procesos incoados a instancia de uno sólo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido.

La Custodia Compartida, también denominada “coparentalidad” o “responsabilidad parental conjunta”, “... implica un acuerdo mediante el cual, tras la ruptura matrimonial, los hijos pasan una parte de su tiempo con un progenitor y otra parte con el otro, de una forma más o menos equitativa”<sup>7</sup>. Dicho convenio se toma a través de la mediación, con asistencia de profesionales o familiares, que lleve a las dos partes a buscar puntos en común acerca de los hijos, o bien puede ser tomado de modo propio, tratando así de evitar cualquier litigio.

Al efecto en España se proponen dos modalidades básicas de aplicación de la Custodia Compartida:

La primera se refiere a tiempos de convivencia iguales; se trata de dividir el tiempo de permanencia con cada progenitor en intervalos de semanas, meses u otra modalidad. Estos periodos pueden variar en función de las circunstancias y necesidades de los hijos; se deben tomar en cuenta los siguientes factores: la edad de los hijos, proximidad geográfica y situación personal. Para llevar a cabo esta opción, los menores pueden alternar su permanencia en dos hogares muy cercanos, para que no cambien de ambiente, o en su defecto, permanecer en el hogar conyugal, y ser los padres quienes vayan rotando.

La segunda se refiere a la libre relación de los menores con el progenitor no custodio, siendo este el caso, los menores pueden residir exclusivamente con un progenitor y tener con el otro un contacto equivalente a las visitas. Por

---

<sup>7</sup> Pagina Web:

[http://www.consumer.es/web/es/instituciones\\_y\\_legislacion/normativa\\_nacional/2003/10/08/66380.php?page=2](http://www.consumer.es/web/es/instituciones_y_legislacion/normativa_nacional/2003/10/08/66380.php?page=2)

ejemplo, el padre no custodio podría ir por los niños al colegio y pasar la tarde con ellos; los llevaría después al domicilio del progenitor custodio, permitiendo así la libre comunicación de los hijos con ambos padres.

### **3.3.4 Argentina.**

En el caso de Argentina, se regula el concepto de “Tenencia”, referida a la Guarda de los menores, establecida en el artículo 76 de la Ley del Matrimonio Civil, además de ser tomada por el Código Civil Argentino, quedando establecida en su artículo 213; en este artículo se establece que los hijos menores de cinco años quedaran a cargo de la madre, esto salvo causas graves; para los hijos mayores de cinco años, el Juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos, según las circunstancias del caso.

En Argentina no existe hasta este momento un ordenamiento que regule precisamente la Guarda, Custodia o Tenencia Compartida<sup>8</sup>; sin embargo, en el año de 1999, la Corte Suprema de este país emitió una sentencia que sentó un precedente importante en el desarrollo de este concepto en aquel país; la cual otorgó a una pareja de divorciantes la “Tenencia Compartida” de su hija, a pesar de no estar regulada la figura en su legislación, de la que a continuación expondremos los puntos más importantes.

Rubro: Patria Potestad. Padres Divorciados: -Tenencia compartida de los hijos menores- Derechos del niño.

En el primer punto de sus considerandos, hace un análisis sobre la jerarquía Constitucional de la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por aquel país, la cual impone el deber de los magistrados de operar, considerando modificadas o derogadas las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia; sin necesidad de que tales disposiciones infraconstitucionales sean expresamente derogadas o reformadas.

---

<sup>8</sup> Cfr.. STILERMAN, Marta N. Op Cit.

En un segundo punto, declara que el artículo 264 del Código Civil Argentino, pone a la cabeza de la Patria Potestad a ambos padres, lo cual implica un ejercicio conjunto de derechos y deberes sobre la persona y bienes de sus hijos.

En el tercer apartado de los mismos, hace una reflexión en torno a que sí la Ley reconoce a ambos padres la titularidad y el ejercicio de la Patria Potestad de forma privilegiada, pues se trata de una tríada no de un vínculo diádico. Por lo que en esta sentencia, los Magistrados consideran que no existe medio mas bondadoso que el ejercicio de una forma conjunta de la Patria Potestad, esto sin perjuicio de lo establecido por algunos supuestos de la misma Ley, en los que ha de ser menester una debida adecuación a las particularidades del caso.

En su cuarto punto realiza una reflexión con relación a que la Patria Potestad se articuló en la Ley sobre la base de conferirla a ambos padres, de manera que debe Guardar su ejercicio en relación con los intereses de sus hijos; respetando la igualdad de los progenitores, sin distinción de sexo. La jerarquía que tiene este principio no debe ser desvirtuada de manera alguna por una interpretación no acorde con él.

En su quinta parte, expresa que la Ley no prohíbe la Tenencia Compartida, sencillamente no la legisla; pero la ausencia de normas no permite olvidar que los niños necesitan siempre a ambos padres, pues consideran que los contactos continuos y significativos con sus padres disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos.

En su sexto punto, refiere que aunque en su legislación civil se prohibiera el otorgamiento de la Tenencia Compartida, la supremacía Constitucional de que goza en aquel país la Convención Sobre los Derechos del Niño, y considerando que en esta se establece el Interés Superior del Niño, se debe hacer valer esta solución en el caso de la modalidad de Tenencia de menores.

En su séptimo y último punto, hace una reflexión sobre la base de que el niño necesita continuar el contacto que tenía con ambos padres, no sólo porque ello mitiga el sentimiento de abandono y la presión sobre él, sino porque esto también le garantiza la permanencia de las unidades parentales, y con ello el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas.

## **Capítulo 4. La Custodia de menores en el Marco Jurídico Vigente en el Distrito Federal.**

La Custodia en el Distrito Federal, como en otros Estados de la República Mexicana, representa un gran problema para la Autoridad Jurisdiccional y las partes involucradas, sobre todo para determinar a quién le es debido este ejercicio. Lo enunciado obedece a la multiplicidad de sentimientos que se mezclan y a la ideología de los implicados; tal vez se deba también a las Leyes, a la idoneidad del Juzgador, pues la Ley le concede una amplia gama de facultades que pueden ser llevadas a cabo de manera extralimitada y, aún siendo Juez, en algunos casos le puede ser difícil sustraerse a la problemática de los casos.

Al decretarse la Guarda y Custodia de un menor, en éste y sus padres pueden presentarse distintas consecuencias. Las secuelas originadas en los menores ya fueron apuntadas en el capítulo segundo dentro del apartado primero. Por su parte, al no permitir el progenitor custodio las visitas y convivencias con el padre no custodio, puede generar en ellos sentimientos de ansiedad, ira, soledad y odio hacia el ex-cónyuge y algunos más; provocando así, una indiferencia a las obligaciones del padre sin Custodia. Los menores, eventualmente, pueden adoptar actitudes de alejamiento y rencor, así como agresiones físicas hacia el padre no custodio. Dado lo anterior, nuestra norma debe ser específica para cubrir los distintos supuestos que puedan presentarse, y para que la Autoridad Jurisdiccional decida lo mejor respecto al bienestar de los menores, y con ello garantizarles un óptimo desarrollo.

### **4.1 La Custodia en el Distrito Federal.**

En este apartado, se presentará de forma sucinta la manera de conceder la Custodia en el Distrito Federal. La Guarda y Custodia se tramita, en primer lugar, cuando se disuelve el vínculo matrimonial; lo anterior se encuentra establecido en los artículos 282 y 283 de nuestro Código Civil. En segundo lugar, hay cabida a la tramitación cuando los padres no hacen vida como

pareja, lo cual está regulado en el artículo 380 del mismo ordenamiento citado. Finalmente, cuando una Institución Pública lo solicita; esto último, no es en este momento objeto de estudio, pero nos parece importante apuntarlo.

La Custodia, por su temporalidad la podemos clasificar en dos; en primer lugar tenemos: la Custodia Provisional, esta se verifica mientras dura el procedimiento de divorcio, regulado por el artículo 282 de nuestro Código Civil, o bien, cuando se promueve un juicio de controversia de lo familiar para resolver sobre la Custodia, lo cual está normado en el artículo 941 bis, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. En segundo lugar, encontramos la Custodia Definitiva, que es la que se dicta en la sentencia que haya causado ejecutoria, no olvidemos que esta última puede ser modificada si las circunstancias personales de las partes, sobretodo de los menores así lo requiere.

Podemos también clasificar a la Custodia en cuanto a los sujetos que la ejercen, esto debido a las reformas al Código Civil publicadas el seis de septiembre del dos mil cuatro. En primer lugar, hallamos la Custodia Compartida, la cual se deriva necesariamente de la filiación y por lo tanto, del ejercicio de la Patria Potestad, y ambos padres la realizan en forma conjunta. Lo anterior regulado en los artículos 282 y 283 del Código Civil. En segundo lugar está la Custodia Monoparental, es la que detenta por uno sólo de los que tienen el derecho de ejercerla, y está reglamentado en los artículos antes citados. En tercer lugar se puede hablar de una Custodia ejercida por un tercero, como ejemplos de estos, tenemos el caso de que sea decretada a favor de un pariente, en línea ascendente o colateral hasta el cuarto grado, o bien, en los casos de Tutela, o acogimiento de menores.

Como leyes aplicables a los casos de Custodia, podemos mencionar en primer lugar: a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil vigente para el Distrito Federal, el Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal, el Código Penal para el Distrito Federal, el Código de

Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (de aplicación federal); Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Distrito Federal.

La substanciación del procedimiento en el que se reclame la Custodia de menores es diversa, ya que puede formar parte de acciones conjuntas, esto se da en el caso de divorcio, en el cual, en principio, se establece la Custodia provisional, y la definitiva una vez que se dicte la sentencia respectiva. Se puede tramitar también dentro de un juicio autónomo como la Controversia del orden familiar, de acuerdo a lo establecido en el artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles. También dentro de un procedimiento ya incoado antes o después de la sentencia, que se formula por vía incidental. Lo anterior lo encontramos establecido en los artículos 79 fracción quinta, 213, 214, 941 Quater y 955 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Considerando lo anterior, la Custodia habrá de resolverse mediante una sentencia interlocutoria.

Algunos aspectos que el Juez debe considerar para la resolución de la Custodia, son: el sentimiento de los menores hacia los padres y las pruebas psicológicas que atiendan al mejor desarrollo físico, emocional y psicológico del menor sujeto a Custodia; la persona que puede atender mejor al menor, quién de los padres es el más apto para velar por sus intereses, cuál de ellos posee mejor capacidad para educarlo, cuál de ellos le brinda tiempo de calidad, el que le dará el mejor trato al menor de acuerdo a su edad y condiciones. Todo esto debe de atender, primordialmente al interés del menor de acuerdo a las necesidades acorde a su edad y condiciones físico-psicológicas

Algunas causas por las que podría no concederse la Custodia a uno de los padres son: que el menor no lo desee, que existan antecedentes de violencia intrafamiliar, que alguno de los padres no la pretenda, que el padre o la madre haya cometido un delito doloso en contra del menor del cual se pretende la Custodia, que alguno de los padres se encuentre en prisión, por incapacidad de alguna de las partes que pretenden la Custodia, que exista

posibilidad de poner en riesgo la salud, estado emocional, e incluso la vida del menor que se procura en Custodia.

#### **4.1.1 Las reformas publicadas el 6 de septiembre del 2004 al Código Civil para el Distrito Federal.**

Este punto tiene como objetivo aportar un panorama de las reformas realizadas a nuestro Código Civil en materia de Custodia, publicadas el día seis de septiembre del dos mil cuatro; por las cuales se reformaron algunos artículos y se adicionaron otros en nuestro Código.

Estas modificaciones, nos parecen, responden a los vacíos legales que existen en materia de Guarda y Custodia pues, como ya vimos, no encontramos en nuestra legislación una definición que delimite específicamente los alcances de esta relación. Por otra parte, dichas reformas devienen también a las efectuadas al artículo Cuarto Constitucional y a la suscripción de México a la Convención de los Derechos del Niño. En principio, nos parece que esta modificación no fue debidamente planteada para adecuarla a nuestras circunstancias, pues la situación existente en el Distrito Federal de los casos de Custodia, toma carismas particulares a la misma; por lo tanto la norma debe adaptarse a la realidad social y jurídica en que se vive actualmente en esta entidad.

La Reforma en comento, introduce en nuestro derecho el concepto de Custodia Compartida; y aunque consideramos la reforma promete un gran avance en cuanto a asegurar el derecho de convivencia de los menores con sus padres cuando estos están separados, dista mucho de permitir su aplicación a la generalidad de los casos de Custodia que se presentan en nuestros tribunales; pues, por experiencia personal, podemos afirmar que en nuestro Poder Judicial existen opiniones encontradas en cuanto a la factibilidad de ser aplicable, o por lo que se refiere a la forma en que debe atribuirse la Custodia Compartida y los alcances de la misma. Las opiniones vertidas en estos puntos, las esbozaremos de forma específica en los siguientes puntos de este trabajo.

#### **4.1.2 Exposición de motivos.**

En la exposición de motivos, los legisladores imprimen las razones del por qué consideran debe crearse o reformar una Ley. En nuestro caso, el legislador hace una reflexión en torno a que la legislación del Distrito Federal requiere actualizarse permanentemente, a fin de armonizarla con las necesidades sociales.

Delibera el Legislador, y refiere que hasta el momento en que se realizó la reforma, la Guarda y la Custodia, así como el derecho de convivencia de los menores sujetos a la Patria Potestad, no habían sido apropiadamente reguladas. Así mismo, reconoce que a la fecha de la reforma, las normas jurídicas no respondían de manera adecuada, a los diversos y complejos problemas que se presentaban cuando ambos progenitores ejercían la Patria Potestad, aunque uno sólo de ellos tuviera la Guarda y Custodia de los hijos menores de edad.

En el mismo sentido, se refiere a la complejidad de las situaciones que se presentan cuando cada uno de los progenitores tiene la Guarda y Custodia de uno o varios menores; es decir, que la madre la ejerce sobre uno o varios hijos y el padre sobre otro u otros diversos. El Legislador afirma que en estas situaciones los niños y las niñas tienen una esfera de protección precaria, y resuelve que para superar tal situación, urge armonizar los derechos de sus ascendientes y otros parientes a convivir con ellos, sin afectar el bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus derechos y deberes escolares. Respecto al razonamiento del Legislador que expresa la urgencia de “armonizar los derechos de los progenitores, sin menoscabo...”, nos permitimos aportar la siguiente opinión expresada por la Diputada Maricela Contreras, miembro de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal: "Estamos hablando del derecho de los niños a la convivencia con los padres, no del derecho de los padres a la convivencia con los hijos. El criterio que debe prevalecer es el bien

superior del menor..."<sup>1</sup>, desde nuestro punto de vista, lo expresado por la Diputada Contreras se acerca a lo planteado en la Convención de los Derechos del Niño, porque pondera el derecho de los niños sobre el de los padres.

En esta misma Iniciativa de Reforma, el Legislador propuso otorgar facultades al Centro de Justicia Alternativa, pues pretende que este órgano sea una opción viable para dirimir controversias familiares; además aspira con esto, auxiliar en la administración de justicia, a fin de que se trate de dirimir las controversias en las que se vean involucrados los niños y las niñas en relación con su Guarda y Custodia, y la regulación de convivencias.

Siguiendo con esta exposición, el Legislador consideró que el Interés Superior de los Menores, constituye el principio rector para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre, mediante diversas adiciones y reformas a la legislación del Distrito Federal, en los ámbitos penal y civil; en este último caso, en sus leyes sustantiva y adjetiva.

#### **4.1.3 Artículo 282 y 283 del Código Civil para el Distrito Federal.**

Este punto tiene como objetivo analizar las reformas hechas a nuestro Código Civil en materia de Custodia de menores, las cuales no se limitan sólo a los artículos expuestos en el título de este punto. Se modificaron además los artículos 411, 417 y 447 relativos a la Patria Potestad, esto con el objetivo de procurar una convivencia eficaz entre padres e hijos. También algunos artículos del Código Adjetivo de nuestra materia, sufrieron un cambio; todos con la pretensión de lograr una mayor agilidad en los procedimientos donde se dirima la Custodia de menores. Por último, se reformaron, asimismo, dos artículos del Código Penal para el Distrito Federal, con la finalidad de sancionar la "retención

---

<sup>1</sup> PASTRANA, Daniela. Una ley contra la infancia. (Permite a padres abusadores convivir con sus hijos). Periódico "La Jornada". Suplemento dominical "Masiosare". México D. F. 31 de julio del 2005. <http://www.jornada.unam.mx/2005/jul05/050731/mas-daniela.html>

y sustracción” de menores. Estos artículos serán comentados en la medida que nuestro trabajo lo requiera.

En la Gaceta Oficial del Distrito Federal, numero noventa, del seis de septiembre del año dos mil cuatro, se decreta: “...se reforma la fracción V del artículo 282” del Código Civil; como ya se comento esta modificación trata de regular la modalidad de la Custodia de menores de modo Compartida. Este artículo regula las medidas provisionales que deberá decretar el Juez en tanto dure el procedimiento de divorcio; a continuación presentaremos para su análisis, el artículo reformado.

**“Artículo 282.-** Desde que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio, se dictaran las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes.

I...

II...

III...

IV...

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. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fijé el Código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán 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.”

El legislador inserta, en este artículo, la Custodia Compartida de menores como una modalidad del ejercicio de la Custodia. En primer lugar nos parece que es un error incluir en nuestro ordenamiento Civil la modalidad de una figura jurídica que no está bien definida en nuestro Código, pues esto puede dar lugar a especulaciones de cómo debe ser implementada dicha

variante; creemos que antes de regular la Custodia Compartida, nuestro Legislador debió plantear un concepto para dar a conocer los alcances de la misma; este concepto tampoco aparece en la exposición de motivos, sólo se hace una referencia, válida, de que “los menores ante un problema como la separación de sus padres, se pueden ver en una situación precaria”, la cual desde, nuestro punto de vista, puede referirse al aspecto económico y/o afectivo, lo que repercute necesariamente en el desarrollo óptimo del menor, como ya lo hemos anotado en el capítulo segundo.

Esta omisión constituye una laguna en la Ley que deja margen a distintas interpretaciones por parte de la Autoridad Jurisdiccional y de los afectados en general, lo cual se configura como un estado de indefinición para los involucrados en un procedimiento en el que se decidirá sobre el ejercicio de la Custodia de menores, sea cual sea el papel que jueguen; ya sea como padre o como menor sujeto a la Patria Potestad. Esto probablemente no se presente en caso de que ambos padres lleguen a un consenso del ejercicio de la Custodia (monoparental o compartida); el problema se presenta, creemos, en el caso de que los padres no puedan llegar a un acuerdo, lo cual ocurre a menudo.

En el texto de esta reforma, aparece que los padres deben designar, de común acuerdo, quién se ocupará de los menores en tanto dure el procedimiento de divorcio; debiendo ser uno de ellos necesariamente. Es probable que el Legislador estableciera esto con la intención de preservar el Derecho de los hijos y de los padres a la convivencia entre ellos, lo cual nos parece pertinente, pero debió de haber determinado una excepción para el caso de que exista violencia intrafamiliar al seno de la familia de los divorciantes; lo citado con el fin de preservar la integridad física y emocional de los menores; recordemos que dentro del apartado de la Patria Potestad en nuestro Código Civil, los abuelos del menor pueden, en llegado el caso, asumir el ejercicio de la Patria Potestad; y en este sentido, ellos pueden realizar la Custodia de ser necesario, considerando a esta última como una derivación y atributo de la Patria Potestad.

Respecto a lo anterior, en el artículo 418 del Código Civil, se regula la Custodia de menores por parte de un pariente; esta también podría ser una buena opción con la cual, se podrá salvaguardar en todo momento, la integridad del menor. También puede darse el caso de que, por cualquiera que sea la razón, la Custodia de un menor sea ejercida por un familiar externo de su círculo inmediato; en este caso, también se vulnera el derecho de los menores, al obligarles a convivir con un padre que puede ser ajeno a su educación y desarrollo, por lo que no se atiende de hecho, al Interés Superior del Menor, obligatorio en nuestro sistema jurídico, además citaremos que este principio se esgrimió para realizar la citada reforma. Estas opciones podrían ser tomadas en cuenta por el Juzgador para proteger el mejor interés del menor.

Como ya hemos visto, las últimas modificaciones se inserta en nuestra legislación la modalidad de la Custodia Compartida, la cual la definimos como: “el hecho de repartir las obligaciones y derechos que pesan sobre los menores entre los mismos padres; a efecto de que ambos se involucren de manera plena y equitativa en el cuidado, educación, vigilancia y demás de los menores”. Pero esto sólo se logra con la convivencia, mas o menos constante, de los padres con el menor; lo cual requiere un enorme grado de madurez y responsabilidad, primero para llegar a un acuerdo entre ellos a fin de delegarse la Custodia de forma Compartida; y en segundo lugar para que respeten y hagan valer sus derechos en esta forma de ejercicio de la Custodia.

A raíz de lo anterior, se plantean dos preguntas prácticas: ¿Qué tan maduros pueden ser los padres en el Distrito Federal, para avocarse en sus tiempos libres exclusivamente a la educación de sus menores hijos? Y en segundo lugar ¿Qué tan dispuestos están los menores hijos a compartir su tiempo libre con sus padres?, en virtud de que la experiencia puede ser frustrante, debido a circunstancia que se pueden presentar dentro de esta modalidad de la Custodia, ejemplo, los menores y padres tendrán que dejar algunas actividades a las que estaban acostumbrados.

Más adelante, el artículo establece que para decidir sobre la Custodia provisional de un menor, se debe tomar en cuenta la opinión de él; esto atiende a la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 12, fracción primera, ordena que: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”; pero el Legislador no atiende a lo también ordenado en este mismo artículo, el cual establece que debe ser escuchado atendiendo a la madurez y edad del niño; por lo cual nos parece que así incompleto puede generar conflictos en un menor de edad prematura, como el hecho de que estar delante de un extraño que le hace preguntas sobre sus padres y tener que cuestionarse con quién desea estar. Todo esto puede dar lugar a errores de apreciación del propio menor; lo recomendable sería que esto se practique asesorado por expertos en psicología infantil.

En el último párrafo de esta fracción reformada, se disminuye la edad establecida para que los menores deban permanecer necesariamente al lado de su madre, de doce a siete años; por ser, ella, considerada la más apta para atenderlo en ese periodo de vida.

Al respecto de la anterior precisión, en un dictamen emitido por las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia, Atención a Grupos Vulnerables y de la Juventud de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con fecha veinte de julio del dos mil cuatro; se determinó que: “Lo anterior se contrapone al interés superior del niño, quien necesita para su sano desarrollo físico, psíquico (sic) y emocional durante su desarrollo desde su nacimiento y por lo menos hasta los doce años, estar con su madre, quien le proporciona los cuidados que requiere el menor a esta edad, por lo tanto, consideramos improcedente la reforma planteada a la fracción V del Artículo 282 del Código Civil”. En torno a lo anterior, discurrimos en que no se han aportado los informes necesarios para considerar que el menor debe permanecer a lado de su madre hasta la edad de siete, o doce años, como se ordenaba anteriormente; con esto no queremos controvertir la necesidad de

cuidados que precisa el menor a temprana edad, ya que esto no se establece en ninguna parte de la exposición de motivos del proyecto de la última reforma, se atenta contra la seguridad jurídica tanto de los padres como de los hijos, pues se trata de preservar el derecho de convivencia de los hijos con sus padres y viceversa, a más de proteger Interés Superior del Menor, pues no se puede considerar tajantemente que hasta la edad de doce años el menor sea apto para que pueda desligarse del cuidado materno, ni tampoco se puede concebir de forma alguna que un menor, a la edad de siete años, pueda tener la suficiente madurez para desligarse del cuidado materno.

Lo enunciado, obedece a las circunstancias personales en el desarrollo de cada menor; por lo que, entonces, entramos en un conflicto sobre si es pertinente que sea a la edad de siete años que se le desvincule de esa protección al menor, o que esto sea hasta los doce años, lo cual podría atentar contra el derecho del padre de convivir cotidianamente con su menor hijo; además que podría interpretarse como una forma de discriminación sexual feminista. El Código Civil del Estado de México regula una forma que tal vez pueda ayudar a desahogar en gran medida este problema, pues propone en su artículo 4.228, que los menores de diez años permanezcan necesariamente con la madre. De los mayores de diez años pero menores de catorce: su situación podrá ser sujeta a convenio o cambio de Custodia, esto después de oír a los interesados, incluyendo al menor. Finalmente, los mayores de catorce años podrán decidir quién ejercerá la Custodia o, si el menor no decide, el Juez lo resolverá. Esto, sienta un precedente que nuestro Código podría aprovechar para dirimir el ejercicio de la Custodia, pero pensamos que debería ser ampliada la gama de supuestos para conceder la Custodia; por lo tanto, una vez más concluimos que se necesitan estudios palpables que muestren la realidad de los menores en el Distrito Federal, a efecto de regularla lo mejor posible en acuerdo a las circunstancias de estos.

En el artículo 283 de nuestro Código Civil, se regulan los puntos que debe fijar la sentencia de divorcio, concretamente, se deberá fijar la situación de los hijos en forma definitiva. La reforma modifica el primer párrafo de este

artículo y adiciona dos párrafos, recorriéndose los subsecuentes para quedar de la siguiente forma:

**“Artículo 283.-** La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez de lo Familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente (sic) tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete 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.

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.”

El primer párrafo reformado de este artículo resulta idéntico a la parte primera de la redacción anterior de este párrafo, a excepción de que se le suprimió la parte que rezaba: “... y en especial a la custodia y cuidado de los hijos...”; por lo que nos parece que no vale comentario alguno, ya que es muy claro, pues ordena que en la sentencia se fijen la situación de los hijos observando las circunstancias de cada caso.

En la adición del segundo párrafo, se establece que en lo posible, se deberá procurar el régimen de Custodia Compartida del padre y la madre; volvemos a plantear la pregunta que surge a raíz de la inclusión de esta variante a nuestra legislación: ¿Cuáles son los alcances o modalidades de la misma?; puesto que se está dejando, prácticamente, al arbitrio de las partes y de la Autoridad Jurisdiccional su interpretación y su implementación a la vida diaria de un menor, esto puede resultar peligroso, pues, aunque los interesados lleguen a un acuerdo por el cual se trate de ejecutar esta modalidad, la

carencia de límites específicos de ésta, puede llevar a un error a los implicados; lo que puede ocasionar una vez más a que diriman la situación que se derive de ese error, ante un Juzgado o ante otra institución como el Centro de Justicia Alternativa.

Cierto es que en el acuerdo presentado al Juez se deben fijar las condiciones en que se ejercerá la Custodia Compartida, pero aún así, existe la interpretación personal de las partes, ello conlleva necesariamente, en alguna, o las dos partes, a un error de apreciación, lo que resultaría fatal por la naturaleza de los derechos que aquí se ventilan y los sentimientos que forzosamente resultan involucrados.

En este mismo párrafo y en relación con lo anterior, se establece lo siguiente: "...pudiendo los niños y las niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres"; esto es una consecuencia natural de la Custodia Compartida, y es el único límite que fijó el legislador para la figura jurídica en comento; pero dada la redacción, no ofrece seguridad jurídica ni para el padre custodio en su caso, ni para los menores sujetos a la Patria Potestad y el ejercicio de la Custodia; ya que debió haberse descrito una relación de posibles hipótesis más o menos generales, en las cuales pudiera darse cabida a la Custodia Compartida; esto de acuerdo a la naturaleza de los derechos en litigio y más aún para lograr la debida protección del menor atendiendo a su Interés Superior.

La redacción de este artículo da entrada a posibles especulaciones sobre la forma en que debe ser aplicable la misma y se impone la necesidad de que la forma más apropiada para ejercida sea, en consecuencia, la de la alternancia de los menores con sus padres en un tiempo equitativo, sin considerar las actividades propias de cada una de las partes involucradas; y, llegado el caso, de un acuerdo que uno de los padres no pueda cumplir cabalmente, debido a circunstancias ajenas a su persona; pueda correr el peligro de que su contraparte alegue esto, a efecto de que el otro padre custodio pierda el derecho de su ejercicio.

Siguiendo éste párrafo, se asentó que: "... Deberá procurarse en lo posible el régimen..."; lo cual implica que en algunas ocasiones o en la mayoría de las veces, uno de los padres pretenda obligar al otro, a ejercer la Custodia Compartida de sus menores hijos, esto, a nuestra consideración, pretende llevar la Custodia Compartida a la generalidad de los casos, lo cual causa un conflicto de derechos e intereses entre los de los mismos padres y entre los de estos y los del menor.

Es innegable, como ya quedo asentado, el derecho de los hijos menores a convivir con sus padres y viceversa; atendiendo a esto, debemos efectuar este razonamiento: el "deberá procurarse" trata, desde nuestro punto de vista, de equilibrar de alguna forma los derechos de ambos padres dándoles una oportunidad a la par, de que se ocupen del cuidado en igualdad de condiciones, de la educación y de convivir con sus hijos; pero el obligarles a los padres, a llevar la Custodia Compartida de sus hijos, puede ocasionar problemas entre ellos, lo cual repercute ineludiblemente en la estabilidad psicológica y hasta física del menor, ya que esto implica que puedan repetirse los mismos patrones de conducta que pudieron haberse dado durante el divorcio; esto debido a la falta de especificaciones de los alcances de la Custodia y, en especial de la Custodia Compartida; por lo que en nuestra opinión ésta, en llegado el caso, en un principio, debe inexcusablemente ser aplicada por consenso de ambos padres. Con lo cual se puede paliar, en gran medida, las consecuencias dañinas para los menores e incluso para los padres.

Planteamos, así mismo, que esto no puede resultar suficiente para aplicar la Custodia Compartida, ya que en general la mayoría de los problemas de familia se deben a cuestiones de conducta derivadas de ideología y educación. En consecuencia, lo primero que se necesita para la debida aplicación de la Custodia Compartida, es la necesidad de que los padres lleguen a un acuerdo y entendimiento tal, que se aspire a lograr el mejor interés del menor; de lo contrario, quien resultaría mas perjudicado seria el infante. Por lo que ésta modalidad, cuando sea aplicada, debe ser empleada con extrema cautela, puesto que en nuestra legislación aún es una figura casi experimental.

En cuanto a que no debe ser aplicada de manera forzada la Custodia Compartida, nos fundamos en el artículo 416 de nuestro Código Civil, específicamente en el segundo párrafo, que dice: "... En este supuesto (se refiere al caso de separación de quienes ejercen la Patria Potestad y convienen en cuanto a la Guarda y Custodia de los menores), con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo el cuidado y atenciones de uno de ellos". Atendiendo a este precepto y a lo establecido en los artículos reformados 282 y 283 del Código en cita, sería prácticamente imposible que pudiera darse la Custodia Compartida de manera forzada, pues los artículos reformados establecen: el primero, que la Custodia Compartida "pudiese ser"; y el segundo enuncia que se establecerá "en lo posible". El artículo 416, sin embargo, impone que ambos padres continúen con sus deberes sobre los menores; y en cuanto al padre no custodio, éste sigue teniendo la obligación de colaborar en su alimentación y conservará sus derechos de vigilancia y convivencia, por lo que no se deja desprotegido ni al menor ni al padre no custodio, en cuanto al ejercicio de sus deberes y derechos.

En esta reforma se deroga la obligación de que el Juez, de oficio o a petición de parte, durante el procedimiento, se allegue de los elementos necesarios para decidir sobre la situación de los menores, cualquiera que sea el caso, además que también se deroga la parte donde este ordenamiento asentaba que debía ser escuchado el Ministerio Público, como representante social, a efecto de decidir sobre la Custodia de los menores. Lo cual consideramos un error, pues la intervención del Ministerio Público, como representante social, debe ser ponderada para decidir el mejor ejercicio de la Custodia. Se omite además el que los menores puedan ser escuchados en los casos que las circunstancias de los mismos lo permitan, para conceder la Custodia definitiva del menor.

En este mismo párrafo se establece que el padre no custodio, "... después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres..."; esto presenta cariz de contradicción pues en la redacción se puede

interpretar que la Custodia Compartida se puede demandar después de siete años de establecida, o bien después de que el menor cumpla los siete años.

En el segundo párrafo que se le agregó a este artículo, se establece que la Patria Potestad se podrá recuperar únicamente en aquellos casos que se haya perdido por cuestiones alimentarias, siempre que se acredite que se ha cumplido con dicha obligación; la pregunta obligada es ¿Qué pasa con los alimentos que no se suministraron en tiempo y forma?. Recordemos que el artículo 322 del Código Civil, hace exigibles los alimentos que no se hayan suministrado a su debido tiempo, por lo que se crea un conflicto de intereses. En el tercer párrafo adicionado a este artículo se ordena la misma hipótesis para recuperar la Custodia, lo cual presenta una laguna legislativa, puesto que no existe esta causal específica para la pérdida de la Custodia en nuestro ordenamiento.

#### **4.1.4 La reforma al artículo 171 del Código Penal para el Distrito Federal.**

Se reformaron así mismo los artículos 171, 173 y 284 del Código Penal para el Distrito Federal. En el artículo 173 se regula la “Retención de Menores”; que textualmente dice: “Al que sin tener relación de parentesco a que se refiere el artículo 173 de este Código, o de la tutela de un menor de edad o incapaz, lo retenga sin el consentimiento expreso de quien ejerza su custodia legítima o su guarda...”

Por Sustracción de menores este código establece: “... A quien bajo los mismos supuestos del párrafo anterior los sustraiga de su Custodia legítima o su guarda...”

Es importante el que se hallan tipificado estos delitos, en razón de que así se trata de evitar que los menores se vean privados de la compañía de sus padres o legítimos custodios en su caso, salvaguardando de este modo la integridad física de los menores. El Legislador justificó esta reforma, con el fin de sancionar las conductas que impidan la convivencia de los menores con el

ascendiente y demás parientes que tengan reconocido su derecho de convivencia.

En el artículo 173 del mismo Código, se tipifican los mismos delitos, pero, como sujeto activo de la comisión del delito establece a los ascendientes, descendientes, parientes colaterales o afines hasta el cuarto grado; que retengan o sustraigan a un menor o incapaz. Además describe los casos en que se puede aplicar este artículo: al que haya perdido la Patria Potestad, o su ejercicio se le encuentre suspendido o limitado, no tenga la Guarda y Custodia tanto provisional como definitiva sobre el menor; no permita las convivencias decretadas; y por último, quién, teniendo la Guarda y Custodia compartida, no devuelva al menor en los términos de la resolución judicial emitida para el caso en concreto.

Este artículo tiene como fin sancionar la omisión dolosa consistente en no reincorporar a los menores al concluir la convivencia pactada u ordenada; lo cual a nuestro entender, es exagerado el castigo de uno a cinco años en los supuestos establecidos, ya que puede ser tomado cualquier pretexto por parte de uno de los padres para incoar contra el otro un procedimiento penal, el cual podría redundar en la prisión del acusado, por lo que los Jueces y el Ministerio Público deben tomar con mucho cuidado los procedimientos penales en estos delitos. Además que estas conductas, no implican necesariamente, que los sujetos que cometan estos delitos, sean malos padres.

#### **4.2 Ventajas y desventajas de la Custodia Compartida de menores.**

Para empezar este punto, nos es indispensable aportar el concepto de responsabilidad coparental, el cual está estrechamente vinculado con la Custodia; a ésta la constituyen los derechos y deberes que tienen las personas físicas, normalmente los padres, o jurídicas por ministerio de la ley o por resolución judicial sobre la persona y la propiedad del menor. Esto

evidentemente se aplica, en especial sobre la Custodia y el régimen de visitas, en los supuestos en que los progenitores no conviven juntos.<sup>2</sup>

El principio de coparentalidad está consagrado en el artículo 18, en relación con los artículos 9 y 19 de la Convención de los Derechos del Niño. El artículo 18 de esta Convención dice textualmente: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbe 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”.

Ahora bien, de acuerdo a este principio de coparentalidad en los supuestos de separación, divorcio o no-convivencia de los padres, el conjunto de derechos y deberes para el cuidado y la toma de las debidas decisiones sobre los menores, su persona y sus bienes recae en ambos padres, salvo supuestos excepcionales y siempre atendiendo al Interés Superior del Niño.

En caso de que los padres no cohabiten juntos, al momento de la procreación, la Patria Potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva; sin embargo, el Juez a solicitud del otro progenitor podrá acordar que se ejerza conjuntamente.

Dentro de la Custodia Compartida existen diversas maneras de aplicarla, las cuales fueron debidamente precisadas en la parte final del capítulo segundo de este trabajo; entre estas encontramos que se propone una alternancia en la residencia de los menores con ambos padres. Para lo anterior, entre los que ejercen la Patria Potestad decidirán los tiempos para manejar dicha modalidad. Otra propuesta es la alternancia de la residencia de los padres en una sola casa y que los menores sean los que no se muevan del domicilio; o, por último, una especie de régimen de visita en la que sólo se podrá alternar la estancia del menor, en las temporadas vacacionales y fines de semana, en la casa del padre que tenga menos tiempo de convivencia con él. Esta última es, a decir

---

<sup>2</sup> Confróntese. Convención de los Derechos del Niño. Artículo 18.

de los defensores de la Custodia Compartida, la más apta para el caso de los menores de siete años; de cualquier forma, lo que se pretende con estas modalidades, es que ambos padres cooperen en la educación y desarrollo del menor.

Manuel Ernesto Fischer de la Vega, miembro de la Asociación de Mexicana de Padres de Familia Separados A. C., en una epístola dirigida a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, con fecha del primero de diciembre del año dos mil cuatro, propone como ventajas de la Custodia Compartida las siguientes:

- a). Al estar en contacto equitativo con ambos padres hace inútil la inducción (se refiere al Síndrome de Alineación Parental) y por tanto la elimina.
- b). Permite a los menores enriquecerse con el afecto, recursos económicos, sociales, culturales, habilidades, virtudes de ambos padres, así como conocer sus defectos y problemas como cualquier hijo normal (sic).
- c). Permite que ambos padres sirvan de contrapeso a los excesos del otro.
- d). Permite complementar por ambos padres las deficiencias del otro.
- e). Permite inclusive que las madres se desature (sic) al tener los padres no custodios que compartir los deberes escolares, sociales, los cuidados médicos, la alimentación entre otros de los menores;
- f). Inclusive permite a los hijos a través de las relaciones de cariño que se fortalecen obtener más recursos de los padres económicos, afectivos, sociales, entre otros que los que obtienen a través de un regimen (sic) de convivencia de fin de semana.
- g). Permite a los hijos convivir de una manera normal con la familia de ambos padres.

Son incuestionables las ventajas de que un menor conviva de manera cotidiana y saludable con sus padres, pues esto le garantiza un desarrollo equilibrado y óptimo; además qué, como expresa el citado ponente, podría ayudar a los padres a liberarse un poco de la carga de trabajo que puede significar la Custodia Monoparental.

Cierto es que la convivencia cotidiana cultiva el afecto de unos para con los otros y que ambas figuras, tanto la materna como paterna, resultan imprescindibles al desarrollo del menor, pues cada uno aporta sus propios valores e ideas; y, como se plantea la Custodia Compartida, puede favorecer la colaboración entre ambos padres y limitar las posturas egoístas o discriminatorias. Pero, ¿qué se requiere para obtener estos resultados?; en primer lugar, como ya se planteo, se requiere “el acuerdo” de ambos padres, pues desde nuestro punto de vista, esto resulta preciso e implica que ambos padres dejen a un lado sus respectivas desavenencias para tratar por cuerda separada, por así decirlo, el asunto de cómo se ha de llevar la Custodia Compartida en su caso; "Tenemos que mentalizarnos que la pareja se rompe, pero la labor de padres permanece en el tiempo; por ello, debemos intentar entendernos, como padres, pensando siempre en el beneficio de nuestros hijos..."<sup>3</sup>. Es este, desde nuestra perspectiva, el primer presupuesto que debe imperar para que se pueda llevar a cabo la Custodia Compartida de Menores en nuestro ámbito social y jurídico.

Lo anteriormente enunciado se contrapone a las reformas hechas a nuestro Código Civil; pues como ya referimos, el hecho de que se establezca el “deberá procurarse”, en el artículo 283 reformado, para el establecimiento de la Custodia Compartida, tiende en el menor de los casos, a llevar a esta figura jurídica a la “generalidad de los casos de Custodia”; y más aún, al establecer mas adelante en el mismo artículo, que: “... se podrá demandar la Custodia para ambos padres ...”; el Legislador pretende que en llegado el momento, se obligue a una Custodia Compartida, forzando así a que el menor entre otra vez al conflicto que resulta debido a que sus padres estén, de nueva cuenta, literalmente pelando por su Custodia. La medida provocará “desconcierto” en los hijos de los padres separados, al obligarles al cambio de domicilio. La Custodia Compartida puede ser positiva cuando los padres mantengan una relación tolerable pese a su divorcio, pero no en el caso de una ruptura conflictiva.

---

<sup>3</sup> [http://www.revistafuturos.info/futuros\\_9/custodia\\_1.htm](http://www.revistafuturos.info/futuros_9/custodia_1.htm)

Establecido lo anterior, se debe verificar que en la familia no existan precedentes de violencia intrafamiliar o incluso de conductas sexuales, de los padres, que vulneren el sano desarrollo del menor; siendo así las cosas, resultaría improcedente de manera fehaciente el establecimiento de una Custodia Compartida, debido al peligro en que puede ponerse al menor tanto física, como psicológica y moralmente.

Por otro lado, es nuestra opinión que debe ser necesaria la anuencia del menor, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso, ejemplo: edad, madurez, sexo, grado escolar, etcétera; esto para poder decretar y ejecutar la modalidad comentada, pues en el último de los casos, él es quien resulta afectado si se implementa o no, y la manera en que se lleve a cabo el régimen de Custodia Compartida. Esta manifestación concuerda con lo establecido en el artículo doce, en sus dos apartados de la Convención de los Derechos del Niño; y de la cual nuestro legislador obvió en la reforma del artículo 283 de nuestro Código Civil, referente al establecimiento de la situación definitiva de los menores después del divorcio; pues este derecho sólo se reguló en el artículo que le antecede, referido a las medidas provisionales que deberán dictarse durante el procedimiento de divorcio.

En el establecimiento de la Custodia Compartida, no basta el simple acuerdo de los progenitores; se requiere además la sanción del Juez Familiar, el que, al resolver la petición de ambos padres, deberá en todo momento considerar el “Interés Superior del Hijo” como el único factor decisivo para que se pueda implementar esta modalidad.

Otro factor que se deriva de la Custodia Compartida, es la alternancia del menor en distintos medios, casas o ambientes; este es un punto muy debatido entre los opositores y los que apoyan la Custodia Compartida pero, hasta el momento, en México no se ha presentado un informe fehaciente por parte de ninguno de ambos partidos, en el que se indiquen los pros y contras de esta situación.

Los informes que se pueden aportar a esta encrucijada son los publicados por la Asociación Mexicana de Padres de Familia Separados A. C., resultado de sus conferencias realizadas en Santiago de Chile en el 2004, como el “informe Reencuentro”, o el informe llamado “Los Puntos Neurálgicos de la Custodia Compartida”, en el cual se alega que la simple alternancia del menor entre un medio y otro por tiempos fijos, no le provoca ningún trastorno; sin embargo, la lógica indica que esto, sí puede acarrear consecuencias peligrosas o nefastas para el desarrollo del infante, pues puede darse el hecho de que el ambiente en que se pretenda se desarrolle el menor no sea el adecuado para él; además de qué, sí uno de los padres lo considera así, esto dará lugar a nuevas discusiones entre ellos sobre el tema, lo que necesariamente trae consigo el involucramiento del menor, en los problemas de sus padres de nueva cuenta. Por lo que, en este caso, volvemos al primer presupuesto mencionado: “el consenso y la voluntad de los padres” deben ser fundamentales para resolver estas diferencias, pues no pueden irse a juicio o mediación cada que se presente un problema; por lo que el Juez deberá tomar las debidas precauciones para evitar que ocurra esto.

Así mismo se impone la necesidad que la Autoridad Jurisdiccional, se allegue de los informes necesarios para verificar que, efectivamente, exista un medio adecuado en ambos locales o ambientes para el desarrollo óptimo del menor. Además, se debe considerar la capacidad del menor para adaptarse a las distintas situaciones en las que se ve obligado a desarrollarse por cuestión de la alternancia entre uno y otro hogar; se necesita, además, evaluar las circunstancias del mismo hogar, por cuestiones tales como el que en uno de ellos o en ambos, exista una familia compuesta.

Es opinión de algunos juristas que la alternancia del menor en varios hogares, puede traer como consecuencia que éste se halle en un conflicto en cuanto a los valores inculcados en uno y otro hogar, “... la educación y formación de carácter, para tener éxito, requieren unidad de criterio en la dirección, y ello se desvirtúa cuando los niños pasan continuamente de mano en mano, cambiando de hábitos de vida, de relaciones, y hasta variando las

ideas que puedan inculcarles...”<sup>4</sup>; así pues consideramos, como ya se expresó, la necesidad de analizar a fondo esta cuestión a fin de determinar sí la Custodia Compartida puede ser aplicada o no, en nuestro ámbito socio-jurídico.

Otra de las cuestiones importantes a reflexionar para nuestro tema de estudio, es la edad del menor, debido a que se considera a la madre como irremplazable para éste en sus primeros años. Esta relación vital para el desarrollo del menor, se deriva de la naturaleza misma, pero no podemos dejar de lado el mismo derecho que posee el padre en tal situación, ya que éste contribuye, y ayuda al desarrollo, tanto físico como social y psíquico del infante, al ministrarle alimentos, vigilar su salud y coadyuvar a su cuidado, lo que favorece a la formación de la personalidad del menor con sus ideas y valores, tanto como lo puede realizar la madre, pero esta sigue siendo insustituible.

La cotidiana convivencia del menor de tierna edad con el padre, se hace indispensable para crear efectivamente los vínculos socio-afectivos entre ambos; expresan también que contribuye a evitar, en cierta medida, la discriminación por cuestión de sexo, que afecta a ambos. En el informe señalado con antelación, se propone que: “El menor resida con uno de sus progenitores pero tiene una relación fluida con el otro; sin los rigores del régimen de visitas. Así los padres comparten el derecho de decisión, la responsabilidad y la autoridad respecto a todas las cuestiones de importancia que afecten al niño”.

Lo anterior enunciado, será una utopía, en tanto no se lleve a cabo el primer presupuesto indicado en este trabajo, el consenso de las partes, además de la vigilancia por parte de la autoridad de que efectivamente se verifiquen estos objetivos. Esto se puede llevar a cabo mediante informes de seguimiento de la conducta de ambos padres para con el menor y entre ellos, emitidos por profesionales calificados para este fin, los cuales podrán realizar su evaluación en el Centro de Convivencias del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Además de la proposición hecha con anterioridad, en cuanto a la modalidad de la Custodia Compartida, resulta a nuestro parecer,

---

<sup>4</sup> BORDA, Familia; p 542 y ZANNONI E., Op cit. p 591 citados por BELLUSCIO, Op cit. pp 597 y 598.

Custodia Monoparental, y siguiendo sus presupuestos de aplicación en cuanto al padre no custodio, estos se verifican aplicando los artículos 416 y 417 del Código Civil para el Distrito Federal, ya comentados en este trabajo.

De lo antepuesto resulta otra divergencia entre los que apoyan a la Custodia Compartida y sus opositores, ya de los primeros alegan que al adjudicarse la Custodia Monoparental, se está restringiendo o limitando el ejercicio efectivo de la Patria Potestad del padre no custodio. Esto es verdadero en cierta medida, pues por la premura de ciertas situaciones, el padre custodio deberá tomar decisiones sin consultar al otro, ejemplo: en el caso de un accidente del menor, el padre que en ese momento lo tenga a cargo, deberá decidir sólo a qué hospital llevarlo o a qué médico; una vez que el otro se entere de la situación, podrán ponerse de acuerdo sobre lo mejor para el hijo.

Lo antepuesto, requiere rapidez de decisión, este caso puede actualizarse aún existiendo la Custodia Compartida o, incluso, en casos en que no exista separación de ambos padres; siendo así, el Código Civil para el Distrito Federal, limita el ejercicio de la Patria Potestad en su artículo 444 bis, el que dispone que ésta, podrá ser limitada "... en los casos de divorcio o separación, tomando en cuenta lo que dispone este Código.". El otro artículo en que se dispone esto, es el multicitado 283 del mismo Código, pero en ninguno, ni en otro afín se disponen las modalidades de limitación de la Patria Potestad en caso de divorcio o separación de los padres, por lo que se deja a completo arbitrio del Juez, y considerando que en la sentencia definitiva casi nunca se pronuncian al respecto, así pues, este supuesto no se presenta en la generalidad, a menos que el Juez lo considere necesario para el mejor Interés del Menor. Esta reflexión la fundamos en los artículos 416, 417 y 418 del Código en cita, en los que de manera general se establece que aunque un padre no viva con su menor hijo, éste conserva sus derechos de vigilancia, convivencia, y sus obligaciones para aportar a la manutención del menor y así lograr su desarrollo óptimo.

La ventaja esbozada por los que están a favor de la Custodia Compartida, es que al compartir los deberes de los menores, ambos padres se desaturan en cierta medida, del trabajo que significa la Custodia monoparental, además de que se propicia la cooperación de ambos al cuidado del menor; ponemos en duda que esto pueda llevarse efectivamente en la mayoría de los casos, por lo menos en esta Ciudad, pues, por lo general, ambos padres deben trabajar para satisfacer sus necesidades de alimento, vivienda y otras. Esto pareciera que apoya, en cierta medida, a la ventaja planteada, en cuanto a que se descargaría así, tal vez, el peso que representa a un sólo padre el cuidado del hijo. Pero en esta Ciudad en la que la mayoría de los trabajos son absorbentes, y considerando los tiempos de traslado al centro laboral, además de otras circunstancias ajenas a los mismos, resulta casi imposible, llevar esto a efecto, pues los padres, regularmente, tienen una rutina de trabajo y otras labores que sólo eventualmente pueden ser modificadas; lo que redundaría en que el tiempo aportado al menor sea magro, y éste quedaría al cuidado de guarderías o de un familiar.

Además de lo anterior se deben contemplar también las actividades del menor, lo que al final representaría desde nuestro punto de vista, una doble carga tanto para el menor, como para los padres lo cual sería difícil de subsanar. Para resolver este problema, se debe considerara la carga de trabajo de ambos padres, sus circunstancias laborales, sus demás ocupaciones y, lo más importante, la cercanía de un hogar a otro, y la disponibilidad de los padres para llevar a efecto esto; pues así en dado caso, que uno no pudiera ocuparse del menor, el otro podría entrar en su ayuda.

Los defensores de la Custodia Compartida ponderan también, que, lo realmente importante es lo referente a la estabilidad emocional y la sensación de seguridad del menor referente al afecto de sus progenitores. Lo citado sólo se logra preservando, en lo posible, la vida familiar del niño. Argumentan que la Custodia Compartida rompe el paradigma del padre ausente, aquel que sólo se ocupa de pensiones y visitas con fechas; es este el único modo que el niño perciba que puede contar con ese padre. Esta, en definitiva, es la ventaja que más puede pesar para que se conceda el ejercicio de la Custodia Compartida;

pero insistimos, para que se verifiquen estos supuestos, es necesaria la conformidad de ambos padres, la capacidad de adaptación de padres e hijos a la nueva situación y la importancia de que existan, además, circunstancias que garanticen el pleno desarrollo de esta figura jurídica; pues sino, sólo quedaría en una utopía.

La Custodia Compartida, expresan los que están a favor de ella, se ampara legalmente en dos derechos fundamentales: en principio, el derecho del hijo a preservar su relación con ambos progenitores. Esto lo afirman de acuerdo a la Carta de los Derechos de los Niños. Por otra parte, se refieren al derecho y deber de los padres de cuidar y coadyuvar en el desarrollo de sus menores hijos, además de preservar los derechos de los mismos. Lo enunciado está establecido en el artículo cuarto de nuestra Constitución Política. En el Código Civil también se establecen los derechos-deberes de velar por los menores, tenerlos en su compañía, alimentarlos y educarlos; lo cual no está en duda ni en contradicción; aunque también en los tres ordenamientos mencionados, se establece que ante cualquier conflicto de intereses entre padres e hijos, debe imperar el Interés Superior del Menor, aún en contra de que se ejerza en oposición de los derechos de sus padres, lo cual a más de uno puede causarle un conflicto de ideas, pues sí se pondera que lo mejor para el desarrollo del menor es que éste conviva constantemente con sus padres, aún en el caso de que estos estén separados.

Se debe individualizar cada caso para que efectivamente se lleven a cabo las virtudes que se proyectan de la Custodia Compartida, pues es imposible que se aplique a la inmensa generalidad, en el momento actual de nuestro ámbito socio-jurídico. Lo anterior, atendiendo a la realidad socio-jurídica de nuestra Ciudad, pues por nuestras propias circunstancias y alcances, el obligar a la Custodia Compartida podría acarrear más problemas que soluciones, y el que sigue resultando más afectado es el menor. Por lo anterior volvemos a ponderar que la verdadera solución para llegar a un estado casi ideal que plantea la Custodia Compartida, es la educación social con miras a satisfacer las necesidades primordiales de los hijos, dejando de lado

los problemas que se hayan presentado entre los padres en caso de separación o divorcio.

Aunque resulta indiscutible la importancia del establecimiento de la Custodia Compartida, como un medio de asegurar la convivencia entre padres e hijos menores, que trata de aminorar los daños que les puede acarrear la desintegración del hogar familiar, se debe redimensionar la modalidad de ejercicio de la Custodia, pues esta no es la panacea que resolverá el grueso de estos casos en nuestro Sistema Judicial, ni existen estadísticas de los resultados por ser una figura apenas implementada aquí, y en la mayoría de las legislaciones afines a la nuestra; por lo que en aras de hacer valer esta figura, no podemos exponer a los menores a tratos injustos por parte de los padres; se debe pues legislar en cuanto a los límites de dicha figura, y no sólo esto, tiene que seguirse además un procedimiento para verificar que se den las condiciones ideales, o por lo menos que se aproximen en la medida de lo posible, para establecerla, a mas de instituir un seguimiento de los resultados en los casos en que se lleve a cabo esta figura; este seguimiento debe ser psicológico y con el objetivo el verificar que efectivamente se esté llevando a cabo esta modalidad a favor del Interés Superior del Menor.

Este seguimiento también es recomendable que se aplique a los casos de la Custodia Monoparental, pues debemos enterarnos de qué pasa antes y durante el procedimiento para adjudicar la Custodia y en su ejercicio, cualquiera que sea el caso; no podemos estar sólo a lo que las partes expresen en caso de desavenencia; se requiere un banco especial donde se indique los índices de funcionalidad y aplicación de cada modalidad, para poder precisar los casos que representan mayor problemática, y así abordar los problemas de forma conveniente y lograr desarrollar una repuesta efectiva a los casos que se presenten en la relación padre-hijo y padre-madre.

#### **4.3 Propuesta de Reforma en materia de Custodia Compartida.**

Al formular esta propuesta, en primer lugar, debemos atender a las carencias en materia de Guarda y Custodia de nuestra Legislación Civil expresadas en el cuerpo de este trabajo, se tiene que considerar al Interés Superior del Menor, a los precedentes establecidos en las distintas legislaciones ya comentados; a los presupuestos, considerados en esta trabajo, para que pueda funcionar la Custodia, tenemos que contemplar nuestras propias características; tener en cuenta lo más posible a la generalidad de los casos que se registran, así como desarrollar supuestos que ayuden a resolver los casos especiales que siempre se presentarán.

Nos parece pertinente ubicar esta propuesta dentro del Título Octavo, relativo a la Patria Potestad, dentro del Capítulo primero: De los Efectos de la Patria Potestad, Respecto a la Persona de los Hijos, del Código Civil vigente para el Distrito Federal. Hacemos esta consideración fundándonos en el siguiente razonamiento: si bien es cierto que el problema de la Custodia emerge, en tratándose del caso de que surja una crisis de pareja (léase divorcio, nulidad de matrimonio o separación), o simplemente en el caso de que sea procreado un hijo por quienes no llevan vida en común; la cuestión es que la Custodia como tal, es un atributo, y se deriva necesariamente de la Patria Potestad, salvo sus debidas excepciones: el acogimiento de menores, la Custodia ejercida por una Institución Pública o bien que haya sido delegada por quien detenta el ejercicio de la Patria Potestad a un tercero.

En condiciones que se pueden considerar normales, quien practica la Patria Potestad, ejerce así mismo la Custodia sobre el menor, aún en el caso de que sea una familia integrada; la Custodia pesa sobre los padres por ser ellos los obligados a cuidar al menor, velar por su desarrollo y educación, ministrarle alimentos, cuidar de su salud; en fin, todo aquello que se considere pertinente para lograr el desarrollo óptimo del menor. La Custodia está referida al cuidado de la persona del menor, es por eso que consideramos que es dentro del título

precisado, donde se deben de regular las bases del ejercicio de la Custodia, tanto monoparental como Compartida.

Por lo que reconociendo uno de los principios esenciales de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que prescribe a la familia como "... el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños..."<sup>5</sup>; ésta necesita recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; y que "... el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión..."<sup>6</sup>.

Además, "... considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad..."<sup>7</sup>; y por último, "teniendo presente la necesidad de proporcionar al niño una protección especial..."<sup>8</sup>. Tomando en cuenta el Artículo Cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; la Ley de los Derechos de la Niñas y Niños del Distrito Federal, y ponderando como máximo presupuesto el "Interés Superior del Menor", el cual está establecido en los cuatro ordenamientos citados; se presenta la siguiente propuesta.

Se propone agregar el artículo 424 bis, en donde se pretende formular una definición y los alcances de la Custodia de menores con el texto siguiente:

**"Artículo 424 bis. La custodia de menores tiene por finalidad procurar los cuidados y asistencia que ellos requieran, de acuerdo a sus circunstancias,**

---

<sup>5</sup> Convención Sobre los Derechos del Niño

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> Idem.

para lograr su desarrollo pleno y armónico observando en todo momento el interés superior del menor.

**La custodia es inherente a la patria potestad; a ambos padres les corresponde primordialmente su ejercicio de forma común. Este derecho podrá ser limitado o suspendido, cuando exista peligro para la salud e integridad física o psicológica del menor. Para lo anterior se deberá tomar en cuenta lo establecido en el artículo 414 de éste Código.”**

Proponemos agregar el siguiente numeral, a fin de establecer las modalidades en que podrá ser llevada a cabo la Custodia, aportando un concepto preciso de las dos reguladas en nuestro Código Civil así como sus alcances y manera de desarrollarlas.

**“Artículo 424 ter. La custodia se podrá ejercer en dos maneras:**

**I. Custodia simple; es aquella en la que su ejercicio, será ejecutado por sólo uno de los padres, sólo en cuanto a la tenencia física del menor. El padre que no ejerza la custodia conservará íntegros sus derechos y deberes inherentes a la patria potestad establecidos en este código.**

**II. Custodia compartida; ésta le corresponde en su ejercicio a ambos padres, compartiendo la tenencia física del menor. Se podrá establecer por tiempos determinados y pactados por los padres; siempre y cuando exista un acuerdo expreso de ambos.”**

Desde nuestro punto de vista es requisito *sine qua non* el acuerdo de ambos padres para poder llevar a cabo la Custodia Compartida, lo anterior en razón que, sólo dejando a un lado sus desavenencias, los padres pueden brindar el cuidado de forma conjunta que merece el menor, pues, en caso de que sigan los problemas entre ellos, quien se ve más afectado es el menor, por ser un ente

en desarrollo que precisa de una cierta estabilidad emocional para poder logra un crecimiento adecuado. Por lo que se propone adicionar los siguientes artículos.

**“Artículo 424 quater. En el supuesto de custodia compartida se deberá presentar un convenio ante el Juez de lo Familiar, en el que se fijarán las bases para el ejercicio de esta modalidad. El Juez, atenderá la solicitud respectiva considerando para su aprobación:**

**I. Que los padres posean capacidad, disponibilidad y disposición para el ejercicio de la custodia compartida.**

**II. Que entre los padres exista la comunicación adecuada para adoptar las decisiones concernientes al cuidado y desarrollo de sus hijos.**

**III. Que, no existan precedentes de violencia intrafamiliar debidamente comprobado en juicio.**

**IV. Que se verifique que las condiciones sean las adecuadas para el establecimiento del ejercicio de la custodia compartida; tales como: que no exista manifiesta hostilidad entre los padres, que sus ocupaciones permitan un debido ejercicio de la custodia de los menores, que las condiciones de educación y cuidados proporcionados a los hijos en uno y otro hogar, sean armónicos; que la ubicación y distancia entre ambos hogares haga factible el ejercicio de esta modalidad, considerando las ocupaciones de padres e hijos.**

**Para el establecimiento de cualquiera de las modalidades enumeradas con anterioridad, se comprobará que los menores tengan la posibilidad de compartir sus tiempos de acuerdo a sus circunstancias personales: edad, grado escolar, y las que el Juez de lo familiar considere pertinentes.**

**Cualquiera de estas modalidades será establecida siempre en función del interés superior del menor, atendiendo a los estudios psicológicos que se presenten.**

**La forma de ministrar los alimentos será resuelta por el Juez de acuerdo a la forma adoptada de ejercicio de la custodia del menor; tomando en consideración el título sexto de este código.”**

**“Artículo 424 quintus. Siempre que se trate de resolver sobre la custodia de menores, se deberá realizar un seguimiento psicológico durante y después del procedimiento, con la finalidad de determinar el mejor régimen de custodia, y a efecto de conocer los resultados de su ejercicio por parte de los padres.”**

Así mismo se propone agregar causales específicas para la suspensión, pérdida y limitación de la Custodia de menores.

**“Artículo 424 sextus. La custodia se limita, se suspende o se pierde por resolución judicial:**

**I. Se limitará en los casos de divorcio, separación o nulidad del matrimonio respecto de quienes ejercen la patria potestad sobre el menor, en las circunstancias que así lo requiera.**

**II. Se suspenderá cuando quien la ejerce, no proporcione los debidos cuidados para con el menor, afectando de manera recurrente su sano desarrollo.**

**La custodia se pierde atendiendo a las causales establecidas en el artículo 444 de este código, relativas a la pérdida de la patria potestad.”**

Para evitar contradicciones en la Ley, se plantea modificar el artículo 282, fracción quinta, del Código Civil, respecto a las medidas provisionales adoptadas en caso de divorcio, la reforma esbozada es la contenida en la parte subrayada.

“**Artículo 282.** Desde que se presente la demanda, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

I..

II...

III...

IV ...

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 **en términos de lo establecido en el artículo 424 ter de este Código.** En defecto de ese acuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor. **Si el interés superior del menor así lo requiere, el juez podrá decretar la custodia a favor de uno de los ascendientes con derecho al ejercicio de la patria potestad. contemplados en este Código.**

VI...

VII...

VII...

IX...

X...”

Es menester así mismo modificar el artículo 283 de nuestro Código, respecto a la situación de los hijos de manera definitiva, insertando un párrafo segundo, recorriéndose los demás de manera subsecuente; y se debe modificar el párrafo siguiente a fin de armonizarlo con las reformas propuestas, para quedar de la siguiente manera:

**“Artículo 283.** La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos; para lo cual, el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación según sea el caso.

**Al resolver la situación definitiva de los hijos se deberán aplicar las reglas establecidas en el artículo 424 ter de este Código, y el artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.**

**Podrá decretarse** en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y 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 siete años **cumplidos del menor** podrá **solicitar** 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”.

En lo concerniente al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se hace la siguiente propuesta: se debe reformar parte del párrafo primero, para derogar lo referente al régimen de Custodia o convivencias solicitado por parientes consanguíneos hasta el cuarto grado; porque éste régimen obliga a los menores a soportar una carga pesada e innecesaria para su sano desarrollo. Además, debe agregarse que este procedimiento es para resolver la Custodia o convivencia provisional y definitiva entre padres e hijos. Se tiene que adicionar, también, un párrafo segundo, recorriéndose el segundo existente al número consecutivo siguiente, y así los demás.

**“Artículo 941 bis.** Cuando a petición de parte interesada se deba resolver **provisional o en definitiva sobre la custodia o convivencias de las niñas y los niños, previamente se dará** previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalara día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificara dentro de los quince días siguientes.

**Durante el procedimiento, se deberá escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y los menores; asimismo, las partes deberán presentar los elementos necesarios para determinar la mejor forma de ejercicio de la custodia, de acuerdo a sus propias circunstancias; el Juez deberá allegarse, además, los elementos que a su juicio considere necesarios para ello, tomando en cuenta lo establecido en los artículos 424 ter y 424 quáter del código civil. En los casos de violencia intrafamiliar se deberán presentar informes psicológicos sobre la situación de los menores.”**

...

## CONCLUSIONES

**Primera.-** Debido al estado de indefensión en que se encuentra el menor como un ser en crecimiento, tanto física como psicológicamente; es necesario protegerlo durante las primeras etapas de su vida, para lograr que éste, alcance un desarrollo que le ayude a integrarse a la sociedad como un sujeto productivo y provechoso para la misma.

**Segunda.-** La familia, como medio primordial del desarrollo del menor, debe gozar también de una protección especial, con el fin de fortalecer la atención integral de los infantes.

**Tercera.-** El aseguramiento de los derechos del menor, ante cualquier fenómeno que pueda afectar drásticamente su desarrollo pleno, requiere de leyes claras y sencillas encaminadas a proteger en la medida de lo posible su crecimiento.

**Cuarta.-** La Patria Potestad es un conjunto de deberes derivados de la procreación, contenidos en el orden natural, en primer orden y jurídicos por estar normados, para, asistir y proteger al menor por parte de los padres, con la finalidad de proporcionarle los valores y herramientas básicas para que pueda desarrollarse plenamente en sociedad como un individuo productivo para la misma. Cubre dos ámbitos, respecto de los bienes del menor, y más importante, respecto de la persona del menor.

**Quinta.-** La Patria Potestad, en nuestra Legislación Civil no posee una regulación apropiada a la realidad socio-jurídica que vivimos en la actualidad, esto en cuanto a su definición y alcances de la misma. Por lo que es

apremiante revisar su normatividad para adecuarla y actualizarla a las circunstancias que prevalecen, de común acuerdo con los Tratados Internacionales signados por México.

**Sexta.-** En la Legislación Civil para el Distrito Federal no existe ninguna definición precisa de la Custodia, sin embargo está regulada en artículos dispersos y en distintos títulos del Código Civil. Está contenida y referida en diversas expresiones como pueden ser: “poner a los hijos al cuidado”, “guarda de la persona y bienes a quien sean confiados los hijos”.

**Séptima.-** La Guarda es la expresión genérica del cuidado y protección de incapaces, y dentro de ésta, se comprende una Custodia, la cual incluye las facultades y deberes que competen ordinariamente a quienes ejercen las funciones de Patria Potestad.

**Octava.-** La Custodia es el deber natural y legal que ejerce una persona, sobre un menor, o un mayor con incapacidad, el cual comprenderá el cuidado de la persona del incapaz, así como su educación, velar por él, su alimentación y tenerlo en su compañía. La Custodia lleva implícita la Institución de la Patria Potestad.

**Novena.-** Luego entonces, la Custodia Compartida implica repartir las obligaciones y derechos que se ejercen sobre los menores entre los padres que

viven separados, a efecto de que ambos se involucren de manera plena y equitativa en el cuidado, educación, vigilancia y demás asuntos de los menores.

**Décima.-** La Custodia, en su modalidad compartida sólo puede ser desempeñada cuando quienes la deben ejercer, detenten la Patria Potestad sobre el menor.

**Décima primera.-** Con relación a la Custodia, en este momento no existen estudios reales que adviertan las ventajas que pueda acarrear la modalidad compartida o la monoparental, por lo que en adelante se recomienda la formación de bancos de datos de los seguimientos psicológicos que se realicen en ambas formas de ejercerla, a fin de determinar el mejor medio de aplicación de la Custodia, acorde a las circunstancias personales de las partes en cada forma. Se debe hacer un estudio de casos sobre la Custodia en los que se podrá conocer la mejor manera de ejercerla.

**Décima segunda.-** Respecto a la relación entre la Patria Potestad y la Custodia consideramos que ambas instituciones están destinadas al bienestar y cuidado de la niñez, se diferencian en que la Custodia va dirigida hacia el cuidado de la persona del menor y la otra contempla además de este cuidado, la administración de los bienes del incapaz, la primera complementa a la segunda, pues teniendo al menor consigo, el que ejerce la Patria Potestad, puede cumplir con sus obligaciones y ejercer sus prerrogativas para con el menor, de una manera por demás eficaz y, hasta cierto punto, armónica.

**Décima tercera.-** El problema del ejercicio de la Custodia de Menores se deriva del divorcio o separación de los padres de los menores en cuestión.

**Décima cuarta.-** La separación de los padres constituye uno de los acontecimientos vitales más estresantes en la corta vida del menor; este evento puede afectar de manera negativa su sano desarrollo. Por lo que afirmamos que la cuestión de la Custodia de Menores debe ser regulada con mayor abundamiento y eficacia dentro de nuestra legislación Civil

**Décima quinta.-** El derecho a la Guarda y Custodia de un menor implica tomar en cuenta no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado de éste, también atendiendo al beneficio directo del infante, el juzgador debe considerar el Interés Superior del Menor como presupuesto esencial para determinar quién podrá ejercer de mejor manera la Guarda y Custodia.

**Décima sexta.-** Respecto a las reformas publicadas el seis de septiembre del dos mil cuatro al Código Civil para el Distrito Federal, concluimos que son insuficientes e inoperantes en cuanto a la regulación de la Custodia Compartida. Pues como se expresó en el cuerpo de este trabajo, la reforma plantea problemas de carácter práctico en su aplicación, a más de tener contradicciones que pueden llevar a las partes involucradas a un error en su aplicación que podría redundar en un daño al sano desarrollo del menor.

**Décima séptima.-** Para hacer operantes las disposiciones contenidas en nuestro Código Civil respecto a la Custodia Compartida, sostenemos que se deben precisar en nuestro ordenamiento Civil, cuáles son los límites de la Custodia Compartida, porque se deja al arbitrio de las partes su interpretación, lo cual resulta peligroso a la hora de concederla y de ejercerla, pues como hemos sostenido a lo largo de este trabajo, quien resulta mas afectado es el menor sobre quien se ejerce esta figura jurídica.

**Décima octava.-** Se debe indicar de forma precisa un concepto de Custodia donde se indiquen la manera de ejercerla y sus límites, su relación con la Patria Potestad y supuestos de aplicación de una y otra. Atendiendo siempre y en todo momento el Interés Superior del Menor.

**Décima novena.-** La reforma comentada del seis de septiembre del 2004, sienta un precedente que nuestro Código podría aprovechar para zanjar el problema que representa el ejercicio de la Custodia, pero es necesario que sea ampliada la gama de supuestos para conceder la Custodia. Se requieren estudios evidentes, como podrían ser estadísticas de funcionalidad, que muestren la realidad de los menores en el Distrito Federal, a efecto de regularla lo mejor posible de acuerdo a las circunstancias de estos.

**Vigésima.-** No se debe obligar a un padre a llevar a cabo el ejercicio conjunto de la Custodia de sus hijos menores, porque podrían repetirse los mismos patrones de conducta ocurridos durante la separación, lo cual afectara al menor. En todo caso se debe dar más importancia al ejercicio de la Patria

Potestad conjunta y que se respete el derecho de visita; además que se verifique efectivamente el deber de vigilancia y el de educación por parte del padre no custodio.

**Vigésima primera.-** De lo anterior resulta que, el primer presupuesto de aplicación de la Custodia Compartida es el acuerdo de los padres para su ejercicio. Sólo así se podrá asegurar, de cierta manera, una convivencia sana entre los padres y menores.

**Vigésima segunda.-** Para la aplicación de la Custodia Compartida y/o monoparental se debe verificar que en la familia no existan precedentes de violencia intrafamiliar o incluso de conductas sexuales de los padres, que vulneren el sano desarrollo del menor. Para evitar así, en la medida de lo posible el peligro en que puede ponerse al menor tanto física, como psicológica y moralmente.

**Vigésima tercera.-** Para establecer la Custodia Compartida, no basta el simple acuerdo de los progenitores; se requiere además la aprobación del Juez Familiar, quien, al resolver la petición de ambos padres, deberá en todo momento considerar el Interés Superior del Hijo como el único factor decisivo.

**Vigésima cuarta.-** Por todo lo expuesto, con el fin de regular con mayor precisión a la Custodia en nuestro ámbito jurisdiccional, se propone adicionar

dentro del Título Octavo, referente a la Patria Potestad, del Código Civil vigente para el Distrito Federal, los artículos 424 bis, 424 ter, 424 quater, 424 quintus, 424 sextus, para quedar de la siguiente forma:

**“Artículo 424 bis. La custodia de menores tiene por finalidad procurar los cuidados y asistencia que ellos requieran, de acuerdo a sus circunstancias, para lograr su desarrollo pleno y armónico observando en todo momento el interés superior del menor.**

**La custodia es inherente a la patria potestad; a ambos padres les corresponde primordialmente su ejercicio de forma común. Este derecho podrá ser limitado o suspendido, cuando exista peligro para la salud e integridad física o psicológica del menor. Para lo anterior se deberá tomar en cuenta lo establecido en el artículo 414 de éste Código.”**

**“Artículo 424 ter. La custodia se podrá ejercer en dos maneras:**

**I. Custodia simple; es aquella en la que su ejercicio, será ejecutado por sólo uno de los padres, sólo en cuanto a la tenencia física del menor. El padre que no ejerza la custodia conservará íntegros sus derechos y deberes inherentes a la patria potestad establecidos en este código.**

**II. Custodia compartida; ésta le corresponde en su ejercicio a ambos padres, compartiendo la tenencia física del menor. Se podrá establecer por tiempos determinados y pactados por los padres; siempre y cuando exista un acuerdo expreso de ambos.”**

**“Artículo 424 quater. En el supuesto de custodia compartida se deberá presentar un convenio ante el Juez de lo Familiar, en el que se fijarán las bases para el ejercicio de esta modalidad. El Juez, atenderá la solicitud respectiva considerando para su aprobación:**

**I. Que los padres posean capacidad, disponibilidad y disposición para el ejercicio de la Custodia compartida.**

**II. Que entre los padres exista la comunicación adecuada para adoptar las decisiones concernientes al cuidado y desarrollo de sus hijos.**

**III. Que, no existan precedentes de violencia intrafamiliar debidamente comprobado en juicio.**

**IV. Que se verifique que las condiciones sean las adecuadas para el establecimiento del ejercicio de la custodia compartida; tales como: que no exista manifiesta hostilidad entre los padres, que sus ocupaciones permitan un debido ejercicio de la custodia de los menores, que las condiciones de educación y cuidados proporcionados a los hijos en uno y otro hogar, sean armónicos; que la ubicación y distancia entre ambos hogares haga factible el ejercicio de esta modalidad, considerando las ocupaciones de padres e hijos.**

**Para el establecimiento de cualquiera de las modalidades enumeradas con anterioridad, se comprobará que los menores tengan la posibilidad de compartir sus tiempos de acuerdo a sus circunstancias personales: edad, grado escolar, y las que el Juez de lo familiar considere pertinentes.**

**Cualquiera de estas modalidades será establecida siempre en función del interés superior del menor, atendiendo a los estudios psicológicos que se presenten.**

**La forma de ministrar los alimentos será resuelta por el Juez de acuerdo a la forma adoptada de ejercicio de la custodia del menor; tomando en consideración el título sexto de este código.”**

**“Artículo 424 quintus. Siempre que se trate de resolver sobre la custodia de menores, se deberá realizar un seguimiento psicológico durante y después del procedimiento, con la finalidad de determinar el mejor régimen de**

**custodia, y a efecto de conocer los resultados de su ejercicio por parte de los padres.”**

**“Artículo 424 sextus. La custodia se limita, se suspende o se pierde por resolución judicial:**

**I. Se limitará en los casos de divorcio, separación o nulidad del matrimonio respecto de quienes ejercen la patria potestad sobre el menor, en las circunstancias que así lo requiera.**

**II. Se suspenderá cuando quien la ejerce, no proporcione los debidos cuidados para con el menor, afectando de manera recurrente su sano desarrollo.**

**La custodia se pierde atendiendo a las causales establecidas en el artículo 444 de este código, relativas a la pérdida de la patria potestad.”**

A efecto de armonizar la anterior propuesta con lo establecido en el Código Civil vigente para le Distrito Federal, se plantea reformar sus artículos 282 y 283, para quedar de la siguiente manera:

**“Artículo 282.** Desde que se presente la demanda, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:

**I..**

**II...**

**III...**

**IV ...**

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 **en términos de lo establecido en el artículo 424 ter de este Código.** En defecto de ese acuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo procedimiento que fije el Código respectivo y tomando en cuenta la opinión del menor. **Si el interés superior del menor así lo requiere, el juez podrá decretar la custodia a favor de uno de los ascendientes con derecho al ejercicio de la patria potestad. contemplados en este Código.**

VI...

VII...

VII...

IX...

X...”

“**Artículo 283.** La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos; para lo cual, el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación según sea el caso.

**Al resolver la situación definitiva de los hijos se deberán aplicar las reglas establecidas en el artículo 424 ter de este Código, y el artículo 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.**

**Podrá decretarse** en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y 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 siete años **cumplidos del menor** podrá **solicitar** 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”.

Por último, relativo al Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal, se propone la siguiente reforma:

**“Artículo 941 bis.** Cuando a petición de parte interesada se deba resolver **provisional o en definitiva sobre la custodia o convivencias de las niñas y los niños, previamente se dará** previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalara día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y las convivencias de los menores, misma que se verificara dentro de los quince días siguientes.

**Durante el procedimiento, se deberá escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y los menores; asimismo, las partes deberán presentar los elementos necesarios para determinar la mejor forma de ejercicio de la custodia, de acuerdo a sus propias circunstancias; el Juez deberá allegarse, además, los elementos que a su juicio considere necesarios para ello, tomando en cuenta lo establecido en los artículos 424 ter y 424 quáter del código civil. En los casos de violencia intrafamiliar se deberán presentar informes psicológicos sobre la situación de los menores.”**

...

## BIBLIOGRAFÍA:

ABOUHAMED HOBAICA, Chibly. El Menor en el Mundo de su Ley. Doctrina. 2ª Edición. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas Venezuela 1979.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. Curso de Derecho de Familia (Matrimonio y Regímenes Económicos). Editorial Civitas S. A. Madrid 1988.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. La Controversia del Orden Familiar (Tesis Discrepantes). Editado por TSJDF. México D. F. 1994.

BELLUSCIO, Augusto Cesar. Derecho de Familia, Tomo II Matrimonio (Divorcio). Ediciones De Palma. Buenos Aires Argentina 1981.

BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y Beatriz Bravo Valdez. Derecho Romano. Primer Curso. 19ª edición Editorial Porrúa. México D. F., 2002.

COLIN AMBROISE. Victor Charles y Capitant H., traductor Demofilo de Buen. Curso Elemental de Derecho Civil. Editorial Reus. Buenos Aires, 2002.

Coloquio Sobre los Derechos de la Niñez. Derechos de la Niñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales. UNAM México D. F. 1990

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. (Relaciones jurídicas conyugales). Editorial Porrúa. México D.F. 1985.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. (Relaciones jurídicas paterno filiales). 3ª Edición. Editorial Porrúa. México D.F., 1997.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. Patria Potestad. Editorial Astrea. Buenos Aires 1970.

DE PINA DE VARA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. 20ª edición. Editorial Porrúa, México D.F., 1998.

Diccionario Larousse Ilustrado. Diccionario Enciclopédico. Editorial Larousse 1999.

ESPÍN CAVANOVAS, Diego. El Nuevo Derecho de Familia Español. Editorial Reus. Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de la Familia en la Legislación Comparada. Ed Uteha. 1974.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil 1er Curso Parte General, Personas, Familia. 12ª Edición. Editorial Porrúa. México D. F. 1993.

GROSMAN, Celia P. Directora. Los Derechos del Niño en la Familia (Discurso y Realidad). Editorial Universidad. Buenos Aires, 1998.

Instituto de investigaciones Jurídicas; UNAM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y Concordada. Tomo I Artículo 1º a 29. Coordinador Miguel Carbonier. Porrúa-UNAM. México D.F., 2003.

LA CRUZ BERDEJO, José y otros. Elementos de Derecho Civil. Tomo IV. 3ª edición. Editorial Bosch. Barcelona España, 1989.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Derecho de Familia. Buenos Aires 1984. Ed Abuled-Perrot.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Gerardo Miguel. La Defensa del Menor. Editorial Tecnos. Madrid 1987.

LLEDÚ YEGÚE, Francisco (Director). Compendio de Derecho Civil. (Familia). Editorial Dy Kinnson Madrid 2000.

LLOVERAS, Norma. Patria Potestad y Filiación. Ediciones de Palma. Buenos Aires 1986.

MENDIZABAL OSES, Luis. Derecho de Menores, Teoría General. Editorial Piramide. Madrid 1977.

MONROY CABRA, Salvador. Matrimonio y Divorcio (Efectos Jurídicos). Editorial PAC S.A. de C.V. México D. F. 1998.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México D.F. 1984.

Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VI Crimi-Dep. Director Carlos E. Mascareño. Editorial Francisco Seix S.A. Barcelona 1995

PACHECO E., Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Ed. Panorama. México, 1984.

PALLARES, Eduardo. El Divorcio en México. Editorial Porrúa. México D. F.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia E. Derecho de Familia. Editorial Fondo de Cultura Económica. México DF, 1994.

PÉREZ MARTÍN Javier Antonio. Adopción, Acogimiento, Tutela y otras Instituciones de Protección de Menores. 2ª edición. Editorial Valladolid 1998.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Convenios Reguladores de las Relaciones Conyugales (Las Relaciones Paterno Filiales). Editorial Universidad de Navarra S.A. Pamplona España. 1989.

RODRÍGUEZ TORRENTE, Jesús. El menor y la familia (Conflictos e implicaciones). Editorial Universidad Pontificia; Madrid España, 1998.

STILERMAN, Marta N. Menores. Tenencia y Régimen de Visitas. 2ª Edición. Editorial. Universidad. Buenos Aires Argentina, 1991.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Ed Themis. Bogota Colombia, 1978.

VARGAS CABRERA, Bartolomé. La Protección de los Menores en el Ordenamiento Jurídico. (Adopción, Desamparo, Tutela Automática de Menores). Editorial Comares. Granada España, 1994.

ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil (Derecho de Familia Tomo 2). 2ª edición. Editorial Astrea. Madrid, 1989.

ZANON MASDEU, Luis. La Guarda y Custodia de los Hijos. Editorial Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona España, 1996..

Revistas:

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Artículo: Derechos Familiares Fundamentales. Revista Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Número 32. Editorial Diseños e Impresos Sandoval. México 2002.

Gaceta Oficial del Distrito Federal. Décima Cuarta Época; 6 de septiembre de 2004. No 90

DENTON NAVARRETE, Thalía. Artículo: La Custodia en la Reformas al Código Civil del Distrito Federal de junio del año 2000 Revista Alegatos. Universidad Autónoma de México, División de Ciencias Sociales y Humanidades, Departamento de Derecho. Número 51, mayo-agosto 2002.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis F. Artículo "La Guarda y Custodia de los Hijos". Revista de Derecho Privado y Constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Sumario, Año 9, n. 15. enero-diciembre 2001.

Páginas web:

Comentario a la Reforma del Código Civil Español. Pagina web: <http://www2.cgae.es/es/contenidos/contenido.asp?iddoc=8657>

DARNALL, ,Douglas, Ph. D. Una Definición más amplia de la Alineación Parental. Traducción autorizada de Julio Bronchal, Psicólogo Colegiado N°.: PV-07798.

<http://ayudaafamiliasseparadas.fiestras.com/servlet/ContentServer?pagename=R&c=Articulo&cid=1032226110781&pubid=988617426871>

ESTEFFEN CÁCERES, María Guisella. Un Paradigma Familia de Tuición Compartida en Chile. Tesis para optar al grado académico de Magíster en Ciencias de la Educación. Año 2003. Universidad Mayor, Facultad de Educación. Chile. S/p Pagina web [members.tripod.cl/orientacionfamiliar/coparent.htm](http://members.tripod.cl/orientacionfamiliar/coparent.htm)

EZQUERRO, García Milagros. "El Conflicto Entre los Padres y sus Efectos Sobre los Hijos". 2002. Guía hispavista.com webs.ono.com/unionseparados

SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL (SAP) por François Podevyn (4/4/2001) ([francoispodevyn@yahoo.fr](mailto:francoispodevyn@yahoo.fr)) traducción por Paul Willekens (9/6/2001) ([paul.willekens@chello.be](mailto:paul.willekens@chello.be)) revisado y corregido por Veloso Joaquín

<http://users.skynet.be/paulwil/sap.htm#1.1>

Custodia compartida. Una fórmula que ya se ha implantado en otros países [http://www.consumer.es/web/es/instituciones\\_y\\_legislacion/normativa\\_nacional/2003/10/08/66380.php?page=2](http://www.consumer.es/web/es/instituciones_y_legislacion/normativa_nacional/2003/10/08/66380.php?page=2)

Custodia Compartida: una alternativa que apuesta por la no disolución de la familia [Por Tayli A. Rodríguez http://www.revistafuturos.info/futuros\\_9/custodia\\_1.htm](http://www.revistafuturos.info/futuros_9/custodia_1.htm)

Informe Reencuentro. FRANCIA. <http://es.geocities.com/apinpach/francia.htm>

PASTRANA, Daniela. Una ley contra la infancia. (Permite a padres abusadores convivir con sus hijos). Periódico "La Jornada". Suplemento dominical "Masiosare". México D. F. 31 de julio del 2005.

P web: <http://www.jornada.unam.mx/2005/jul05/050731/mas-daniela.html>

VACCARO, Sonia, Psicóloga – M.N 8298. Buenos Aires – Argentina. Pagina Web <http://www.isabelmonzon.com.ar/vaccaro2.htm>

Leyes:

Código de Procedimientos Civiles Para el Distrito Federal 2005. Editorial ISEF. México D. F., 2005.

Código Civil Para el Distrito Federal 2005. Editorial ISEF. México D. F., 2005.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Editorial ISEF. México D. F., 2005.

Código Penal para el Distrito Federal 2005. Editorial ISEF. México D. F., 2005.

Ley de los Derechos de las niñas y niños del Distrito Federal.

Ley para la Protección de los derechos de niñas, niño y adolescentes.

Código Civil para el Estado De Guerrero. - Publicación inicial: 15/09/1937 Vigente al 1/ene/2006. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/13/290/default.htm?s=>

Código Civil del Estado de México - Publicación inicial: 07/06/2002 Vigente al 1/ene/2006. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/16/364/default.htm?s=>

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla. - Publicación inicial: 30/04/1985 Vigente al 1/ene/2006.

<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/22/530/default.htm?s=>

Código Civil para el Estado de Quintana Roo - Publicación inicial: 08/10/1980 Vigente al 1/ene/2006. <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/24/581/default.htm?s=>

Convenciones:

Carta de los Derechos de los Niños.

[http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)

Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

[http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.htm](http://193.194.138.190/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.htm)