

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

***“CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS SUPERIOR DEL
MENOR”***

TESIS QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA EL C. ERIC
ADRIÁN HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

No. Cta. 09621797-3

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/18/09/73
ASUNTO: Aprobación de Tesis

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
PRESENTE.

El alumno ERIC ADRIÁN HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Andrés Linares Carranza, la tesis denominada "CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR" y que consta de 160 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, D. F. 18 de septiembre del 2008

X Castañeda R.
DRA. M.A. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
Directora del Seminario

MLCR/eg.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

Ciudad Universitaria, a 17 de septiembre de 2008.

DOCTORA MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PRESENTE

Por este conducto me dirijo a usted par hacer de su conocimiento que el alumno **ERIC ADRIÁN HERNÁNDEZ GONZÁLEZ** con número de cuenta **09621797- 3** terminó de elaborar la tesis intitulada "**CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**" bajo la dirección del suscrito; asimismo ha realizado las correcciones señaladas por el Seminario de Derecho Civil a su digno cargo, manifestándole mi conformidad con las mismas. Toda vez que la investigación ha terminado, me permito someter nuevamente a su consideración el trabajo realizado.

Sin otro particular, reciba Usted un cordial saludo.



LIC. ANDRÉS LINARES CARRANZA
ASESOR

CUSTODIA COMPARTIDA E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Pág.

I. LA PATRIA POTESTAD.

1.- Antecedentes históricos.....	1
1.1.- Internacionales.....	1
1.1.1.- Época primitiva.....	1
1.1.2.- Época antigua (Grecia-Roma).....	4
1.1.3.- Edad Media.....	9
1.1.4.- Renacimiento.....	11
1.1.5.- Época moderna.....	13
1.2.- Antecedentes históricos nacionales.....	14
1.2.1.- Época prehispánica.....	14
1.2.2.- Época colonial.....	15
1.2.3.- México independiente.....	16
1.2.4.- Época revolucionaria.....	18
2.- Naturaleza jurídica de la patria potestad.....	18
3.- Interés superior del menor.....	27
4.- Función de la patria potestad.....	31
5.- Sujetos de la patria potestad.....	36
6.- Temporalidad.....	40
7.- Efectos de la patria potestad.....	41
7.1.- En relación a los bienes del menor.....	41
7.2.- En relación a la persona del menor.....	45
8.- Suspensión, pérdida y terminación de la patria potestad.....	48
9.- Recuperación y restablecimiento de la patria potestad.....	54

II. GUARDA, CUSTODIA, Y DERECHO DE CONVIVENCIA.

1.- La guarda.....	59
2.- La custodia.....	69
3.- El derecho de convivencia.....	78

III. CUSTODIA COMPARTIDA Y RÉGIMEN DE GUARDA ALTERNADA DE MENORES.

1.- El régimen de convivencias como forma de proteger el derecho de los menores a convivir con sus progenitores sin afectar la estabilidad en sus condiciones de vida.....	93
2.- La llamada custodia compartida.....	99
3.- El régimen de guarda alternada de menores.....	113

IV. ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN DE GUARDA ALTERNADA DE MENORES, EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	
1.- Aspectos generales.....	120
1.1.- Antecedentes de violencia familiar.....	121
1.2.- Voluntad de los padres y opinión de los menores sobre el establecimiento del régimen de guarda alternada.....	123
2.- Función del Ministerio Público Familiar en el procedimiento para determinar el régimen de guarda alternada, como vigilante de la atención al interés superior del menor.....	130
3.- Estipulaciones mínimas que deben contenerse en el convenio por el cual se establece el régimen de guarda alternada de menores.....	132
3.1.- Fijación del domicilio de los menores.....	133
3.2.- Determinación de los lapsos durante los cuales cada progenitor tendrá a su cargo la guarda de los menores.....	137
3.3.- Determinación de los alimentos que han de ser proporcionados a los menores durante los periodos en que estén bajo custodia de cada progenitor, y forma de ministrarlos.....	139
3.4.- Modalidades del régimen de convivencias que se establezca a favor de los progenitores durante los lapsos que no ejerzan la guarda de los menores.....	141
3.5.- Determinación de la forma en que debe verificarse la entrega de los menores al término de cada periodo.....	142
3.6.- Consecuencias del incumplimiento del convenio, debidamente probado y con conocimiento y participación del Ministerio Público Familiar.....	144
4.- Modificación o suspensión de los efectos del convenio de régimen de guarda alternada de menores.....	146
CONCLUSIONES.....	149
FUENTES GENERALES CONSULTADAS.....	157

I. LA PATRIA POTESTAD.

1.- Antecedentes históricos.

El ser humano, como ser social, desde sus comienzos ha vivido en grupo con sus semejantes para satisfacer sus necesidades, tales como protegerse de las fuerzas de la naturaleza, obtención segura de alimentos, etc. A continuación se enunciarán de forma breve las costumbres y normas de los grupos y sociedades más influyentes en la cultura occidental a través de la historia, en lo relativo a la forma de las relaciones existentes entre padres e hijos, observando los elementos que a lo largo del tiempo han integrado y robustecido el contenido de dichas relaciones, hasta llegar al moderno concepto de la patria potestad, punto de partida de nuestro estudio.

1.1.- Internacionales.

1.1.1.- Época primitiva.

Si bien el concepto de la patria potestad, como tal, surge en el derecho romano, donde la ubica por primera vez la doctrina y de donde recibe además la denominación, su contenido, por su naturaleza, es inherente al ser humano que convive en sociedad desde tiempos más remotos.

Las primeras comunidades humanas eran constituidas por congregaciones anárquicas de personas, cuyo objetivo era protegerse recíprocamente de los

elementos de la naturaleza y la obtención, mediante el trabajo de todo el grupo, de una mayor cantidad de alimento con el menor riesgo para los miembros de la comunidad, a través del trabajo en equipo. Las relaciones entre los miembros de los primeros grupos humanos se caracterizaban por la promiscuidad, en donde cada miembro del grupo sostenía relaciones sexuales con todos los demás elementos de manera indiscriminada. De esta manera, al no existir en dichas comunidades una estructura familiar que abrigara a los niños nacidos en su interior, éstos eran protegidos directamente por sus madres con el auxilio de todo el grupo, amparándoseles en tanto se hallaren al cuidado del grupo; encargándose asimismo de su educación, consistente en este caso en el aprendizaje de las técnicas de caza, pesca y recolección necesarias para su inclusión como miembros útiles de dichos grupos, dedicados a tales actividades; en consecuencia, "...en esta etapa, toda la educación y cuidado del niño eran enfocados a capacitarlos para que aprendiera las técnicas de supervivencia, no por un concepto individualista sino, al contrario, porque era importante para el grupo el mantener la mayor cantidad de sus integrantes."¹

Como resultado de la promiscuidad imperante en los primeros grupos humanos, era imposible determinar la paternidad de los niños nacidos en el seno de dichas comunidades, de quienes sólo resultaba manifiesta la maternidad; por lo que la primera forma de organización social de las comunidades primitivas consistía en un matriarcado, es decir, la formación al interior de dichas

¹ TOLEDO Martínez Gabriela, y Juan Carlos Ortega Castro, "La pérdida de la Patria Potestad", INCIJA, México D. F., 2004, Pág. 6

comunidades, de organizaciones familiares (la primera forma de organización familiar) en la cual sus integrantes descendían en común de una misma madre; sin reconocer parentesco con el progenitor de los niños nacidos en tales familias, dada la imposibilidad de conocer tal relación. Por lo anterior, al encontrarse los primeros grupos familiares vinculados únicamente por los ascendientes en línea materna, los niños eran protegidos y educados por los parientes de la madre; siendo posible considerarse que las tareas relativas al concepto moderno de la patria potestad, eran desempeñadas por la madre de los niños nacidos en el interior de estos grupos sin la participación paterna. En resumen, "...la soberanía de los grupos se encontraba en manos de las mujeres, cuya actividad era de prioritaria importancia, en contraposición a la escasa relevancia atribuida a las labores del hombre, Mientras éste tenía como misión fundamental dedicarse a la caza, pesca, etc., para la subsistencia cotidiana, la mujer –único progenitor conocido– desempeñaba las funciones domésticas, familiares, sociales y políticas, situación que le confería una gran fuerza, estimación y respeto dentro de los clanes (*gens*)."²

Con el transcurso del tiempo los varones, a través de la observación, descubrieron, aunque sin comprender, su papel en la procreación de nuevos seres humanos, dando como resultado la desmitificación de la mujer como generadora de vida, para ser reemplazada por el hombre; siendo reducida a la condición de sumisión al varón, nuevo eje en la organización del grupo familiar y por ende de la

² MIZRAHI, Mauricio Luis, "Familia, matrimonio y divorcio", 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, República Argentina, 2001, Pág. 18

comunidad, surgiendo así el linaje, que relacionaba a los niños únicamente con su ascendencia por línea paterna y por tanto quedando en poder del padre; favoreciendo lo anterior el surgimiento de relaciones de corte monogámico, subsistiendo, sin embargo, los vínculos poligámicos en algunas culturas, estando únicamente permitidos al hombre.

“Posteriormente, los clanes se disuelven y se dividen en las varias familias que antes los constituían y las funciones que tenía el clan van a empezar a ser asumidas por el Estado; la sociedad humana no se va a organizar ya según el principio del parentesco sino según el principio de organización señorial y de diferenciación de las clases sociales imponiéndose unas sobre otras. Por otro lado la mujer va a ser colocada en una situación de inferioridad.”³

1.1.2.- Época antigua (Grecia-Roma).

La antigua Grecia estaba constituida por pequeñas ciudades- Estado independientes entre sí denominadas “*polis*”, en las cuales el poder familiar era ejercido por el varón, con una participación materna en la edad más temprana de los hijos, los cuales, al superar la etapa de mayor indefensión, eran separados de la madre, en el caso de los varones, para iniciar su educación, en tanto que las niñas continuaban bajo el cuidado de la madre hasta llegar a la pubertad, cuando

³ VENTOSO Escribano, Alfonso, “La representación y disposición de los bienes de los hijos”, Colex, Madrid, España, 1989, Pág. 16

debían encontrarse listas para contraer matrimonio, siendo educadas únicamente para servir a sus esposos.

El carácter distintivo de las relaciones paterno- filiales en ésta, así como en otras culturas antiguas, consiste en la aparición de la figura del educador, esto es, dada la sofisticación de las relaciones sociales y de los procesos económicos sobre los cuales la comunidad fundaba su bienestar, ya no era posible, como en los primeros grupos humanos, que la educación de los niños corriera íntegramente a cargo de sus padres; en cambio, era necesario, al menos en el caso de los varones, adquirir de terceras personas conocimientos especializados en diversas actividades propias de la comunidad, es decir, ser instruidos en oficios o artes necesarias para la comunidad y para la preservación del linaje de cada familia, incluyendo desde luego la enseñanza de las artes de guerra, necesarias para la conservación del estilo de vida y la protección contra las invasiones; artes que florecieron principalmente en Esparta.

“A diferencia de las civilizaciones arcaicas que, al igual que en la Edad Media, no tuvieron un lugar propio para la infancia, los griegos antiguos conocieron las distintas etapas de la juventud. La *paideia*, verbigracia, suponía una distinción y un paso del mundo de los niños al mundo de los adultos, transición que se efectuaba gracias a la iniciación o a una educación.”⁴

⁴ MIZRAHI, Op. Cit. Pág. 113

Por otro lado, es en el derecho romano, el más amplio y sistemático de todo el mundo antiguo, donde surge por primera vez el concepto de patria potestad, cuyos aplicación y alcances, modificándose a través del tiempo, marcaron la pauta para la regulación de las relaciones paterno-filiales en todo el Occidente hasta nuestros días; por lo cual su estudio resulta relevante incluso en la actualidad.

Durante los primeros tiempos de la antigua Roma, antes de que la vida se desarrollara en el escenario de las grandes ciudades, se hallaba compuesta por un conglomerado de familias de ascendencia patrilineal perfectamente diferenciadas entre sí, cada una con una religión propia basada en el culto de los antepasados, y regidas por el ascendiente varón de mayor edad en cada familia, a quien se denominaba *paterfamilias*; quien realizaba al interior de cada núcleo familiar funciones de mando, administrativas y aun judiciales sobre los integrantes de cada *gens*, para garantizar la continuidad del culto de los antepasados, razón por la cual se hallaba justificada su autoridad suprema sobre los demás miembros del grupo.

En esta etapa, la patria potestad "...consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido sólo por el ascendiente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se basaba en el principio de soberanía doméstica, de donde se originó el término, ya que era un poder real y efectivo del *pater familias* (no del padre, y menos de la madre) sobre todos sus descendientes, y se prolongaba por toda la vida de los sujetos [...] Se establecía en beneficio del jefe de familia, quien podía rechazarla si así le convenía; sus facultades

abarcaban la persona y los bienes de los hijos, a grado tal que podía venderlos como esclavos si lo hacía fuera de Roma, e incluso condenarlos a muerte. El *pater* era dueño de todos los bienes que el hijo adquiriría, con un poder absoluto y dictatorial.”⁵

Al observar los rasgos anteriormente señalados podremos comprender que la patria potestad romana, se refería menos a una relación padre e hijo tendiente al desarrollo de éste, y más a un dominio ejercido por el *pater* sobre toda persona incorporada al ámbito de la familia, la cual no era constituida con base en relaciones de parentesco, pues “... los integrantes de la antigua familia romana no tenían entre sí necesariamente un vínculo de sangre. Al menos, éste no era en absoluto un elemento determinante. Lo que intervenía era la *comunidad en el culto*; el parentesco y, en consecuencia, el carácter de “familiar” surgía en tanto se invocara el mismo hogar y se ofreciera la comida fúnebre a los mismos antepasados.”⁶ En un principio la patria potestad se extendía a todos los integrantes de la familia (sin que el carácter de “pater” encontrara limitaciones en el hecho de no existir necesariamente una relación de parentesco con dichos integrantes del grupo familiar) incluidos los esclavos y aun a la propia esposa del *pater*; y sus poderes aparecen tan amplios por abarcar a personas no ligadas por parentesco y por una finalidad originariamente religiosa.

⁵ BAQUEIRO Rojas, Edgard, y Rosalía Buenrostro Báez, “derecho de familia y sucesiones”, HARLA, México D. F., 1990, Pág. 225

⁶ MIZRAHI, Op. Cit. Pág. 34

“Esta casi irrestricta potestad no constituía sino el reflejo en la relación paterno-filial de la autoridad que el cabeza de familia romano ejercía sobre todos los componentes del grupo, incluidos su mujer, los esclavos, las personas asimiladas y toda otra que fuera comprendida por la gran familia romana. Dicha potestad presentaba matices profundamente vinculados a lo religioso, en tanto la figura paterna se encontraba revestida de poderes de esa índole.”⁷

Eventualmente, la vida en Roma comenzó a desarrollarse alrededor de las ciudades, limitando el aislamiento de las familias, dando además origen paulatinamente a un culto público, cuya consecuencia fue la progresiva disminución en los poderes del *pater*. Por lo anterior, la patria potestad comenzó a ser comprendida en función de los descendientes de cada *paterfamilias*, y a pesar de que las facultades formales del *pater* seguían siendo amplias e irrestrictas, el uso y la sanción social mesuraron éstas, volviéndolas progresivamente más flexibles y benéficas para los *filiis familias*, permitiéndoles, por ejemplo, tener un patrimonio propio; así “...la presión del ambiente social y el afecto natural mitigan en la práctica el rigor de la patria potestad que teóricamente era absoluto y, además, había límites impuestos por la costumbre, los mores maiorum, que establecían entre otras cosas la obligada consulta al Tribunal doméstico compuesto por parientes y amigos de la familia para hacer uso de las penas más graves, sobre todo del *ius vitae et necis*.”⁸

⁷ MÉNDEZ Costa, María Josefa, y Daniel Hugo D’Antonio, Derecho de Familia” Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, República Argentina, 2001, Pág. 275

⁸ VENTOSO Escribano, Op. Cit. Pág. 27

Posteriormente, nuevos elementos tuvieron influencia en la forma de las relaciones paterno-filiales en la Roma imperial, tales como las nociones aportadas por el cristianismo, el cual promovía la piedad como el mayor valor a observar por un padre al gobernar a sus hijos, así como las características aprendidas de las tribus germánicas (bárbaras) durante las numerosas guerras con dichas naciones nómadas. La *Munt* germánica, figura equiparable a la patria potestad romana, también estaba en general compuesta de un poder ejercido por el padre sobre sus hijos, pero con algunas características más reconocibles para nosotros: era ejercida por cada padre sobre sus propios hijos, por lo tanto era temporal; tenía por objeto la protección de los hijos como una forma de protección del grupo completo, y permitía la participación de la mujer en el desempeño de dicho poder, si bien sólo en sustitución del consorte. En resumen, "...el cristianismo, de indudable influencia como factor atemperante del rigor paterno, produjo una síntesis de elementos vigentes entre la potestad romana y el principio protector del *Munt* germánico. Reconociendo la autoridad del padre, la delimitó, determinando con claridad que ella se justificaba por la necesidad del amparo del hijo."⁹

1.1.3.- Edad Media.

Durante este periodo, que abarcó desde aproximadamente el siglo V d.C., a partir de la caída del Imperio Romano de Occidente a causa de las invasiones bárbaras, a los siglos XIII a XV d.C. (dependiendo de las distintas naciones europeas), la aplicación de la patria potestad fue casi inexistente debido, entre

⁹ MÉNDEZ Costa, et. Al. Op. Cit. Pág. 276

otros factores, a la subordinación existente entre las clases sociales, es decir, siervos dedicados principalmente a la producción agropecuaria a favor de un señor feudal colocado en una situación de dominio, de corte despótico, sobre los habitantes de su feudo; por tanto, la existencia de un poder familiar efectivo estaba supeditado a la mayor o menor interferencia que el señor feudal pudiese tener al interior de cada grupo familiar.

Otro factor que influyó en la ausencia de una figura claramente delimitada y aplicada en las relaciones paterno-filiales en esta etapa histórica, fue la falta de distinción del niño y su comprensión como un sujeto diferenciado del adulto, más vulnerable y con necesidades propias; imperando por el contrario una constante convivencia de los niños compartiendo el ambiente y las labores con los adultos de sus comunidades, debido principalmente a que las actividades económicas y la estructura social dominantes en este periodo, hacían imposible por un lado, prestar atención especial a los niños, y por otro, hacía necesaria su participación directa en los procesos económicos, apenas superada la fase de mayor indefensión, a efecto de obtener apenas la manutención indispensable para el grupo familiar; en otras palabras, "...en dicho estadio de la cultura la duración de la infancia quedaba reducida al periodo de mayor fragilidad. No bien se consideraba que el niño era capaz de valerse por sí mismo y sin ayuda de su madre o nodriza (aproximadamente a los siete años) ingresaba de golpe en la gran comunidad de hombres. Así, las escenas de la vida cotidiana reunían constantemente a los niños con los adultos, incluso en los lugares de diversión, tabernas y hasta en los ejércitos. Por otra parte, como se vestía indiferentemente

cualquiera que fuese la edad, lo único que aparecía visible eran los grados de la jerarquía social mediante el uso del traje.”¹⁰

Posteriormente, con el florecimiento de la producción artesanal, surgió un nuevo obstáculo para la cercanía en las relaciones paterno-filiales, por la costumbre y necesidad de involucrar a los niños, aun a temprana edad, en el aprendizaje de algún oficio; dando como resultado que emigraran del hogar paterno para convertirse en aprendices de algún maestro artesano (cuando el propio padre no se dedicara a alguno), quien en adelante se encargaría de su manutención y formación a cambio de su fuerza de trabajo, encontrándose entonces el grupo familiar desintegrado y no existía, por lo tanto, un concepto o percepción de especial cuidado o protección para con los niños. Así, “...el aprendizaje constituyó un modo de educación que incorporaba inmediatamente al niño en la sociedad, la cual se encargaba de prepararlo directamente para desempeñar su papel sin pasar por una etapa intermedia (lo que después sería la escuela; ésta, digamos a título de excepción, sólo estaba reservada para los clérigos). Por eso es verdad que en la Edad Media la *socialización* del niño no estaba a cargo de su familia, ni controlada por ella.”¹¹

1.1.4.- Renacimiento.

A partir de siglo XIV d.C. aproximadamente, surgió en Europa una revolución cultural denominada Renacimiento, totalmente opuesta a la concepción

¹⁰ MIZRAHI, Op. Cit. Pág. 109

¹¹ Ibídem, Pág. 112

del mundo imperante durante el oscurantismo, dominado por la religión y la superstición; siendo reemplazada por el humanismo, el cual, influenciando lo mismo la filosofía que las artes, abandona el pensamiento religioso para concentrarse en el ser humano como objeto de estudio y fin del conocimiento, ubicándolo como el elemento más importante de la creación, y retomando los elementos más importantes del mundo clásico (grecorromano).

En este contexto, desaparece progresivamente el anonimato de los niños para comenzar a ser reconocidos como individuos, y al debilitarse en el núcleo de los grupos familiares la interferencia de elementos ajenos a éstos, se fortalece el sentido de familia, delineándose paulatinamente hasta asemejarse a lo que hoy se conoce como familia nuclear, continuando la mujer en situación de subordinación. Por otro lado, la vida en las grandes ciudades, tanto por las limitaciones espaciales como por la dinámica de la vida urbana, dificultaba la interacción de la familia extensa. Asimismo, como consecuencia del florecimiento de las ciencias y las artes, la instrucción académica se extendió rápidamente entre la clase media, compuesta principalmente por la burguesía comerciante, la cual se interesó en enviar a los hijos a las universidades.

“Esta ideología (Renacimiento) impactó en cuanto al ejercicio de la patria potestad, en tanto todos los aspectos del quehacer humano se centraron en el hombre [...] Así, se humanizó el trato para con los hijos y se procuró instruirlos en

las bellas artes para su realización como seres humanos, fomentando el espíritu crítico.”¹²

1.1.5.- Época moderna.

Como consecuencia del surgimiento de nuevas corrientes de pensamiento, tales como el liberalismo a partir del siglo XVIII, que dan preeminencia al individuo sobre la sociedad, se genera un cambio de perspectiva, concibiéndose por primera vez al individuo, no como servidor del Estado, sino al Estado a cargo de la obligación y función de dar una protección elemental a cada individuo, asegurando a cada persona los elementos mínimos para alcanzar su propio proyecto de vida; estos cambios trajeron a las relaciones familiares, y especialmente a la noción de la patria potestad, agregada al valor de la piedad imbuido por el cristianismo, el concepto de protección y la finalidad del desarrollo de los niños, sin alterar mayormente la idea de poder o autoridad presente en dicha figura desde tiempos de la antigua Roma.

“Es ya en este periodo en donde al tenor de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de Francia y la declaración de los derechos del hombre norteamericana, se configura a la *patria potestad* como un deber de los padres hacia los hijos y se proscriben la esclavitud y el maltrato físico hacia

¹² TOLEDO Martínez, Op. Cit. Pág. 22

cualquier persona, esto se hace todavía con mayor rigor para los que están sujetos a la autoridad de los padres.”¹³

1.2.- Antecedentes históricos nacionales.

1.2.1.- Época prehispánica.

Llegados desde Asia, los primeros grupos humanos se asentaron a lo largo del continente americano, surgiendo algunas culturas de carácter sedentario establecidas principalmente en el territorio comprendido por la llamada Mesoamérica –que abarcaba desde la región central del actual territorio mexicano, hasta Centroamérica– y un poco más al sur hasta el actual territorio de Perú. En dichas culturas predominaron rasgos de subordinación de la mujer y de poder absoluto y despótico del padre sobre sus hijos, quien podía disponer de sus personas y hasta de sus vidas. Entre las culturas prehispánicas más representativas que ocuparon el actual territorio mexicano, de las cuales tenemos mayor conocimiento en razón de sus vestigios, podemos mencionar la maya y la mexica. Entre los mayas, “...el matrimonio (kaminicté) era monogámico, pero los nobles por lo general tenían varias esposas, si bien sólo una de ellas, no necesariamente la primera, disfrutaba de mayores derechos [...] La sociedad maya era masculinizada y la mujer no gozaba de un buen estatus. De niña debía apegarse a su hogar y de adulta, al de su marido. Se prohibía a las niñas jugar con niños y a las jóvenes hablar o siquiera ver a los varones. Si en el camino se encontraban con un hombre y una mujer, ésta debía bajar la mirada y cederle el

¹³ Ibídem., Pág. 23

paso a él. Si la sorprendían hablando con un hombre la reprimían severamente y en caso de insistir en su conducta “deshonesta”, le aplicaban polvo de chile en los ojos y en los genitales.”¹⁴

Por otro lado, entre los mexicas “...la patria potestad era muy amplia. El padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos. También estaba facultado para casar a sus hijos y el matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre era tenido como ignominioso. Para castigar a los hijos, podían los padres usar de la violencia [...] Se procuraba darles una esmerada educación, ya fuera pipiltin (nobles) o macehuales (plebeyos), pues acudían a escuelas en donde recibían la instrucción adecuada a su clase (Calmecac para los nobles y Telpochcalli para los plebeyos), enseñándoles poesía, Matemáticas, Astronomía, el arte de la guerra y oficios varios.”¹⁵

1.2.2.- Época colonial.

Después de la conquista española comenzada en 1521 tras la caída de Tenochtitlan, la capital del imperio mexica, la denominada Nueva España fue colonizada por los españoles durante un periodo de aproximadamente 300 años, y en ella fue implantado un sistema de gobierno encabezado por funcionarios españoles representantes del régimen del reino conquistador, quienes se

¹⁴ PÉREZ De los Reyes, Marco Antonio, “Historia del Derecho Mexicano” Vol. 1, Oxford University Press, México D. F., 2003, Pág. 57

¹⁵ TOLEDO Martínez, Op. Cit. Pág. 25

encargaban de gobernar la colonia en representación y beneficio de la corona española, aplicando las leyes españolas.

Las leyes vigentes en España en la época de su dominación sobre las colonias americanas eran las Leyes de Partidas, las cuales fueron aplicadas también al territorio de la Nueva España por los gobiernos encabezados por los virreyes. Las Leyes de Partidas fueron ordenamientos jurídicos que recogieron muchos conceptos imperantes en el antiguo derecho romano, aunque, a diferencia del resto de los ordenamientos europeos, las Partidas incluyeron algunas características más propias de la *Munt* germánica, incluyendo la temporalidad de la patria potestad, y una mayor participación materna. En estas Leyes, "... la palabra potestad se toma por ligamento de reverencia o de sumisión o de castigamiento, que debe haber del padre sobre el hijo según las leyes de las Partidas, pero ya desde dichas leyes dejaron de otorgarse a los padres el terrible derecho de vida y muerte sobre sus hijos que les concedió la legislación romana..."¹⁶

1.2.3.- México independiente.

Al término de la guerra de Independencia, librada durante once años (1810-1821), siguió una etapa de incertidumbre e inestabilidad que duró hasta pasada la primera mitad del siglo XIX; rigiendo diversas formas de gobierno con

¹⁶ QUINTANILLA García, Miguel Ángel, "Lecciones de derecho familiar: nueva legislación comentada y concordada hasta el año 2002 : jurisprudencia, tesis relacionadas y doctrina", Cárdenas editor distribuidor, México D. F., 2003, Pág. 50

ordenamientos más o menos efímeros, hasta el gobierno de Juárez y las Leyes de Reforma, cuando comenzó la configuración del Estado mexicano; destacando la influencia de las ideas de liberalismo en la legislación mexicana, y en particular en lo relativo a las relaciones paterno filiales, las cuales fueron reguladas siguiendo el modelo napoleónico, convirtiéndose éste en "...la base para nuestros códigos civiles de 1870 y 1928, modelo éste último prácticamente de la totalidad de los códigos civiles estatales mexicanos, en donde se consagra a la patria potestad como lo que actualmente se conoce: protectora del hijo, autoridad del padre sobre él y sobre sus bienes en forma limitada y reglamentada y, si bien se contempla la posibilidad de usufructuarlos, hay una correlativa carga y responsabilidad en su cuidado."¹⁷

Por otro lado, entre los ordenamientos jurídicos elaborados durante este periodo destaca la creación del primer Código Civil del naciente Estado mexicano, el del Estado de Oaxaca; respecto del cual Pérez de los Reyes nos explica: "...se ha considerado que en la América hispano- portuguesa el primer Código Civil fue el de Bolivia, del 22 de octubre de 1830 y el primero en México fue el del Estado de Veracruz, del 17 de diciembre de 1868. Pero afirma Raúl Ortiz Urquidi que el primer código de toda la región señalada fue el del Estado de Oaxaca, expedido en tres libros sucedidos entre 1827 y 1829 [...] Los tres libros fueron expedidos por el Segundo Congreso Constituyente del Estado de Oaxaca [...] Obsérvese que

¹⁷ TOLEDO Martínez, Op. Cit. Pág. 24

cuando se expidió el código oaxaqueño, ni España ni Portugal tenían sus propios códigos civiles.”¹⁸

1.2.4.- Época revolucionaria.

Al triunfo de la Revolución mexicana el orden jurídico nacional se ve innovado por el llamado “constitucionalismo social”, el cual consagra por primera vez en el mundo disposiciones de carácter socialista, reconociendo tanto los derechos de los individuos, como los de clase. Sin embargo, dado que la estructura de la familia mexicana seguía caracterizándose por el tipo de familia nuclear dominada por el varón, los ordenamientos jurídicos tocantes a la patria potestad, como la Ley de Relaciones Familiares de 1917, y el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, de 1928, continuaron siendo influenciados por el Código de Napoleón. Cabe destacar, que a partir del año 2000, deja de regir en la capital del país el Código Civil Federal, entrando en vigor el Código Civil para el Distrito Federal, cuyas disposiciones serán objeto de este estudio, en próximos incisos.

2.- Naturaleza jurídica de la patria potestad.

Amplios sectores de la doctrina, desde la antigua Roma y aun en tiempos recientes, han considerado a la patria potestad como un poder o autoridad de los padres sobre sus hijos, primero como un verdadero derecho subjetivo de los

¹⁸ PÉREZ De los Reyes, Op. Cit., Vol. 3, Pág. 101

padres, y posteriormente considerando la protección de los menores como justificación de esta figura jurídica. Estos conceptos tienen como rasgo en común el considerar que los padres ejercen derechos sobre las personas de sus hijos, así como el tener el derecho de beneficiarse de los bienes de éstos. Así, según explica D'Antonio, para Demolombe, por ejemplo, "...la patria potestad propiamente dicha es la autoridad que la ley otorga al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores y no emancipados, mientras que para Marcadé constituye relaciones de superioridad que la filiación hace nacer para provecho, o en ventaja del padre y de la madre sobre el niño [...] Planiol- Ripert conciben la patria potestad como el conjunto de los derechos y las facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores."¹⁹

A su vez, para Quintanilla García, "...la patria potestad sobre los menores es un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley que da al padre y a la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de la persona, la administración y goce de los bienes de los hijos..."²⁰; en tanto que para Pérez Contreras, la patria potestad "...se puede traducir como el poder que los padres tienen sobre sus hijos incapaces, los menores de edad hasta la edad de 18 años o hasta que éstos se emancipen..."²¹

¹⁹ D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Patria potestad", ASTREA, Buenos Aires, República Argentina, 1979, Pág. 23

²⁰ QUINTANILLA García, Op. Cit. Pág. 47

²¹ PÉREZ Contreras María de Montserrat, "Derechos de los padres y de los hijos", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cámara de Diputados, LVII Legislatura, 1ª Reimpresión, México D. F., 2000, Pág. 39

Por otro lado, según Zannoni, la patria potestad "...contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la *autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores*. Es decir, no se trata de relaciones cuyo objeto presupone la igualdad jurídica de sus sujetos; por el contrario, los fines que satisfacen, implican que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, un *poder*."²²

Por nuestra parte consideramos equivocadas estas posturas, pues jurídicamente no es dable aceptar que una persona pueda tener derecho sobre otra o a disponer de la misma, esto es, se puede tener derecho a exigir de una persona una determinada conducta, derivando ésta ya de una obligación contraída por un acuerdo de voluntades, o bien del incumplimiento de un deber jurídico del obligado, sin embargo, sería ilícito considerar la existencia de un derecho sobre persona alguna; por ello, sería aun menos concebible considerar que sean los propios padres, encargados por naturaleza de proteger y formar a los hijos durante su minoría de edad, la etapa de mayor indefensión, quienes tuvieran derecho sobre sus hijos, cual si pudieran usar de ellos en su propio provecho en lugar de dedicarse a su formación, pues tal apreciación representaría una violación a los derechos fundamentales de los seres humanos, así como a las garantías individuales consagradas por la Constitución mexicana.

Las posturas antes mencionadas observan, a nuestro parecer, el fenómeno de la patria potestad únicamente desde la forma de la misma, pues las

²² ZANNONI, Eduardo, "Derecho civil T. III, Derecho Familiar", ASTREA, 2ª ed., Buenos Aires, República Argentina, 1989, Pág. 682

atribuciones de los padres en relación a sus hijos menores no emancipados son muy amplias y la ausencia normal de vigilancia en la manera como son ejercidas puede dar la impresión de que en realidad se ejerce un derecho; sin embargo, dichas posiciones no toman en cuenta la función de dicha figura, cuyo cumplimiento es la justificación de las atribuciones de los progenitores en relación a sus hijos. Por otro lado, el objeto de la patria potestad va más allá de la voluntad de los titulares de la misma, pues si la patria potestad consistiera simplemente en un conjunto de derechos de los padres sobre sus hijos, la facultad de ejercer las atribuciones de dicha figura implicaría también la de dejar de ejercerlas, o bien de ejercerlas independientemente de las necesidades de los menores sujetos a ésta, lo cual no corresponde a la realidad jurídica, donde el ejercicio de la patria potestad contrario al interés del menor puede incluso dar lugar a su pérdida, conforme a la legislación mexicana.

Otras posiciones de la doctrina califican a la patria potestad como un conjunto de derechos-deberes o poderes-deberes de los padres sobre los hijos. Aunque el punto central de esta postura es la finalidad de dicha figura en lo concerniente a los deberes de los padres hacia sus hijos, continúa atribuyéndole un elemento de autoridad o poder sobre los menores; consecuentemente, reiteramos en este punto las observaciones planteadas con anterioridad en relación a las ideas planteadas acerca de los derechos de los padres sobre las personas y bienes de sus hijos. Entendemos que tales posturas aprecian erróneamente la autoridad, poder o derechos de los padres sobre sus hijos menores no emancipados como una situación creada o emanada del derecho,

cuando, desde nuestro punto de vista, la sujeción o subordinación de los menores hacia sus ascendientes corresponde a la imposibilidad material de los menores de valerse por sí mismos, producto de una realidad de la naturaleza, simplemente reconocida, mas no creada, por el Estado.

Como ejemplo de esta corriente, Baqueiro y Buenrostro, explican la patria potestad como "...el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo..."²³; de igual forma, al parecer de Ventoso Escribano, "...podemos calificar a la patria potestad como ese vínculo jurídico que liga a los padres con los hijos que se traduce en una serie de derechos y deberes a través de los cuales aquéllos procuran una formación íntegra de los hijos y velan por su persona y por sus intereses patrimoniales."²⁴

Según Ruggiero, "... cuando se habla de patria potestad, de poder marital o tutela, se tiene en cuenta más que el derecho del padre, del marido, del tutor sobre la persona, el deber que incumbe al investido con estos cargos de cuidar y atender el interés familiar [...] Es siempre el aspecto de obligación o de deber el que predomina en toda relación, precisamente porque se trata de un interés superior, que se evidencia especialmente cuando nos referimos al reducido círculo de la familia estricta y a personas incapaces, a cuya protección responden muchas

²³ BAQUEIRO Rojas, et. Al. Op. Cit. Pág. 227

²⁴ VENTOSO ESCRIBANO, Op. Cit. Pág. 13

instituciones familiares.”²⁵ En el mismo sentido, la opinión de Lledó Yagüe, quien expone: “...se puede definir a la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley le concede a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y de educación que pesan sobre ellos.”²⁶

Por otro lado, también existe una posición en la doctrina que considera la patria potestad como una institución, al abarcar dicha figura el conjunto de las relaciones paterno-filiales de manera global y sistemática. Entendemos, de acuerdo con D’Antonio, al referirse a la opinión de Elías Guastavino, que “...las instituciones jurídicas son las constelaciones de normas de derecho organizadas sistemáticamente, orientadas por principios propios, y destinadas a establecer derechos y deberes en una determinada esfera de la vida social, con fines perfectamente preestablecidos y conscientizados...”²⁷, por lo cual no compartimos dicha posición, por inexacta, pues, en el ámbito de la patria potestad, se encuentran vigentes deberes jurídicos profundamente interrelacionados con instituciones diversas e independientes; por ejemplo, la de alimentos, por corresponder el deber alimentario a un tipo de relación diferente, que no deriva de la patria potestad, sino del parentesco, o incluso del matrimonio; sin embargo, su incumplimiento puede dar lugar a la pérdida de la patria potestad en contra del progenitor que dejare de satisfacer tal deber, por lo tanto apreciamos que la patria

²⁵ RUGGIERO, Roberto de, “Instituciones de derecho civil”, por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, España, 1944, Pág. 14

²⁶ LLEDÓ Yagüe, Francisco, “Sistema de derecho civil. Derecho de familia”, DYKINSON, Madrid, España, 2002, Pág. 267

²⁷ D’ANTONIO, “Patria potestad”, Op. Cit. Pág. 18

potestad no contiene en sí misma todos los aspectos derivados de las relaciones paterno-filiales.

Comparten la posición anteriormente señalada, entre otros autores, D'antonio, quien señala: "... entendida modernamente la patria potestad como institución orientada primordialmente al resguardo del hijo, y ampliando el campo de su vigencia por la comprensión de los hijos extramaritales, ella aparece como uno de los elementos concurrentes en la función de protección a la minoridad. Acompañada entonces de otras instituciones jurídicas tales como la tutela, la adopción y la guarda, constituye un instrumento de la tarea protectora de la minoridad, si bien notoriamente diferente de las restantes en cuanto a origen, naturaleza jurídica, vinculaciones que produce y alcances de la intervención estatal a su respecto."²⁸ En el mismo sentido, Méndez Costa manifiesta que la patria potestad debe entenderse como "... la "institución protectora de la minoridad, natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos".²⁹

Igualmente, en la doctrina nacional encontramos, entre otros, al maestro Galindo Garfias, para quien la patria potestad "... es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su

²⁸ *Ibíd.* Pág. 19

²⁹ MÉNDEZ Costa Maria Josefa et. Al. Op. Cit. Pág. 273

ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).”³⁰

Finalmente, una postura más reciente considera la patria potestad como un conjunto de deberes o una función de los progenitores hacia sus hijos menores no emancipados. Coincidimos con esta postura, pues la misma permite observar dicha figura desde el punto de vista de las necesidades del menor y no de los intereses de los progenitores, así como atender al origen de la misma, consistente en la incapacidad de los menores de edad no emancipados; por lo tanto, en nuestro concepto, la patria potestad es esencialmente una función que obedece a las necesidades de los niños sujetos a ella, y confiere a los titulares de la misma responsabilidades en vez de derechos sobre los menores.

Entre otros autores, Mizrahi sostiene esta opinión, al afirmar que “...en relación a los niños sólo existen *deberes*; de su núcleo familiar, en primer término –a fin de evitar la formación de seres impersonales y carentes de historia–, pero también de la sociedad, a quien le asiste el deber de intervenir por estar en juego nada menos que el destino próximo de la humanidad.”³¹ Y D’antonio nos señala: “... sostiene en tal sentido BONET RAMÓN que la patria potestad es una ‘función’,

³⁰ GALINDO Garfias, Ignacio, “Derecho Civil primer curso: parte general, personas, familia”, Porrúa, México D. F., 1997, Pág. 689

³¹ MIZRAHI, Op. Cit. Pág. 125

reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras sean incapaces.”³²

En la doctrina mexicana, Gutiérrez y González, concibe la patria potestad como “...el conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa, para su educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimonial pecuniarios...”³³

Sin embargo, es necesario apuntar que, desde nuestra perspectiva, la atribución de la patria potestad sobre los menores no emancipados conlleva ciertamente un conjunto de derechos de sus progenitores, pero no sobre las personas o bienes de sus hijos, sino en relación a terceros. Esto es, derivado del hecho jurídico de la filiación, los progenitores tienen el derecho, reconocido por el Estado en virtud de una realidad natural, a ser quienes de manera automática, lleven a cabo las funciones propias de la paternidad (crianza), sin necesidad de nombramiento alguno y excluyendo a terceros de dichas funciones; sin poder declararse la pérdida de la patria potestad anticipadamente sobre hijos no nacidos, o aun nacidos, sin haberse acreditado previamente causa suficiente para ello. Por otro lado, tienen el derecho de ejercer las facultades inherentes a la patria potestad conforme a su propio criterio, llevando a cabo la formación de sus hijos de acuerdo con sus propias creencias y convicciones. Ello en virtud, por un lado,

³² D'ANTONIO, Daniel Hugo, “Derecho de menores”, ASTREA, 4ª ed., Buenos Aires, República Argentina, 1994, Pág. 208

³³ GUTIÉRREZ y González, Ernesto, “Derecho civil para la familia”, Porrúa, México D. F., 2004, Pág. 432

del reconocimiento del Estado a toda persona, en principio, como idónea para ejercer la patria potestad de sus propios hijos, y por otro, de la imposibilidad de exigir a los progenitores realizar las tareas de formación de sus hijos de manera ajena o contraria a sus creencias o convicciones.

3.- Interés superior del menor.

Como se ha señalado con anterioridad, como resultado del surgimiento del liberalismo, en el siglo XVIII d.C., surgen las primeras declaraciones de derechos fundamentales de las personas, tales como la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano; evolucionando dichas corrientes de pensamiento hasta convertirse en movimientos internacionales de derechos humanos, los cuales se han desarrollado desde propugnar por los derechos de todo ser humano, hasta promover y defender en el ámbito internacional, la adopción de medidas de protección especiales para grupos de personas en situaciones de especial desventaja. Hablando de los niños en particular, a partir de la consolidación de la familia nuclear, "... se consuma una idealización de los llamados 'menores' que, cual objetos preciosos, hay que proteger y cuidar; esta racionalización permite al adulto justificar su aspiración de ver envueltos a sus vástagos en un cordón de máxima seguridad. La familia conyugal, ya sin funciones productivas y dedicada a la organización del consumo, concreta su atención en los hijos, a quienes exime del trabajo del adulto con el consecuente retardo de aquéllos al ingreso en la estructura laboral. Esta concepción se acompaña, en su faz normativa, con el

moderno constitucionalismo social, que distingue especialmente al niño, y con la sanción de declaraciones y convenciones de nivel internacional.”³⁴

En este contexto, la comunidad internacional, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas creó la Declaración de los Derechos del Niño, en el año de 1959; y posteriormente, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, a la cual México se adhirió y fue aprobada por el Senado el 9 de junio de 1990 (*D.O.F.* 31-VII-90). Dicha Convención señala el concepto de “interés superior del niño”, y junto con éste, establece la obligación de los Estados parte en dicho instrumento internacional de defender los derechos allí enumerados de los niños, brindándose una protección especial a los menores, en atención no únicamente a su carácter de personas, sino en reconocimiento de los mismos como una minoría vulnerable, que requiere de una actuación del Estado en beneficio, prioritariamente, de dicho grupo, es decir, “... los menores, por su mayor indefensión, tanto desde el punto de vista biológico –en lo que atañe a su incapacidad de valerse por sí mismos – como del psicológico– en virtud de la tardía adquisición del lenguaje, en primer término, y del pleno desarrollo emocional, en segundo lugar–, ocupan un lugar predominante en la protección jurídica, la que se concreta en un concepto, unas veces escrito y otras tácito, ‘... el interés supremo del menor...’, el que ha de tenerse en cuenta en todas las decisiones judiciales que les conciernan.”³⁵

³⁴ MIZRAHI, Op. Cit. Pág. 119

³⁵ STILERMAN, Marta, “Menores. Tenencia. Régimen de visita”, Universidad, Buenos Aires, República Argentina, 1992, Pág. 27

A partir del reconocimiento de tales derechos, los Estados han creado un nuevo concepto de los niños en el ámbito jurídico, reconociéndolos como sujetos de derecho aun antes de alcanzar la mayoría de edad y el pleno ejercicio de sus derechos de ciudadanía; con el objeto de auxiliarlos a ser tratados y respetados al mismo nivel que una persona plenamente capaz, y de evitar que se encuentren en desventaja o en situación de explotación por parte de las personas responsables de su cuidado y protección; rompiendo con ello, por ser incompatibles, las percepciones de poder o autoridad sobre dicha minoría existentes incluso en la doctrina de nuestros días; debiéndose en consecuencia reconsiderar los conceptos referentes a la patria potestad, si bien dicha tarea aún no está cerca de completarse.

Alfredo Soto ha definido el interés superior de los menores como "... el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos el que más conviene en una situación histórica determinada..."³⁶; mientras para López del Carril, "... el interés superior del menor se halla representado por el derecho de éste a su correcta formación física, moral y espiritual para lograr así en el futuro una persona normal, útil a sí misma y a la sociedad, cualquiera sea el medio en que se desenvuelva."³⁷

³⁶ WEINBERG, Inés M., directora, et. Al. "Convención sobre los derechos del niño" Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, República Argentina, 2002, Pág. 295

³⁷ LÓPEZ del Carril Julio, "Derecho de familia", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República Argentina, 1984, Pág. 283

El Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 416-Ter, que “para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;
- II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional;
- y
- V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.”³⁸

Este concepto implica, desde nuestro punto de vista, no simplemente una superioridad como indica la denominación de dicho principio, sino que tiene, como una de sus consecuencias, una atención prioritaria de los intereses de los menores; esto es, el interés de los menores no simplemente habrá de prevalecer sobre un interés contrario al analizar en el fondo, un conflicto de intereses, sino que este conflicto habrá de descartarse por el juzgador protegiendo el interés del menor de forma automática rehusando analizar en el fondo un conflicto dado, siendo cualquier interés recurrente con el del menor, analizado sólo con

³⁸ Código Civil para el Distrito Federal.

posterioridad a la protección de aquél, y satisfecho únicamente en tanto no vulnere dicha protección. Por lo tanto, "... el concepto de interés superior del niño comprende cuando menos cuatro funciones, a saber: 1) ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño y la niña; 2) obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez; 3) permitir que los derechos de la niñez prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con aquéllos; y 4) orientar a que tanto los poderes como el Estado, en general, en sus funciones que le son relativas, tengan como objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño, en el ejercicio de sus derechos y que sus facultades se encuentran limitadas justamente por esta función y objetivo."³⁹

4.- Función de la patria potestad.

Como fue señalado en el apartado correspondiente a la determinación de la naturaleza de la patria potestad, existe una posición doctrinaria, con la que coincidimos, en el sentido de ser la patria potestad una función realizada por los progenitores en relación a sus hijos menores no emancipados. Sin embargo, cuando en el presente apartado nos ocupamos de la función de dicha figura, no hablamos ya de su naturaleza, sino de su misión.

El objeto de dicha función comprende, desde nuestro punto de vista, dos aspectos: por un lado, proporcionar al menor, por parte de sus progenitores, los

³⁹ TOLEDO Martínez, Gabriela, et. Al. Op. Cit. Pág. 71

elementos materiales y fácticos necesarios para su formación y desarrollo físico, emocional e intelectual, garantizando su subsistencia y protección mientras no alcance la mayoría de edad, así como su posterior integración como un sujeto independiente en la sociedad; y por otro, otorgar a los menores una protección jurídica que les permita, mientras no alcancen la mayoría de edad, coexistir en el ámbito de las relaciones jurídicas con el resto de su comunidad, mediante el ejercicio de las atribuciones de la patria potestad realizado por sus progenitores, permitiéndoles –aun a pesar de su minoría de edad y su falta de capacidad de ejercicio–, ejercer sus derechos y proteger su patrimonio a través de sus progenitores, quienes tendrán el deber de suplir la incapacidad de sus hijos menores en beneficio de éstos.

Por lo anterior, no concordamos con quienes concluyen que la patria potestad abarca sólo uno de ambos aspectos generales, como nos explica D'Antonio, "...Colin- Capitant señalan como finalidad de la institución el facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre los padres, mientras que para Josserand el fin consiste en asegurar el cumplimiento de las cargas que incumben al padre y a la madre en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de los hijos"⁴⁰; y tampoco con quienes contemplan el objetivo de la patria potestad en el logro del pleno desarrollo de la persona, como concluye el mismo autor, quien expresa: "... la patria potestad es una institución del derecho de familia, con una finalidad que la justifica y orienta durante toda su vigencia. Esa finalidad es la de lograr la plena cristalización de la

⁴⁰ D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Patria Potestad" Op. Cit. Pág. 24

personalidad del hijo menor, traducida en su total desarrollo biológico, psíquico y social.”⁴¹ Diferimos de dichas opiniones, pues si bien reconocemos el interés de la sociedad se orienta al logro, de cada uno de sus miembros, de un completo desarrollo personal a fin de constituir un Estado donde las personas sean libres para ejercer sus derechos y cumplir voluntariamente sus responsabilidades dentro del marco del derecho y con el fin de alcanzar el bien común; en realidad la función del Estado se ve limitada, en términos de viabilidad, a procurar que a los menores les sean proporcionados los elementos necesarios para su desarrollo, pero sin tener la posibilidad de constatar el logro de éste.

Con esto pretendemos decir que la patria potestad es un concepto jurídico, distinto de las relaciones paterno-filiales surgidas de la naturaleza, denominadas en este trabajo funciones paternas o derivadas de la paternidad, las cuales sí tienen por objeto el desarrollo de los hijos; pues si bien dichas funciones naturales son protegidas como atribuciones de la patria potestad en beneficio de los menores sometidos a ella, dicha figura en general se refiere a reguardar a los menores de la indefensión natural y jurídica derivada de su falta de desarrollo físico, emocional e intelectual así como de su inexperiencia, encontrándose satisfecha únicamente al aportar a los menores los elementos necesarios para su formación, pero ésta no será condicionante para la extinción de dicha figura alcanzada la mayoría de edad.

⁴¹ *Ibídem.* Pág. 157

Por tanto, la patria potestad, para lograr sus objetivos, se encuentra revestida de las siguientes características:

- a) Es una función de interés público, es decir, es una función del Estado velar por la protección del interés superior de los menores, y al ser adecuadamente ejercidas las atribuciones de la patria potestad, mayores serán las posibilidades para los menores sujetos a ella de alcanzar un pleno desarrollo, influyendo benéficamente en el tipo de ciudadanos que se integrarán como adultos en su comunidad; además, al ser las relaciones paterno-filiales parte del ámbito de la familia, ésta como institución fundamental de la sociedad, debe ser preservada de forma prioritaria por el Estado. Por ello incumbe al Estado, si no vigilar el desempeño de dicha función (respetando los derechos de los progenitores como se ha manifestado al tratar sobre la naturaleza de la patria potestad), sí procurar en todo caso la protección al interés de los menores, cuando de la alteración de su estilo de vida por quienes ejercen la patria potestad, pueda apreciarse un riesgo para el interés de aquéllos;
- b) temporal, pues a diferencia de las etapas más antiguas del desarrollo social de la humanidad, cuando se consideraba que los hijos llegaban a ser propiedad de su padre y parte de su patrimonio de por vida, en la actualidad se reconoce la patria potestad como una necesidad de los menores para ser provistos de los elementos necesarios para alcanzar la madurez; por ello, al haberseles proporcionado y al haber alcanzado

aquéllos el desarrollo requerido para integrarse a su comunidad como adultos, dicha función deja de tener justificación;

- c) irrenunciable, como consecuencia del interés del Estado en su adecuado cumplimiento. Por lo tanto, al ser reconocida a los padres como consecuencia de la filiación, éstos adquieren los deberes tendientes a su cumplimiento, los cuales no deben ser abandonados por los progenitores en perjuicio de sus hijos menores; en otras palabras, “... es irrenunciable este ejercicio porque está implícitamente contenida en la propia obligación de naturaleza pública que pretende proteger a los menores, no dejándolos en estado de abandono ...”⁴²;
- d) intransmisible, es decir, por corresponder la patria potestad al ámbito de las relaciones familiares y por ende personalísima de las personas involucradas en dicha función, no es susceptible de ser transmitida ni ser objeto de comercio. Como consecuencia de dicho aspecto, las atribuciones de la patria potestad deben ser ejercidas personalmente por los titulares de dicha figura. Ahora bien, la única excepción al carácter de intransmisible de la patria potestad es la adopción, cuyo efecto consiste en que dicha función deje de ser ejercida por los progenitores y sea llevada a cabo por el o los adoptantes; sin embargo, dicho procedimiento sólo puede ser realizado en beneficio de los menores y con la autorización del Estado a través del órgano jurisdiccional;
- e) imprescriptible, es decir, la patria potestad no puede adquirirse o perderse por el transcurso del tiempo; así, ninguna persona obtendrá la

⁴² TOLEDO Martínez, et. Al. Op. Cit. Pág. 55

titularidad de la patria potestad por cuidar y proteger a un menor durante un periodo determinado, ni los titulares perderán las atribuciones y menos aun los deberes inherentes a la misma por dejar de ejercerla durante cierto tiempo; por tanto, ningún progenitor podrá alegar haber sido liberado de deberes para con sus hijos por haber transcurrido un lapso determinado sin ejercer las facultades de dicha figura, ello en beneficio de los menores;

- f) estos deberes son de tracto sucesivo; en otras palabras, las facultades y deberes de la patria potestad no pueden darse por cumplidos mediante conductas unitarias o aisladas de sus titulares, requiriéndose por el contrario, una serie de acciones continuadas y a veces reiteradas para satisfacer las necesidades de los menores sujetos a ésta, las cuales se actualizan constantemente mientras sea vigente dicha figura. Por lo tanto, deberán ser satisfechas sucesivamente a lo largo del tiempo, y en consecuencia, si los deberes de los progenitores fueren incumplidos por sólo un corto periodo, ello podría dar lugar a la pérdida de la patria potestad por no cumplir el total de dichos deberes.

5.- Sujetos de la patria potestad

Los elementos personales involucrados en el desempeño de la patria potestad son de dos tipos, denominados por la doctrina como activos y pasivos. Los primeros llevan a cabo los quehaceres que integran la patria potestad,

mientras los segundos son los beneficiarios, en forma directa y personal, del ejercicio de las atribuciones de dicha figura.

La titularidad de la patria potestad deriva de la filiación, la cual, como se mencionó con anterioridad, corresponde al hecho natural del alumbramiento de un niño o niña. Siendo más precisos, es en realidad consecuencia de la presentación de un niño o niña nacidos recientemente; o bien siendo menores de edad, ante la presencia del llamado Oficial o Juez del Registro Civil por quienes afirman ser sus padres, para hacer constar su nacimiento.

Por lo tanto son titulares, o sujetos activos de la patria potestad, no necesariamente los padres biológicos de cada niño o niña presentados ante el Registro Civil, sino las personas que afirman serlo ante dicha institución. Es decir, quienes por el acto jurídico del reconocimiento, son legalmente considerados como ascendientes en primer grado de dichos menores; o bien las personas de quienes el Estado presume su paternidad, en términos de lo dispuesto por el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal; sin tener esa carga en principio, personas distintas. “La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado; de aquí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre, madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos y obligaciones.”⁴³ Si bien concordamos con el concepto de la autora antes citada, en relación con su expresión cabe precisar en primer lugar que la filiación, como manifestamos

⁴³ *Ibíd.* Pág. 32

anteriormente, es en sí un hecho jurídico correlativo a una realidad natural, por lo tanto, no se debe hablar de una filiación jurídica al no existir una filiación no jurídica. Por otro lado, es necesario tener en claro que la filiación, como la fuente donde se origina la patria potestad, no sólo establece la paternidad, utilizada como sinónimo de aquélla, sino también la maternidad; es decir, crea un vínculo jurídico con los dos progenitores de un menor, determinando por ende, la línea de parentesco tanto paterna como materna.

No obstante lo anterior, como única excepción a dicha regla el artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, en beneficio de los menores sujetos a la patria potestad, prevé que cuando por falta o impedimento ninguno de los ascendientes en primer grado pueda ejercerla, ésta podrá ser desempeñada por sus ascendientes en segundo grado; pero aun en este caso, es imprescindible determinar tanto la filiación de los menores, como la de sus progenitores, a efecto de reconocer a sus ascendientes jurídicamente como tales. Es necesario indicar, a manera de aclaración que si bien los abuelos, de acuerdo con la legislación mexicana, pueden ser titulares de la patria potestad (como medida de protección única y original, al menos entre las legislaciones iberoamericanas), en este trabajo continuaremos denominando a los titulares de la patria potestad como los progenitores, por ser la sustitución en la titularidad de la patria potestad una medida de carácter excepcional; además, aunque no necesariamente los padres biológicos serán quienes determinen la filiación de los menores, es de presumirse que en general, la realidad jurídica de la filiación corresponde a la realidad biológica de la procreación.

Aunque la patria potestad tiene en principio el carácter de irrenunciable e intransmisible, el Código Civil establece en su artículo 448 la posibilidad de que se excusen de dicha función quienes cuentan con 60 años cumplidos, o quienes por su habitual mal estado de salud, no puedan desempeñar adecuadamente la misma; lo anterior en beneficio de los menores, a efecto de sean protegidos por personas en plenitud de sus capacidades. Por otra parte, por efecto de la adopción la patria potestad será ejercida por el o los adoptantes; dando como resultado una sustitución de quienes debían desempeñarla, llevada a cabo incluso si existen los abuelos de los menores y aun si estuvieran interesados en cumplir esa función. Igualmente, en el caso de la adopción, la patria potestad será ejercida únicamente por los adoptantes, excluyendo a cualquier pariente de éstos.

Ahora bien, en relación a los sujetos pasivos de la patria potestad, debemos entender que son las personas para las cuales deben ser cumplidas las funciones de esta figura; es decir, quienes por su falta de desarrollo físico, emocional e intelectual así como su inexperiencia, requieren de una protección especial, y se les brinden los elementos necesarios para alcanzar dicho desarrollo, pues "...una de las causas que constituyen el principal fundamento de la patria potestad es la ignorancia y la debilidad de los hijos, que necesitan de un protector o protectores que los dirijan y suplan los defectos de su incapacidad mediante su experiencia, es decir, que con su intervención, deben completar la capacidad del hijo."⁴⁴

⁴⁴ QUINTANILLA García, Op. Cit. Pág. 54

La patria potestad se ejerce en beneficio de las personas menores de edad no emancipadas, pues durante este periodo el Estado presume que carecen del discernimiento y aptitudes necesarios para valerse por sí mismos. Por otro lado, sólo estarán sujetos a patria potestad los menores de dieciocho años, en tanto no hayan sido emancipados, siempre y cuando exista para ejercerla alguna de las personas mencionadas en párrafos precedentes y no se haya excusado para hacerlo, conforme a lo dispuesto por los artículos 414 y 448 del Código Civil para el Distrito Federal. De lo contrario, los menores en tal situación no podrían estar sujetos a la patria potestad, encontrándose en tal caso bajo tutela.

6.- Temporalidad.

Reconocida por el Estado, y ejercida por los progenitores en beneficio de los hijos menores de edad para suplir su incapacidad de ejercicio por no haberse completado el desarrollo físico, psicológico e intelectual mínimo requerido para integrarse como adultos en su comunidad, es lógico que la existencia de la patria potestad se prolongue en el tiempo mientras subsista esa falta de capacidad en los hijos menores de edad, a diferencia de varias modalidades de esta figura, sobre todo en culturas antiguas, donde al resultar la patria potestad beneficiosa para los progenitores, podía incluso durar toda la vida.

En México, la mayoría de edad se alcanza tras haber cumplido dieciocho años de vida, conforme a lo dispuesto por el artículo 646 del Código Civil, cuando el Estado presume al individuo ahora mayor de edad, plenamente responsable de

sus actos y decisiones; en consecuencia se le considera apto para desarrollar su propio proyecto de vida interactuando en sociedad con apego a las normas establecidas.

Ahora bien, es necesario señalar que la patria potestad cesa cuando alcanzan los hijos la mayoría de edad (y no porque termine la ausencia de capacidad), por lo que se extingue incluso si existen otras causas de incapacidad, como se detallará en apartados posteriores. Ello es así por la imposibilidad material del Estado de determinar la extinción de la patria potestad al momento de alcanzarse el grado óptimo de desarrollo en los menores de edad en cada caso particular; por lo tanto, el Estado simplemente determina la edad en la cual los individuos idealmente deben adquirir plena capacidad de ejercicio, sin observar de forma casuística si cada persona es realmente responsable para asumir la misma al momento de alcanzar la mayoría de edad.

7.- Efectos de la patria potestad.

7.1.- En relación a los bienes del menor.

Los efectos de la patria potestad se refieren a la situación de los menores de edad no emancipados, mientras se encuentren sujetos a ésta; es decir, a la forma en que sus ascendientes cumplirán con los deberes y ejercerán las atribuciones propias de la patria potestad. Estos efectos se producirán sobre los menores tanto en su ámbito patrimonial como en el personal.

En lo concerniente al ámbito patrimonial de los menores de edad, por su falta de discernimiento e inexperiencia, se encuentran limitados al no poder disponer por sí mismos de sus bienes mientras no alcancen la mayoría de edad o sean emancipados, teniendo sus progenitores en el ejercicio de la patria potestad, el deber de administrar los bienes de dichos menores en beneficio de éstos, hasta que alcancen la capacidad legal para decidir libremente sobre su patrimonio.

Sobre la forma como serán administrados los bienes de los menores, ello dependerá del tipo de bien de que se trate, reconociendo la legislación del Distrito Federal en su artículo 428, dos tipos de bienes, clasificándose éstos según hayan ingresado al patrimonio del menor:

- a) bienes producto del trabajo realizado por el propio menor, los cuales corresponden en propiedad, administración y usufructo al propio menor; y
- b) bienes adquiridos por cualquier título distinto del trabajo realizado por el menor, conocidos en la doctrina como bienes adventicios, pudiendo provenir de herencia, legado, donación o don de la fortuna; corresponden al menor, la propiedad de los mismos y la mitad del usufructo; correspondiendo la administración y la otra mitad del usufructo a los progenitores, salvo si al momento de establecerse la herencia, legado o donación se les excluyere expresamente del mismo, o bien los mismos renunciaren a él, caso en el cual el usufructo corresponderá a los menores.

La administración sobre los bienes de los menores, como el usufructo del que se benefician los progenitores, ha sido entendido por la doctrina como un derecho de los padres, como parte de la patria potestad y ha sido tomado como una de las bases para afirmar que la patria potestad otorga derechos sobre los bienes de otros, es decir, de los hijos menores no emancipados. Desde nuestro punto de vista, la administración de los bienes de los menores sujetos a la patria potestad, no implica un derecho de los progenitores con relación a sus hijos menores, sino un deber, dada la necesidad de los mismos de preservar su patrimonio mientras se encuentren impedidos para decidir directamente sobre él. De entenderse dicha administración como un derecho, lo sería sólo frente a terceros, como se ha explicado con anterioridad; de lo contrario, pues se podría pensar que la misma no beneficiara a los menores, sino a sus progenitores, lo cual no ocurre en el marco jurídico. Por el contrario, los progenitores habrán de dar cuentas de su administración, además de encontrarse limitados para enajenar los bienes de sus hijos, únicamente con autorización judicial y con causa suficiente, ya sea por absoluta necesidad o para producirles un evidente beneficio.

“La administración también es una facultad limitada en sí misma, ya que no comprende la libre disposición de los bienes del hijo o hija, pues atentaría contra el principio de conservación de los bienes que impera en este instituto. Así, el ejercicio de la patria potestad y de los derechos y facultades que le son inherentes no implica que quienes la ejercen puedan enajenar o gravar los bienes muebles o inmuebles del o la menor sujeto a ella, a menos que sea absolutamente necesario

y benéfico para el hijo o hija, extremo que deberá comprobarse ante el juez, quien, en su caso, dará la autorización requerida para la validez de estos actos [...] Tampoco pueden celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años ni recibir renta anticipada por más de dos ni hacer donaciones de los bienes del hijo o hacer remisión de sus derechos o dar fianza en su representación ni vender, a menor valor del cotizado en la plaza el día de la venta, valores comerciales, industriales, títulos, acciones, frutos y ganados (artículo 436 del CC)⁴⁵

Respecto al usufructo a favor de los progenitores sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, entendemos que efectivamente constituye un derecho a favor de los progenitores, pero no como parte, directamente, de la patria potestad; en nuestro concepto, el mismo tiene el carácter de retribución por la administración de los bienes de los menores, desempeñada por sus progenitores. Por lo anterior, para surtir efecto será necesaria en primer término la existencia, en el patrimonio de los menores, de bienes susceptibles de ser usufructuados por sus progenitores, pues como se ha señalado líneas arriba, quienes por cualquier título aporten bienes al patrimonio del menor pueden excluir a los progenitores del beneficio del usufructo e incluso éstos pueden renunciar al mismo; por otro lado, el usufructo se perderá si se pierde la patria potestad, y por ende, la administración. De la misma forma opina Ruggiero, quien afirma que la razón de ser o el fundamento de este tipo de usufructo, "... debe buscarse hoy en la necesidad de otorgar al padre una compensación por los gastos y cuidados que pesan sobre él

⁴⁵ PÉREZ Duarte y N., Alicia, "Derecho de Familia", Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1994, Pág. 228

por la manutención y educación de los hijos, y en la consideración de tal usufructo como un medio de asegurar el cumplimiento de dichos deberes...”⁴⁶. Por nuestra parte consideramos que esta compensación únicamente contempla la administración en sí misma, pues la compensación por la manutención de los menores llevada a cabo por los progenitores es contemplada en la reciprocidad del deber alimentario.

7.2.- En relación a la persona del menor.

“Los efectos sobre la persona del hijo, se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella, como a la función protectora y formativa que deben llevar a cabo los primeros”⁴⁷

Dichos efectos son los siguientes:

- a) Los menores se encuentran representados legal por quienes ejercen la patria potestad. Dada la falta de discernimiento y de experiencia de los menores sujetos a dicha figura, el Estado no les reconoce capacidad legal para ejercer por sí mismos sus derechos o adquirir obligaciones, por lo tanto, todos los actos jurídicos que les conciernen serán realizados por sus progenitores, bajo la figura denominada como representación legal necesaria. En consecuencia, los menores no podrán ser parte en juicio, ni

⁴⁶ RUGGIERO, Op. Cit. Pág. 239

⁴⁷ BAQUEIRO Rojas, et. Al. Op. Cit. Pág. 229

adquirir obligaciones sin el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad. Por otro lado, cuando los representantes de los menores sujetos a la patria potestad tuvieran un interés contrario a éstos, sus intereses serán defendidos por un tutor interino nombrado por la autoridad judicial para salvaguardarlos especialmente en tal conflicto de intereses; ello en beneficio de los menores, a efecto de no quedar indefensos si sus progenitores benefician su propio interés antes que el del menor;

- b) Impone a los titulares de la patria potestad el deber de educar convenientemente a los menores. Esta responsabilidad implica no solamente el proporcionarles una educación escolar o instrucción, obligatoria hasta el nivel secundario; además se orienta hacia el desarrollo integral de las facultades y habilidades de los menores; por lo tanto, impone a los progenitores el deber de observar una conducta que sirva de buen ejemplo, como guía moral y espiritual para los menores, debiendo desarrollarse las relaciones entre los menores y sus ascendientes en circunstancias de consideración y respeto mutuos. “En sentido amplio el deber de educación de los hijos implica el deber y derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor, así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad.”⁴⁸ Asimismo otorga a los progenitores la facultad de corregir a los menores sujetos a patria

⁴⁸ ZANNONI, Op. Cit. Pág. 719

potestad, pero sin incurrir en conductas de violencia hacia los mismos; esta facultad fue por mucho tiempo calificada por la doctrina como un derecho de los progenitores para corregir y castigar a sus hijos, sin embargo, en nuestra opinión tal facultad bajo ninguna circunstancia otorga un poder de castigo, sino únicamente una función de dirección de la conducta de los menores, tendiente a evitar comportamientos no adecuados, y debería ser usada sólo como un medio excepcional;

- c) Establece la obligación de los padres de asumir la guarda de los hijos, fijando inicialmente el domicilio de éstos en el de sus progenitores, o en uno distinto designado por ellos, estando prohibido a los menores el abandonarlo sin consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, y en su caso, de la guarda. Lo anterior tiene por objeto, al permitir la cercanía material, brindar a los menores la seguridad de que los progenitores puedan cumplir las funciones de protección y educación requeridas por aquéllos, quedando en caso de separación al menos uno de los padres a cargo de dichas funciones;
- d) Finalmente, los progenitores habrán de cumplir con el deber de manutención para con sus hijos menores sujetos a la patria potestad. Si bien, como se ha señalado con anterioridad, el deber de alimentos es parte de una institución distinta de la patria potestad originada en el parentesco, su contenido forma parte de los deberes que la constituyen; por lo tanto deben ser

proporcionados a los menores para procurar su desarrollo, pudiendo llevar su incumplimiento a la pérdida del ejercicio de la patria potestad para quien deje de observar dicho deber, el cual por otra parte continuará vigente incluso si se verifica tal pérdida, ello en beneficio de los menores.

8.- Suspensión, pérdida y terminación de la patria potestad.

Siendo la patria potestad reconocida por el Estado para ofrecer a los padres las atribuciones jurídicas necesarias para el adecuado cumplimiento de sus funciones y responsabilidades paterno o materno- filiales, puede sin embargo, ser suspendida en su ejercicio por el Estado, atendiendo siempre al interés de los menores.

Puede ser suspendida la patria potestad cuando el Estado así lo determine mediante resolución judicial, en virtud de existir una causa demostrada que incide en la aptitud del titular de la misma, impidiéndole realizar los actos jurídicos necesarios para cumplir adecuadamente con los deberes propios de dicha figura, y por tanto, asumir la responsabilidad jurídica por el menor.

De acuerdo con el artículo 447 del Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;

- III. Cuando el consumo del alcohol, el habito de juego, el uso no terapéutico de las substancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que este sea al menor;
- IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.
- V. Cuando exista la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso su vida del o de los descendientes menores por parte de quien conserva la custodia legal, o de pariente por consaguinidad o afinidad hasta por el cuarto grado.
- VI. Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.⁴⁹

Las causas antes enunciadas por la ley para la suspensión de la patria potestad, no dan lugar a apreciar dicha medida como una sanción en contra del progenitor al cual se aplica la misma, pues de ellas no se aprecia una conducta irresponsable o negligente, ni tendiente a abstenerse de cumplir con las responsabilidades derivadas de la paternidad; en todo caso, tales conductas son consideradas como no graves para poner en riesgo el bienestar de los menores. Por otro lado la suspensión de la patria potestad no denota una falta de aptitud para cumplir con las funciones como padre o madre, producto de una dinámica natural propia de las relaciones humanas y familiares; simplemente implica que un progenitor no puede llevar a cabo el aspecto jurídicamente relevante de dichas funciones, como consecuencia, en general de su propio status jurídico; es decir, el

⁴⁹ Código Civil para el Distrito Federal.

ascendiente a quien ha sido suspendida la patria potestad sobre sus menores hijos no emancipados, se hallará temporalmente imposibilitado para representarlos jurídicamente, administrar sus bienes o dar un consentimiento necesario para la realización de algún acto jurídico relevante para ellos; sin embargo, (salvo limitaciones muy específicas de tales habilidades), dicha suspensión no impedirá al progenitor afectado seguir participando en la educación de sus menores hijos, darles buen ejemplo, ni asistirlos moral o espiritualmente para contribuir a su pleno desarrollo.

Por otro lado, conforme a lo dispuesto por el artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 de éste Código.
- III.- En los casos de violencia familiar en contra del menor;
- IV. El incumplimiento de la obligación alimentaría por más de 90 días, sin causa justificada;
- V. Por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de tres meses, sin causa justificada;
- VI. Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada; y
- VII. Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delitos graves.⁵⁰

⁵⁰ Código Civil para el Distrito Federal.

La pérdida de la patria potestad es una medida determinada por el Estado mediante resolución judicial, tomada para la protección de los menores sujetos a aquélla, que implica apartar a los progenitores afectados por dicha medida de las funciones paternas jurídicamente relevantes, en virtud de haberse acreditado en juicio una actitud omisa, negligente o irresponsable para con sus hijos, o de abstenerse de cumplir con sus responsabilidades paternas o llevándolas a cabo de forma deliberadamente deficiente o inadecuada, o sin atender al interés de los menores sujetos a la patria potestad, poniendo a los mismos en posibilidad de correr un riesgo para las condiciones necesarias para su pleno desarrollo. “La pérdida de la patria potestad, en cambio, se funda en una conducta paterna manifestadora de un grave incumplimiento o indebida satisfacción de los deberes integrantes de la patria potestad, que por su entidad hace peligrar la finalidad de la institución.”⁵¹

La patria potestad termina cuando su función ha sido satisfecha, o bien cuando no puede llevarse a acabo. En el primer caso, las facultades atribuidas al progenitor de un menor sujeto a la patria potestad, concluirán cuando cese la incapacidad legal de éste, es decir, cuando alcance la edad necesaria para dejar de ser considerado un menor; en México, ello acontece al cumplirse los dieciocho años de edad. Al alcanzar esta edad, el Estado supone que el antes menor de edad ya ha desarrollado todas las habilidades mínimas, biológicas y psíquicas, para conducirse por sí mismo, tomar sus propias decisiones, y ejercer sus derechos así como cumplir sus obligaciones por sí mismo, a lo cual se denomina

⁵¹ D'ANTONIO, “Patria Potestad”, Op. Cit. Pág. 171

“capacidad de ejercicio”. “En consecuencia, la patria potestad encuentra natural culminación cuando cesa el estado de minoridad filial, en el cual se fundaba la ley para la protección y el amparo. Podemos decir, pues, que con el arribo a la mayoría de edad por el hijo la patria potestad, más que extinguirse, se agota por haber llegado a la etapa en que la ley presume innecesaria la vigencia de la institución.”⁵²

Conforme a lo establecido por el artículo 443 del Código Civil, la patria potestad termina:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo.
- 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.⁵³

Las discapacidades contempladas por el artículo 450 fracción II del Código Civil, debidamente probadas ante la autoridad judicial dan lugar a declarar que un mayor de edad carece, ya sea de forma temporal o permanente, de capacidad de ejercicio; sin embargo, al ser mayor de edad, no puede ser puesto de nuevo bajo patria potestad, hallándose entonces sujeto a tutela, una figura similar a la patria

⁵² D'ANTONIO, “Patria Potestad”, Op. Cit. Pág. 157

⁵³ Código Civil para el Distrito Federal.

potestad pero distinta de aquélla, por encontrarse dirigida a personas mayores de edad o menores no sujetos a dicha figura. Además, esta incapacidad, denominada “estado de interdicción”, puede también sobrevenir a personas que alcanzaron normalmente la mayoría de edad y la capacidad de ejercicio, durante cualquier momento de su vida, por haber sufrido una causa de incapacidad.

Por otra parte, conforme a lo dispuesto por los artículos. 641 y 643 del Código Civil para el Distrito Federal, también existe la posibilidad de adquirir, por parte de un menor de edad, una capacidad de ejercicio limitada mediante la emancipación por matrimonio, lo cual resulta lógico pues al iniciar el menor de edad una nueva familia, requiere tomar decisiones y llevar a cabo los actos jurídicos necesarios para la consolidación de su nueva relación familiar con libertad, sin estar sujeto a la aprobación de sus progenitores. Entendemos la emancipación como “... la disolución para el hijo menor del vínculo de la patria potestad (y si se halla sujeto a tutela, de la tutela) por la aptitud en él reconocida para realizar actos jurídicos que no entrañen mucha gravedad e importancia...”⁵⁴; sin embargo, tal capacidad de ejercicio será limitada durante la minoría de edad en lo referente a los actos de dominio sobre sus bienes, para los cuales requerirá el consentimiento de la autoridad judicial, así como un tutor para negocios judiciales, a efecto de proteger al menor de la dilapidación de sus bienes; esta limitación subsiste hasta cumplir la mayoría de edad, cuando la capacidad de ejercicio del menor emancipado adquiere plenitud.

⁵⁴ RUGGIERO, Op. Cit. Pág. 242

También la patria potestad llega a su fin, por la imposibilidad de llevar a cabo sus funciones, dada la falta repentina de alguno de los sujetos de dicha relación, por muerte de quien ejercía la patria potestad, o del menor sujeto a ella, ello en virtud de que "...la muerte extingue todos los derechos meramente personales, o que no son susceptibles de transmisión a los herederos y sucesores de las personas que los ejercen; y como la patria potestad es un derecho estrictamente personal, por consecuencia se extingue si no existe alguna de las personas a quienes la ley les otorgue su ejercicio."⁵⁵

9.- Recuperación y restablecimiento de la patria potestad.

La patria potestad existe para satisfacer el interés público de proveer a los menores protección material, psicológica y jurídica de sus progenitores; a quienes el Estado confía de manera preferente el cumplimiento de las atribuciones propias de dicha figura; por ello, sólo de manera excepcional y por motivos claramente acreditados ante la instancia judicial, el Estado puede llegar a la conclusión de que una persona deja de ser apta para ejercer la patria potestad y, en consecuencia, apartar a dicha persona de esas funciones, para evitar un perjuicio a los menores a su cargo.

Sin embargo, corresponde al interés del Estado, habiendo suspendido a una persona en el desempeño de la patria potestad, que al cesar la causa de dicha medida, la autoridad judicial pueda restablecer a tal persona en el

⁵⁵ QUINTANILLA García, Op. Cit. Pág. 66

desempeño de esta función, pues la medida de suspensión es de carácter claramente temporal, por no hacerse evidentes conductas irresponsables, negligentes o peligrosas del afectado. Al desaparecer la causa que dio origen a la suspensión, de acuerdo al interés público, los menores deberían continuar bajo la patria potestad de sus progenitores tal como se hallaban antes de la suspensión, entendiéndose a éstos nuevamente aptos para desempeñarla, debiéndose reconocer esa aptitud y restableciéndose el ejercicio de la patria potestad.

Por otro lado, en el caso de la pérdida de la patria potestad, las conductas del o los progenitores que originan dicha medida son potencialmente tan perjudiciales para el interés y bienestar de los menores cuya patria potestad les ha sido retirada que, habiéndose tomado por parte del Estado dicha medida en carácter de extrema necesidad como un medio indispensable de protección al menor, sus causas no permiten atribuir a dicha medida un carácter temporal, dado el elemento de irresponsabilidad por parte de los progenitores.

No obstante lo anterior, el Código Civil para el Distrito Federal reformado en septiembre de 2004, en su artículo 283 establecía la posibilidad, para los progenitores, de recuperar la patria potestad, cuando la hubieran perdido por cuestiones alimentarias, siempre y cuando se acreditara el cumplimiento de dicha obligación. Dicha recuperación encontró además apoyo en los razonamientos del poder judicial federal, plasmados en el siguiente criterio jurisprudencial:

PATRIA POTESTAD. CUANDO SE DECRETE SU PÉRDIDA POR OMISIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR ALIMENTOS, EL DEUDOR ALIMENTISTA PUEDE RECUPERARLA SIEMPRE Y CUANDO ACREDITE QUE LA HA CUMPLIDO (ARTÍCULO 283 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, REFORMADO POR DECRETO PUBLICADO EL SEIS DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CUATRO, EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL).

Cuando se decreta la pérdida de la patria potestad, se ocasiona un daño al núcleo familiar y sobre todo al menor, muchas veces irreparable, dado que es una forma de desmembración de la familia que acarrea graves consecuencias de índole psicológico y sociológico que repercuten no sólo en las diferentes etapas de la vida de los hijos, sino también en la de los padres. El legislador, tomando en cuenta lo anterior, y sobre todo el interés superior de los niños y de las niñas, que es lo que constituye el principio rector para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre, el quince de abril de dos mil cuatro presentó una iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad. En la exposición de motivos de dicha iniciativa, se asentó que la legislación requería de actualizarse a fin de armonizarla con las necesidades sociales, las cuales se traducían en que los niños y niñas tenían una esfera de protección insuficiente y precaria que los convertía en sujetos en condiciones de vulnerabilidad y en algunas situaciones de desventaja social, por lo que para superar dicha situación, era necesario armonizar los derechos de los ascendientes, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus derechos plasmados en la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños; por tal situación, el legislador presentó la reforma al precepto 283 del Código Civil para el Distrito Federal (reformado por decreto publicado el seis de septiembre de dos mil cuatro, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal), el cual establece que cuando se pierda la patria potestad por incumplimiento de la obligación de proporcionar alimentos, el deudor alimentista puede recuperarla siempre y cuando acredite que ha cumplido con ella; de ahí que

únicamente en esta hipótesis pueda recuperarse la patria potestad, y sólo bastará que el deudor alimentista demuestre fehacientemente que se encuentra al corriente con su obligación.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 45/2005. 18 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzales. Secretaria: Vanessa Delgadillo Hernández.⁵⁶

Las disposiciones vigentes ya no contemplan la posibilidad de recuperar la patria potestad; sin embargo, dada la relevancia de dicha función, consideramos que ante causas de menor gravedad objetiva para el interés y bienestar de los menores, así como por el cambio en la conducta del afectado, el Estado en beneficio de los menores debería tener por demostrado el cambio en la actitud de los progenitores, convirtiéndose en la adecuada para el desempeño de las funciones de la patria potestad, y reintegrar al progenitor afectado al desempeño de la misma, por corresponder al interés público que sean los progenitores quienes directa y preferiblemente lleven a cabo las tareas de protección y formación de sus hijos; en otras palabras, "...aun cuando la gravedad de los supuestos que determinan la procedencia de la pérdida de la patria potestad autoricen a suponer que la misma tendrá caracteres definitivos, es preferible dejar abierta la posibilidad de revisar la sanción cuando aparezca claramente tipificada la enmienda paterna. Ello sí, la apreciación de la conducta posterior habrá de efectuarse con criterio riguroso y estricto, pues así como los tribunales son reacios

⁵⁶ Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXII, Septiembre de 2005, Página: 1515, Tesis: I.11o.C.136 C, Tesis Aislada, Materia(s): Civil

a imponer tan grave medida y requieren una plena acreditación de los extremos que dan lugar a la misma, igualmente deberán aplicarse tales criterios para arribar a un establecimiento de la situación anterior.”⁵⁷

⁵⁷ MÉNDEZ Costa, et.al. Op. Cit. Pág. 340

II. GUARDA, CUSTODIA, Y DERECHO DE CONVIVENCIA.

1.- La guarda.

Uno de los efectos de la patria potestad, en relación a la persona de los sujetos a ésta, es determinar su guarda en favor de sus progenitores, plasmándose dicha característica en la legislación al determinar el domicilio legal de los menores de edad sujetos a patria potestad en el de sus progenitores, así como en la forma de una prohibición a dichos menores de abandonar el domicilio de aquéllos. Sin embargo, al iniciar el estudio de la guarda para comprenderla conceptualmente, nos encontramos con la dificultad de que en la doctrina mexicana existen muy escasos estudios acerca de este tema, limitándose casi la totalidad de los autores a enumerar los lineamientos legales antes señalados entre los efectos de la patria potestad, pero sin establecer un concepto de guarda, ni distinguir sus supuestos; así, por ejemplo, Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez consideran que "...el concepto de guarda presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor. Su domicilio legal es el de que ejerce la patria potestad".⁵⁸

Por otro lado, al revisar la doctrina extranjera –principalmente iberoamericana–, encontramos que la misma no suele contemplar con el nombre de guarda a ningún elemento, característica o efecto de la patria potestad, identificando el aspecto aquí estudiado más frecuentemente con la denominación

⁵⁸ BAQUEIRO Rojas, et. Al. Op. Cit. Pág. 230

de *tenencia*, llegando incluso algunos autores a designar como guarda una figura considerada ajena a la patria potestad. Así lo consideran Méndez Costa Y D'Antonio, quienes opinan: "... podemos delinear conceptualmente la guarda expresando que constituye la tenencia de un menor de edad por quien no es su representante legal, con la finalidad de brindarle asistencia material y espiritual [...] igualmente, no se establece como finalidad de la guarda el logro del pleno desarrollo personal del niño, apareciendo sus funciones limitadas a prestar la asistencia material y espiritual necesarias, sin perjuicio de la trascendencia que reviste dicha tarea."⁵⁹ Conforme a tales argumentos, la guarda sería una función de objetivos semejantes a los que aquí propondremos, pero desempeñada por quien no es titular de la patria potestad; otro sector de la doctrina, principalmente española, designa tal figura como "guarda de hecho" o "acogimiento".

Entendemos la guarda como una atribución ligada al deber de protección de los progenitores como titulares de la patria potestad, el cual se manifiesta en la facultad de mantener a los menores en su compañía, o bien de designar su domicilio, traduciéndose en un acceso o cercanía material con los sujetos a patria potestad. El objeto de tal cercanía será que los menores, en tanto se encuentren bajo dicha figura, estén al alcance de sus progenitores para poder desempeñar adecuadamente las funciones inherentes a la patria potestad; proporcionando a sus hijos, de forma directa o indirecta, los elementos materiales y fácticos necesarios para su adecuada formación física, intelectual, moral y espiritual; y cumpliendo, entre otros deberes a su cargo, el de observar una conducta que sirva

⁵⁹ MÉNDEZ Costa, y otro. Op. Cit. Pág. 427

de buen ejemplo a sus hijos, tal como lo previene el artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal.

Al delinear el concepto de “guarda” concebimos una facultad permanente de los progenitores de proteger a sus hijos menores sujetos a patria potestad, así como el medio para llevar a cabo las distintas tareas derivadas de ésta, prolongándose en el tiempo mientras dure el ejercicio de la patria potestad; es decir, para poder cumplir con los deberes derivados de ésta –en particular los que actualmente impone el Código Civil como deberes de crianza⁶⁰– , los progenitores necesitan tener cierta cercanía física con los menores, para brindarles protección, alimentación, cuidado, educación, y tener control de sus actividades, hábitos y en general de su estilo de vida; en otras palabras, “... la *guarda* integra las relaciones paterno-filiales emergentes de la patria potestad y comprende, respecto del padre y la madre, la obligación de proteger a sus hijos, educarlos, vigilar su conducta y en su caso, corregirlos y castigarlos adecuadamente [...] y, respecto de los hijos, la obligación de convivir en el hogar con sus padres, o donde ellos determinen...”⁶¹

Por su parte, López del Carril considera que “... la guarda, entonces, comprende

⁶⁰ Que en su artículo 414-Bis establece que: Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

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

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

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

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

Se considerará incumplimiento de las obligaciones de crianza, el que sin justificación y de manera permanente y sistemática no se realicen las actividades señaladas; lo que el Juez valorará en los casos de suspensión de la patria potestad, de la determinación de la guarda y custodia provisional y definitiva, y el régimen de convivencias.

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.

⁶¹ ZANNONI, Op. Cit. Pág. 141

el conjunto de derechos-función que les corresponde al padre y/o en su caso a la madre a tener corporalmente al hijo consigo, a educarlo, a asistirlo en las enfermedades, a su corrección, a alimentarlo, a vestirlo, y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual.”⁶²

La guarda de menores es ejercida, de manera natural, por ambos progenitores al convivir en el núcleo familiar y cumplir conjuntamente con sus responsabilidades para con sus hijos menores de edad. En estas circunstancias, la guarda se encuentra integrada al resto de las funciones propias de la patria potestad, y se entiende desempeñada conjuntamente por ambos progenitores al ejercer por igual la autoridad doméstica de su hogar. Así lo considera Chávez Ascencio, quien manifiesta que “... este derecho está implícito en la relación jurídica paterno-filial, que se cumple en forma habitual y normal al convivir todos en el domicilio conyugal...”⁶³

Sin embargo, en caso de producirse la separación de los progenitores, es necesario distinguir cuál de ellos detendrá la guarda de los hijos sujetos a patria potestad, es decir, quién retendrá a dichos menores en su compañía, produciéndose en este supuesto un desmembramiento del ejercicio de la patria potestad entre los progenitores, por dejar de cumplir con las obligaciones derivadas de la patria potestad de manera conjunta. A partir de ese momento, sólo uno de ellos habrá de detentar la guarda, sin que por ello exista pérdida de la

⁶² LÓPEZ Del Carril, Op. Cit. Pág. 280

⁶³ CHÁVEZ Ascencio, Manuel F., “Convenios Conyugales y Familiares”, 2ª edición actualizada, Editorial Porrúa, México D.F., 1993, Pág. 115

patria potestad para el otro, como explica D'Antonio: "... el desmembramiento de la patria potestad se caracteriza por no incidir sobre la institución ni afectarla ni en su aspecto estático –titularidad- ni el dinámico – ejercicio-, sino que constituye un avance sobre uno o varios de los derechos-deberes que la integran, determinando que queden enervados..."⁶⁴ El hecho de determinar la guarda en favor de uno solo de los progenitores como consecuencia de su separación, no puede ser considerado como una sanción hacia alguno de ellos o como menoscabo de sus prerrogativas como titular de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad; se trata de una medida derivada de la imposibilidad práctica o material de que los hijos menores cohabiten simultáneamente con ambos progenitores cuando éstos a su vez han dejado de cohabitar. Asimismo, la determinación de la guarda es una medida de protección a los menores orientada a garantizar, por un lado, que no obstante la separación de sus progenitores, uno de ellos se encargará de cumplir con las responsabilidades y cuidados surgidos de la vida cotidiana, y por otro, que las directrices establecidas respecto a los hábitos y estilo de vida de dichos menores, así como el control cotidiano de sus actividades se realice con unidad de criterio, especialmente cuando el establecimiento de una rutina estable resulte indispensable para su adecuada formación.

Según considera Mizrahi, "... con la quiebra conyugal la situación fáctica no es la misma, a tal punto que se produce un *demembramiento* de la guarda que genera una suerte de modalización de los deberes que pesan sobre los padres. En efecto, la desunión parental generará dos figuras propias de ese estado: un

⁶⁴ D'ANTONIO, "Patria Potestad", Op. Cit. Pág. 191

progenitor, en lo habitual, detentará exclusivamente la llamada *tenencia* –será el padre guardador o progenitor continuo- y gozará con su hijo del tiempo principal; el otro, se convertirá en el padre *no custodio* o excluido de la sentencia; vale decir, en el progenitor discontinuo, puesto que permanecerá con su vástago sólo el denominado *tiempo secundario...*”⁶⁵

Los lineamientos generales sobre asignación de la guarda, cuando ésta no ha sido decidida de común acuerdo por los progenitores, se encontraban antes de la reforma de febrero del año dos mil siete plasmados en el artículo 282 fracción V del Código Civil, donde se establecía que salvo causa grave los menores de siete años continuarían bajo los cuidados de la madre. Sin embargo la legislación vigente ha abandonado dicha preferencia, desde nuestro punto de vista de forma equivocada, pues “... es de importancia que el menor permanezca con la madre durante sus primeros años de vida, en los que recibe lo que podría llamarse la primera educación que está prácticamente a cargo del progenitor con el que convive, ya que, aun cuando el niño concurra a un jardín de infantes –con todo lo que esto implica para su educación y socialización-, debe esperarse que al ingresar al mismo el menor haya adquirido ciertos hábitos, como por ejemplo, la limpieza, el control de sus esfínteres, la conducta en la alimentación, el manejo del lenguaje y pautas de sus horarios. Cuando el ingreso al jardín de infantes se produce después de los tres años, el niño deberá haber aprendido en su hogar a escuchar y hacerse entender, y, en cierta medida, a compartir. Se trata de hábitos básicos y elementales que deben aprenderse en la primera infancia, por las

⁶⁵ MIZRAHI, Op. Cit. Pág. 396

secuelas psíquicas que implica su incorporación posterior. En este aprendizaje, la madre juega un papel fundamental...”⁶⁶

En cambio, la solución contemplada en el Código Civil vigente ante la falta de acuerdo entre los ascendientes, remite al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, donde se ordena dar vista a la parte contraria, y de subsistir el desacuerdo, se señalará fecha para la celebración de una audiencia en la cual se resolverá sobre el régimen correspondiente; por otro lado el Código Civil en la reforma antes comentada, establece que los menores de doce años sujetos (¿pasivos?) de violencia familiar deberán quedar al cuidado de la madre a menos que ésta la origine, sin que sea obstáculo para dicha preferencia el que carezca de recursos económicos. Las disposiciones vigentes dan lugar a preguntarse, aunque dudamos que haya sido la intención, si debemos entender como su consecuencia, el que los menores de doce años que no sean sujetos de violencia familiar no deben quedar al cuidado de la madre; otro aspecto a considerar sería la desaparición del concepto de causa grave, pues ahora la “preferencia materna” se origina únicamente en la violencia familiar. A pesar de las circunstancias antes comentadas, si bien la legislación no enuncia expresamente con quién habrían de permanecer los menores de edad en caso de desacuerdo entre los progenitores, la guarda de los mismos habrá de determinarse en favor del progenitor considerado por el juzgador como el más idóneo para ejercerla, cumpliendo de la mejor forma posible las responsabilidades que dicha guarda implica.

⁶⁶ STILERMAN, Op. Cit. Pág. 98

Aunado a lo anterior, en relación con la determinación de la guarda, ante la falta de acuerdo entre los progenitores, "... la regla de la estabilidad desempeñará un papel primordial para decidir a cuál de los progenitores se ha de conferir la custodia de los hijos. El estándar apunta a que con la asignación respectiva no se quiebre la continuidad afectiva, espacial y social del niño. Para ello será conveniente, en principio, no variar su lugar de residencia, la escuela a la cual concurre, los lugares de encuentro, etc.; es decir, mantener el entorno social y cultural del hijo, sin que en lo posible se modifiquen las costumbres y hábitos cotidianos ni sobrevengan desplazamientos bruscos de un medio a otro..."⁶⁷

Cabe destacar que la legislación contempla, desde hace pocos años, la posibilidad para los progenitores, de detentar, pese a su separación, la denominada "custodia compartida", modalidad de la guarda que constituye el objeto principal de este estudio, la cual será analizada a lo largo del capítulo siguiente.

Siendo la determinación de la guarda una medida tomada en beneficio de los menores sujetos a patria potestad para garantizarles la protección y cuidados que requieren, su detentación puede variar según lo requiera el interés de los menores, pudiendo además ser suspendida o perdida por el progenitor en cuyo favor fue determinada, si su ejercicio resulta perjudicial para el interés de los menores.

⁶⁷ MIZRAHI, Op. Cit. Pág. 412

La guarda puede ser perdida o suspendida cuando por resolución judicial haya lugar a la pérdida o suspensión de la patria potestad, pues al constituir la guarda una de las facultades contenidas en esta figura, sigue la suerte del conjunto de atribuciones que la integran, el cual se pierde o suspende íntegramente. Lo anterior por ser la suspensión o la pérdida de la patria potestad una medida tomada a favor del interés superior de los menores, y no puede entenderse a quien por resolución judicial ha perdido la aptitud de ejercer dichas atribuciones, por su ejercicio riesgoso o inadecuado, como apto para conservar a los menores bajo su cuidado. Sin embargo, al restablecerse la patria potestad como ha sido explicado en el capítulo precedente, se recuperará asimismo la aptitud para ejercer la guarda, pudiendo incluso detentarse nuevamente si el interés superior del menor así lo indica; en consecuencia, desde nuestra perspectiva, la detentación de la guarda no tiene un carácter permanente (como sí lo tiene la guarda, como hemos mencionado, porque mientras el menor se encuentre bajo la patria potestad, existe al menos una persona que la detente), pudiendo por el contrario variar conforme a las necesidades de los menores y a la capacidad de satisfacerlas de quienes tienen tal función; en consecuencia, "... no puede establecerse un criterio rígido que pauté el otorgamiento de la tenencia, en razón de que toda regla requerirá su excepción basada en que ésta consulta mejor los intereses de los menores. En consecuencia el único criterio que puede considerarse vigente para todas y cada una de las situaciones es la de poner el interés de los menores por encima de toda otra consideración, y en base a ello resolver lo que se entienda más conveniente." ⁶⁸

⁶⁸ STILERMAN, Op. Cit. Pág. 122

Finalmente, también puede perderse o suspenderse –en nuestra opinión– el ejercicio de la guarda sin existir pérdida o suspensión de la patria potestad como conjunto de facultades, siempre en función del interés de los menores, cuando por un cambio de circunstancias que no afecte la aptitud de cumplir con las responsabilidades propias de aquélla, se beneficie a los menores; por ejemplo, si por un cambio en la situación laboral del guardador, su jornada de trabajo se alarga o se ve obligado a cambiar de turno de trabajo, y como resultado sus hijos pasan largas horas a solas, sin atención ni supervisión. En casos como el anterior, insuficientes por sí mismos para dar lugar a la pérdida o suspensión de la patria potestad, y por ende la aptitud de ejercer la guarda, puede hacerse preferible para el interés del menor que sea el otro progenitor quien la ejerza, si en el momento actual puede brindar mayor atención y una protección más efectiva a los menores; tal y como se refleja en la siguiente interpretación jurisprudencial:

“GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DECRETADA A FAVOR DE LOS ABUELOS. NO SIGNIFICA LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE LA MADRE (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA).- La guarda y custodia de una menor decretada a favor de los abuelos paternos no implica, la pérdida de la patria potestad, por parte de la madre sino una limitación en el ejercicio de ese derecho que aunque con efectos suspensivos no los tiene definitivos de acuerdo con el artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de

Coahuila, ya que el juez en todo tiempo podrá modificar su determinación tomando en cuenta las nuevas circunstancias del caso”⁶⁹ y ⁷⁰

2.- La custodia.

De acuerdo con la ley y la doctrina, al producirse la separación entre los progenitores, en ejercicio de la patria potestad de sus hijos sujetos a ésta, debe determinarse en favor de uno de ellos la guarda y custodia de los mismos, como se ha explicado en el apartado anterior. Sin embargo, ni la ley ni la doctrina se han ocupado de distinguir dichos conceptos, utilizándose ya sea de forma conjunta o bien indistinta.

Por lo anterior, a efecto de proseguir con este estudio, es necesario delimitar conceptualmente la guarda y la custodia, para llegar a un adecuado entendimiento del aspecto de la patria potestad referente a la permanencia de los menores sujetos a ésta con sus progenitores, especialmente después de producida su separación. Consideramos necesario tratar de determinar si la

⁶⁹ Amparo directo 3355/86. Laura Andrea Villagrán. 25 de marzo de 1987. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante. 3ª Sala. Séptima Época. Volumen 217-228. Cuarta Parte. Pág 131. 3 Sala. Informe 1987. Segunda parte, tesis 323, Pág. 232.

⁷⁰ Sin embargo, independientemente de concordar con dicha tesis en lo relativo a las limitaciones que pueden ser impuestas al ejercicio de la patria potestad, así como con el carácter esencialmente temporal de las mismas, nos parece inadecuado considerar la asignación de las funciones propias de la patria potestad a personas distintas de sus titulares naturales, perderse o suspenderse la misma, dado el carácter de intransmisible que tiene dicha figura, es decir, que para que terceras personas, como sería el caso de instituciones públicas o privadas, puedan llevar a cabo tareas en principio exclusivas de los titulares de la patria potestad, éstos tendrían que haber sido despojados de tales atributos, aun si tales terceros resultan ser abuelos de un menor, pues incluso en este caso dichos ascendientes no son titulares naturales de la patria potestad, siéndolo sólo en defecto de los progenitores; por lo tanto, desde nuestro punto de vista, personas distintas de los progenitores no podrían llevar a cabo funciones propias de la patria potestad, como es el caso de la guarda, hasta en tanto no se encuentren en pleno ejercicio de dicha figura, pues de lo contrario se perjudicaría a los progenitores como titulares originales de la misma.

custodia es un sinónimo de la guarda, como parece desprenderse de una parte de la doctrina que utiliza ambos términos de forma indistinta, como se muestra en el siguiente ejemplo, donde al comenzar intentando conceptualizar la custodia, termina definiéndose la guarda: "... la palabra custodia proviene del latín *custos* que significa guarda o guardián, éste a su vez deriva de *curtos*, forma del verbo *curare*, que quiere decir cuidar, es la acción y el efecto de custodiar, o sea, guardar con cuidado alguna cosa. Así que, guarda de los hijos jurídicamente se entiende como la acción y efecto de cuidar directa y temporalmente a los hijos menores de edad no emancipados con la diligencia propia de un padre de familia..."⁷¹ Por otro lado trataremos de determinar si ambos elementos son en realidad distintos, como pareciera entenderse de las sentencias judiciales, que al resolver sobre la permanencia de los menores con alguno de sus progenitores, atribuyen a éstos tanto guarda como custodia, en este caso, trataremos de determinar si dicha custodia se origina en la guarda o bien constituye un fenómeno distinto.

Como primer punto, el hecho de que en las resoluciones judiciales no se atribuya a los progenitores el ejercicio únicamente de la guarda, o bien de la custodia en forma indistinta, nos lleva a la conclusión de que dichos términos no son sinónimos, al menos como términos jurídicos, pues las resoluciones arriba señaladas no asignan sólo una de tales funciones, sino siempre ambas; por otro lado las mismas se asignan siempre a un mismo progenitor, por lo cual el órgano

⁷¹ ÁLVAREZ De Lara, Rosa María e Ingrid Brena Sesma (coord.), "Diccionario de Derecho Civil y de Familia", Porrúa, UNAM, México D.F., 2004, Pág. 92.

jurisdiccional no asigna a un progenitor la guarda de sus hijos sujetos a patria potestad, asignando al otro la custodia de los mismos.

A partir de la última observación, podemos concluir que las funciones de guarda y custodia de menores sujetos a patria potestad, siendo funciones distintas, no pueden ser, en principio, ser ejercidas por ambos progenitores en forma simultánea si se han separado, ni fragmentarse para ejercitarse de forma escindida, por encontrarse íntimamente relacionadas. Sin embargo, sigue siendo necesario diferenciar ambas figuras a fin de conceptualizarlas individualmente como parte del conjunto de facultades o atribuciones que integran la patria potestad, si es el caso, así como comprender de dónde deriva la profunda relación existente entre ambos atributos, y la naturaleza de ésta.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁷², los términos guarda y custodia están vinculados, pues mientras la guarda se define como: poner algo donde esté seguro, conservar o retener algo o preservar algo del daño que le puede sobrevenir, la acepción de custodia indica guardar con cuidado y vigilancia.

Como se advierte de las definiciones antes citadas, consultadas dada la falta de una acepción legal, se aprecia que tanto la acción de guardar como de custodiar se refieren igualmente a la protección o conservación de un objeto o ser; sin embargo, también se observa, como diferencia fundamental, que mientras la

⁷² En su 22ª edición, del año 2001. *cf.* www.rae.es

guarda o acción de guardar implica una conducta de tipo permanente, es decir, prolongada en el tiempo, cuya acepción no implica la presencia de quien desarrolla esa conducta para poder llevarse a cabo; el concepto de custodia por el contrario, da a entender un cuidado efectuado momento a momento, siendo necesario incluir en este concepto a quien desarrolla la acción, por incluirse el elemento de vigilancia en la definición citada, es decir, el cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno, según la define el diccionario de referencia. Por lo anterior, mientras la guarda implica una protección permanente a lo largo de un periodo durante el cual un objeto o ser es guardado, sin requerir que exista contacto entre quien realiza la acción de guardar y el objeto guardado; la custodia en cambio, es un cuidado o protección temporal ejercida sobre un objeto o ser, llevada a cabo teniendo dicho objeto materialmente al alcance, cesando dicha acción al cesar también la cercanía.

Con base en dicha diferenciación, refiriéndonos ya a la guarda y custodia de menores, comprendemos que la guarda debe ser ejercida como parte de las de la patria potestad consistente en establecer las condiciones en las que el menor se desarrollará hasta alcanzar la plena capacidad jurídica, periodo durante el cual será vigente la patria potestad y por tanto la guarda misma; verificándose ésta aun si no existe una proximidad material entre el menor sujeto a patria potestad y el titular de ésta, por lo tanto, el acceso material o cercanía entre los menores y su guardador se encuentra latente, requiriéndose sólo la manifestación de voluntad del titular de la guarda para llevarse a cabo; por otro lado, dado que los menores no se encuentran en contacto en todo momento con el o los guardadores,

especialmente a partir de la edad escolar, la custodia de dichos menores la llevarán a cabo todas las personas que, independientemente de la patria potestad, tengan el encargo de velar por la seguridad e integridad de los menores, y se encuentren materialmente en contacto con ellos durante lapsos determinados. En otras palabras, la custodia "... se refiere exclusivamente a sujetar jurídicamente al cuidado y vigilancia de una persona a un menor de edad de manera más o menos formal aunque temporalmente..."⁷³

Al encontrarse los menores sujetos a patria potestad, durante determinados momentos, bajo la custodia de personas ajenas a aquélla, es decir, quienes no son sus titulares, no es necesario en consecuencia ser titular de la patria potestad para tener en custodia menores de edad sujetos a ésta; en otras palabras "... custodia: es una situación jurídica que implica el cuidado directo y vigilancia inmediata de un menor derivada de la filiación o parentesco, de una sentencia judicial o de la determinación contractual de los sujetos a quienes corresponde originariamente..."⁷⁴

Según nuestro parecer, la figura conocida como custodia de menores no forma parte de la patria potestad, pese a la atribución de ella realizada cotidianamente en los tribunales. Así también lo considera la doctora Alicia Pérez Duarte, como se señala a continuación "... El CC diferencia expresamente los conceptos de patria potestad y custodia, instituciones [...] referidas al bienestar y

⁷³ MATA Pizaña, Felipe de la, y Roberto Garzón, "Derecho familiar", Ed. Porrúa, México D.F., 2004, Pág. 258

⁷⁴ *Ibidem*. Pág. 257

cuidado de la niñez pero diferentes entre sí, pues una sólo comprende los cuidados de la persona del hijo o hija y la otra abarca tanto a la persona como a sus bienes. Una persona puede tener el ejercicio de ambos institutos respecto de su hijo o hija o sólo uno de ellos; sin embargo, tanto la persona que ejerce la patria potestad como aquella que tiene al o a la menor bajo su custodia tienen, desde mi punto de vista, la facultad de corregirlo o corregirla y la obligación de observar una conducta que le sirva de ejemplo...”⁷⁵

Disentimos sin embargo de la autora arriba citada, pues desde nuestro punto de vista, la custodia de menores se diferencia de la patria potestad, y concretamente de la guarda, no por excluir la protección de los bienes de éstos, sino por su temporalidad, cuya vigencia, a diferencia de la guarda, no se prolonga por el tiempo de vigencia de la patria potestad, sino únicamente durante lapsos de tiempo determinados, en los que se tiene contacto o cercanía material con los menores. Tampoco consideramos que la custodia implique proteger los bienes de los menores, no como causa, sino como efecto de ser ajena a la patria potestad; por no tener la custodia el alcance de satisfacer los fines de aquélla. Por otro lado, estamos en desacuerdo en que las personas encargadas de la custodia de menores tengan facultades propias de la patria potestad, sin ser titulares de ella, especialmente la facultad de corregir. No obstante nuestro desacuerdo, la mayor parte de la doctrina, aún hasta nuestros días, considera tal facultad como un derecho de castigar a los menores incluso físicamente, facultad en todo caso propia y exclusiva de los titulares de la patria potestad. Asimismo, consideramos

⁷⁵ PÉREZ Duarte, Op. Cit. Pág. 230

que, en virtud de la característica de la patria potestad de ser intransmisible, cualidad compartida por la guarda como parte de aquélla, cualquier educación o disciplina aplicada a los menores por personas ajenas a la patria potestad, ya sea personas físicas, instituciones educativas o cualesquiera otra, no pueden entenderse como delegadas por los titulares de la guarda, sino instruidas, y en ese sentido, provenientes de éstos, si bien por conducto de quienes desempeñan la custodia de menores. Finalmente en nuestro concepto, quien tiene la guarda no puede también tener la custodia de menores, pues las funciones de ésta forman parte de las que comprende la guarda, por lo tanto, cuando los menores se encuentran bajo el cuidado directo de su o sus progenitores, dejan de estar bajo custodia de terceras personas, subsistiendo sólo el ejercicio de la guarda.

En otro orden de ideas, aunque la función de custodiar a los menores no forma parte exclusiva de las facultades de la patria potestad, tampoco constituye un fenómeno espontáneo ni anárquico en donde cualquier persona pueda reivindicar algún tipo de preferencia para realizar dicha función; es decir, si bien el fin de la custodia de menores no satisface el alcance de la patria potestad, la designación a cargo de una determinada persona en un lapso dado sí implica la satisfacción parcial de dicha figura, pues en principio está ligada al ejercicio de la patria potestad, y en particular, al de la guarda. En otras palabras, no cualquier persona que se encuentre en contacto con un menor en un momento del tiempo tiene la custodia de éste, pues ésta es fijada, u otorgada, si se quiere, por los titulares de la patria potestad, y en su caso, de quien además ejerce la guarda de los menores, para satisfacer la finalidad de protección y cuidado de la integridad

de los mismos durante un lapso en el que el guardador no está en contacto con ellos; o bien por alguna resolución judicial que así lo determine en cualesquiera de los procedimientos previstos tanto en el Código Civil como en el Código de Procedimientos Civiles. “Efectivamente, la custodia sí es transmisible por convenio entre las personas que deben ejercerla e incluso se puede delegar a personas distintas, sean éstas físicas –como lo serían los parientes- o morales –como instituciones educativas-. Sin embargo, es imprescriptible toda vez que su existencia ni depende de su ejercicio o falta de ejercicio.”⁷⁶

Además de lo señalado con anterioridad, habremos de distinguir que la guarda, como parte de la patria potestad, es mucho más amplia que la custodia de menores, pues abarca tanto la posibilidad de contacto material entre el guardador y el menor, como la facultad de establecer las condiciones en que el menor se desarrollará de manera cotidiana; es decir, si bien las grandes decisiones sobre el rumbo de la vida del menor (lugar de residencia, escuela a la que asistirán, religión en la que serán iniciados, etc.) habrán de ser decididas en conjunto por los titulares de la patria potestad independientemente de la detentación de la guarda, ésta última permite al guardador establecer el estilo de vida de los menores sobre quienes la ejerce, fijando así las rutinas de estudio, de descanso, de juegos y de higiene de tales menores, ejerciendo así una facultad exclusiva y oponible incluso al titular de la patria potestad que no detenta la guarda, quien sólo podría objetar la forma de ejercerla por el guardador a través del Estado, y únicamente podría

⁷⁶ *Ibídem.* Pág. 232

obtener una modificación al ejercicio inadecuado de dicha función mediante resolución de la autoridad jurisdiccional.

La custodia de menores es una función meramente transitoria, consistente en la protección física, psicológica y sexual de los menores, función delegada por el guardador de los mismos durante lapsos de tiempo definidos, pero que no conllevan la facultad de determinar la residencia habitual o el estilo de vida del menor, por prolongarse en el tiempo dicha función únicamente durante el lapso que el guardador delega dicha función; desapareciendo la misma cuando los menores se encuentren bajo el cuidado de su guardador, y a pesar de no existir proximidad física del guardador con los menores durante un tiempo determinado, si aquél llegare a considerar que la custodia encomendada a determinada persona o institución no cumple con los lineamientos bajo los cuales la ha otorgado, puede en todo momento recuperar el cuidado de los menores sobre quienes ejerce la guarda mediante una manifestación de voluntad como titular de la patria potestad, dando así por concluida tal custodia.

La figura de la custodia tiene su origen en las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal referidas al depósito de menores; en principio como un acto prejudicial y también con fines de adopción, las cuales tuvieron vigencia con anterioridad al año 1975, plasmadas entre otros en los artículos 213 y 923 de dicho ordenamiento. Si bien dichos artículos han sido reformados y en su texto vigente se observa un contenido más adecuado con la realidad actual, al referirse por un lado a la situación de los hijos y por otro a la

guarda y custodia de los posibles adoptados, debemos hacer notar que en la actualidad el artículo 939 del Código de Procedimientos Civiles continúa haciendo referencia al depósito de menores, debiendo referirse, por las características detalladas líneas arriba, de poner a los menores bajo custodia provisional, hasta resolverse en definitiva lo relativo al ejercicio de la patria potestad y, en su caso, de la guarda.

3.- El derecho de convivencia.

Como se ha señalado en párrafos anteriores, cuando se produce la separación de los titulares de la patria potestad, aunque ambos continúen teniendo las responsabilidades que conforman la patria potestad, se lleva a cabo un desmembramiento de la misma, es decir, una especie de repartición de las distintas tareas que antes tenían en común, respecto de sus hijos menores de edad sujetos a patria potestad. Parte de esa fragmentación consiste en asignar la guarda de los menores a uno de sus progenitores, de tal forma, a pesar de la separación de sus padres, se les seguirán dispensando la atención, protección y cuidados requeridos de forma cotidiana.

La asignación de la guarda a un progenitor para conservar a sus hijos menores de edad bajo su cuidado y compañía, constituye una “limitación” al ejercicio de la patria potestad del otro, a quien la doctrina denomina “no conviviente” o “no guardador”, entendiendo la expresión *limitar* como “fijar la

extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien”⁷⁷; es decir, como una restricción impuesta por un agente exterior para realizar una determinada actividad o función, que deja de llevarse a cabo de manera libre a voluntad de quien realiza dicha acción, y quien se ve impedido de realizarla o bien se ve obligado a constreñirse a las restricciones impuestas. De esta manera, una persona, por el sólo hecho de la separación de la pareja con quien procreó hijos, ve limitado su ejercicio de la patria potestad, pues de ejercerla conjuntamente con el otro progenitor abarcando todo el ámbito de funciones y facultades que la integran, ahora estará impedido por la autoridad judicial (en reconocimiento de una imposibilidad material), para ejercer la guarda de sus hijos menores de edad.

Tal impedimento no debe comprenderse como la pérdida de dicha función, pues podría llegarse a la conclusión de que la restricción en la detentación de la guarda tiene un aspecto de sanción por el sólo hecho de la separación; siendo errónea tal suposición, pues la separación de los titulares de la patria potestad y en su caso la disolución del vínculo matrimonial no dan lugar a la suspensión o pérdida de la patria potestad ni de sus facultades. Por lo tanto, la limitación impuesta mediante resolución judicial impidiendo al progenitor no conviviente ejercer la guarda de sus hijos menores de edad, no conlleva una pérdida de la aptitud para ejercerla posteriormente si el interés del menor lo aconseja. Las limitaciones impuestas por resolución judicial al ejercicio originariamente libre y conjunto de la totalidad de las facultades que integran la patria potestad, surgen como medidas tomadas en interés del menor, el cual, como se ha explicado con

⁷⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª edición, www.rae.es

anterioridad, tiene prioridad incluso ante el interés de los progenitores de ejercer la patria potestad de la forma como lo hacían antes de la separación.

Sin embargo, aunque la fragmentación de la patria potestad en lo referente a la guarda responde a una imposibilidad material para los menores de edad sujetos a ésta para cohabitar simultáneamente con ambos progenitores, tal desmembramiento no produce una separación o una ruptura en la relación del progenitor no conviviente con sus hijos menores de edad, pues conserva la facultad de convivir con sus hijos menores de edad durante tiempos establecidos en la misma resolución judicial que fija la guarda de dichos menores a cargo del otro progenitor. Surge este derecho simultáneamente a la asignación individual de la guarda y como contraparte de ésta, al fragmentarse o desmembrarse la patria potestad, como resultado de la separación de los progenitores. Dicha facultad se denomina “derecho de convivencia”, o, como es más difundido entre la doctrina, derecho de visita, aunque consideramos más apropiado el término derecho de convivencia, por ser su contenido más amplio que una visita estrictamente hablando, como nos explica D’Antonio: “...cuando Guastavino se refiere a la insuficiencia de la denominación “derecho de visita” en el ámbito jurídico familiar, expresa que ella no refleja todo el profundo contenido de ese derecho, que posee una trascendencia espiritual superior a lo material e importa la realización, mediante el trato y la comunicación, de importantes funciones de educación y vigilancia...”⁷⁸

⁷⁸ D’Antonio, Daniel Hugo, “Patria Potestad”, Op. Cit. Pág. 101

Tradicionalmente se ha considerado al derecho de visita como una facultad únicamente del progenitor privado de la guarda habitual de sus hijos menores de edad, es decir, anteriormente se consideraba el derecho de visita como el de este progenitor, para visitar o convivir con sus hijos después de producirse la separación del progenitor guardador, tomando en cuenta únicamente su necesidad de relacionarse con sus hijos menores de edad. Sin embargo, actualmente la legislación y la doctrina consideran el derecho de visita como una relación bifronte, es decir, frente al derecho del progenitor no conviviente de visitar a sus hijos menores de edad respecto de quien ejerce la patria potestad, existe el derecho de los menores de convivir con ambos progenitores incluso después de producida su separación; este derecho es consignado por la comunidad internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en la 44ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, a la cual México se adhirió y fue aprobada por el Senado el 9 de junio de 1990 (*D.O.* 31-VII-90), y actualmente se encuentra contemplado por la legislación en el artículo 416- *Bis* del Código Civil.

Por lo anterior, la determinación de la forma y periodicidad de la convivencia de un progenitor con sus hijos menores de edad no atiende únicamente al interés del primero por acercarse a ellos, sino también, y de manera prioritaria, a la necesidad de los menores de dicha cercanía, que habrá de aportarles el afecto, la atención y la educación por parte de su progenitor incluso si no detenta su guarda. Por tanto, la forma de fijar tales convivencias debe contemplar en primer lugar la protección del interés del menor, es decir, la forma, periodicidad y duración de las

mismas debe determinarse en función de las necesidades de los menores, antes que de los intereses de sus progenitores. Al respecto, de acuerdo con Stilerman, "... con el objeto de mitigar, en algún modo, el daño que toda separación produce sobre el menor debe acudir a mantener el mayor contacto posible entre el niño y el progenitor con quien no convive. Es tal el contacto el que da contenido al llamado "derecho de visitas", único medio de evitar el paulatino resquebrajamiento de la relación paterno- filial que produce la cesación de la convivencia."⁷⁹

En otro orden de ideas, es importante señalar que el derecho de convivencia no implica un vínculo únicamente entre los menores de edad y su progenitor privado de la guarda, pues tiene vigencia además entre el menor y sus demás parientes⁸⁰, sin importar si la guarda de los menores la ejerce uno o ambos progenitores; en otras palabras, "... el menor tiene necesidad de conocer y tratar a otras personas distintas de sus guardadores legales, quienes no pueden monopolizar ya su mundo de relación, pues si esto es consustancial a la persona humana, verdadero animal social, lo es más aun en la etapa más delicada y enriquecedora de su evolución vital, cuando se va abriendo al mundo y a la vida psicológica y socialmente. En cuanto todo esto contribuye de manera decisiva al desarrollo de la personalidad del menor, su atención, por necesaria, confluye con

⁷⁹ STILERMAN, Op. Cit. Pág. 145

⁸⁰ "El parentesco es un estado jurídico, ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones tanto entre los miembros de la relación como en lo que se refiere a terceros (parientes consanguíneos y políticos) que se conoce con estado civil o familiar, y se identifica como atributo de la personalidad. Como tal, representa siempre una alternativa en relación con los miembros del grupo: se es o no pariente respecto de una determinada familia." BAQUEIRO Rojas, et. Al. Op. Cit. Pág. 17

el derecho más general que toda persona tiene al desarrollo de su personalidad, con el que se identifica.”⁸¹

El derecho de convivencia tiene como fin permitir y fortalecer las relaciones personales de los menores; esto es, evitar que por una decisión unilateral del o los progenitores en ejercicio de la patria potestad, y concretamente de la guarda, se prive al menor del contacto personal con sus demás parientes, al cual tiene derecho, que le ha de brindar la sensación de seguridad de pertenecer y encontrarse debidamente integrado en un ambiente familiar, donde encontrará protección y apoyo.

Por lo anterior, este contacto entre el menor y sus parientes no puede ser restringido arbitrariamente por sus progenitores, por lo tanto, incluso resulta exigible en contra de aquéllos, quienes, si resultan incapaces de fomentarlo, deberán al menos tolerarlo como una carga, que podría considerarse como uno de los deberes de la patria potestad, consistente en procurar o permitir al menor el trato familiar con sus parientes, por los beneficios que dicho trato conlleva, pues “...la alternancia del hijo con otros miembros de la familia-parentesco complementa el deber de educación que recae sobre el padre y la madre, ya que la pertenencia del menor a un grupo más extenso que el de la familia institucional le reporta seguridad personal.”⁸²

⁸¹ RIVERO Hernández, Francisco, “El derecho de visita”, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1996, Pág. 138

⁸² D’ANTONIO, Daniel Hugo, “Patria Potestad”, Op. Cit. Pág. 101

Los progenitores, o bien el guardador, sólo podrían impedir o restringir el trato entre los menores y sus demás parientes dentro de los grados señalados por la ley cuando exista causa suficientemente grave, y con el respaldo de una resolución judicial que reconozca tal facultad, y únicamente cuando de esta forma se proteja el interés del menor. Así lo ha establecido el Poder Judicial de la Federación: "... es indiscutible que conforme los artículos 414, 420, 445, 446 del *Código Civil* del Distrito Federal, a la muerte del padre de los menores, la patria potestad la ejerce en forma exclusiva la madre de estos y solamente a ella corresponde la guarda y custodia de los mismos. Sin embargo el abuelo, en el caso paterno no sólo tiene el derecho, sino también la obligación de tener relaciones con su menores nietos, proporcionándoles afecto, consejo y cooperar con la madre de los mismos a su debida formación: derecho y obligación que se funda no sólo en la naturaleza paterno filiales que existieron entre el abuelo y su hijo y entre él y los menores, sino también en la necesidad de que dichos menores tengan al apoyo tanto de su madre, quien indiscutiblemente ejerce la patria potestad, así como el de su abuelo paterno, a falta del padre; relaciones que el *Código Civil* del Distrito Federal reconoce al señalar en el artículo 414 a los abuelos como una de las personas que deben ejercer la patria potestad sobre los mismos a falta de sus padres, en el artículo 303 al establecer su obligación de proporcionarles alimentos a falta o imposibilidad de aquellos, y en el artículo 1609 al Consagrar su derecho a heredar por estirpe en la sucesión legítima de los abuelos. Luego, el que el abuelo paterno tenga relaciones con su nietos, dentro de un absoluto respeto a la madre de los mismos, es un derecho que no sólo debe ser reconocido por el juez, sino también para hacerlo efectivo dicho juzgador debe

reglamentar la norma en que han de efectuarse las relaciones entre abuelo y nieto, tomando en consideración todas las circunstancias que se relacionen en el caso, haciendo uso, inclusive de los medios de prueba que le faculte el artículo 495 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, para determinar con ello la forma que más beneficie a los menores”⁸³

No obstante lo anterior, debe recalcar que incluso antes de considerar el derecho de los parientes para relacionarse con los menores, cualquier decisión sobre un régimen de convivencias entre ellos debe fundamentarse en el interés de los segundos, respetándose así el carácter del menor como un verdadero titular del derecho de visita, que en relación a él, asume la forma de un “derecho a ser visitado”; esto es, “... en la relación de visita, como en las otras aludidas, la posición jurídica del menor con quien otra persona tiene derecho a comunicarse o relacionarse no es nunca la de sujeto pasivo: porque no puede serle exigido algo (la suya no es situación de deber jurídico), ni en el sentido de que puedan adoptarse decisiones que le afecten al margen de su persona y de su interés. Antes al contrario, el interés del menor delimita y define el contenido de aquellas relaciones personales, y aun es la causa del principio y del fin de las mismas. Por todo ello, el protagonismo del menor en la relación de visita es siempre la de un sujeto activo, aunque él no sea el reclamante o titular formal.”⁸⁴

⁸³ Amparo directo 2026/83. Constantino Díaz Victor, 4 de junio de 1984. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario Héctor Gutiérrez Velasco Romo.

⁸⁴ RIVERO, Op. Cit. Pág. 150

En el caso concreto de los progenitores, el derecho de visita adquiere una dimensión de mayor relevancia, pues mientras en el caso de los parientes el derecho de visita está enfocado a la conservación de los lazos afectivos del menor, para el progenitor no conviviente es además el medio por el cual éste cumple con sus deberes de crianza y educación. La ruptura de la relación personal entre los padres y su consecuente separación material no deben dar lugar al resquebrajamiento de la relación paterno-filial ni al incumplimiento de las responsabilidades propias de la patria potestad, en particular los deberes de crianza de los hijos menores de edad, de los cuales el progenitor separado del hogar, como resultado de la separación, no se ve eximido. En efecto, el progenitor no conviviente, si bien se ve desprovisto de la guarda, y con ella de la posibilidad de controlar el desarrollo del menor en la vida cotidiana, aun tiene el deber de educar y dar ejemplo a sus hijos menores de edad, debiendo hacerlo precisamente durante los lapsos en que tiene a sus hijos en su compañía. Por lo tanto, el contenido del derecho de visita en relación al progenitor no conviviente de los menores de edad va mucho más allá de la mera recreación o de la simple conservación de una relación afectiva de los menores, implicando también un deber. “Para éste, además de los caracteres comunes a los otros casos (o tipos de beneficiario), su nota diferencial más destacable reside en que es titular de un derecho-deber o derecho-función. El padre/madre tiene respecto de su hijo el derecho y el deber de comunicarse con él y mantener las relaciones personales que conocemos, no sólo un derecho, de ejercicio discrecional. Cuando lo ejercita, cumple también un deber jurídico que le compete. Si no lo ejercita como procede, no tanto declina de un derecho cuanto deje de cumplir un grave deber jurídico, con

lo que es él mismo quien se sitúa en la frontera del no-derecho, y tal incumplimiento (más que inejercicio de un derecho) puede tener consecuencias negativas para él (modificación, suspensión del régimen de visita).”⁸⁵

Por todo lo anterior, desde nuestra perspectiva, el derecho de visita existente entre los menores sujetos a patria potestad y su progenitor no conviviente no tiene su origen en el mero parentesco, como en el caso de los demás parientes, sino que deriva de la propia patria potestad; por lo que incluso podríamos considerarlo más bien como un medio de cumplir los deberes derivados de ésta. Aunque habitualmente se entiende el derecho convivencia en función de la necesidad del progenitor no guardador, en el aspecto humano, no debe perderse de vista que es el menor quien se beneficia mayormente de dicho derecho, pues el mismo incide no sólo en su satisfacción espiritual y humana, sino en su formación como persona; por otro lado, como se ha dicho, las visitas o convivencias entre padres e hijos son en última instancia la forma de cumplir con los deberes de crianza derivados de la patria potestad, como resultado de su ausencia en la vida cotidiana de los menores. “El derecho de visitas a los hijos [...] apunta a mantener incólume dicha relación atento que, no obstante la separación de sus padres, el menor requiere de ambos para alcanzar un pleno desarrollo emocional que le permita anudar –llegado a la edad adulta– relaciones afectivas sanas y duraderas.”⁸⁶

⁸⁵ *Ibíd.* Pág. 258

⁸⁶ STILERMAN, *Op. Cit.* Pág. 146

El derecho de visita de manera normal o general consiste en la facultad del progenitor no conviviente de relacionarse con sus hijos menores de edad sobre quienes ejerce la patria potestad en la forma de una estancia o convivencia; es decir, permitiéndose al progenitor y sus hijos menores de edad disfrutar de la mutua compañía durante un lapso de tiempo preestablecido durante el cual, bajo el cuidado y atención del primero, puedan desplazarse libremente y desarrollar tales convivencias disfrutando de total privacidad, a fin de no obstruir la espontaneidad y naturalidad de la relación paterno-filial; lo anterior en beneficio principalmente de los menores; pudiendo prolongarse por periodos importantes, permitiéndose al menor pernoctar en el domicilio de su progenitor e incluso permanecer bajo su cuidado durante varios días. Sin embargo, cuando así lo aconseje el interés de los menores, y debido a circunstancias muy específicas que deberán ser minuciosamente valoradas en la resolución judicial correspondiente, podrán imponerse modalidades en la forma de las convivencias, pudiendo establecerse restricciones en su duración o espaciamiento, o bien, ante el temor fundado de que los menores pudieran sufrir algún daño o verse afectado su interés, puede llegar a limitarse la posibilidad de desplazamiento de los menores, restringiendo al ascendiente con quien desarrollan las convivencias, quien no podrá trasladarse de un lugar a otro en compañía de su hijos, caso en el cual podríamos hablar de un derecho de visitas en un sentido estricto o limitado, reduciéndose en consecuencia las posibilidades de interacción del progenitor no conviviente con sus hijos menores de edad a la de acudir a un lugar predeterminado para encontrarse con ellos y desarrollar tales convivencias únicamente dentro del ámbito espacial designado, y en ocasiones bajo la

supervisión de un funcionario del Estado que observará e informará del desarrollo de las convivencias a la autoridad jurisdiccional; dichas medidas vulneran la privacidad de las relaciones paterno-filiales, pero encuentran su justificación en la protección del interés de los menores involucrados.

Por otro lado, aunque en algún momento de la relación entre los progenitores no convivientes y sus hijos menores de edad pudiera llegar a ser necesaria la imposición de limitaciones a la forma de las convivencias entre ellos, no parece aconsejable bajo ninguna perspectiva impedir, detener u obstruir el desarrollo de dicha relación, benéfica para los menores al ser la forma de recibir del progenitor no conviviente los cuidados, atenciones y educación, que de otra forma no podrían recibir, provocándose el distanciamiento y la ruptura de la relación paterno-filial. Por esta razón, aun si existiera causa suficiente para de hecho interrumpir el contacto directo entre el progenitor no conviviente y sus hijos menores de edad, debe procurarse que las comunicaciones entre ellos no cesen de forma absoluta, debiendo intentarse en todo caso, compensar la interrupción de tales convivencias directas y personales con un régimen de comunicaciones telefónicas, postales y cualesquiera otra que permitan, especialmente a los menores, beneficiarse de las mismas en el sentido de continuar contando con la cercanía de su progenitor y no echar de menos su relación personal con éste, a la cual tiene derecho a pesar del parecer y quizá la oposición del guardador.

El objeto del derecho de convivencia tanto de padres como de hijos es el disfrutar de su relación personal de la forma más próxima a la manera como

convivían antes de la separación de los progenitores. Creemos necesario que, no obstante se considere por parte de la autoridad judicial la existencia de una causa justificada para imponer restricciones en las convivencias –tal como se ha señalado líneas arriba–, en la misma resolución debe ponerse a disposición de los progenitores las herramientas necesarias (si dichas restricciones derivan de la conducta de los padres) para que las limitaciones impuestas adquieran la menor vigencia y tengan por objeto normalizar la amplitud de las convivencias en el menor plazo posible, para evitar que la protección del interés de los menores al imponer dichas limitaciones se convierta a la larga en perjuicio, causando que el progenitor a quien se ha restringido el régimen de convivencias con sus hijos menores de edad, ante dichas restricciones, deje de corregir la causa que les dio origen, ya sea por desanimo ante dicha resolución o por falta de orientación en la forma de corregir su conducta, convirtiéndose el régimen de convivencias restringido en una situación permanente para los menores, a quienes en definitiva interesa la normalización de la relación paterno-filial; en otras palabras, “... el derecho de visita y relaciones con el menor excede, como veremos al estudiar su naturaleza, de la calidad de mero derecho subjetivo en sentido clásico (del derecho Patrimonial), individualista y en exclusivo beneficio de su titular. Hoy viene siendo caracterizado como derecho-deber o derecho-función, o meramente función, en beneficio no sólo de su titular, sino del propio menor, más necesitado que el mismo progenitor de aquellas relaciones personales. Suprimírselas al padre supondrá privarle de ellas al menor, que será el principal castigado, contra la voluntad de la Ley.”⁸⁷

⁸⁷ RIVERO, Op. Cit. Pág. 95

Durante la realización de la convivencia del menor con su progenitor, éste tiene el deber, además de aprovechar dicha convivencia para cumplir con sus deberes de educación y formación, de cumplir con las funciones inmediatas de protección y vigilancia de sus hijos menores de edad sujetos a patria potestad, desprendiéndose de ésta tales cuidados. No obstante, no consideramos que el progenitor no conviviente se encuentre investido de la custodia de sus hijos, al contrario de los demás parientes al convivir con el menor y mantenerlo bajo su cuidado durante un lapso determinado; el cual sería uno de los pocos casos en que la custodia puede asignarse mediante resolución judicial. Ello en primer lugar, porque la asignación de un régimen de convivencia entre un menor y sus parientes en el grado señalado por la ley presupone la oposición por parte del o los progenitores en ejercicio de la guarda de dicho menor, los cuales habrán de tolerar tales convivencias; además, porque para tales parientes el tener al menor en su compañía durante un determinado lapso implica un deber de vigilancia y protección de la integridad del menor, deber vigente únicamente mientras el menor esté en su compañía. Finalmente, porque los cuidados, protección y vigilancia inmediatos del menor no tienen el alcance de satisfacer los fines de la patria potestad, ajena a todos los parientes del menor excepto sus progenitores, y sólo por defecto, a sus abuelos.

En virtud de lo antes señalado, es necesario señalar también, en especial en el caso de la convivencia de un menor con su progenitor no conviviente, que el cumplimiento de tal derecho excluye la posibilidad de tener la guarda del hijo

menor de edad, por lo tanto, aunque el menor y su progenitor convivan a solas durante un lapso importante, disfrutando de su privacidad, incluso pernoctando o pasando juntos varios días, ello no da lugar a transgredir los lineamientos de conducta y rutinas fijadas al menor por su guardador, alterando los hábitos del menor, es decir, "... el visitador debe mantener su actuación y relación con el menor en ese plano puramente afectivo (entre ellos, no más), sin aprovecharla para cercenar la relación del menor con su guardador jurídico, ni atacar la imagen y robar el cariño que profesa a éste el menor. Tampoco puede emplear tales relaciones o su influencia para ejercer un control indirecto de la patria potestad o guarda que corresponde a la otra parte, ni para interferirse en ese campo y facultades de dicho otro titular. El derecho de vigilancia y control del ejercicio de la patria potestad de un titular por el otro (no guardador del hijo común) es facultad y cuestión distinta, de la que debe hacerse uso en forma y por mecanismos jurídicos distintos también de éste de las relaciones personales del visitador con su hijos: su finalidad es completamente diferente, y aprovechar esas relaciones para aquel control supone desvirtuarlas una vez más, traspasar los límites de lo que permite este derecho, abusar de él."⁸⁸

⁸⁸ *Ibíd.* Pág. 205

III. CUSTODIA COMPARTIDA Y RÉGIMEN DE GUARDA ALTERNADA DE MENORES.

1.- El régimen de convivencias como forma de proteger el derecho de los menores a convivir con sus progenitores sin afectar la estabilidad en sus condiciones de vida.

Al no ser parte en la relación personal y afectiva que sus padres sostengan entre sí, el interés de los hijos no es ni opuesto ni concurrente ésta. Por lo tanto, no se podría impedir la separación de los mismos alegando que permanecer con ambos es lo más conveniente para al interés de sus hijos menores de edad. Por lo anterior, aunque la ruptura de dicha unión no tiene, en principio, relación con los vínculos filiales; sin embargo, en la mayoría de los casos las consecuencias de esa disolución sí tienen implicaciones en el bienestar de los menores.

Al ser imposible para los progenitores cumplir con sus obligaciones para con sus hijos conjunta y simultáneamente como resultado de su separación; sus decisiones durante esta transición serán decisivas para aquéllos, en el sentido de cómo será procurado su bienestar prioritariamente por sus padres a pesar de su ruptura; o bien si la dinámica emocional de la misma les impedirá distinguir tal responsabilidad, que en principio les es exclusiva, del deber que como padres les imponen los artículos 422 y 423 del Código Civil, así como el de velar decididamente por el bienestar de sus hijos, tomando los acuerdos necesarios

para no afectar su interés y mantenerlos fuera de una posible disputa ajena a ellos.

El interés de los menores sujetos a patria potestad, ante la separación de sus progenitores, consiste en que, a pesar de no tener interés esa ruptura, la misma no debe afectar sus posibilidades de desarrollo físico, emocional e intelectual que disfrutaban antes de dicha disolución, y se altere el entorno de los hijos lo menos posible, es decir, que las consecuencias de la separación no los perjudiquen.

Para lograr este objetivo, es necesario que los progenitores al momento de su separación, tomen acuerdos para garantizar a sus hijos las mejores circunstancias posibles para su desarrollo, así como mantenerlos al margen de una posible controversia ajena a ellos; o bien, si son temporalmente incapaces de tomar decisiones conjuntas a causa de los efectos emocionales derivados de su disputa, deberán acatar las disposiciones dictadas por el juzgador a favor de los menores sin obstaculizar su cumplimiento; en otras palabras, habrán de impedir a toda costa que las implicaciones de su ruptura afecten negativamente a sus hijos.

El interés de los menores debe ser debidamente protegido de los efectos de la separación de los progenitores, y requiere que éstos, posteriormente a la separación, amparen a sus hijos menores de edad, no únicamente en el aspecto económico o alimentario de acuerdo con la legislación civil –origen además de frecuentes disputas entre los progenitores, si bien éstas no constituyen

directamente la problemática materia del presente trabajo—; es decir, tal protección no ha de abarcar tan solo lo relacionado con la subsistencia del menor, puesto que es un deber prioritario de los progenitores cuidar también el entorno emocional y afectivo en el cual los menores se desarrollarán a partir de la separación; dicho de otra forma, es un deber de los progenitores, independientemente de su separación, velar en todo momento y de la manera más amplia, por el bienestar de sus hijos menores de edad, independientemente de sus propios desacuerdos, manteniéndolos al margen y por encima de éstos.

Uno de los aspectos del interés de los menores que requieren especial cautela por parte de sus progenitores al decidir o bien controvertir sobre la forma de cumplir con sus obligaciones para con ellos al momento y con posterioridad a su separación, consiste en la necesidad de los hijos de convivir con ambos padres a partir del momento de su separación y de manera constante; por depender su desarrollo en gran medida, como ya se ha expresado con anterioridad, de la aportación de ambos progenitores a la formación física, psicológica, moral e intelectual de sus hijos. De tal forma, no obstante la confusión y/o tensión emocional existente entre los progenitores al momento de la separación, o bien del mutuo resentimiento originado con posterioridad a la misma, es un deber de los padres actuar de forma serena y responsable en relación con sus hijos menores de edad; concretamente, es un deber de los progenitores continuar presentes en la vida de sus hijos de manera que éstos no resientan la separación de sus padres convertida en distanciamiento o hasta la ruptura de la relación paterno-filial con alguno de ellos, además de no obstaculizar la relación personal de los menores

con su otro progenitor, por disputas o controversias que no deben afectarles, por no ser parte en las mismas.

Otro aspecto importante a considerar por los padres ante su separación, o bien por el juzgador ante quien se ventila la misma, es el conservar la estabilidad de las condiciones de vida de los menores de edad después haberse producido. Esto es, que las circunstancias en las cuales transcurrirá la vida de los menores a partir de la disolución del vínculo entre sus padres difieran en el menor grado posible de las existentes antes de ésta. Lo anterior a efecto de que, tanto el estilo de vida como el entorno familiar y afectivo de dichos menores, permanezca en la forma más duradera posible, pues ello redundará en mejores oportunidades de desarrollo de los menores, basadas en la conservación de un entorno físico y psicológico que aumenta en los menores un sentido de identidad y pertenencia, así como de protección y seguridad, al no verse afectadas sus relaciones personales y familiares a raíz de un evento como la separación de sus padres.

Por lo anterior, "... junto con el concepto de seguridad, muy necesaria para la estabilidad emocional del menor, debe procurarse respetar en él la formación de un "concepto de pertenencia"; concepto éste que implica la posibilidad de enmarcar la vida del niño en ciertos ámbitos culturales, sociales y familiares estables, creando una identidad que debe ser respetada y alimentada [...] La pertenencia puede abarcar a la familia, aun más allá del grupo primario (padres y hermanos), al colegio, a una religión (practicada o no), a un barrio, a un club o a un grupo social [...] Toda decisión que pueda afectar esta sensación de

pertenencia que se desarrolla en el menor debe ser cuidadosamente analizada...”⁸⁹ De igual forma, si con motivo de la separación de los progenitores y la asignación de la guarda se vuelve inevitable un traslado de los menores de su domicilio habitual o cualquier otra transformación de su entorno físico o social, es responsabilidad de los progenitores el procurar que tales cambios se realicen con la menor frecuencia, a efecto de recuperar la estabilidad de las condiciones de vida de los menores en el menor plazo posible. Por lo tanto, como nos explica Stilerman, “...respecto de los menores, su entorno consiste, al igual que en un ser adulto, en su vida familiar, su vida escolar (equivalente en esfuerzo y responsabilidad a la vida laboral del adulto) y su vida social en general. Cualquier desequilibrio en este sistema requiere por parte del niño de una nueva adaptación. Si la nueva alternativa no es mejor, o al menos igual que la anterior, el menor se ve perjudicado.”⁹⁰

Desde nuestro punto de vista, tanto la asignación de la guarda a uno de los padres de los menores como el derecho de convivencia existente entre éstos y los progenitores privados de ella son los medios que permiten proteger el interés de los menores sujetos a patria potestad, pues permiten a los hijos continuar su desarrollo sin afectar en mayor grado las circunstancias en las cuales se desenvuelven con la mayor estabilidad posible; evitándose también un perjuicio para el entorno emocional de los menores, pues a través del derecho de visita entre éstos y sus progenitores no guardadores, se garantiza la continuidad de la

⁸⁹ STILERMAN, Op. Cit. Pág. 168

⁹⁰ *Ibidem*. Pág. 24

relación personal entre ellos, de modo que los hijos continúan disfrutando de la presencia y cercanía de ambos progenitores, y por ende beneficiándose de la aportación de ambas fuentes, a efecto de lograr una crianza adecuada que prepare a los menores para integrarse exitosamente a la sociedad, en cuanto hayan alcanzado la madurez necesaria para ello.

En síntesis, debemos considerar aunque los menores de edad no tengan interés ni responsabilidad en la separación de sus progenitores, es inevitable que se vean afectados por las consecuencias de la misma, pues tendrán impacto en su entorno, transformándolo. Sin embargo, es un deber de los padres procurar que, independientemente de las tensiones resultantes de la problemática de la separación, sus hijos sujetos a patria potestad resientan en el menor grado posible dicha circunstancia, para lo cual deben poner el bienestar de los mismos por encima de sus conflictos o resentimientos mutuos; acordando o en su caso siguiendo los lineamientos determinados por el órgano jurisdiccional, en relación con la asignación de la guarda de los hijos, así como del régimen de convivencias con su progenitor no guardador. En el establecimiento de ambos elementos encontramos las herramientas que permiten proteger eficazmente el interés de los menores sujetos a patria potestad de la mayor parte de los efectos negativos de la separación de sus progenitores, al hacer efectivos dos principios que consideramos esenciales para el apropiado desarrollo de dichos menores: la necesidad de los menores de convivir con ambos progenitores, y la estabilidad en las condiciones de vida de los mismos, base del desarrollo de su personalidad. Estas medidas asimismo protegen los derechos de los propios progenitores de

participar activamente en la formación de sus hijos; sin embargo, para funcionar adecuadamente, estos mecanismos requieren de un compromiso total de los padres de respetar los derechos de los menores, así como los de cada uno de ellos, absteniéndose de conductas que obstruyan o perjudiquen el éxito de tales herramientas.

2.- La llamada custodia compartida.

En septiembre de 2004, fue reformado el Código Civil para el Distrito Federal; entrando en vigor en dicha entidad una nueva modalidad de guarda de menores de edad, tanto provisional como definitiva, al ventilarse judicialmente la disolución del vínculo matrimonial de los progenitores, o bien una controversia relativa a dicha guarda, como un litigio independiente.

De acuerdo con dicha reforma, dentro de las medidas provisionales establecidas durante la tramitación del juicio de divorcio, se abrió la posibilidad de que los progenitores en ejercicio de la patria potestad de sus hijos menores no emancipados, compartieran la guarda de ellos, a través de la introducción de una figura denominada “custodia compartida”, incluso estableciéndose en la ley que debía procurarse en lo posible dicha medida. No obstante, la reforma citada persistió en presumir una preferencia hacia la madre para conservar a sus hijos menores de siete años bajo su guarda en caso de no lograrse un acuerdo relativo

a la guarda provisional de sus hijos menores de edad.⁹¹ Asimismo se dio la oportunidad al progenitor no guardador de sus menores hijos, de reclamar judicialmente el establecimiento de un régimen de custodia compartida sobre ellos, siempre que superaran los siete años de edad.⁹²

Por otro lado, es necesario hacer referencia a la reforma del mismo mes y año realizada al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en la cual se establecieron medidas que, si bien no se relacionan directamente con la “custodia compartida”, si afectan el ejercicio de la guarda, determinándose en dicho ordenamiento diversas medidas para sancionar al progenitor que incumpla o bien obstruya el cabal cumplimiento del régimen de visitas y convivencias, las cuales llegan al grado de plantear soluciones tales como el cambio de guarda de los menores sujetos a patria potestad como consecuencia de las diversas conductas descritas en las disposiciones correspondientes.⁹³

⁹¹ Así fue establecido en la reforma del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 6 de septiembre de dos mil cuatro, para quedar como sigue: 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 a 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.

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.

VI a X...

⁹² En el segundo párrafo del artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, de acuerdo con la reforma antes mencionada, se estableció que: 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 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.

⁹³ Así, el artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal reformado el 6 de septiembre de 2004 estableció que: El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e

Posteriormente, en febrero de 2007 fue emitido un decreto de reforma del Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el cual se dejaron sin efecto las medidas relativas al cambio de custodia, contempladas en el Código de Procedimientos Civiles reformado en el año 2004, y se modificó el contenido de diversas disposiciones en los ordenamientos antes mencionados.

De acuerdo con el Código Civil vigente, dentro de las medidas provisionales establecidas durante la tramitación del juicio de divorcio, los progenitores pueden convenir establecer la custodia provisional de sus hijos menores de edad, pudiéndose aprobar como un régimen definitivo en la resolución de fondo (cabe recordar que las resoluciones en materia de relaciones familiares no causan estado, y pueden ser modificadas con motivo de un cambio de circunstancias); por otro lado, la legislación vigente elimina la preferencia en favor de la madre para conservar la guarda de sus hijos menores de siete años si no logra llegarse a un acuerdo acerca de la custodia provisional, eliminando asimismo la opción para el progenitor no guardador, de reclamar judicialmente el establecimiento de un régimen de custodia compartida de dichos menores. Ni la reforma de septiembre de dos mil cuatro ni la de febrero de dos mil siete en los códigos Civil y de

incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.

Procedimientos Civiles plantean una definición de “custodia compartida” ni de la mecánica o principios del funcionamiento de dicha figura.

Por nuestra parte, a efecto de confrontar dicha figura con el principio del interés superior del menor, consideramos imprescindible concretar el concepto de la “custodia compartida” planteado por la ley, para poder entender la manera como dicho mecanismo protege o deja de proteger el principio rector antes citado, o bien qué límites ha de imponerse a la operación de dicha figura para no vulnerar el mismo, así como la forma de contemplarse o no dichos límites en la legislación vigente.

La custodia, o tenencia compartida, como también se le denomina, es una modalidad de la guarda de menores de edad por la cual sus progenitores en ejercicio de la patria potestad, al dar por concluida su relación personal y afectiva, y por ende desintegrar el núcleo familiar por la salida de uno de ellos del hogar común, establecen un sistema de convivencia con sus hijos menores de edad en el cual sucesivamente cada uno de ellos y durante periodos iguales de tiempo, tendrán bajo su cargo las funciones cotidianas de cuidado, alimentación y supervisión de sus hijos sujetos a patria potestad, controlando sus actividades y fijando las normas que regirán la conducta cotidiana de dichos menores; por otro lado, al progenitor separado de dicha función durante un lapso dado, se le concederá un régimen de convivencias con sus hijos. La mayor parte de la doctrina critica a esta modalidad de la guarda o tenencia de menores de edad, oponiendo argumentos como el siguiente: “...se entendió que [...] provoca una

dispersión en el proceso de formación del niño; que éste sufriría una lesión a su seguridad al no tener un punto de referencia estable y pasar frecuentemente de mano en mano; que la educación de los hijos torna indispensable una unidad de dirección y no ambigüedad en las consignas. Se agregó, además, que esa guarda alienta una confusión de roles pues obligaría al padre a cumplir también funciones “maternales”, todo lo cual representaría un factor disociante y contraproducente en la crianza del niño.”⁹⁴

Por otro lado, puede además criticarse la denominación “custodia compartida”, por ser materialmente imposible para los progenitores compartir la guarda de sus hijos durante un lapso dado si se encuentran separados, y por ende dejan de ejercer tal función de manera conjunta, siendo más aceptada en general, la denominación de “alternada” o “sucesiva”, más apropiada por reflejar la circunstancia de que la guarda se ejerce y se deja de ejercer por los progenitores, sucesivamente, durante periodos alternados; criticamos además la denominación legal de “custodia” a la facultad de los progenitores, propia de la patria potestad, objeto de las disposiciones legales aquí estudiadas, siendo importante distinguir claramente qué funciones o facultades se encuentran implícitas en la figura de la “custodia compartida”, precisión que consideramos debe incluirse en la normatividad.

Anteriormente nos hemos referido a la diferencia existente entre guarda y custodia, exponiendo la misma en el sentido de que la “guarda” refleja una

⁹⁴ MIZRAHI, Op. Cit. Pág. 422

facultad propia de la patria potestad por la cual los progenitores pueden retener a sus hijos menores de edad en su compañía o bien fijar el lugar de su residencia, así como controlar sus actividades y establecer las rutinas y hábitos de dichos menores en tanto se encuentren sujetos a la patria potestad, con el objeto de tener un acceso o cercanía material que permita a los progenitores cumplir directamente o a través de tercero con determinados deberes para con sus hijos. En cambio, la “custodia” se refiere únicamente a la protección directa e inmediata de un menor durante un periodo de tiempo determinado a fin de proteger la integridad física, psicológica y sexual de dicho menor, sin tener el alcance de proporcionar los elementos necesarios para lograr el desarrollo del menor, siendo además asignada por quien se encuentra en ejercicio de la guarda, por lo tanto, la ubicamos fuera de la patria potestad aunque dependiente de ella. Por estas características, no podemos considerar que los progenitores ejerzan la custodia de sus hijos, pues incluso cuando los tienen bajo su cuidado directo y personal, tal protección se integra al ejercicio de la patria potestad (independientemente de la guarda) sin poder distinguirse de ella, pues todo cuidado o protección realizada por los progenitores, para sus hijos menores de edad, tiene un mayor alcance que la sola integridad de ellos, pues tiene como fin último su formación, brindándoles los elementos necesarios para su desarrollo.

Sin embargo, tal y como explicamos en el capítulo anterior, la doctrina no ha dedicado mayor atención a realizar la distinción planteada líneas arriba; en consecuencia, la falta de una idea precisa sobre las facultades que serán intercambiadas alternadamente por los progenitores al establecer un régimen de

custodia compartida sobre sus hijos menores de edad, ha dado lugar a diversos cuestionamientos entre algunos autores, acerca de la diferencia entre guarda alternada de menores y un régimen de convivencias amplio o abierto entre éstos y sus progenitores. Algunos entienden la diferencia entre un régimen de guarda alternada de menores y un régimen de visitas y convivencias radica en la cantidad de tiempo durante el cual el menor se encuentra bajo el cuidado de cada progenitor; encontrando rasgos más propios de una guarda alternada al pasar con cada ascendiente lapsos iguales o lo más semejantes. En cambio para otros estudiosos, la guarda compartida o alternada permitiría que la convivencia de los menores con su progenitor antes excluido de la guarda, ahora incluya un trato más profundo, más allá de una simple convivencia recreativa, reflejándose dicho rasgo en la característica de permitir a los menores pernoctar en compañía de sus padres cuando se encuentran bajo el cuidado de cada uno de ellos. Como nos explica Mizrahi, "... según algunos pronunciamientos, el hecho de que los fines de semana un niño permanezca con un padre y durante la semana con el otro, importaría establecer un sistema de guarda compartida. Más aun, implícitamente parece haberse considerado así por la sola circunstancia de que un día a la semana el hijo pernocte con uno de sus progenitores [...] En cambio, para otros fallos, la circunstancia de pernoctar el niño un día con un progenitor, o incluso todos los sábados y domingos, una de las dos semanas de vacaciones, y cuarenta y cinco días de las de verano, no constituye para dicho padre compartir la guarda, sino la regulación a su favor de "un amplio y flexible derecho de visita".⁹⁵

⁹⁵ *Ibíd.* Pág. 421

Por nuestra parte consideramos que la diferencia entre un régimen de convivencias amplio o abierto, caracterizado por una mayor flexibilidad en cuanto a la frecuencia y duración del contacto entre los menores y su progenitor no guardador, y un régimen de guarda alternada de menores consiste, precisamente, en dar al progenitor, antes no guardador, las atribuciones propias de la guarda; en otras palabras, en un régimen de convivencias el progenitor no guardador se encuentra excluido de la guarda y por tanto de una facultad de decisión y determinación de las condiciones de vida cotidianas del menor, incluso teniendo el deber de respetar las decisiones de quien ejerce la guarda acatando y absteniéndose de alterar los hábitos y rutinas impuestos a sus hijos; en cambio, en un régimen de guarda alternada, cada progenitor tendría la misma facultad de gobernar el estilo y condiciones de vida de sus hijos menores mientras los tengan bajo su cuidado, es decir, si antes de la separación existía una facultad conjunta de gobernar a los menores, conservada por uno de los padres ante la imposibilidad de continuar ejerciéndola simultáneamente, ahora existirán dos atribuciones iguales, con el mismo alcance, para cada uno de los progenitores, ejercidas alternadamente, que les permitirá gobernar la vida cotidiana de los menores, las cuales no necesariamente serán ejercidas de la misma manera ni con el mismo criterio.

El aspecto principal de la guarda consiste en la facultad, por parte de quienes la ejercen, de fijar el ámbito espacial donde sus hijos menores de edad residirán y desempeñarán sus actividades, es decir, determinar el domicilio de sus hijos menores de edad (con la limitante de no ocultar a los menores ni

establecerlos fuera del alcance del otro progenitor en ejercicio de la patria potestad), consistiendo por tanto la forma más común del régimen de guarda alternada, en conservar cada progenitor a los menores en su propio domicilio durante el lapso asignado, teniendo el deber de informar a su contraparte, el sitio de residencia de sus hijos, pudiendo libremente desplazarlos, alternadamente, del domicilio asignado por el otro progenitor para residir.

Hemos enfatizado, por otro lado, la importancia de que las consecuencias de la separación afecten a los hijos en el menor grado posible, y la mejor manera de proteger el interés de los menores consiste, por un lado, en la asignación de la guarda de dichos menores a un progenitor para que haya, en todo momento, quien provea a los menores de los cuidados y protección requeridos; y por otro, en el establecimiento de un régimen de convivencias entre los menores y su progenitor no guardador, a efecto de salvaguardar la relación filial a que tienen derecho tanto padres como hijos la cual es incluso más benéfica para estos últimos, así como para dar la oportunidad, al progenitor no conviviente, de satisfacer en beneficio de sus hijos las funciones de la patria potestad más allá de la mera subsistencia material de los menores. Por ello, la mayor eficacia de tales mecanismos depende de un compromiso recíproco de los padres de respetar los derechos de sus hijos menores de edad, y por ende, de abstenerse de impedir u obstaculizar el desempeño de las funciones de cada cual. A partir de los anteriores señalamientos, es necesario realizar algunos planteamientos acerca del régimen denominado de “custodia compartida” en función de la protección que el mismo pueda brindar al interés superior del menor.

En primer lugar cabe reflexionar sobre los motivos de la introducción de la figura de la “custodia compartida” en la legislación, y para ello es necesario contemplar íntegramente la reforma de septiembre del año 2004 donde se incluyó por primera vez tal régimen, para determinar cuál es la finalidad buscada por dicha reforma. Desde nuestra perspectiva, al analizar el sentido de las disposiciones antes mencionadas, y observando principalmente aquellas que buscaban se procurase en lo posible el establecimiento del régimen de custodia compartida sobre los menores sujetos a patria potestad, y permitían a uno de los progenitores reclamar judicialmente la imposición de dicho régimen, pero en especial aquellas que establecían sanciones tales como el cambio de guarda de los hijos ante los diversos incumplimientos en tales normas enumerados, nos lleva a entender el fondo de dicha reforma, en el establecimiento de una cierta igualdad de los progenitores en su situación respecto de sus hijos menores de edad; sin embargo, dicha igualdad no necesariamente redundaría en beneficio de los menores, llegando a ser incluso, desde nuestra perspectiva, riesgosa para el interés del menor.

Llegamos a tal conclusión al considerar, por ejemplo, la posibilidad para el progenitor no guardador, de reclamar judicialmente el establecimiento del régimen de custodia compartida sobre sus hijos, beneficiando su propio interés de obtener un trato igualitario en relación con ellos; sin embargo, a éstos podría no beneficiarles el cambiar drástica y repentinamente de domicilio (y por ende, de estilo de vida) por voluntad de uno de sus progenitores; asimismo podemos

considerar que el cambio de guarda de los menores difícilmente podría beneficiarlos, pues si bien el incumplimiento del régimen de convivencia pudiera perjudicarlos, una solución radical como arrancarlos de su entorno habitual pudiera haber resultado aun mas riesgosa; finalmente podemos señalar la pérdida del derecho de visita por quien injustificadamente dejare de usarlo⁹⁶ como una medida atentatoria del interés superior del menor, pues como hemos mencionado, los menores son titulares del derecho de convivir y mantener relaciones personales con ambos progenitores. De lo mencionado con anterioridad, podemos observar que las normas de la reforma realizada en septiembre de 2004, consideraban únicamente el interés de los progenitores, haciendo a un lado, e incluso arriesgando, el de los menores involucrados.

Aparentemente el legislador encontró en la reforma antes mencionada los mismos peligros para el interés del menor, pues todas las disposiciones a que hemos hecho referencia fueron derogadas o dejadas sin efecto en el decreto de reforma de febrero de 2007; no obstante lo anterior, ello no da lugar, desde nuestra perspectiva, a considerar que la actual legislación observe integralmente el principio del interés superior del menor en lo referente al régimen de “custodia compartida”, aún vigente, y en nuestro concepto sigue viéndose comprometido el bienestar de los menores sobre quienes se aplique, como consecuencia de algunos vacíos legales importantes.

⁹⁶ Como se estableció en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, reformado en septiembre de dos mil cuatro: Artículo 941 Quintus. El ascendiente que tenga el derecho de convivencia con el hijo por resolución judicial y no asista a dichas visitas, sin causa justificada se podrá suspender el goce y ejercicio de ese derecho, quedando como precedente para no solicitarlo o ejercerlo de nuevo con ese hijo, mientras sea menor de edad.

Dichos vacíos se originan por igual en la parquedad con que esta figura ha sido plasmada en la legislación, la cual en realidad no es precisa acerca de las circunstancias o mecanismos bajo los cuales operaría un régimen de “custodia compartida” de menores, dejando todos estos elementos a la libre disposición de las partes y a la interpretación del juzgador, quien, de acuerdo con las normas vigentes, puede tener a la vista una litis principal relativa a la disolución del vínculo conyugal de los progenitores, la cual puede incidir en el ánimo de convenir de éstos.

Asimismo, encontramos de nuevo en la legislación vigente un descuido en la protección al interés de los menores, buscando equilibrar la situación de los padres, en la eliminación de la preferencia para asignar la guarda de los hijos menores de siete años a favor de la madre en defecto de un acuerdo de los padres, pudiendo establecerse un régimen de guarda alternada sobre menores de cualquier edad, lo cual nos parece inadecuado, por las razones expresadas en el capítulo anterior.

Uno de los aspectos que puede comprometer el interés y bienestar de los menores, desde nuestro punto de vista, es la alternancia en el ejercicio de la guarda, característica esencial de este mecanismo, por la cual confiere a los progenitores el cuidado de sus hijos durante periodos de igual extensión; pues al no existir establecida en la ley la duración de dichos periodos, ni el planteamiento de un mecanismo o criterio para delimitarlos claramente, según la norma vigente

tales lapsos se determinan conforme a las posibilidades de los progenitores y no conforme a las necesidades de los menores. En este aspecto, es necesario resaltar la diferencia entre las necesidades de un infante de corta edad, quien apenas adquiere nociones de tiempo, espacio y de su entorno familiar, y las de un adolescente con mayor madurez, con un criterio más flexible y un entorno social más estable; en vista de lo anterior, ante la falta de una regulación más específica, consideramos necesaria la participación de un profesional adecuado en el establecimiento de los periodos en los cuales cada progenitor ejercerá la guarda exclusiva de sus hijos, así como tomar en cuenta que el interés del menor pudiera inclinarse más hacia un régimen de visitas convencional, y no hacia un régimen de “custodia compartida”, pese a la voluntad de los progenitores de convenirlo.

A nuestro juicio, el aspecto más incierto para la protección del interés de los menores sujetos a un régimen de “custodia compartida”, radica en la facultad alternada de cada progenitor, de fijar discrecionalmente el domicilio de sus hijos menores de edad mientras se encuentren bajo su guarda, afectando irremediabilmente la estabilidad del ámbito espacial en el cual se desenvuelven, así como la de su entorno social, familiar y afectivo; lo anterior debido a falta de una regulación más específica en la ley, generándose la posibilidad de que los menores sean alejados, y quizá hasta privados, de la cercanía de una parte de su familia extensa, y demás relaciones personales a las cuales tienen derecho independientemente de encontrarse sujetos a la patria potestad. Dichas circunstancias podrían tener efectos desfavorables en el desarrollo de la

personalidad de los menores, al no existir en las normas vigentes una protección a este aspecto del interés del menor.

Al reflexionar sobre la motivación de la figura aquí estudiada, nos cuestionamos abiertamente si el legislador realmente pretendía “duplicar” la facultad de decidir el entorno y costumbres de los menores, medida innecesaria en principio, o bien si pretendía, en un enfoque más cercano a la protección del interés superior del menor, garantizar el derecho recíproco de los menores y su progenitor no guardador a convivir y beneficiarse mutuamente de la cercanía de la relación paterno-filial. En ese sentido, habiendo ya expresado nuestro punto de vista respecto de la idoneidad del régimen de convivencias para proveer a los menores de la presencia y cercanía de ambos progenitores, necesaria para su adecuado desarrollo, nos cuestionamos también, en el supuesto caso de que tanto la reforma de septiembre de 2004 como la de febrero de 2007 se hubieran originado en alguna deficiencia del régimen de convivencias, si no habría sido más adecuada la flexibilización del mismo, (la legislación vigente de hecho contempla medidas en este sentido, en el artículo 941- TER del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aunque no las consideramos las más adecuadas), así como medidas que permitan el cumplimiento de dicho régimen, cuando alguno de los progenitores deliberadamente lo impida u obstaculice (sin afectar el interés del menor, como lo hacía el cambio de guarda mientras estuvo en vigor), en vez de introducir una figura totalmente distinta que además no se encuentra totalmente regulada. Tales cuestiones se encuentran

íntimamente relacionadas con la protección del interés del menor, y desde nuestra perspectiva, la legislación no les da respuesta.

Finalmente, consideramos necesario reflexionar si, siendo el surgimiento en el Código Civil para el Distrito Federal de la “custodia compartida” originado como respuesta a una deficiencia o falta de efectividad del régimen de visitas convencional, era adecuado hacer surgir un mecanismo mucho más complejo; es decir, si los progenitores de una u otra forma impedían al régimen de visitas convencional alcanzar su mayor eficacia en beneficio tanto de los menores como de ellos mismos, cabe preguntarse si era lo más oportuno crear una figura que requiere de una mayor comunicación, coordinación, respeto, confianza y compromiso entre los progenitores, la cual puede, además, acarrear serios trastornos al desarrollo adecuado de los menores, si falta alguno de estos elementos.

3.- El régimen de guarda alternada de menores.

Hemos señalado líneas arriba que, por la forma como surgió en la legislación la figura de la “custodia compartida”, en relación con el resto de las disposiciones contenidas en los decretos de reforma de septiembre de 2004 (quedando sin efecto en el año 2007), se aprecia este mecanismo más orientado en su funcionamiento a establecer una situación de igualdad de circunstancias de los padres, tras su separación, en lo relativo la guarda de sus hijos menores de edad, que a la protección del interés de éstos. Igualmente se ha señalado el riesgo

de descuidar la protección al interés de los menores, existente en la legislación vigente a partir de 2007, por la falta de regulación de la figura en estudio.

No obstante ello, así como hemos señalado la eficacia del régimen de convivencias, complementando la asignación de la guarda en forma unitaria, como una solución adecuada al interés superior del menor, siempre y cuando los progenitores de los menores involucrados respeten los derechos de éstos así como los de cada uno de ellos, y se abstengan de obstaculizar en cualquier forma el cumplimiento de dicho mecanismo; de igual forma debemos plantearnos si el régimen de “custodia compartida” puede, a pesar de las deficiencias legales detalladas, y dependiendo del compromiso de los involucrados para su funcionamiento eficiente, resultar un mecanismo adecuado a la obtención de la finalidad de proveer a los menores condiciones adecuadas para su desarrollo. En tal virtud, y al no poder aventurar una afirmación generalizada en el sentido de verse el interés del menor inequívocamente perjudicado cada vez que los progenitores decidan establecer un régimen de “custodia compartida” sobre sus hijos, nos vemos impedidos para proponer la derogación total de dicha figura; en cambio, nos ocuparemos de señalar los elementos cuya inclusión en la legislación es necesaria, desde nuestro punto de vista, a fin de garantizar la satisfacción de las necesidades de los menores, por encima del interés de los padres.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, hemos considerado el interés de los progenitores para establecer un régimen de custodia compartida sobre sus hijos menores de edad respecto de los cuales ejercen la patria potestad, con

posterioridad a su separación. Nos hemos referido a ese interés calificándolo como *legítimo*, carácter que emana del ejercicio de la patria potestad, pero atendiendo no sólo al aspecto meramente formal de ser establecido dicho régimen como una manifestación de las facultades surgidas de aquélla, sino reconociendo la motivación de los progenitores al buscar establecer tal mecanismo. Es decir, atendemos la necesidad espiritual y humana de los progenitores, quienes no desean perder ni disminuir la cercanía de la relación paterno-filial como consecuencia de la desintegración del grupo familiar, justificación de su interés en la figura objeto de estudio. Sin embargo, como se ha explicado con anterioridad, los intereses concurrentes con el interés superior del menor, como en este caso, sólo pueden ser satisfechos en tanto éste no sea afectado. Por ello, antes de considerarse el establecimiento de una “custodia compartida” sobre los menores, será necesario plantear las limitantes que garanticen la protección del interés superior del menor.

Denominamos “régimen de guarda alternada de menores” al mecanismo que, salvaguardando el interés de los menores, permite a los progenitores, al dar por terminada la convivencia familiar, relacionarse con los hijos menores de edad que hayan procreado en común y sobre quienes ejerzan la patria potestad; así como controlar las actividades de dichos menores y proveer las condiciones necesarias para su desarrollo mediante el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, en forma equitativa.

Para llevar a la práctica un concepto como el propuesto, consideramos necesario agregar a la legislación una explicación o bien una descripción del alcance de tal mecanismo, lo cual no acontece con la actual “custodia compartida”. Tal y como fue expresado en el capítulo anterior, a la fecha no existe entre los estudiosos del tema, un consenso al distinguir la guarda de la custodia; sin embargo, si bien consideramos que tales conceptos deberían ser precisados en primer lugar en la doctrina, por tratarse la “custodia compartida” de un mecanismo puesto a disposición de los progenitores, quienes decidirán sobre su aplicación tomando como base la protección al interés de sus hijos sobre quienes ejercen la patria potestad; por lo tanto resulta indispensable plasmar en la legislación una descripción general de esta figura, delimitándola y precisando sus alcances, brindando a los padres un panorama mucho más completo de los efectos de su decisión, en relación con la protección del interés de sus hijos menores de edad.

Conforme a los razonamientos desarrollados a lo largo de este trabajo, denominamos al régimen propuesto como “guarda alternada de menores” atendiendo a su característica más significativa, sin importar si doctrinal o legislativamente se le designara como régimen de custodia o guarda y custodia compartida; nos parece fundamental que la simple lectura de la legislación permita a los progenitores diferenciar el mecanismo en cuestión, de una forma más amplia del régimen de convivencias; pues al pasar los menores la mitad de su tiempo con cada progenitor, cada uno de ellos, por las propias necesidades de sus hijos, adquirirá la responsabilidad de decidir y controlar las tareas, rutinas, hábitos de higiene y descanso, actividades deportivas y extraescolares de los mismos

mientras se encuentren bajo su cuidado; facultades contenidas en el ejercicio de la guarda, y distintas de la custodia por no ser transitorias sino vigentes, en principio, durante la existencia de la patria potestad. Por lo anterior, el alcance principal del régimen de guarda alternada de menores consiste en una “duplicación” de una facultad de otra forma ejercida exclusivamente por uno de los padres, debiendo éste ser entendido por ellos de manera que, en conjunto, sean capaces de decidir si tal efecto es aconsejable para sus hijos menores de edad, es decir, evaluar la aplicabilidad de dicho régimen en función del principio del interés superior del menor.

Otra característica del régimen de guarda alternada de menores será la limitación, establecida en la ley, del universo de personas sobre las cuales podrá ser aplicable el régimen de guarda alternada. Al contrario de la legislación vigente, consideramos indispensable garantizar a toda costa la estabilidad en las condiciones de vida de los menores, cuando se encuentran por debajo de los siete años de edad; en consecuencia, deberá existir una preferencia materna para mantener la guarda de los hijos dentro de este rango de edad; y cuya aplicación, desde nuestro punto de vista, debería extenderse al punto de desaconsejar el establecimiento de dicho régimen sobre menores por debajo de los siete años de edad, pues si bien en la legislación vigente hasta antes de 2007 la preferencia materna únicamente operaba en defecto de un acuerdo sobre el ejercicio de la guarda, pudiéndose por tanto convenir que los menores de siete años quedaran bajo el cuidado de su padre; nos preocupa la posibilidad, en relación a los niños menores de siete años, es decir, en el periodo de mayor vulnerabilidad, de que

permanezcan bajo el cuidado de ambos progenitores, dificultándose su adaptación, arriesgándose su bienestar. Por lo tanto, sólo deberá establecerse el régimen de guarda alternada sobre niños mayores de siete años, debiendo quienes no hayan alcanzado dicha edad, permanecer bajo el cuidado de sólo uno sus padres, y en defecto de un acuerdo sobre cuál ejercerá la guarda de aquéllos, deberán permanecer bajo el cuidado de la madre.

Por otro lado, como se ha mencionado anteriormente, al constituirse el régimen de guarda alternada en beneficio de los menores de edad involucrados, de manera prioritaria al interés de sus padres, sólo podrá establecerse de común acuerdo entre ellos, plasmándose ese requisito expresamente en la ley; pues si bien en la norma vigente se encuentra derogada la disposición que aparecía en el anterior artículo 283 del Código Civil relativa a la reclamación judicial de un régimen de “custodia compartida”, aplicar este mecanismo únicamente por acuerdo mutuo (incluyendo la opinión de los menores involucrados), beneficiará directamente a los hijos, al evitar las fricciones acarreadas por una posible aplicación forzosa del mismo; dicho acuerdo deberá reunir características muy específicas, las cuales serán planteadas más adelante. La razón de esta medida consiste en que la operación del régimen propuesto requiere un grado mayor de confianza, respeto y compromiso entre los progenitores, en comparación con el régimen de visitas convencional, y por ende, requiere una mayor capacidad de los padres de sobreponerse a la carga emocional de su separación, al momento de decidir el futuro de sus hijos menores de edad.

Finalmente, en relación al acuerdo entre los progenitores para establecer un “régimen de guarda alternada” sobre sus hijos, respecto de los cuales ejercen la patria potestad, y cuyas características se detallarán en el capítulo siguiente; podemos anticipar que su naturaleza corresponde a un ejercicio conjunto, si bien momentáneo, de la guarda, es decir, aunque normalmente la guarda deja de ejercerse de manera conjunta por ambos progenitores al sobrevenir su separación, se da la imposibilidad material de continuar ejerciéndola de esta forma, como consecuencia de su alejamiento. El tener a los hijos menores de edad bajo el cuidado de cada uno de los progenitores implica, por necesidad, una “duplicación” de la facultad decisoria en relación a la residencia de los menores así como sus circunstancias cotidianas, lo cual puede poner en riesgo el interés de los menores ante dos direcciones distintas de cada facultad decisoria. Por lo anterior, para evitar un posible perjuicio para sus hijos, al momento de convenir un régimen de guarda alternada sobre ellos, los padres, de manera conjunta, a pesar de su separación, se auto limitarán de manera recíproca, comprometiéndose a evitar, durante los lapsos designados para disfrutar de la guarda de sus hijos de forma exclusiva, un ejercicio de dicha función que difiera significativamente del desempeño de ésta realizado por el otro progenitor; en otras palabras, ambos establecerán de manera conjunta un mínimo de lineamientos para el ejercicio de la guarda de sus hijos menores de edad, debiendo ceñirse a tales directrices incluso al ejercer una guarda exclusiva durante un tiempo determinado, todo ello en beneficio y protección de sus hijos menores de edad no emancipados.

IV. ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN DE GUARDA ALTERNADA DE MENORES, EN ATENCIÓN AL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

1.- Aspectos generales.

El establecimiento de un régimen de guarda alternada de menores supone la existencia de un proceso judicial iniciado por al menos uno de los titulares de la patria potestad, o bien por ambos mediante diligencias de jurisdicción voluntaria; pudiendo hacerlo los abuelos paternos o maternos de los menores involucrados, siempre y cuando se encuentren en ejercicio de la patria potestad. Dicho proceso judicial puede tener su origen en la disolución del vínculo matrimonial de los padres o bien puede referirse únicamente a la guarda de los hijos menores de edad; en cualquier caso, se origina en la terminación de la convivencia de quienes detentan la patria potestad, y por ende dejan de ejercer la guarda de sus hijos de manera conjunta.

Una de las formas de resolver lo relativo a la guarda de los menores de edad consiste en la figura denominada por la legislación como “custodia compartida”, figura introducida en el Código Civil para el Distrito Federal en el mes de septiembre de 2004, y reformada en febrero del año 2007. Dicho mecanismo fue estudiado en el capítulo anterior, y al respecto hemos enfatizado la posible desprotección para el interés superior de menor, originada en las deficiencias existentes en su regulación, tal como ha sido detallado en su oportunidad.

Por lo anterior, a fin de ser congruentes con la situación de los padres separados, hemos propuesto un instrumento legal, denominándolo “régimen de guarda alternada de menores”, el cual se rige por el principio del interés superior del menor. Su adecuado funcionamiento requiere la introducción de una serie de modificaciones en la legislación, que, desde nuestra perspectiva, permitirán a los progenitores garantizar a sus hijos sobre quienes pudiere aplicarse tal medida, la protección de su interés, a través del resguardo de las condiciones necesarias para su adecuado desarrollo.

Una de las características del régimen propuesto, es que sólo podrá establecerse mediante convenio celebrado por los progenitores; en el cual éstos se auto limitarán recíprocamente en relación a ciertos aspectos del ejercicio de la guarda, aun cuando la ejerzan de forma exclusiva durante periodos alternados, ciñéndose a tales lineamientos y garantizando a sus hijos la protección a las condiciones necesarias para su desarrollo. Tales lineamientos serán detallados a continuación.

1.1.- Antecedentes de violencia familiar.

Una vez formulado ante el órgano jurisdiccional el convenio por el cual los progenitores acuerdan establecer el régimen de guarda alternada sobre sus hijos menores de edad respecto de los cuales ejercen la patria potestad, en cualquier etapa del proceso judicial relativo a la guarda definitiva de dichos menores; el

juzgador, previamente a la evaluación de las condiciones pactadas para la operación del régimen señalado, habrá de tomar en cuenta los elementos que pueden incidir en el funcionamiento de la guarda alternada de menores.

El primer elemento para determinar la viabilidad del régimen de guarda alternada de menores, siempre en función del interés superior del menor; consiste en la declaración de los progenitores, complementada con la manifestación de los menores involucrados, de no haber existido violencia en el núcleo familiar, con anterioridad ni durante la desintegración de la relación de los progenitores, ni entre éstos, ni hacia sus hijos menores de edad. Por lo anterior, si han sido planteadas como parte de la litis, por cualquiera de los progenitores, cuestiones de violencia familiar, o bien si han sido narrados en los escritos correspondientes hechos que impliquen su existencia, entre los padres o hacia los hijos sobre quienes se pretende establecer la guarda alternada; el juzgador deberá desechar la propuesta de convenio presentada, otorgando la guarda al progenitor más conveniente, estableciendo un régimen de convivencias —con las limitaciones pertinentes—, al progenitor a quien se atribuyan hechos de violencia familiar, hasta resolver en definitiva tal cuestión, con base en los medios probatorios aportados al juicio.

La “inaplicabilidad” del régimen de guarda alternada de menores por violencia familiar obedece a la protección del interés superior del menor, traduciéndose ésta en evitar el posible daño ocasionado por permanecer durante lapsos sucesivos bajo el cuidado exclusivo de uno de sus progenitores; cuando éste ha desarrollado conductas de violencia familiar en su contra, e incluso en

contra del otro progenitor, por ser ese ambiente de violencia un riesgo para su desarrollo integral, al privarlo de un entorno adecuado para el mismo. Por ello, deberá rechazarse la propuesta de los progenitores para establecer un régimen de guarda alternada sobre sus hijos incluso si, habiendo sido alegada la violencia intrafamiliar como causal de disolución del vínculo conyugal, es desistida en convenio judicial por quien la interpuso. Pues si bien ese desistimiento obedece al principio de que pueden ser renunciados los derechos privados que no afecten el interés público, la protección del interés superior del menor —siendo de interés público—, aconseja salvaguardar a los niños de los hechos posibles de violencia, aun si éstos no llegan a ser objeto de prueba. Lo anterior dada la posibilidad de ser el desistimiento de la causal de violencia intrafamiliar, parte de una estrategia procesal de las partes para llegar a un convenio judicial, y no puede exponerse a los menores a un posible ambiente de violencia, hasta en tanto el juzgador tenga elementos que le den la convicción de que ese riesgo no existe o bien ha sido corregido.

1.2.- Voluntad de los padres y opinión de los menores sobre el establecimiento del régimen de guarda alternada.

El siguiente aspecto se refiere a la convicción del juzgador de estar basado el consentimiento manifestado por los progenitores —al formular una propuesta para establecer el régimen de guarda alternada—, en una adecuada información, tendiente a proteger el interés de sus hijos de forma prioritaria al de ellos mismos, realizando todos los esfuerzos necesarios para tal fin. Asimismo debe asegurarse

el juzgador de que los menores involucrados, en los términos de los instrumentos internacionales suscritos por México; así como de la legislación aplicable, estén enterados de la intención de sus padres de establecer sobre ellos un régimen de guarda alternada, así como del funcionamiento e implicaciones de dicho mecanismo, teniendo la oportunidad de expresar su opinión respecto de dicho procedimiento, debiendo procurar el juzgador obtener, de tal manifestación, elementos útiles para determinar si la forma de la propuesta mantiene a salvo el interés superior del menor.

En relación con el consentimiento de los progenitores, el juzgador deberá asegurarse de que ambos tengan completo conocimiento del alcance de su acuerdo, por afectar no sólo su interés sino también el de sus hijos, quienes deben ser prioritariamente protegidos por el Estado a través del órgano jurisdiccional. En otras palabras, corresponde a la autoridad judicial asegurarse, independientemente de la denominación legal de la figura propuesta —ya sea “custodia compartida” o cualquiera otra—, de que los progenitores comprendan claramente el conjunto de facultades que ejercerán alternadamente sobre sus hijos menores de edad, sin confundir este régimen con un simple mecanismo de convivencia, más amplio que el régimen de visitas “convencional”.

Sobre el punto en cuestión, resulta importante retomar un aspecto señalado con anterioridad, referente a la situación del juzgador; quien podría tener la responsabilidad de resolver sobre la propuesta para establecer un régimen de guarda alternada, ocurrida en mitad de un proceso judicial referido originalmente a

la disolución del vínculo matrimonial de los progenitores, incluso por una causal de divorcio necesario. En estas circunstancias el juzgador debe vigilar escrupulosamente, que la situación de los hijos no sea usada como un instrumento de intercambio entre los padres para resolver el divorcio, poniendo especial cuidado en este aspecto, pues "... no es infrecuente que en el paquete de intereses (vivienda, pensión, liquidación del régimen económico) que los cónyuges discuten y negocian –y a veces, en su nombre, otras personas que actúan con más frialdad, profesionalizada–, a la hora de resolver sus personales egoísmos tras la ruptura matrimonial, entren los hijos como un concepto o un sumando, como un ‘argumento’ más, entre otros [...] En no pocos casos, el precio del divorcio o de la separación por mutuo consentimiento va a ser la renuncia a la guarda de los hijos o ciertas limitaciones en el ejercicio de la patria potestad, o un régimen de visitas muy restrictivo, u otros pactos de semejante tenor. En más de una ocasión hay un verdadero chantaje de un cónyuge al otro para obtener su consentimiento referido al convenio en su conjunto, o en lo que afecta a algún pacto en concreto.”⁹⁷

Dicha responsabilidad del juzgador obedece a la circunstancia de no existir relación directa del interés del menor con el vínculo entre los progenitores ni con la ruptura del mismo; en consecuencia, la protección de aquél consiste en que la separación de los padres afecte en el menor grado a los hijos. Por lo tanto, cuestiones como la asignación de la guarda de los hijos o incluso el régimen de guarda alternada sobre éstos, no deben formar parte de las contraprestaciones

⁹⁷ RIVERO Hernández, Francisco, Op. Cit. Pág. 227

pactadas por los padres a fin de obtener un mayor beneficio en el monto de la pensión alimenticia, o el desistimiento de una determinada causal invocada para la procedencia del divorcio; teniendo esto en cuenta, el órgano jurisdiccional habrá de exhortar claramente a las partes a proceder con absoluta responsabilidad al proteger a sus hijos menores de edad, haciéndoles ver que, si realmente consideran benéfico para éstos el régimen de guarda alternada, el mismo puede ser convenido como medida provisional, o surtir efectos con posterioridad a la resolución definitiva, incluso si no se logró un acuerdo en relación a la disolución del vínculo matrimonial, por referirse ambas situaciones a intereses distintos. En definitiva, la responsabilidad del órgano jurisdiccional se dirige, en este aspecto, a no tolerar que el interés de los menores sea instrumento de negociación para resolver la disolución del vínculo conyugal de los progenitores, o bien contraprestaciones de carácter económico derivadas de su separación, incluso si la resolución de dicha litis a través de un convenio judicial representara un alivio a la carga de trabajo de dicho órgano.

Por cuanto hace a la participación de los menores en la consolidación del convenio de guarda alternada, el órgano jurisdiccional tendrá la responsabilidad, en términos de los instrumentos internacionales suscritos por México, así como de la normatividad vigente, de dar a dichos menores información sobre el curso, objetivos e implicaciones del procedimiento en términos comprensibles para ellos, asimismo obtendrá de éstos la información útil que puedan proporcionar a efecto de proveer a la propuesta de convenio para establecer la guarda alternada de menores, de la forma más conveniente a su interés.

En términos del artículo 417 del Código Civil para el Distrito Federal, los menores, a efecto de ser “adecuadamente escuchados” habrán de ser acompañados por un “asistente de menores” designado por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (D.I.F.) del Distrito Federal, el cual, conforme al artículo 417- Bis, podrá ser un profesional en psicología, trabajo social o pedagogía de manera indistinta, a efecto de asistir al menor, sólo para el efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones donde éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores. Por nuestra parte consideramos, al contrario de lo establecido en la legislación, que el contacto entre los menores y el juzgador debería ser directo y sin intermediarios, salvo si los niños padecieran alguna discapacidad física o intelectual, o bien si por su corta edad necesitaran auxilio para poder comunicarse. Lo anterior, en primer lugar, para que el juzgador pueda sacar mayor provecho de la expresión libre y directa de los menores involucrados, y en segundo, porque la participación de los profesionistas indicados en la ley no está dirigida a surtir efecto alguno en el procedimiento, es decir, conforme a la propia norma vigente, no resulta de utilidad para determinar qué resolución protegerá mejor el interés de los menores, pareciéndonos improductivo y dilatorio que los profesionistas designados por el D.I.F. del Distrito Federal puedan solicitar hasta dos entrevistas con los menores, previas a su comparecencia ante el órgano jurisdiccional conforme al numeral antes citado; en nuestra opinión, teniendo los menores edad y capacidad para expresarse, su opinión deberá ser recibida directamente por el

juzgador, con la presencia del agente del Ministerio Público, para garantizar el respeto a sus derechos durante su comparecencia.

Es importante señalar que la comparecencia de los menores ante el juzgador de ninguna manera deberá tener el objeto de solicitarles expresar una elección o preferencia por alguno de sus progenitores para permanecer bajo su cuidado, pues si bien tienen el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que les conciernen, también es cierto que no deben ser puestos en posición de tomar decisiones que no les corresponden, pues precisamente por encontrarse sujetos a la patria potestad de sus progenitores como consecuencia de su falta de criterio e inexperiencia, las decisiones relativas a su guarda deben ser tomadas por los adultos responsables de su cuidado, es decir por sus padres, y en caso de ser éstos temporalmente incapaces de llegar a acuerdos como consecuencia de su separación, serán tomadas por el juzgador.

Ahora bien, en cuanto a la utilidad de la participación del menor para salvaguardar su interés, consideramos más provechosa para el juzgador la información aportada por los niños acerca de la aptitud de cada progenitor para ejercer su guarda de forma exclusiva, que su propio parecer, pues independientemente de ser la opinión de los menores valiosa para el juzgador, la misma no será determinante para establecer la forma de salvaguardar su interés; por lo tanto el menor "...debe ser oído cuando haya alcanzado una edad en la que pueda pensarse, con cierto fundamento, que está expresando una opinión propia, y, al mismo tiempo, tal opinión ha de ser evaluada como lo que es, uno de los

muchos elementos que contribuyen a formar en el juzgador la convicción sobre cuál ha de ser la mejor decisión respecto de cada caso en particular...”⁹⁸ En cambio, el juzgador podrá sacar mucho provecho de los datos aportados por los menores sobre las costumbres y habilidades de los progenitores para llevar a cabo la crianza, protección, control y cuidados requeridos por ellos.

Por último, el juzgador para dar aprobación al convenio de “guarda alternada”, deberá observar algunos otros principios, tales como rehusar dicho régimen a los progenitores cuando alguno de ellos padezca —o así se haya manifestado en el proceso—, alguna adicción a medicamentos sin prescripción médica o cualquiera otra sustancia psicotrópica, en los mismos términos argumentados en el caso de la violencia intrafamiliar; es decir, para salvaguardar a los menores del posible riesgo al quedar bajo el cuidado exclusivo de un adicto durante periodos más o menos prolongados, al menos hasta tener elementos de convicción en el sentido de no existir tal adicción, o de haber sido controlada a través de tratamiento médico, o terapia psicológica. Por otro lado, en caso de ser varios los menores involucrados, deberá reprobarse el convenio por el cual, para no quedarse solos los progenitores durante los periodos fijados para el ejercicio de la guarda por cada uno de ellos, los hermanos sean separados, es decir, debe impedirse que los progenitores ejerzan simultáneamente la guarda sobre parte de sus hijos, para intercambiarlos alternadamente, pues ello perjudicaría gravemente el entorno de cada uno de ellos y violaría su derecho de convivir con todos los integrantes de su familia, señalado en capítulos anteriores. Por ello, deberá

⁹⁸ STILERMAN, Op. Cit. Pág. 74

imperar el criterio de mantener unidos a los hermanos, excepto si por la diferencia de edad existente entre ellos, se desenvuelvan cotidianamente en ambientes escolares y sociales distintos, en cuyo caso aun así habrá de garantizarse un régimen de convivencias que les permita comunicarse e interactuar libremente.

2.- Función del Ministerio Público Familiar en el procedimiento para determinar el régimen de guarda alternada, como vigilante de la atención al interés superior del menor.

De acuerdo con el artículo 2º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en su fracción III, el Ministerio Público, como representante social, tiene la función de proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general, en los términos que determinen las leyes; por esta razón, se le da intervención en todos los juicios de divorcio así como en las controversias de orden familiar, para asegurarse de que los derechos de los menores, incapaces, ancianos y los ausentes afectados por tales juicios sean respetados durante los diversos procesos en materia familiar.

En los procesos judiciales en los cuales se pretenda establecer el “régimen de guarda alternada de menores”, debe darse participación al agente del Ministerio Público para presenciar la participación de los menores; es decir, para corroborar que el juzgador reciba la opinión de los menores en los términos de la legislación aplicable, respetando sus derechos; y una vez realizada la propuesta

de convenio de los progenitores para establecer el régimen de guarda alternada sobre sus hijos, previamente a la valoración de la misma por parte del juzgador para su posible aprobación, el agente del Ministerio Público deberá realizar un análisis de las actuaciones judiciales y en particular de dicha propuesta, determinando si la misma respeta los derechos de los menores; si abarca el respeto de esos derechos durante la vigencia de dicho convenio; y finalmente, si se otorgan las garantías tendientes a la satisfacción de las necesidades de los menores en caso de un eventual incumplimiento o cumplimiento inadecuado del convenio. De encontrar satisfactorias las condiciones arriba citadas, manifestará su conformidad con el convenio. De no ser así, el agente del Ministerio Público deberá manifestar su desacuerdo con lo convenido por los progenitores, indicando los puntos que considere deben ser subsanados; deteniéndose el trámite de su aprobación hasta ser cumplidos, y el representante social manifieste su conformidad.

En todo caso, consideramos necesario resaltar que la tarea de aprobar o no el convenio o en su caso formular recomendaciones para su modificación antes de aprobarlo corresponde al juzgador a cuyo conocimiento se presenta la propuesta de régimen de guarda alternada; por lo tanto, mientras la función del Ministerio Público se dirigirá a verificar el respeto a los derechos de los menores involucrados —durante el procedimiento y en el convenio resultante—, la tarea del juzgador será determinar el interés superior de menor, así como, en relación a la propuesta de convenio de los progenitores, la forma más adecuada de observar

dicho principio, para aprobar o no el acuerdo, según privilegie o no el interés de los menores sobre quienes se busca aplicar.

3.- Estipulaciones mínimas que deben contenerse en el convenio por el cual se establece el régimen de guarda alternada de menores.

Después de haber decidido los progenitores, la conveniencia para sus hijos menores de edad, de establecer sobre ellos un régimen de guarda alternada, y tras haber comprendido el contenido, y responsabilidades propias de éste; deberán formular un convenio ante el órgano jurisdiccional, de acuerdo a los lineamientos determinados de forma conjunta por ellos, y a los cuales se ceñirán durante los periodos en que ejercerán de forma exclusiva la guarda de sus hijos menores de edad.

Para los efectos de la presentación del convenio antes señalado ante el órgano jurisdiccional, consideramos adecuado incluir en la legislación de forma expresa el requisito de exhibir el mismo ante la autoridad judicial, de forma similar al requerido por el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, enumerándose los aspectos sobre los que deberá versar dicho convenio, cubriendo, por lo menos, los aspectos esbozados a continuación, los cuales consideramos esenciales para salvaguardar el interés de los menores involucrados.

3.1.- Fijación del domicilio de los menores.

Uno de los aspectos más importantes a observar al establecer el “régimen de guarda alternada” sobre sus hijos menores de edad, es la conservación del entorno socio-económico y familiar de éstos. Hablar de un régimen de guarda alternada de menores, implica el atribuir a cada progenitor la facultad de determinar el ámbito espacial donde los menores se desenvolverán, es decir, su domicilio. De acuerdo con la fracción I del artículo 31 del Código Civil para el Distrito Federal, se reputa domicilio legal del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto; asimismo, el artículo 421 del ordenamiento antes citado establece que mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente. Por lo tanto, cuando los titulares de la patria potestad dejan de cohabitar, el domicilio de los menores de edad será el de aquél a quien se haya asignado la guarda de los hijos; sin embargo, en un régimen de guarda alternada no puede cumplirse el principio antes señalado al encontrarse los menores de edad bajo el cuidado de ambos progenitores de manera alternada⁹⁹. Además, si cada progenitor decidiera con total independencia el lugar de residencia de sus hijos durante los periodos en que éstos se hallaran bajo su cuidado exclusivo, el resultado podría ser por un lado, el desarraigo de dichos menores de su entorno habitual hasta antes de la separación de sus padres,

⁹⁹ Conforme a lo dispuesto por el artículo 30 del Código Civil, el domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente; por ello, uno de los efectos de la guarda será establecer el domicilio legal de los menores en el del progenitor que la detente, pero no se encuentra previsto en la legislación el efecto de que dos personas sean titulares de dicho atributo.

donde desarrollaba sus relaciones sociales y familiares; y por otro, dañar la habilidad de los menores para adaptarse a un nuevo entorno, al permanecer en el durante un tiempo insuficiente para forjar nuevos lazos sociales y afectivos.

Para evitar ese daño, al momento de instaurar un “régimen de guarda alternada de menores”, se deben determinar las formas de salvaguardar a los menores involucrados de los posibles efectos negativos de un cambio continuo de ambiente. Para lograrlo, creemos necesario que los progenitores, antes de ejercer por primera vez la guarda en forma temporal y exclusiva, lleven a cabo el último acto de ejercicio conjunto de la guarda de sus hijos menores de edad, limitando en forma voluntaria, y recíproca, la forma de desempeñarla durante los periodos correspondientes a cada uno. En consecuencia, los padres deberán designar en el convenio, el domicilio en el cual residirán los menores con cada uno de ellos durante los periodos correspondientes, garantizando a sus hijos evitar su desvinculación del entorno socio-económico, familiar y afectivo en el que se desenvolvían, protegiéndose así su interés, pues “... tanto en la primera infancia como en la edad escolar, el niño necesita contar con la estabilidad de un domicilio respecto del cual él sienta una relación de pertenencia. Del mismo modo, el menor requiere de una situación afectiva estable, tendiente a que, ante la disolución del matrimonio de sus padres, no se vea privado de sus afectos [...] La estabilidad del menor ya resulta afectada al producirse el retiro del hogar de uno de los progenitores, y más aun si ese retiro significa para él una mudanza...”¹⁰⁰

¹⁰⁰ STILERMAN, Op. Cit. Pág. 63

Una forma de lograr la protección al interés de los menores en el aspecto de garantizar su desarrollo normal en su entorno habitual, consiste en una modalidad de guarda compartida en la cual el domicilio de los menores es fijado en el que fuera el hogar familiar hasta el momento de la separación de sus padres, o bien en lugar distinto, pero con la característica específica de ser el domicilio permanente de los menores, siendo los progenitores quienes cambian periódicamente de residencia, habitando con los menores en el domicilio de éstos cuando les corresponde su guarda, y saliendo del mismo al terminar el periodo respectivo; entrando el otro progenitor para habitar con los menores. Como nos lo explica Mizrahi, "... una variante particular de la tenencia alternada es el sistema de anidación llamado también "nido de aves" o "cuidar el nido", y consiste en que los padres se turnen para vivir en el hogar donde residen los hijos. O sea, los que van y vienen son los progenitores, mientras que los niños permanecen en un lugar fijo. Sin embargo, se reconoce que es un mecanismo muy difícil de llevar a la práctica y, en los casos en que se ha intentado, tuvo escasa duración."¹⁰¹

Por nuestra parte reconocemos las posibles dificultades prácticas resultantes de intentar utilizar el mecanismo antes descrito, pareciéndonos, en principio, poco adecuado. Sin embargo, pensamos que garantizar la mayor estabilidad posible en el entorno de los menores es responsabilidad de los progenitores, y si ellos consideran necesario utilizar el mecanismo comentado líneas arriba, bien podrían intentarlo, siempre y cuando se incluya en el convenio un acuerdo sobre la forma de proteger el interés de los menores si las dificultades

¹⁰¹ MIZRAHI, Op. Cit. Pág. 425

de esta fórmula obligan a abandonarla. La manera que consideramos más efectiva para permitir a los menores continuar su desarrollo en su entorno habitual, consiste simplemente en que los padres, al convenir la guarda alternada de sus hijos, fijen su propio domicilio, libremente, pero auto limitándose a establecer el mismo en un lugar próximo al del otro progenitor, y ambos, del lugar de residencia de sus hijos antes de sobrevenir la separación.

Esto no implica obligarse a ser vecinos, especialmente cuando la relación entre ellos ha resultado muy deteriorada, pudiendo un contacto demasiado frecuente ocasionar confrontaciones perjudiciales para los hijos. Sin embargo, los domicilios de ambos deben dar tranquilidad a los menores en el sentido de no temer la interrupción de su contacto con el resto de su familia, ser alejado de su escuela habitual o hasta verse obligados a acudir a más de un centro escolar, ni dejar de convivir con sus amistades habituales; en otras palabras, han de garantizar a los hijos, aunque cambien de domicilio periódicamente, continuar integrándose normalmente a su entorno socio-económico y afectivo. Finalmente, será responsabilidad de cada uno de los progenitores el objetar el domicilio propuesto por el otro, cuando no cumpla los lineamientos arriba señalados, así como establecer el compromiso de llevar a cabo el régimen de guarda alternada de sus hijos únicamente en tanto sean capaces de garantizar la continuidad del entorno de los menores, lo anterior en beneficio del interés de éstos.

3.2.- Determinación de los lapsos durante los cuales cada progenitor tendrá a su cargo la guarda de los menores.

Uno de los vacíos legales más riesgosos en la regulación vigente de la “custodia compartida”, consiste en el total descuido de la determinación de los periodos durante los cuales cada progenitor tendrá el cuidado exclusivo de sus hijos menores de edad; pudiendo ser tales lapsos convenidos, en principio, libremente por sus progenitores, en función de sus intereses y necesidades, pasando por alto la protección del interés de los menores involucrados.

Es peligroso el cambio periódico de domicilio de los menores, cuando pueda afectar su capacidad de establecer vínculos sociales y afectivos, o bien de mantenerlos; pero de forma más aguda cuando por la edad de los niños, se afecta la percepción de éstos de su entorno, comprometiendo sus habilidades sociales así como su sentido de integración y pertenencia a un núcleo familiar estable. Para explicarlo con mayor claridad, el hecho de que los menores, por voluntad de sus padres, no pasen suficiente tiempo con cada uno de ellos impedirá la consolidación de la relación paterno- filial, así como el resto de sus relaciones familiares; de igual forma, si los periodos son demasiado prolongados, la interrupción de los mismos afectará desfavorablemente los lazos afectivos y sociales cultivados por dichos menores, por lo tanto, deberán rechazarse los convenios de guarda alternada de menores cuando los progenitores decidan caprichosamente alternarse la guarda de los menores por semanas, o hasta por

días de la semana, sin tomar en cuenta las necesidades de éstos, amparándose en un argumento de equidad entre ellos.

Pensamos que la duración de los periodos de alternancia de la guarda de los menores depende fundamentalmente de su edad, pues sus necesidades varían siempre en función de su grado de madurez, adquirida con su crecimiento; además, para determinar dicha duración en función del interés de los menores consideramos necesario el consejo de un profesional adecuado para descubrir las necesidades específicas de cada menor en particular, y del conjunto de hijos, cuando sean varios los involucrados.

Por lo tanto, el convenio, en lo referente a la duración de los periodos alternados del ejercicio de la guarda, debe establecerse sobre la base de un dictamen emitido por un profesionista calificado para emitirlo –siendo en nuestra opinión más adecuado el psicólogo–, designado para considerar el beneficio de los menores con independencia de los progenitores. Por esta razón, no debería ser nombrado por alguno de los progenitores, ni por ambos conjuntamente. Es en este caso donde nos parece atinada, y útil, la participación de un especialista acreditado por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (D.I.F.) del Distrito Federal. La función de dicho especialista sería, previa entrevista con los progenitores así como con los menores involucrados, determinar las necesidades de cada uno de los hijos de acuerdo con su edad, y mediar las mismas con las necesidades del conjunto de hijos, a fin de que permanezcan juntos; emitiendo finalmente una opinión acerca de la duración de los periodos durante los cuales

podrán encontrarse bajo el cuidado de cada uno de sus progenitores, así como una proyección del tiempo aproximado en que las necesidades de los menores puedan variar y sea necesario un ajuste en la duración de dichos lapsos, tendiendo siempre a una mayor flexibilidad al madurar los menores y adquirir un mayor criterio.

3.3.- Determinación de los alimentos que han de ser proporcionados a los menores durante los periodos en que estén bajo custodia de cada progenitor, y forma de ministrarlos.

Uno de los deberes fundamentales de los padres hacia sus hijos es satisfacer sus necesidades alimentarias, las cuales comprenden, en general, los aspectos señalados por la legislación civil¹⁰², deber vigente incluso tras la pérdida o la extinción de la patria potestad. Ahora bien, conforme a lo establecido por el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal, el juez, al resolver sobre la disolución del vínculo conyugal –aunque podrá hacerlo igualmente en una controversia sobre la guarda de los menores –, deberá resolver sobre la situación de éstos, y entre otros aspectos, deberá determinarse la forma en que los

¹⁰² El artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: Los alimentos comprenden:
I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;
II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;
III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y
IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

progenitores cumplirán sus deberes alimentarios para con sus hijos menores de edad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 303 de dicho ordenamiento.

En el caso de la guarda alternada de menores, también deben protegerse los alimentos requeridos por los menores para su subsistencia y adecuado desarrollo, pero será necesario considerar algunas eventualidades. Generalmente, cuando se asigna la guarda de los hijos menores a uno solo de los progenitores, éstos por su incapacidad e inexperiencia, reciben la cuota alimentaria determinada a cargo de sus padres por conducto de quien ejerce su guarda conforme a la resolución judicial, y si ese progenitor es a su vez acreedor alimentario de su ex pareja, las resoluciones judiciales habitualmente fijan una sola cuota alimentaria – sea un porcentaje de los ingresos del deudor alimentista o un importe líquido de forma periódica– a favor de los acreedores alimentarios en común, lo cual tiene la ventaja de permitir al guardador recibir y administrar la totalidad de la pensión, para atender sin mayor dilación a la manutención propia y de los hijos. En el supuesto que nos ocupa, sin embargo, las obligaciones alimentarias no podrán cumplirse de ese modo, en razón de la alternancia en el ejercicio de la guarda.

Será entonces necesario diferenciar el monto de la cuota o pensión alimentaria a favor de los hijos menores de edad, y separarlo del correspondiente al progenitor que tuviere el carácter de acreedor alimentario de su ex pareja, pues éste, cuando se encuentre apartado de la guarda de sus hijos, no podrá recibir el monto de la cuota asignada a éstos. De igual forma, el progenitor obligado a entregar una pensión a favor de sus hijos menores de edad, no podrá ser obligado

a entregarla mediante un importe monetario (en dinero), sino que podrá ministrar los alimentos a sus hijos en especie, es decir, integrándolos a la familia, conforme a lo dispuesto por el artículo 309 del Código Civil para el Distrito Federal, por encontrarse los menores bajo su cuidado. Por lo tanto, en el convenio de guarda alternada de menores, deberá especificarse para cada deudor alimentario, la forma de cumplir con su obligación para con sus hijos menores de edad, tanto al encontrarse éstos bajo su cuidado, como del otro progenitor, a fin de no quedar los menores desprotegidos por sus padres.

3.4.- Modalidades del régimen de convivencias que se establezca a favor de los progenitores durante los lapsos que no ejerzan la guarda de los menores.

El convenio de guarda alternada de menores debe incluir las disposiciones relativas a la forma y periodicidad para la convivencia de los menores con el progenitor separado de su guarda, siendo equitativa la forma, periodicidad y duración de tales convivencias, permitiendo a los padres no sólo enriquecerse moral y espiritualmente del contacto con sus hijos, sino también contribuir a su formación integral; además se debe tomar en cuenta que "... a partir del momento en que el menor entra en la adolescencia, debe permitírsele pautar por sí mismo y junto con el progenitor cuáles son los momentos que resultan más convenientes para ambos y qué actividades desean compartir. A esta altura de la vida el apego a un estricto régimen de visitas puede interferir en forma negativa con la vida

social del menor, lo que redundará en una relativa mala relación con el progenitor.”¹⁰³

El compromiso de los padres de respetar las estipulaciones arriba citadas beneficia el interés de los menores, al proteger su derecho a relacionarse y convivir con ambos progenitores, el cual, como señalamos en el capítulo anterior, es uno de los principios fundamentales que deben ser observados ante la separación de los titulares de la patria potestad, afectándolos de la menor forma posible con ésta. De igual forma, el estar ambos, y no sólo uno de los progenitores, sujeto a un régimen de convivencias y privado de la guarda, asegurará a los menores una mayor flexibilidad en la forma de realizarse aquéllas. Por la misma razón, aumentarán las posibilidades de ser cabalmente respetado el régimen de convivencias, pues el progenitor a quien corresponde en turno el ejercicio de la guarda tendrá interés en que, cuando esté separado de tal facultad y le corresponda un régimen de convivencias, su contraparte respete íntegramente el mismo.

3.5.- Determinación de la forma en que debe verificarse la entrega de los menores al término de cada periodo.

En el convenio donde se establezca la guarda alternada, además de la duración de los periodos de su ejercicio sucesivo, deben establecerse el momento y las circunstancias, al término de cada periodo, para poner a los menores bajo el

¹⁰³ STILERMAN, Op. Cit. Pág. 157

cuidado del progenitor que desempeñará la guarda durante el siguiente periodo, es decir, la forma de entregar a los hijos a cada uno de ellos cuando se de un cambio de ciclo en el ejercicio exclusivo de la guarda. En este punto será importante establecer si los periodos alternados de ejercicio de la guarda, independientemente de su duración, se darán por concluidos en una fecha del calendario, o si se prolongarán o reducirán hasta el fin de la semana de transición, para dar oportunidad a los menores de organizarse antes de reiniciar su rutina escolar; asimismo debe definirse si la entrega se realizará en el domicilio de quien detentaba la guarda, o de quien inicia el ciclo de ejercicio correspondiente; si la entrega se acusará por escrito, o ante familiares que puedan dar testimonio de la misma, o cualquiera otra modalidad, así como el horario de la entrega.

Las cuestiones anteriormente señaladas benefician de forma directa, en este caso, a los progenitores, pues tendrán elementos para demostrar, si llegare el caso, el cumplimiento de lo convenido, y por lo tanto defender la continuidad del régimen ante posibles acusaciones de incumplimiento. A su vez, también los menores se beneficiarán de las estipulaciones arriba señaladas al tener conocimiento de la forma y el momento en el que cada uno de sus padres readquiere las funciones de la guarda, lo cual les permitirá tener anticipación de estos eventos e incluso coadyuvar con sus padres para realizar dicha transición de forma cómoda. Además, les brinda la oportunidad de presionar si es necesario a cada progenitor para que cumpla adecuadamente su responsabilidad, a través del trato personal con cada uno de ellos. Finalmente, al conocer los menores dichas estipulaciones y ser cumplidas las mismas, no sufrirán la incertidumbre, ante una

relación más o menor deteriorada entre los progenitores, de un súbito cambio de régimen que desestabilice nuevamente sus condiciones de vida, por continuas acusaciones de incumplimiento por parte de sus padres, al tener cada uno los elementos para acreditar su cabal cumplimiento del pacto, dando con ello seguridad a los hijos.

3.6.- Consecuencias del incumplimiento del convenio, debidamente probado y con conocimiento y participación del Ministerio Público Familiar.

A pesar de lo señalado en el apartado anterior, cuando la forma y momento de la entrega de los menores, o cualquiera otra de las disposiciones incluidas en el convenio de guarda alternada de menores, sea incumplida por alguno de los progenitores —tenga el ejercicio de la guarda o se encuentre separado de ella—, será necesario prever desde el momento mismo de establecer el convenio, las consecuencias posibles de dicho incumplimiento, lo anterior para garantizar la seguridad de los menores y de sus condiciones de vida, y asegurar en lo posible la continuidad del régimen, considerando igualmente el surgimiento de causas que den lugar a la suspensión del mismo.

Es importante incluir las disposiciones señaladas en párrafo anterior por dos razones. La primera es evitar que ante el incumplimiento del convenio, se intente, por parte de cualquiera de los progenitores, tomar medidas como las establecidas en septiembre de 2004, referidas al cambio de guarda o a la pérdida del derecho

de convivencia, las cuales afectarían gravemente el interés de los menores involucrados, de ser adicionadas nuevamente a la legislación. Para evitarlo, los progenitores deben prevenir las consecuencias y el alcance de un eventual incumplimiento, o cumplimiento inadecuado del convenio de guarda alternada. No es lo mismo una demora de algunas horas en la entrega de los menores ni la reiteración de dicha demora, la cual, si bien no justificaríamos, tampoco debe tener el alcance de perjudicar la estabilidad mínima de las condiciones de vida del menor modificando o terminando abruptamente el régimen; en contraste, una negativa de entregar a los menores, o un cuidado insuficiente y riesgoso de éstos, o su separación injustificada de su entorno al imponerles un domicilio distinto al señalado en el convenio, son faltas que podrían comprometer en mayor grado el bienestar de los menores.

Por lo anterior debe tratar de evitarse, desde el momento de celebrar el convenio, afectar la estabilidad relativa de las condiciones de vida de los menores involucrados con motivo del incumplimiento del mismo. Para ello, en caso de presentarse una situación que pueda dar lugar a la terminación del régimen, los progenitores deben pactar anticipadamente la determinación de la guarda y el derecho de convivencia de los menores involucrados, tomando acuerdos para privilegiar el interés de los menores, haciéndose tales variaciones del conocimiento del Ministerio Público, quien como representante del interés de los incapaces, debe manifestar su conformidad antes de la aprobación del convenio. En consecuencia, ante el incumplimiento grave del convenio de guarda alternada de menores, el progenitor “inocente” deberá promover ante la autoridad judicial en

vía de apremio, con el objeto de ejecutar el régimen secundario, ordenándose las medidas necesarias para dar cumplimiento a la entrega de los menores, si fuera el caso, conforme a lo dispuesto por el artículo 526 del Código de Procedimientos Civiles, y determinándose la guarda de los menores así como el régimen de convivencias previsto en el convenio para el caso de incumplimiento o suspensión del mismo.

La segunda razón por la cual los progenitores deben anticipar lo relativo a la guarda y convivencias de los menores en caso de darse por terminado bruscamente el régimen de guarda alternada consiste en poner en conocimiento a los hijos de dichas estipulaciones; así, desde el momento de dar parte a la autoridad judicial del incumplimiento del acuerdo, e incluso desde que los mismos menores lo presencien, estarán al tanto de la forma como se ha protegido su derecho a convivir con ambos padres, la estabilidad de sus condiciones de vida y su entorno social y afectivo, evitándoles la incertidumbre de esperar durante varios meses la determinación de tales aspectos, en una resolución judicial.

4.- Modificación o suspensión de los efectos del convenio de régimen de guarda alternada de menores.

En cualquier momento y a pesar de la actitud comprometida de los padres y el cabal cumplimiento procurado al régimen de guarda alternada de menores, un cambio de circunstancias repentino o el curso mismo de los acontecimientos, así como el propio desarrollo de los menores involucrados, pueden aconsejar

modificaciones al régimen, e incluso suspender sus efectos temporalmente, sin necesidad de darlo por terminado.

En el caso de presentarse un cambio en las circunstancias de los progenitores, o bien por requerir el desarrollo de los menores un cambio en el régimen de guarda alternada, será responsabilidad del órgano jurisdiccional verificar que las modificaciones planteadas respeten el derecho de los menores a convivir con ambos padres, así como a mantener la mayor estabilidad posible en sus condiciones de vida. En todo caso, antes de dar su aprobación a las variantes solicitadas, la autoridad judicial deberá constatar la existencia de todas las estipulaciones estudiadas en el presente capítulo, y valorar si éstas privilegian el interés superior del menor.

Por otro lado, si surgieran circunstancias que obliguen a suspender temporalmente el régimen de guarda alternada sin haber necesidad de darlo por terminado, por ejemplo si alguno de los progenitores sufriera alguna enfermedad o incapacidad temporal debida a un accidente, o bien debiera ausentarse brevemente de la localidad por razones laborales; al sobrevenir la causa de suspensión, deberá surtir efectos el régimen de guarda y de convivencias pactado también para el caso de terminación por incumplimiento; teniendo siempre los menores involucrados conocimiento del mecanismo implementado para proteger su derecho a convivir con ambos progenitores y la estabilidad de sus condiciones de vida.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la suspensión del régimen de guarda alternada deberá obedecer sólo a variaciones repentinas e imprevistas, pues una transición sucesiva entre un régimen de guarda alternada en condiciones equitativas y un régimen de guarda unitaria daría por resultado un régimen de guarda alternada en condiciones inequitativas, especialmente para los menores; en resumen, si para los progenitores es previsible un cambio continuo en las circunstancias en las cuales se desarrollará el ejercicio de la guarda, deberán evaluar cuidadosamente si el interés de sus hijos menores de edad sugiere en definitiva el establecimiento de un régimen de guarda a favor exclusivamente de quien tenga mejores posibilidades de ejercerla, garantizando los derechos de los menores en relación con su progenitor no guardador.

En todos los casos, previamente a la modificación o a la suspensión del régimen de guarda alternada, deberá darse la intervención correspondiente al Ministerio Público, para que manifieste su conformidad o señale en cuáles aspectos se ha desprotegido el derecho de los menores involucrados, deteniéndose el procedimiento hasta ser atendidas sus observaciones.

V. CONCLUSIONES.

Primera.- La patria potestad, originada en la filiación, ha sido considerada a través del tiempo en forma errónea como un derecho de los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, cuando en realidad, su naturaleza la constituye un deber de protección y formación respecto de sus hijos menores de edad, como consecuencia de una realidad natural reconocida por el Estado, consistente en la indefensión, ignorancia e inexperiencia de los niños, obedeciendo a las necesidades de éstos y reconociéndose a los padres como titulares naturales de la misma.

Segunda.- El objeto de la patria potestad es garantizar a los menores sujetos a ésta los elementos necesarios para su desarrollo físico, emocional e intelectual, que implican su manutención, protección y educación mientras no alcancen la mayoría de edad, tendientes a lograr su posterior integración como sujetos independientes y productivos en la sociedad; asimismo tiene por objeto brindar a los niños una protección jurídica mientras carezcan de capacidad de ejercicio, de forma que puedan ejercer sus derechos y proteger su patrimonio a través de sus progenitores, teniendo vigencia mientras dure esa falta de capacidad, o hasta en tanto se lleguen a emancipar.

Tercera.- En la actualidad, el ejercicio de la patria potestad debe estar encaminado a proteger el interés superior del menor, principio consagrado por la comunidad internacional y reconocido por México, incluyéndolo en la legislación

vigente en el artículo 416-Ter del Código Civil para el Distrito Federal, el cual tiene por objeto ayudar a los niños a ser tratados y respetados al mismo nivel que una persona plenamente capaz, y cuya consecuencia es la atención prioritaria de los intereses de los menores sobre cualquier interés opuesto, que deberá ser descartado; de igual forma, un interés concurrente con el del niño será satisfecho dentro de un límite que no vulnere la protección de éste.

Cuarta.- La patria potestad se debe ejercer siempre en beneficio de los hijos menores de edad por ambos progenitores de manera conjunta, dentro de la convivencia familiar; sin embargo, cuando los padres se separan, además de la desintegración del núcleo familiar originada como consecuencia directa, se produce un desmembramiento o diferenciación de las atribuciones de la patria potestad, la cual deberá continuar a cargo de ambos, pues éstos no son eximidos de tales deberes.

Quinta.- Al encontrarse impedidos ambos progenitores para ejercer todas sus atribuciones de manera simultánea, ante el impedimento material de su separación, se produce una limitación física para el ejercicio de la patria potestad resultante de esta situación; por lo tanto sus acciones futuras siempre deben estar guiadas por el interés superior de sus menores hijos.

Sexta.- Una consecuencia de la separación de los progenitores es la limitación al ejercicio de la patria potestad, a través de la asignación de la guarda de los hijos a uno de los progenitores; figura de la cual ni la doctrina ni la

legislación han logrado establecer un concepto claro, confundiendo dicho término con el de custodia; siendo usados ambos en forma indistinta como sinónimos, o bien como una sola expresión, “guarda y custodia” como si los elementos de la misma fueran una sola cosa. Para comprender el verdadero alcance de los atributos aquí referidos, resulta necesario plantear una diferenciación entre ellos.

Séptima.- La guarda es una atribución de los progenitores ligada a su deber de protección, que se manifiesta en la facultad de mantener a los menores en su compañía, o bien designar su domicilio, traduciéndose en un acceso o cercanía material con los descendientes sujetos a patria potestad. La determinación de la guarda es una medida de protección a los menores, tendiente a garantizar que, no obstante la separación de sus progenitores, uno de ellos se encargará de cumplir con las responsabilidades y cuidados surgidos en la vida cotidiana; además, que tanto las directrices establecidas respecto a los hábitos y estilo de vida de los niños, como el control cotidiano de sus actividades, se realice con unidad de criterio.

Octava.- La figura de la custodia, originada en las disposiciones referentes al depósito de menores, es una función meramente transitoria, referente a la protección física, psicológica y sexual de los descendientes, siendo delegada por el guardador de los mismos durante lapsos de tiempo definidos; pero no conlleva la facultad de determinar la residencia habitual o el estilo de vida del menor, por lo cual no forma parte de la patria potestad. La custodia de menores la llevarán a cabo todas las personas que tengan el encargo de velar por la seguridad e

integridad de los menores, y se encuentren materialmente en contacto con ellos durante lapsos determinados, abarcando su vigencia únicamente los periodos durante los cuales tengan contacto o cercanía material con los menores.

Novena.- Conjuntamente con la asignación de la guarda y como contraparte de ésta, surge el derecho de convivencia, del cual son titulares tanto los padres como los propios menores, teniendo como fin permitir y fortalecer las relaciones personales de éstos, no sólo con sus progenitores sino con sus demás parientes, brindándoles una sensación de seguridad, por pertenecer y encontrarse integrados a su ambiente familiar, donde encontrarán protección y apoyo. En el caso de los progenitores es además el medio por el que cumplen con los deberes de crianza y educación objeto de la patria potestad, de los cuales el progenitor que sale del hogar familiar como resultado de la separación, no se ve eximido.

Décima.- Los menores sujetos a patria potestad no tienen interés en la relación existente entre sus progenitores, y por tanto son ajenos a la separación de sus padres; sin embargo, ésta puede afectar negativamente el bienestar de los hijos. Por lo tanto, su interés ante la separación de los padres consiste en no afectar las posibilidades de desarrollo que disfrutaban antes de dicha circunstancia, y su entorno sufra las menores alteraciones posibles, en consecuencia los padres tienen la responsabilidad de velar en todo momento por el bienestar de los mismos independientemente de sus propios desacuerdos, manteniéndolos al margen y por encima de éstos.

Décima primera.- La protección del interés de los menores, ante la separación de sus progenitores consiste en satisfacer, entre otras, la necesidad de aquéllos de convivir con ambos padres, por el beneficio de las correspondientes aportaciones hacia su formación, así como la necesidad de la mayor estabilidad posible en sus condiciones de vida, necesaria para un adecuado desarrollo de su personalidad. Tanto la asignación de la guarda a uno de los padres como el derecho de convivencia existente entre los menores y su progenitor no guardador, son los medios que permiten proteger el interés de aquéllos, pues facilitan su desarrollo sin afectar las circunstancias en las cuales se desenvuelven, y evitan que sus relaciones personales se vean perjudicadas.

Décima segunda.- En septiembre del año 2004 entró en vigor dentro del Código Civil para el Distrito Federal una nueva modalidad de guarda de menores denominada “custodia compartida”, cuyas disposiciones permiten ubicar el objeto de dicha reforma, en el establecimiento de una cierta igualdad de los progenitores en su situación respecto de sus hijos menores de edad, con posterioridad a su separación; sin embargo, de dichas normas se observa que dicha paridad no necesariamente redundaría en beneficio de los menores, pues buscaba la equidad entre los progenitores a costa y por encima del bienestar de los hijos.

Décima tercera.- En febrero del año 2007 fue reformado nuevamente el Código Civil para el Distrito Federal, dejando sin efecto diversas disposiciones referentes a la custodia compartida, vigentes a partir del año 2004. Sin embargo, la parquedad o falta de precisión sobre el funcionamiento de dicha figura, originan

que la observancia del principio del interés superior del menor se vea comprometida, por los vacíos legales existentes en relación a tal mecanismo, el cual en México ni siquiera ha sido definido por la ley ni estudiado a profundidad por la doctrina, comprometiendo esencialmente la protección de la estabilidad de las condiciones de vida de los menores sobre quienes pueda establecerse tal mecanismo.

Décima cuarta.- La llamada “custodia compartida”, objeto de crítica por afectar la estabilidad de los menores, es una modalidad de la guarda, por la cual los titulares de la patria potestad, al separarse, establecen un sistema de convivencia con sus hijos menores de edad por el cual sucesivamente cada uno de ellos y durante periodos iguales de tiempo, tendrán bajo su cargo las funciones cotidianas de cuidado, alimentación y supervisión de dichos menores, controlando sus actividades y fijando las normas que regirán su conducta cotidiana; en tanto al progenitor que durante un lapso dado se encuentre separado de dicha función, se le concederá un régimen de convivencias con aquéllos.

Décima quinta.- El adecuado funcionamiento del mecanismo propuesto, denominado “guarda alternada de menores” en atención a las atribuciones de la patria potestad que conlleva y las cuales se ejercen sucesivamente por cada uno de los progenitores, se dirige fundamentalmente a la protección del interés superior del menor; por lo tanto, para observar adecuadamente tal principio, consideramos necesario incluir en la legislación vigente los elementos necesarios para garantizar que las necesidades de los menores tengan prioridad sobre el

interés de los progenitores al instaurar esta modalidad de la guarda, interés considerado legítimo, pero secundario al de los hijos.

Décima sexta.- Las inclusiones indispensables para que la protección del interés de los menores y la satisfacción de sus necesidades sea privilegiada, frente a los intereses de sus progenitores, y a efecto de garantizar a los hijos las condiciones adecuadas para su pleno desarrollo, deben, en relación al régimen propuesto, cubrir las siguientes características:

- a) Una explicación o descripción de dicha figura, no como una forma amplia de régimen de convivencia, sino imbuida de facultades propias de la guarda, cuyo ejercicio por cada uno de los progenitores deberá armonizar con el del otro;
- b) la limitación del universo de personas sobre quienes podrá ser aplicable el régimen de guarda alternada de menores, descartándolo para los menores de siete años de edad, por no ser aconsejable para ellos un cambio periódico de domicilio;
- c) la limitación expresa, por la cual dicho régimen únicamente podrá fijarse por acuerdo de los padres, garantizándose la participación de los menores en el proceso, en términos de la legislación aplicable;
- d) la imposición a los padres de determinar el domicilio en el cual los menores de edad convivirán con cada uno de ellos;

- e) la imposición a los progenitores de determinar los periodos durante los cuales cada uno ejercerá la guarda de sus hijos, de acuerdo con las necesidades derivadas de su edad.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFIA.

ÁLVAREZ De Lara, Rosa María e Ingrid Brena Sesma (coord.), "Diccionario de Derecho Civil y de Familia", Porrúa, UNAM, México D.F., 2004.

BAQUEIRO Rojas, Edgard, y Rosalía Buenrostro Báez, "derecho de familia y sucesiones", HARLA, México D.F., 1990.

CHÁVEZ Asencio, Manuel F., "Convenios Conyugales y Familiares", 2ª edición actualizada, Editorial Porrúa, México D.F., 1993.

D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Derecho de menores", 4ª ed., ASTREA, Buenos Aires, República Argentina, 1994.

D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Patria potestad", ASTREA, Buenos Aires, República Argentina, 1979.

GALINDO Garfias, Ignacio, "Derecho Civil primer curso: parte general, personas, familia", Porrúa, México D.F., 1997.

GUTIÉRREZ y González, Ernesto, "Derecho civil para la familia", Porrúa, México D.F., 2004.

LLEDÓ Yagüe, Francisco, "Sistema de derecho civil. Derecho de familia", DYKINSON, Madrid, España, 2002.

LÓPEZ del Carril Julio, "Derecho de familia", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República Argentina, 1984.

MATA Pizaña, Felipe de la, y Roberto Garzón, “Derecho familiar”, Ed. Porrúa, México D.F., 2004.

MÉNDEZ Costa, María Josefa, y Daniel Hugo D’Antonio, Derecho de Familia” Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, República Argentina, 2001.

MIZRAHI, Mauricio Luis, “Familia, matrimonio y divorcio”, Astrea, 1ª reimp., Buenos Aires, República Argentina, 2001.

PÉREZ Contreras María de Montserrat, “Derechos de los padres y de los hijos”, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: Cámara de Diputados, LVII Legislatura, 1ª Reimpresión, México D.F., 2000.

PÉREZ De los Reyes, Marco Antonio, “Historia del Derecho Mexicano” Vol. 1 y 3, Oxford University Press, México D.F., 2003.

PÉREZ Duarte y N., Alicia, “Derecho de Familia”, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1994.

QUINTANILLA García, Miguel Ángel, “Lecciones de derecho familiar: nueva legislación comentada y concordada hasta el año 2002: jurisprudencia, tesis relacionadas y doctrina”, Cárdenas editor distribuidor, México D.F., 2003.

RIVERO Hernández, Francisco, “El derecho de visita”, José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1996.

RUGGIERO, Roberto de, “Instituciones de derecho civil”, tr. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, Reus, Madrid, España, 1944.

STILERMAN, Marta, “Menores. Tenencia. Régimen de visita”, Universidad, Buenos Aires, República Argentina, 1992.

TOLEDO Martínez Gabriela, y Juan Carlos Ortega Castro, “La pérdida de la Patria Potestad”, INCIJA, México D.F., 2004.

VENTOSO Escribano, Alfonso, “La representación y disposición de los bienes de los hijos”, Colex, Madrid, España, 1989.

WEINBERG, Inés M., directora, “Convención sobre los derechos del niño” Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2002.

ZANNONI, Eduardo, Derecho civil T. III, Derecho Familiar, ASTREA, 2ª ed., Buenos Aires, República Argentina, 1989.

LEGISLACIÓN.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal

SITIOS WEB.

Gaceta Oficial del Distrito Federal:

www.consejeria.df.gob.mx/gaceta/index.php

Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

Suprema Corte de Justicia de la Nación: www.scjn.gob.mx