



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO.**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN.**

**“LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR, SU
REGULACIÓN INTERNACIONAL Y LOCAL”
(LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 282 APARTADO B
FRACCIÓN II TERCER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL
DISTRITO FEDERAL VIGENTE, HOY CDMX.)**

TESIS

**PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO.**

PRESENTA:

KARINA LIZBETH PEREZ PACHECO

ASESOR:

DR. ANTONIO REYES CORTÉS.



**CIUDAD NEZAHUALCÓYOTL, ESTADO DE MÉXICO
SEPTIEMBRE DEL AÑO 2020.**





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.

AGRADECIMIENTOS.

“ LO QUE CON MUCHO TRABAJO SE OBTIENE, MÁS SE AMA”

Aristóteles.

A mi amada Universidad por brindarme educación, identidad, prestigio y calidad humana, por la mejor etapa de mi vida y por los amigos que conservo gracias a ella.

A todos mis profesores, por enseñarme que la suerte no existe, y que el éxito es el resultado del trabajo duro, de la perseverancia, del sacrificio, pero sobre todo de amar lo que se está haciendo.

A mi asesor por su paciencia, dedicación, orientación y apoyo durante este proceso.

DEDICATORIAS

A mis amados viejitos, mis abuelos Josefina y Angelín, por su gran amor, su apoyo, por siempre confiar en mí.

A mi madre Esthela, por guiarme, inspirarme y mostrarme el camino correcto. Gracias por convertirme en la persona que soy ahora.

En memoria de mi primo Iván Pacheco, te llevo siempre en mi corazón y mis pensamientos.

“LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR, SU
REGULACIÓN INTERNACIONAL Y LOCAL”
(LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 282 APARTADO B FRACCIÓN II
TERCER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL
VIGENTE, HOY CDMX.)

ÍNDICE

	Núm. de pág.
INTRODUCCIÓN	VI
CAPITULO I: ORIGEN DE CONCEPTOS DE FAMILIA Y	
“GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES”	
1	1
1.1. La familia.....	2
1.1.1. Concepto de familia: Biológico, Sociológico y Jurídico.....	3
1.1.2. Antecedentes internacionales de la familia.....	11
1.1.3. Tipos de familia en el marco internacional.....	15
1.1.4. La evolución de la familia en la sociedad mexicana.....	18
1.2. Concepto de guarda y custodia, nacional e internacional.....	24
1.2.1 La protección del menor en el derecho internacional.....	27
1.2.2 La Guarda y Custodia del menor en México.....	31
1.3. El divorcio y la protección de menores habidos en el matrimonio: Concepto de divorcio.....	33
1.3.1. El divorcio y los derechos humanos de los divorciantes.....	35
1.3.2. Las garantías individuales de divorciantes, reconocidas en México.	38
1.4. El desarrollo psicoemocional para decidir del menor de edad.....	40
1.4.1. La niñez.....	43
1.4.2. Los adolescentes.....	44
 CAPITULO II: LA PROTECCIÓN DEL MENOR, SUS DERECHOS	
FUNDAMENTALES Y LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL	
2	46
2.1. Instrumentos internacionales para la protección de los niños, niñas y adolescentes.....	47
2.2. Las garantías individuales de los menores y progenitores.....	51

2.3. La evolución de la Guarda y Custodia del menor en la legislación mexicana.	58
2.4. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la "Guarda y Custodia" del menor.....	62
2.5. Interés superior del menor.....	67

CAPITULO III: LA SITUACION JURÍDICA ACTUAL DE LA GUARDA

Y CUSTODIA DEL MENOR, EN LA LEGISLACION LOCAL..... 73

3.1. La guarda y custodia del menor en la legislación de la CDMX.....	75
3.2. Fundamentos y Criterios del juzgador para otorgarla en la legislación local.	80
3.2.1. La suplencia de la deficiencia en materia familiar.....	82
3.2.2. Pruebas para mejor proveer en materia familiar.....	86
3.2.3. La guarda y custodia en caso de divorcio.....	89
3.2.4. Derecho del menor a ser escuchado.....	91
3.3. Análisis del artículo 282, apartado b, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil de -CDMX- vigente.....	95

CAPITULO IV: LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR, SU REGULACION 106

LOCAL (Propuesta de modificación normativa a la legislación local actual).....

4.1. Derogación del Artículo 282 Apartado B Fracción II Tercer Párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal Vigente, hoy CDMX.....	102
4.2. Nuevos elementos de valoración para el Juzgador, en específico de las pruebas periciales admitidas en materia de Guarda y Custodia en la Legislación de la CDMX.....	117
4.3. El cumplimiento de la convencionalidad de los tratados internacionales, al momento de dictar sentencia por parte de los juzgadores.....	122

CONCLUSIONES..... 127

FUENTES DE INFORMACION..... 133

INTRODUCCIÓN.

En el año 2011, en México se consolidaron modificaciones constitucionales en materia de Derechos Humanos. Esta reforma transformó de manera importante el sistema jurídico mexicano, ya que no solo se amplió el catálogo de Derechos Humanos, sino que también cambió la forma de entender la actuación del Estado a través de sus órganos judiciales, dando como consecuencia que ahora la protección de los derechos de las personas sea el rector de toda contienda judicial. Respecto de los Derechos Humanos, México es parte de la totalidad de los tratados a nivel mundial sobre la materia.

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

Dichas transformaciones son de índole sociocultural, económico y de género, las que se reflejan en la necesidad de un trato equitativo entre hombres y mujeres, independientemente de la edad, en las formas y criterios de protección, así como en la resolución de controversias del orden familiar, tanto del punto de vista legislativo como judicial.

Entre los temas que se pueden abordar con las transformaciones de la sociedad, tenemos la figura de la Guarda y Custodia de menores por parte de sus padres, tema que es materia de la presente investigación; dicho tema tomo mayor relevancia a partir de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal (hoy CDMX) que se hicieron en el 2004, en la que se inserta la custodia compartida y con posterioridad al reconocimiento del matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo.

En la legislación mexicana, se da un paso a dicha adecuación, al reconocer como matrimonio la unión entre dos personas sin importar el género o preferencia sexual, tal es el caso que hoy en día se han presentado dichos matrimonios en los Estados de Campeche, Chihuahua, Guanajuato, Coahuila, Querétaro, Veracruz y CDMX, siendo esta última la que presenta el mayor número de matrimonios celebrados, razón por la cual se debe tener una mayor regulación en las cuestiones que involucren menores de edad como grupo vulnerable por encima de cualquier otro grupo.

Aun cuando la Constitución señala que el Código Civil de las entidades, es el que regula la organización y desarrollo de la familia, es principio fundamental que ninguna disposición contenida en las legislaciones locales contravengan lo dispuesto por nuestra Ley Suprema como garantía individual y fundamental de todos los gobernados.

El principio de igualdad por el que se lucha para las mujeres no tendría sentido si no se aplicara en igualdad de condiciones con los hombres, en el caso concreto de esta investigación, la consideración de igualdad para detentar la guarda y custodia de sus hijos, pues lo que se trata de proteger con esta equidad, es el interés superior del menor y el bienestar de la familia sin importar la manera en que está conformada.

Desde la perspectiva psicológica, el estudio del desarrollo humano tiene una antigua historia. Los análisis al desarrollo humano, en específico al estudio del desarrollo de los menores de edad, con los aportes de especialistas en el desarrollo cognitivo como GESELL con sus consideraciones sobre la maduración y crecimiento; a las aportaciones de MOSCOVICI con su propuesta de la psicología social y la teoría de NEWMAN y NEWMAN con su psicología ecológica, han contribuido a la apreciación desde diversos enfoques del desarrollo humano.

A través de dichas teorías, se busca establecer las etapas de crecimiento que los menores sufren, los medios externos influyentes en su desarrollo y la capacidad de reconocimiento por parte de los juzgadores; cada menor se desarrolla de manera diferente, descartando la edad como un factor para determinar si los menores tienen

un mayor o menor desarrollo cognitivo permitiéndoles externar su opinión, o capacidad para decidir sobre sus derechos de convivencia y custodia con sus padres.

En los últimos quince años en el país, se ha presentado un incremento del 136.4% en el número de divorcios entre la población residente de los Estados Unidos Mexicanos, mientras que el número de personas que desean contraer matrimonio se ha reducido un 21.4%.

De igual manera en el 2017 (según las últimas Estadísticas que presenta el INEGI), dentro de 12.4 millones de personas pertenecientes a la totalidad de la población nacional residente en el país o el 58.1% se encuentran unidas bajo el matrimonio o concubinato, el 31.4% soltera, es decir sin ningún tipo de relación y el 10.5% separadas, divorciadas o viudas.

En cuanto al número total de divorcios a nivel nacional, el 88.5% pertenecen a divorcios llevados a cabo de manera judicial, es decir, más de tres cuartas partes de estos, se ante la autoridad de algún tipo de juez, fuera de jurisdicción administrativa; de los cuales solo el 30.5% al momento de divorciarse no cuenta con hijos menores de edad que impliquen la determinación de Guarda y Custodia a favor de uno de estos; el resto de los divorciantes tienen entre uno y tres hijos susceptibles de Guarda y Custodia.

En este contexto, la legislación local debe contar con mayor regulación en materia de guarda y custodia ante la existencia de nuevos modelos de familia y los diferentes modos de convivencia de los padres, ya que hoy en día la conformación de la familia no tiene un único origen, como lo es la institución del matrimonio. La presente investigación por lo tanto se enfoca en la CDMX por ser la entidad que presenta mayor número de matrimonios y divorcios a nivel Nacional.

El Artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo establece en torno a la guarda y custodia de los menores de 12 años deberán de quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos en que la madre sea generadora de violencia familiar. En esta

lógica los juzgadores locales tienden a optar por otorgar preferencia a la madre al momento de atribuir la guarda y custodia de un menor en los procedimientos del orden familiar.

Sin embargo con la presente investigación se busca que dicha norma deje de ser interpretada con base a un estereotipo en el que la mujer resulta la más preparada para esta tarea. Es innegable que los primeros meses y años de vida la propia naturaleza humana conlleva una identificación total del hijo con la madre, sin embargo esto solo sería por cuestiones y necesidades biológicas, pasada esta etapa, no debe existir criterio en cuanto a que el hombre es incapaz de cuidar de los hijos.

Con todos los elementos señalados, la presente investigación busca cambios en la legislación de la CDMX para evitar acciones de discriminación en razón de género, la aplicación de la ley con perspectiva de género, de no solo considerar a la mujer, sino también al hombre, revistiéndolos de una equidad de género.

Como consecuencia, los operadores de justicia tendrán la obligación de proteger los derechos consagrados en los tratados internacionales de Derechos Humanos, esto es que deben analizar la posibilidad de la aplicación de normas internacionales en apoyo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la norma local, en total armonía jurídica.

**CAPITULO I:
ORIGEN Y CONCEPTOS DE FAMILIA, GUARDA Y
CUSTODIA DE MENORES.**

En el presente capítulo se analizarán los conceptos base para el desarrollo de la presente investigación, a través del método descriptivo, con el objetivo de señalar las principales instituciones jurídicas que servirán de apoyo en los capítulos posteriores. Primero analizaremos los diferentes conceptos establecidos al término “familia” en otras ciencias diferentes a la jurídica , por tener una especial relación la con la conceptualización que el derecho tiene de esta.

Derivado de estos conceptos, señalaremos algunos de los antecedentes internacionales de la familia en las diferentes culturas existentes a nivel global, la evolución que a lo largo de la historia ha sufrido esta, los diferentes tipos de familia generados con fenómenos como la migración, la desintegración del núcleo familiar, las necesidades económicas, la industrialización, etc., así como su protección en el marco internacional.

Se hace especial mención a la institución del matrimonio, ya que hoy en día es la institución que se encuentra más regulada por la legislación local, en cuestiones de guarda y custodia, así como ser el punto de partida para regulación y legislación de otras cuestiones jurídicas en las que se vean involucrados derechos de menores de edad.

Por último haremos especial mención a la cuestión del desarrollo cognitivo del menor por parte de Psicólogos del Desarrollo en las diferentes etapas de crecimiento de estos; en la actualidad, se considera al menor de edad como incapaz para la toma de decisiones que involucren sus derechos de guarda y custodia, visitas y convivencias con ambos padres.

1.1.- LA FAMILIA.

Antropólogos, sociólogos y en general toda ciencia que estudia al ser humano y sus relaciones sociales primarias, coinciden en que la familia o el grupo familiar, es tan antiguo como la humanidad misma, algunos antropólogos afirman que las formas adoptadas por el *homo sapiens*, son el reflejo y la consecuencia de la herencia recibida de otras especies en el transcurso de su evolución, la conformación de su estructura presenta muchas coincidencias en la familia humana a lo largo de su historia.¹

Rousseau afirmó, la familia es la más antigua de las sociedades y la única que surge de manera espontánea por razones naturales, aunque la continuidad en la misma se da por una voluntad de sus miembros a seguir unidos; en lo señalado por este autor, podemos considerar el surgimiento de la agrupación familiar, como consecuencia a la necesidad de supervivencia en el entorno natural, no obstante, la permanencia de sus integrantes dentro de la misma, dependerá también de los deseos y necesidades particulares de continuar en ella.²

El autor Recasens coincide con nuestro anterior autor, al calificar a este grupo social primario como un grupo surgido de las necesidades naturales de sus integrantes, sobre todo aquellas referidas a la crianza y el sostenimiento de los hijos e hijas, sin embargo, considera que no conformarnos con esa consideración, ya que, si bien es cierto que la familia es un producto de la naturaleza, es también una institución creada y estructurada por la cultura,³ dentro de este concepto, podemos notar las primeras influencias de la sociología en la vida familiar.

Por su parte Linton hace una notable distinción entre lo que él considera la familia consanguínea y la familia conyugal, afirmando que la primera es una creación cultural- social y por lo tanto artificial; en cambio, la segunda es una unidad biológica

¹ KÖNIG, Rene, La familia es nuestro tiempo, trad. De José Almaraz, Siglo XXI, Madrid, 1981, p.3.

² ROUSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, sexta edición, Porrúa, México, 1979, pp 4-6

³ RECASÉNS SICHES, Luis, Sociología, décimo octava edición, Porrúa, México, 1980, p. 465.

similar a otras encontradas en un gran número de especies mamíferas, incluso sostiene que la mayoría de los comportamientos de cada familia, tienen su origen en una norma de conductas impuestas de manera externa, íntimamente ligadas con las características fisiológicas y sociológicas del ser humano.⁴

Con los autores mencionados ,se podrá estar o no estar de acuerdo con sus consideraciones sobre el concepto familia, pero lo innegable es que la familia durante todos los episodios de la vida humana ha sido el núcleo o grupo primario en toda sociedad, por lo tanto, las relaciones entre sus miembros van más allá de una cuestión biológica, estas hoy en día involucran matices afectivos, de protección mutua entre sus miembros antes los cambios históricos y socioculturales.

1.1.1.- Concepto de Familia: Biológico, Sociológico y Jurídico.

A. Biológico.

En términos científicos hablar de la familia, es contemplar el inicio de los tiempos de la humanidad, esta es considerada como una célula, conjunto o grupo originario de la sociedad. Desde su origen, la familia en su aspecto biológico tiene la universal función de la reproducción, la manera en que se desempeñan sus miembros se alterará de acuerdo a la sociedad en la cual se encuentra el grupo familiar.⁵

Desde el punto de vista de la genética, la familia es el conjunto de seres humanos que comparten determinadas características de ADN, pueden ser agrupados y diferenciados unos de otros. Conforme a este sentido genético de la familia, un adoptado no tendría vinculación familiar alguna con los adoptantes; sin embargo,

⁴ LINTON, Ralph, et. al., Introducción a la historia natural de la familia Fromm la familia, quinta edición, Barcelona, Península, 1978, p. 9.

⁵ PEREZ LO PRESTI, Alirio, et al., "El educador y la familia disfuncional", Septiembre-diciembre, año 15 N°22, Revista Educere, Ediciones Universidad de los Andes, Venezuela, Facultad de Humanidades y Educación Mérida, 2011, p.629.

se conservaría un lazo familiar-sanguíneo con los progenitores y con las demás personas con quienes compartiera información genética.⁶

En la actualidad, existen nuevas ideologías con gran relevancia, por ejemplo, la planificación familiar y el control de la tasa de fecundación. Desde esta conceptualización, se toma a la familia como un sistema abierto y activo que se desarrolla entre personas de diferentes sexos y en diferentes etapas de maduración física y mental; son seres humanos en un sistema de orden natural, en el cual las personas se encuentran relacionadas por medios de lazos sanguíneos y de afinidad reunidos en un lugar común, delimitado cultural y geográficamente para satisfacer las necesidades básicas, físicas y fisiológicas.

Como hecho biológico, la familia implica la vida en común de dos individuos de la especie humana, de sexo distinto, unidos con el fin de reproducir a su misma especie, y por ende conservarla a través del tiempo. Desde esta óptica, se puede considerar a la familia, como una agrupación humana con fines eminentemente biológicos, donde se involucran a todos aquellos que por el hecho de descender los unos de los otros, o de un progenitor en común, generan entre si lazos de sangre.

B. Sociológico.

La familia desde este aspecto es incluso anterior a la existencia del mismo Estado, como lo dijera Hernán Corral, la familia ha contado a lo largo de la historia con tres finalidades: una natural (basada en la unión de hombre y mujer, la procreación y conservación de la especie); otra moral y espiritual (lazos afectivos, de solidaridad, cuidado mutuo y educación de la prole); y una tercera de carácter económico (alimento y techo).

Por lo tanto, la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos propios de generación está integrada por personas que

⁶ RICO ÁLVAREZ, Fausto, et al., Derecho de familia, Editorial Porrúa, México, 2011 p.2

conviven bajo la misma autoridad, directiva o atribuciones de poder, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y desarrollo económico del grupo; se hayan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o parentesco, mismo obligándolos a ayudarse y auxiliarse mutuamente.⁷

Se debe considerar dentro de la Sociología, el punto de vista económico, donde la familia es uno de los tres agentes económicos en la producción y consumo de bienes junto con las empresas y el gobierno. Generalmente en Economía ha llegado a entenderse que familia son todas las personas habitantes bajo un mismo techo, generadores tanto de ingresos como de egresos.⁸

Otro aspecto para considerar dentro de la sociología es el punto de vista religioso, en este, la familia es el conjunto de personas ligadas entre sí por virtud de una creencia del orden espiritual. Es importante destacar que las normas religiosas pueden imponer vínculos familiares muy distintos a los regulados por el Derecho, diferentes en cada religión , al tener la libertad de imponer sus propios principios y conceptos de familia.

Por ejemplo, en el Judaísmo no se prevé una definición directa de familia en ninguno de los libros sagrados del nuevo testamento, sin embargo, en el antiguo testamento pueden encontrarse pasajes donde se perciben distintos conceptos de familia a partir de la determinación de las relaciones prohibidas que contiene el Levítico, dentro de este libro sagrado, se puede integrar un concepto de familia, al considerar una limitante al conjunto de personas con proximidad, las cuales tendrían prohibido contraer matrimonio entre sí.⁹

⁷ CORRARL, Hernán. Derecho de Familia, cit. Por CARRASCO BARRAZA, Alejandra. "A la sombra de la torre de Babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre la familia". Revista Chilena de Derecho, mayo-agosto, vol.21, No.2 Santiago de Chile, 1994, p.372.

⁸ MCEACHERN, William, Economía: Una introducción Contemporánea, sexta edición, Thomson, México, 2003, p.71.

⁹ Levítico 18.

Otro concepto, el judío de familia es la “casa del padre” o *bet av*¹⁰, según el cual, la familia se integra por los padres, los hijos con sus respectivas parejas y demás dependientes, los integrantes de la casa del padre y sus parientes más lejanos formaban la familia sentido extendido (*mishpacha*),¹¹ y las uniones de familias extendidas formaban las tribus (*shevet*).¹²

En la religión católica también pueden encontrarse diversos sentidos de la palabra familia, en sentido amplio abarca a toda la población asumiendo que todos los seres humanos son hijos de Dios; en sentido restringido la familia se integra por las personas unidas por lazos de parentesco hasta el cuarto grado.¹³

Otro sentido de la palabra familia era el derivado del parentesco espiritual, actualmente extinto por el Código de Derecho Canónico de 1983 en cuya virtud, el ministro y los padrinos establecían un vínculo familiar con el bautizado o confirmado.¹⁴ Por lo tanto, la familia espiritual puede integrarse por personas carentes de vínculo sanguíneo y ser más amplia o restringida que la familia genética, económica o jurídica.

Un aspecto sociológico más es la forma en que el Estado a través de sus políticas públicas conceptualiza a la familia demográficamente, el marco legal mexicano dedica el artículo 4º constitucional de los derechos humanos y garantías individuales, en el Título Primero, Capítulo I, a la protección de la institución familiar, declarando que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.¹⁵

Por su parte el Consejo Nacional de Población, menciona que la familia es el ámbito primordial de desarrollo de cualquier ser humano, pues constituye la base en la construcción de la identidad, autoestima y esquemas de convivencia social

¹⁰ Génesis 24:38

¹¹ Josué 7:14

¹² Números 18:2

¹³ 108,109 y 1092 del Código Canónico de 1983.

¹⁴ 768 de Código de Derecho Canónico de 1917.

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

elementales. Cómo núcleo de la sociedad, la familia es una institución fundamental para la educación y el fomento de los valores humanos esenciales que se transmiten de generación en generación.¹⁶

El Instituto Nacional de Estadística y Geografía, afirma que la familia es el ámbito donde los individuos nacen y se desarrollan, así como el contexto en el que se construye la identidad de las personas por medio de la transmisión y actualización de los patrones de socialización.¹⁷

Por otro lado, las Naciones Unidas define a la familia como una unidad en los estudios demográficos, que representa todo un hogar o una parte de este; una familia estadística o una familia censal, generalmente se compone de todos los miembros de un hogar emparentados por consanguinidad, adopción o matrimonio.¹⁸

La familia como grupo social, ha cambiado en cuanto a su estructura y modelos, los individuos que la integran han incorporado nuevas costumbres como consecuencia de la dinámica propia de una globalización de los espacios donde se desempeñan, conviven, crecen y comparten con otras personas, valores, normas, creencias, tradiciones, comportamientos, conocimientos, experiencias y afectos que resultan indispensables para su pleno desarrollo de la personalidad, con esto la familia constituye el elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad.¹⁹

C. Jurídico.

Como último punto a considerar dentro de este apartado, tenemos a la familia desde el punto de vista jurídico; el derecho romano por su parte establece como concepto de familia en sentido *lato*, como todas las personas y bienes, incluidos los esclavos

¹⁶ CONAPO (Consejo Nacional de Población). (2012). 4 de marzo, Día de la familia. Disponible en: http://www.conapo.gob.mx/CONAPO/Marzo_Un_Dato. Consultado el: 6 de enero de 2019.

¹⁷ INEGI (2013). Estadísticas a propósito del 14 de febrero, Matrimonio y divorcio en México.

¹⁸ BOHANNAN, P, Para raros nosotros. Introducción a la antropología cultural, Ariel S.A. Madrid: 1996. p. 59

¹⁹ GUSTAVIKNO, E. Derecho de Familia Patrimonial, "Bien de familia", Tomo I. segunda Edición. Argentina, 1987,p.13

qué estaban subordinados a un *paterfamilias*; en sentido *stricto*, la familia comprendía solo a las personas y no a los bienes que habitaban un mismo lugar y se hallaban bajo la potestad de un mismo *paterfamilias*, todos ellos integran un *domus*.²⁰

Durante la edad media, el Derecho Germano la conceptualizó como *sippe*, el cual representaba dos ideas: la primera, al grupo de personas vinculadas entre sí por los lazos de sangre; la segunda al conjunto de personas que descendían de un mismo progenitor masculino, la asociación por razón de sexo (genealogía), la cual comprendía a las personas descendientes en línea masculina de un tronco paterno común.²¹

Por su parte el Código Civil Francés reguló el Derecho de Familia sin establecer una definición exacta, este concepto se formula a partir de la doctrina propia de la regulación previa al citado ordenamiento. Sobre el concepto de familia, señalan Planiol y Ripert, a la familia como el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o por la filiación y también, pero excepcionalmente, por la adopción.²²

En México la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 tampoco ofreció concepto alguno de familia, sin embargo, al igual que el Código Civil de 1884, reconoció al matrimonio y al parentesco, como fuentes de relaciones jurídicas familiares y a diferencia de dicho ordenamiento, la Ley de Relaciones Familiares si reguló y atribuyó efectos de derecho de familia a la adopción.²³

El código civil de 1928 no definió la familia, ni a las relaciones jurídicas familiares, a partir de sus normas, podía integrarse un concepto de familia en sentido amplio y

²⁰ D'ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano, novena edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997, p.273

²¹ BRUNNER, Heinrich. Historia del Derecho Germánico, octava edición, Labor, Barcelona, 1936, p.11

²² PLANIOL, Marcel et al, Tratado Elemental de Derecho Civil, tercera edición, Harla, México, 1997, p. 245.

²³ Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

otro en sentido estricto. La familia en sentido amplio abarca a las personas unidas entre sí, por lazos de matrimonio o parentesco hasta el cuarto grado incluido el parentesco que deriva de la adopción.

La familia en sentido estricto, o familia nuclear, comprendía a los progenitores y a sus hijos. Debe destacarse que, desde la publicación del ordenamiento señalado, se sentaron las bases para la regulación de las uniones de hecho entre hombre y mujer (concubinato), a través de la atribución de consecuencias de Derecho en las materias de filiación y sucesiones.

Hoy en día el Código Civil Vigente para la CDMX no establece un concepto de familia de manera clara y exacta, sin embargo, dentro de su Título Cuarto Bis, en su Capítulo Único, hace referencia a la familia en sus artículos 138 Ter²⁴, 138 Quáter²⁵, 138 Quintus²⁶ y 138 Sextus²⁷:

Díaz de Guíjarro la define como: "... el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia"

Para entender o crear un concepto jurídico íntegro de familia, debemos considerar y tener claro que es el derecho de familia. El derecho de familia es especialmente el promotor de la familia, sus normas son fundamentalmente de orden público e interés social, aunque esas normas son obligatorias, su obligatoriedad emana del deber moral y de los principios naturales. Como la institución humana más antigua,

²⁴ Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

²⁵ Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia.

²⁶ Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.

²⁷ Es deber de los miembros de la familia observar entre ellos consideración, solidaridad y respeto recíprocos en el desarrollo de las relaciones familiares.

a través de ella, la comunidad no solo se provee de sus miembros, sino también se encarga de prepararlos para cumplir satisfactoriamente su papel social.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, define el concepto de derecho de familia como:

”...un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social”.²⁸

El derecho de familia por consiguiente, tiene como fin normar las relaciones familiares, así como delimitar los derechos y obligaciones de cada parte integrante del núcleo familiar, la familia se debe considerar la prioridad del orden público, por construir aquella la base de la integración de la sociedad, así mismo es de orden público, y se deberá velar por la protección legal y judicial de los individuos de núcleos familiares que social y culturalmente se encuentran más débiles frente a quienes se hallan en una situación más favorable.

Retomando el concepto de familia desde la esfera legal, esta se encuentra supeditada a la normatividad misma y por el momento histórico en que se revise, y esta dependerá de la legislación de cada Estado o País. Para algunos el concepto de familia solo es considerado, a partir de la pareja, sus descendientes y

²⁸ Seminario Judicial de la federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena época, 162604, Tomo XXXIII, Marzo 2011, página 2133, Jurisprudencia Civil. DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO.

ascendientes cuando estos descienden del mismo progenitor, incluye a sus parientes colaterales hasta el cuarto grado; así el concepto jurídico de familia responde al grupo conformado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, de igual forma por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio civiles, donde el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.²⁹

Concluimos que, los conceptos de familia más relevantes para la interpretación de la norma jurídica son los de la familia en sentido amplio y familia nuclear, como estudiosos de esta ciencia, debemos tener claro el sentido adecuado de la palabra familia, a efecto de que cuando este sea empleado por la Ley, se considerado de manera correcta, con apoyo de la Doctrina y la Jurisprudencia.

1.1.2.- Antecedentes internacionales de la familia.

Aunque las familias con dos padres (también llamadas biparentales) son hoy en día menos comunes, en muchas regiones del mundo todavía constituyen una gran mayoría de las familias alrededor del mundo. Bajo este contexto los niños tienen una mayor probabilidad de vivir en familias con dos padres en regiones como Asia y Medio Oriente, mientras que la probabilidad de vivir con uno de ellos o sin padres es más frecuente en América, Europa y Oceanía.

Las familias extendidas que incluyen a los padres y otros parientes son más comunes en Asia y Medio Oriente, sin embargo están disminuyendo de manera importante la presencia de estas en otras regiones del mundo. En consecuencia las tasas de matrimonio están disminuyendo en muchas regiones, los adultos tienen mayor probabilidad de casarse en Asia y Medio Oriente, en tanto tienen menor probabilidad de casarse en Centro y Sudamérica; la convivencia (vivir juntos sin contraer matrimonio), es más común en Europa, Norteamérica, Oceanía y en un pequeño grado en Centro y Sudamérica.

²⁹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard, et. al., Derecho de Familia y sucesiones, "Colección de textos jurídicos universitarios", segunda edición, Editorial Oxford, México, 2001, p.9

La tasa de fecundidad está disminuyendo a nivel mundial; sin embargo, África tiene las tasas más altas, por ejemplo en Nigeria una mujer da luz a un promedio de 6 niños durante toda su vida; las tasas moderadas de fertilidad las encontramos en Medio Oriente, mientras que en América y Oceanía se tienen niveles de fertilidad que son suficientes para reemplazar su población actual, pero no para expandir la población en la próxima generación, esto se traduce a un promedio de 2.1 hijos por vida de la mujer; las tasas de fertilidad más bajas que la tasa promedio de reemplazo de población, se presentan de manera especial en Asia Oriental y Europa.³⁰

Junto con la disminución de las tasas de matrimonio, la crianza de hijos fuera del matrimonio o nacimientos en madres solteras se incrementan en muchas regiones; Centro y Sudamérica, así como Europa Occidental, tienen las tasas más altas del mundo de nacimientos en madres que están solteras; encontramos tasas moderadas en Norteamérica, Oceanía y Europa Oriental. En los países de África existen diversas tasas de nacimiento entre madres solteras, y por último, las tasas más bajas se encuentran en Asia y Medio Oriente.

En casi todos los países del mundo, la mayoría de los niños menores de 18 años viven en una familia biparental, en gran parte formadas por padres biológicos, aunque se comienzan a tomar en consideración a las familias biparentales con padres adoptivos. La ideología del hecho de que la mayoría de los niños viva en una familia biparental, se mantiene incluso en la mayor parte de África, aunque la proporción de familias biparentales es menor que en cualquier otro lugar, sobre todo debido a las altas tasas de nupcialidad entre adolescentes, los elevados índices de mortalidad de los padres, la migración y la práctica extendida del acogimiento familiar.³¹

³⁰ Mapa mundial de la familia 2017, Panorama de la cohabitación: la cohabitación y la inestabilidad familiar en el mundo, disponible en: <https://ifstudies.org/ifs-admin/resources/reports/wfm-2017-spanish.pdf>. Consultado el: 15 de febrero de 2019.

³¹ A. Mayyasi, "At What Age Do People Get Married Around the World?," Priceonomics (2015), ubicado en: <https://priceonomics.com/at-what-age-do-people-get-married-around-the-world/>, Consultado el: 8 de marzo de 2019.

Solo por mencionar un ejemplo, en Sudáfrica, país que cuenta con una larga tradición de migración laboral e inestabilidad familiar, se presenta únicamente el 32% de los menores de 18 años que viven con sus dos padres biológicos. Por otra parte encontramos una proporción similar en África con el 33%, donde los niños no vive con ninguno de sus padres biológicos. En los países de África, entre el 55% (Ghana) y el 78% (Nigeria) de los niños, vive con sus padres biológicos; a diferencia del 9% (Etiopía) y el 20% (Uganda) donde los niños no viven con ninguno de ellos.

América Central y América del Sur, también presenta una escasa proporción de niños que viven con sus dos padres en comparación con el resto del mundo, este índice oscila entre el 60% (Costa Rica) y el 75% (Perú), no obstante, en este caso la proporción de niños que viven con un solo padre es mayor que en África. Es mucho menor el grado de menores que no viven con ninguno de sus padres en Sudamérica, por mencionar un ejemplo, encontramos un 3% (Argentina) y el 11% (Colombia).

Medio Oriente presenta un gran número de niños criados en familias biparentales, las cuales oscilan entre un 88% (Turquía) y un 94% (Jordania). En Asia se registran unas tasas igualmente elevadas con valores entre el 85% (Filipinas e Indonesia) y el 93% (India), índices similares se observan en Europa Oriental, donde van del 80% (Hungría) al 89% (Polonia).

Entre los países europeos, Reino Unido es el único en presentar la tasa más elevada de niños que viven con sus padres biológicos, esta va por debajo del 75%; la proporción de familias biparentales también alcanzan un máximo de 75% en Canadá, Australia y Nueva Zelanda; en un 62% está el caso de Estados Unidos donde la tasa de niños que viven con sus padres biológicos se sitúa en niveles más propios a los de África, este índice solo alcanza un 32%, únicamente el 6% no vive con ninguna de los dos padres.

Las variaciones en la estructura de la familia se determinarán también por la edad de sus integrantes en las distintas poblaciones, esto de acuerdo al número de relaciones entre adultos en edad reproductiva a nivel mundial. Para justificar la importancia de la estructura por edad, podemos destacar el caso de Italia, un país donde hace aproximadamente cuatro décadas, la fecundidad cayó por debajo del nivel de reemplazo (2.1 hijos) por mujer; en consecuencia, Italia presenta una escasa proporción de jóvenes adultos en edad reproductiva, solo por compararla con niveles como los de Argentina, donde se registra actualmente una tasa global de fecundidad de 2.3 hijos por mujer.

De igual forma Italia ha experimentado un aumento en la cohabitación, especialmente en el caso de los jóvenes adultos, estos retrasan la edad del matrimonio e incluso no llegan a casarse en comparación con la generación que le antecede. Los adultos entre 15 y 35 años tan solo constituyen un 47% de la población italiana en edad reproductiva.

En Asia y Medio Oriente, dos regiones donde las costumbres relativamente tradicionales existen todavía continúan predominando la vida familiar, donde la convivencia (cohabitación) es un tema tabú; Norteamérica y Oceanía presentan de niveles moderados a altos de convivencia, entre el 9% (Nueva Zelanda) y el 19% (Canadá) donde los adultos con edad de 18 a 49 años están en relaciones de convivencia.

Los niveles de convivencia son elevados en la mayoría de Europa Occidental, por ejemplo, alrededor de una cuarta parte de los adultos suecos y franceses con edades entre 18 a 49 años, viven en relaciones de convivencia; sin embargo, la convivencia es más común entre los norteamericanos, donde las uniones consensuales o relaciones de convivencia a largo plazo, con frecuencia involucran tener hijos, incluso pueden o no llegar al matrimonio legal, estas comienzan a jugar

un rol de larga temporalidad en la sociedad.³² Entre el 20 % en Chile y el 35% en Colombia de adultos en edad reproductiva, son parte de las uniones de convivencia; en Sudamérica, como el caso de Colombia, se registra el nivel más alto de convivencia de cualquier otro país.

En general el matrimonio es más común en Asia y Medio Oriente, en comparación con otras regiones donde las alternativas al matrimonio incluyendo la convivencia son más comunes como en Europa, Centro y Sudamérica. Por su parte Norteamérica, Oceanía y África caen en el medio de dichas tendencias, tanto las fuerzas culturales y económicas de cada país, pueden ayudar estas características o diferencias regionales.

1.1.3.- Tipos de familia en el marco internacional.

No existe una categorización o clasificación única de familia, esto bajo el contexto que hemos manifestado en puntos anteriores, ya que a lo largo de la historia han existido diversos modelos de familia. Tanto desde el punto de vista social como jurídico, ha evolucionado desde los modelos de familias jerarquizados, concebidos de manera tradicional, hacia tipos de familia fundadas en patrones de igualdad, respetando el principio de personalidad y libertad de los miembros del grupo familiar.

La autora María Monserrat Pérez Contreras, menciona cinco tipos de familia, la nuclear, monoparental, extensa o ampliada, ensamblada y la sociedad de convivencia, las cuales describe de la siguiente forma:

- a. Nuclear: el término familia nuclear hace referencia al grupo de parientes integrado por los progenitores, es decir, el padre, la madre y sus hijos.

³² T. C. Martin, "Consensual Unions in Latin America: Persistence of a Dual Nuptiality System," *Journal of Comparative Family Systems* 33, no. 1 (2002).

- b. Familia monoparental: La familia monoparental es aquella que se integra por uno solo de sus progenitores, la madre o el padre y los hijos. En ésta los hijos pierden el contacto con uno de los padres, ya sea de manera prolongada o de manera definitiva.
- c. Extensa o ampliada: La familia extensa está conformada por los abuelos, los padres, los hijos, los tíos y los primos. Los miembros de la familia extensa están en contacto permanente, pueden vivir varias generaciones en el mismo hogar, se relacionan interactúan como red social de apoyo, tienen como base la ayuda mutua.
- d. Ensamblada: aquellas familias integradas por familias reconstruidas, por dos familias monoparentales, por miembros de núcleos de familia previos, que, al separarse de la primera, se unen nuevamente con otra, ya sea de hecho o de derecho, formando una nueva estructura familiar sin que ello impida que subsistan, salvo por disposición en contrario de la autoridad judicial, o bien de las obligaciones derivadas de los vínculos jurídicos anteriores.
- e. Sociedad de convivencia: conforme a la ley la sociedad de convivencia se define como un acto jurídico bilateral que se verifica y tiene consecuencias jurídicas, cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, deciden establecer un hogar común, estable, para convivir de manera voluntaria y públicamente sobre los principios de solidaridad y ayuda mutua.

Por su parte la autora María Linacero de la Fuente, clasifica a la familia en función de su extensión y en función del modelo de familia, de la siguiente manera:

1. Familia nuclear y familia extensa troncal: la familia nuclear, integrada por los cónyuges o convivientes y los hijos que vivan en el hogar familiar, este se considera un tipo de familia en sentido estricto. En sentido amplio la familia

extensa o troncal, está compuesta por las personas unidas por vínculos de parentesco, padres, abuelos, hermanos, etc.

2. Familia matrimonial y no matrimonial: integrada por cónyuges o convivientes y los hijos que conviven en el mismo hogar, o en su caso, por los cónyuges o convivientes sin hijos.

3. Familia monoparental: formada por el padre o la madre y los hijos, sin la presencia del otro cónyuge o progenitor, esto pueden darse por casos de divorcio, separación, abandono de familia, madres solteras y viudez.

4. Familias reconstruidas: Este modelo de familia se encuentra formada por personas que se unen por vínculo matrimonial o de convivencia, que con anterioridad han formado parte de otras uniones y aportan hijos a la nueva familia recompuesta. En todos estos sentidos podemos hablar de una concepción de modelos de familia abiertos ya que dependerá de la entrada y salida de miembros.

5. Familia adoptiva internacional: Esta tiene cada vez más peso en la comunidad internacional, visualizando la distancia en el balance de que hay en la actualidad entre la baja natalidad de los países desarrollados (los también denominados países receptores de menores), y aquellos en vía de desarrollo (países de emisión de menores).³³

Las familias adoptivas, son una realidad poco contemplada a nivel teórico y práctico, para dar a los menores desamparados o abandonados, una familia que se ocupe de ellos. De manera paralela tenemos la adopción de niños desplazados habitando fuera de sus fronteras como consecuencia de desórdenes en sus respectivos países.

³³ LINACERO DE LA FUENTE, María, Tratado de Derecho de Familia, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2016. pp 30-33.

Por lo tanto, es importante la protección y salvaguarda de los modelos de familia mencionados, que den una protección integra al menor desamparado a fin evitar delitos como el tráfico de menores, evacuación momentánea, y la sustracción de menores.

De la misma forma y atendiendo a la idea de los cambios en los modelos de familia actuales, encontramos las siguientes:

1. Familias de reproducción asistida: Ante los cambios sociales se han presentado cambio en las maneras de nacer, en la actualidad existen aproximadamente 27 maneras distintas de procrear, y ninguna de ellas responde a un capricho, no obstante, continúan siendo debate, sobre todo en cuestiones como, el límite de edad que deben tener los que desean ser padres por este medio, la adopción de embriones como posible solución a la esterilidad biológica, la maternidad subrogada, entre otros.

2. Familias homoparentales: En el mismo orden de ideas a los modelos anteriormente señalados, se incluyen a las familias conformadas por personas del mismo sexo, estas estarán conformadas por dos hombres o dos mujeres en su caso, y menores, en donde la adopción o reproducción asistida en estas, es parte fundamental sobre la discusión de la idoneidad de estas familias. De esta manera se tienen implícitos una serie de derechos como pueden ser la pensión por viudez al cónyuge del mismo sexo, cobertura de la seguridad social, derechos hereditarios, entre otros.³⁴

1.1.4.- La evolución de la Familia en la sociedad mexicana.

Dentro de este punto, se pueden abordar temáticas como la integración de la mujer en los distintos ámbitos de la sociedad mexicana, como el mercado laboral mexicano, el derecho al voto de la mujer, las diferentes crisis económicas en

³⁴ *Ibíd.*

México, la delincuencia organizada, los roles familiares, la migración de los miembros de la familia y el matrimonio entre personas del mismo sexo, por decir algunos.

En el periodo comprendido entre los años de 1950 al 2010, se han presentado cambios importantes en la estructura de la familia en la sociedad mexicana, teniendo en cuenta que a partir de 1950 se detonaron fenómenos sociales significativos que obligaron a la reestructuración de la familia, como la migración de la población mexicana a los Estados Unidos de Norte América, la inserción de la mujer al mercado laboral, el control de la natalidad, etc., hasta llegar al 2010 con propuestas como la despenalización del aborto y la unión entre parejas del mismo sexo.

La demografía tiene una gran participación en la referencia de los distintos tipos de familia, de acuerdo su tamaño (en cuanto al número de integrantes), la constitución conceptual de unidad doméstica y el hogar, así como el curso de la vida familiar. Los estudios demográficos tienen la finalidad de cuantificar los fenómenos y movimientos sociales que repercuten de manera directa o indirecta en la vida familiar, de ahí su notable importancia.

Las modalidades adoptadas en cada hogar mexicano y su vida familiar dependen del contexto social en que se desenvuelven, así como a su capacidad de respuesta y adaptación ante los cambios de carácter socioeconómicos, culturales y demográficos, existentes en el entorno de la familia.³⁵

En México a pesar del paso del tiempo, los cambios sociales, tecnológicos y demográficos, la familia sigue siendo un referente, pues los lazos de parentesco siguen vigentes y los integrantes de la familia acuden a ella para la solución de problemas a través de la búsqueda de apoyo. En México hablar de familia es

³⁵ TUIRÁN, R, et al., (1997). Vida familiar y democratización de los espacios privados, El Colegio de México, México, 2002, p.

sumamente complejo, ya que el contexto de ésta incluye cambios y fenómenos socioculturales afectando su composición y estructura.

Los cambios de la familia en México durante el periodo comprendido de 1950 a 2010, se han dado en un contexto de complejas transformaciones y fenómenos sociopolíticos, económicos, culturales, entre otros. Desde la migración de los jefes de familia a la frontera norte del país (tanto hombres como mujeres), la incorporación de la mujer al mercado laboral, el plano educativo, han dado paso a la formulación de políticas de género instaladas poco a poco en los senos familiares.

Es así como se generan cambios en las familias, tanto en su estructura y conformación, al igual que en la forma de pensar de sus integrantes, esto repercute directamente en factores como la economía, los servicios de salud y el desarrollo social, teniendo un efecto directo en la población y en las familias mexicanas. Parte de estas transformaciones son el resultado de la denominada Revolución de 1910, así como la crisis económica de 1929, lo cual generó un escenario migratorio por el déficit económico.³⁶

Durante el periodo de 1910 a 1930, se desarrolló una industrialización en el país que marco el curso, cambiando la producción interna de una base artesanal a otra del tipo industrial; los hombres se involucraron más en la fuerza de trabajo, esto favoreció el empleo masculino, excluyendo a las mujeres de la fuerza laboral y concentrándolas mucho más al cuidado de la familia.

La industria y la migración en México fueron una puerta abierta para enfrentar los problemas económicos derivados de la revolución mexicana, la familia de provincia de carácter extensa, tuvo cambios en su estructura, como lo fue el establecimiento de nuevos roles familiares debido a la ausencia del padre, quien se trasladaba a su trabajo para ser el sustento económico de la familia, esto obligó a la mujer o madre

³⁶ RENDÓN, T, El mercado laboral y la división intrafamiliar del trabajo , UNAM, Imágenes de la familia en el cambio de siglo, UNAM, México,2011, p.p. 49-58

de familia, a hacerse cargo del trabajo doméstico y del campo, en caso de que la familia tuviera tierras de cultivo.

También las enfermedades fueron otro factor para cambiar la estructura de la familia mexicana, la muerte de un hijo, hermano pequeño, del padre o la madre en el periodo comprendido entre 1910 y 1930, influyó directamente en la estructura y roles de la familia, debido a la alta tasa de mortalidad, dificultando la configuración completa por así decirlo de la familia.³⁷

El impacto de la primera transición demográfica que ha vivido México desde los años mencionados aún tiene presencia y relevancia en la población, en estos se presentan factores económicos, socioculturales, movimientos revolucionarios y postrevolucionarios. La base ideológica de la sociedad mexicana a partir de los años 50's fue la de tener menos hijos para vivir mejor y darles una mejor calidad de vida tanto en lo económico como en lo educativo, situación que cada vez toma más relevancia y fuerza en los hogares mexicanos actuales y se presentan ante los cambios de ideología de los ciudadanos mexicanos.

Entre los cambios sociales que impactaron a la familia mexicana en el periodo comprendido entre 1940 y 1950, se dio el llamado milagro mexicano, aunado a la existencia de la segunda guerra mundial, donde México logró un supuesto desarrollo económico que estabilizó momentáneamente y por poco tiempo a las familias mexicanas. Es así como el campo laboral abre poco a poco las puertas a la mujer, al mismo tiempo que ocurría la modificación del seno familiar.³⁸

Las mujeres adquieren después un papel muy importante dentro de las familias mexicanas, logrando ser respaldadas constitucionalmente por el Estado Mexicano, este se consolidó con el sufragio, mismo que le permitió adquirir el carácter de

³⁷ TUIRÁN, R, Vida familiar y democratización de los espacios privados. México. El Colegio de México, México, 1997, p. 52

³⁸ HANSEN, R, La política del desarrollo mexicano, Siglo XXI, México, 1974, p. 320

ciudadana, la oportunidad de ser escuchada, y como ocurre hoy en día, la oportunidad de manifestar demandas a la sociedad y al Estado en la exigencia de sus derechos. Esto dio nacimiento a las ideas feministas que modificaron la estructura ideológica, ideas que modificarían la vida en familia, la conformación de su estructura y el comportamiento de las mismas.³⁹

Otro aspecto que influyó en la estructura familiar mexicana, fue el movimiento estudiantil de 1968, a este periodo se le ha señalado también como la expresión de un momento histórico en el que se cuestionaba el autoritarismo en las propias relaciones familiares y no solo en el aspecto gubernamental, pues se hizo hincapié en las prohibiciones que los padres imponían en la familia, donde los hijos obedecían al padre de familia sin opinar ni cuestionar, donde la mujer, aunque ya reconocida socialmente y políticamente, continuaba siendo subordinada al esposo o padre de familia en su caso.⁴⁰

Al mismo tiempo estaba el movimiento feminista que exigía la igualdad laboral y educativa, provocando cambios en la familia, la mujer tomaría un lugar en la política y la educación, al mismo tiempo que seguía concentrada en la familia; en esta etapa, el hombre ayudaría con estos cambios en los quehaceres del hogar, erradicando el machismo y la discriminación hacia ella por el simple hecho de ser mujer. Esto como consecuencia, cambiaría la ideología de las familias tanto extensas como nucleares.

La inclusión y apertura de la mujer en el mercado laboral mexicano, cambiaría la dinámica de las familias nucleares y también en las extensas, pues se comenzó con la dinámica donde los hijos eran dejados con los abuelos, lo que provocó que los lazos familiares entre padres e hijos se modificarán, teniendo estos una mejor

³⁹ CAVALLA URBINA, M. (1998). La mujer mexicana disfruta de los derechos políticos por mandato constitucional y cuenta ya con valiosos instrumentos para la lucha en cuanto a su superación en todos los órdenes, Disponible en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/rojas_g_i/capitulo2.pdf, Consultado el: 18 de febrero de 2019.

⁴⁰ PACHECO, et al., Tiempos históricos, contextos sociopolíticos y la vinculación familiar trabajo en México 1950-2010. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx./libros/7.pdf>, Consultado el 19 de febrero de 2019.

relación con los abuelos. Haciendo un comparativo del período comprendido entre 1990 y 2000, la población casada en México desciende del 45.8% al 44.5%, las uniones libres (cohabitación) incrementaron de 7.4% al 10.3%, a su vez se registró un incremento en los divorcios, conformándose así las familias monoparentales, las familias reconstruidas y los hogares unipersonales.⁴¹

Producto de estas transformaciones, comenzaron a generarse los divorcios y la desintegración en los antiguos modelos de familia mexicana, además comenzó a darse la pauta para la integración de una nueva unión constituida por parejas del mismo sexo, tema de controversial hasta antes del año 2000, tanto en lo planos legales, sociales, políticos, económicos y por supuesto en las ideologías de la población mexicana, pues la idiosincrasia familiar y cultural que se tenía en México, no permitía la existencia de este tipo de familias.

Por lo anterior descrito, en México han ocurrido modificaciones en los modelos familiares, el ámbito geográfico está fuertemente ligado para que el país comience a ver sus primeros pasos hacia una verdadera segunda transición, tomando en los hechos que han influido en la reestructuración de la familia mexicana, como lo son las uniones de parejas del mismo sexo y la despenalización del aborto en algunos estados de la República Mexicana.

México ingresó tardíamente a un transición demográfica y sociocultural, en comparación con paises europeos y algunos sudamericanos como Argentina, Chile y Uruguay, incluso podríamos decir que en la actualidad, México necesita presentar una mayor transición en todos sus estratos sociales para comenzar con una nueva transición demográfica y sociocultural.⁴²

⁴¹ RAMÍREZ SERRANO, L. A. (2007) Tesis: El funcionamiento familiar con hijo drogodependientes: un análisis etnográfico. España: Universidad de Valencia y el Departamento de Psicología social.

⁴² La segunda transición demográfica hace referencia a un cambio de nivel interno y externo, de la composición de la familia y del matrimonio, lo cual modifica la percepción social que se tiene de las instituciones familiares.

La nueva transición demográfica y social se basa en elementos de orden sociocultural, así como los cambios ideológicos del ciudadano mexicano, de ahí la importancia de nuevas políticas públicas que regulen y resguarden los derechos y obligaciones de todos los sectores sociales que forman el Estado Mexicano.

1.2. CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA, NACIONAL E INTERNACIONAL.

A la luz del Derecho Internacional, es difícil encontrar una norma particular donde se establezca una definición específica de Guarda y Custodia, dicha figura es enunciada por distintos ordenamientos, sin que ninguno de ellos establezca de manera singular y precisa un concepto, para esto debe acudir a la doctrina para determinar dicha cuestión. No obstante en la Convención sobre los Derechos del Niño y la familia, se menciona los Derechos Humanos en particular, correspondientes a la familia, tal y como se establece en sus artículos 19⁴³ y 20⁴⁴

De acuerdo a su origen gramatical, la Real Academia de la Lengua Española, establece el término Guarda como “persona que tiene a su cargo la conservación de algo; acción de guardar, conservar o retener.”⁴⁵ Por otra parte, el término custodiar significa “cuidar con cuidado y vigilancia.”⁴⁶ Jurídicamente existen diversas opiniones sobre dichos conceptos, así por ejemplo el Diccionario Jurídico Mexicano entiende por Guarda a “la acción de cuidar directa y temporalmente a incapacitados, con la diligencia de un buen padre de familia”.⁴⁷

López Carril, señala:

⁴³ Los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

⁴⁴ Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado. Los Estados parte garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

⁴⁵ Diccionario de la Real Lengua Española.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ ACOSTA LAGUNES, Iván, Diccionario Jurídico Mexicano, Vocablo: guarda de los hijos, Porrúa, México, 1988, p. 289.

“...comprende el conjunto de derechos-función que le corresponde al padre y/o madre en su caso, a tener corporalmente al hijo consigo, educarlo, asistirlo en las enfermedades, corregirlo, alimentarlo, vestirlo y coadyuvar a su correcta formación moral y espiritual...”⁴⁸

La Doctrina tiende a separar la Guarda material de la guarda jurídica de un menor, dentro de esta corriente, puede ubicarse al autor Rivero de Arhancet, quien al respecto la señala como:

“el conjunto de relaciones personales vinculatorias de los padres con los hijos se lleva a cabo mediante la guarda que aquellos ejercen sobre estos”. La guarda en sentido amplio comprende.

- a. Guarda material o tenencia; inmediatez o relación directa sobre la persona del hijo (mantener al hijo en su casa, alimentarlo, prestarle cuidados corporales, etc.
- b. Guarda jurídica: derecho a dirigir su educación para su desarrollo intelectual, moral, filosófico, corrección, vigilancia, etc.”⁴⁹

La guarda y custodia es la designación del padre que tendrá a su cargo el cuidado y protección de los hijos, ante una separación o divorcio como ya se mencionó, sin privar al otro padre de la convivencia con el o los hijos menores de edad. Se trata esencialmente del derecho de relación entre los hijos y sus padres, el derecho a la convivencia, la comunicación, lo cual no debe quedar a consideración de alguno de los padres y no debe dejar de cumplirse por simple capricho de estos.

⁴⁸Idem.

⁴⁹ RIVERO DE ARHANCET, citado por Alejandro Cárdenas Camacho, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Alcances de la patria potestad y custodia, en línea, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/14.pdf>. Consultado el: 1 de abril de 2019.

La Guarda y custodia emana originariamente de la Ley, pero sus titulares pueden convenir el desempeño temporal por parte de otra u otras personas. Son titulares originarios de la Guarda y Custodia las personas que ejercen la patria potestad o la tutela sobre un menor o incapaz. El contenido esencial de la Guarda y Custodia es el cuidado inmediato del menor de edad o incapaz, lo que comprende su protección física y vigilancia.

Los titulares de la guarda y custodia son los encargados de supervisar al menor de edad o incapaz para consumir sus alimentos, acuda a la escuela, no realice actividades peligrosas, asista al médico cuando sea necesario, el libre desarrollo psicoemocional, entre otras encaminadas a asegurar su integro desarrollo. Debe aclararse que la persona que detente la Guarda y custodia no necesariamente está obligada a aportar los recursos económicos necesarios para su sostenimiento y desarrollo.⁵⁰

La guarda y custodia se identifica con la atención y el cuidado diario que se efectúa por medio de la convivencia habitual con el menor de edad. En su uso lingüístico vulgar la Real Academia Española define la custodia como acción y efecto de “custodiar”; significa “guardar con cuidado y vigilancia”; y “guardar”, en el mismo nivel semántico como “tener cuidado de una cosa, vigilarla y defenderla”.

En efecto la guarda y custodia otorga al progenitor que convive con el o los menores, da la facultad de resolver las cuestiones relacionadas con su cuidado, derivadas de la misma convivencia, se presentan con el contacto diario con el hijo para ser adecuadamente atendidas. Por el contrario, las cuestiones sobre el cuidado de los hijos, en todos sus aspectos, no derivan del contacto diario con ellos, para ser desarrolladas exceden del ámbito de la guarda y custodia, y pasan a pertenecer al ámbito y ejercicio de la patria potestad.

⁵⁰ RICO ÁLVAREZ, Fausto, et al., Derecho de familia, Editorial Porrúa, México, 2011, p.p. 515-523.

Recalcando lo anterior, en distinción a la guarda y custodia, la patria potestad no corresponde de forma exclusiva al guardador, el ejercicio de la patria potestad es compartido por ambos progenitores; por lo tanto, habrá decisiones de índole educativo, médico que no forman parte de la guarda y custodia, pero si del ejercicio de la patria potestad por no requerir un contacto diario con el menor de edad para ser correctamente atendidas. Con esto debe tomarse en cuenta, como la asignación de la guarda y custodia de un menor, a favor o en contra de alguno de sus progenitores, conlleva el fortalecimiento de la relación paterno-filial con el progenitor que la detenta, en detrimento del progenitor no custodio al menor⁵¹

La custodia por lo tanto implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria, mientras la guarda “comprende el deber y la facultad de tener a los menores en compañía de los padres, afectando únicamente a una parte de las facultades integrantes de la patria potestad.”⁵²

1.2.1.- La protección del menor en el derecho internacional.

Niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser cuidados, protegidos y ver satisfechas sus necesidades. La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, el 20 de noviembre de 1989, actualmente es el tratado internacional en materia de Derechos Humanos que cuenta con el mayor número de ratificaciones a nivel mundial. La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer tratado internacional especializado de carácter obligatorio que reconoce los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes del mundo.

⁵¹GARCIA PRESAS, Inmaculada, Guarda y Custodia de los hijos. Editorial Juruá, Lisboa, Portugal, 2015, pp 33-35.

⁵²ZANON MASDEU, Luis, Guarda y custodia de los hijos, Barcelona, Ed Bosch, 1996, p. 64.

A lo largo de sus 54 artículos, establece un marco jurídico inédito de protección integral a favor de las personas menores de 18 años de edad, y obliga a los Estados que la han ratificado, a respetar, proteger y garantizar el ejercicio de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas menores de 18 años de edad, independientemente de su lugar de nacimiento, sexo, religión, etnia, clase social, condición familiar, entre otros. México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 21 de septiembre de 1990, por lo que quedó obligado a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella a favor de todos los niños, niñas y adolescentes en el país.

Es importante destacar el papel de la Convención sobre los derechos del Niño, esta establece los principios y derechos básicos que deben presidir a la interpretación de las normas internas y convencionales de los Estados. El Régimen del Derecho Internacional relativo a la protección de menores se encuentra, por tanto, condicionado por la vigencia de diversos textos convencionales multilaterales, condicionados a su vez, por la normativa de Derechos Humanos.

Además, esta materia se encuentra recogida en textos multilaterales específicos y en convenios bilaterales relativos a la protección de menores. La mayoría de estos acuerdos pueden funcionar de manera complementaria, y su compatibilidad no genera más problemas que los existentes de la incorrecta aplicación por parte de nuestros tribunales o incluso de la omisión a su aplicación.

Las normas de protección de menores en el derecho internacional requieren para su aplicación, una definición previa de que se entiende por menor. La determinación de la mayoría de edad depende en principio, de la aplicación de la legislación nacional de los Estados. Por tanto en los diferentes ordenamientos jurídicos, no siempre la edad será determinante o limitante para que un menor de edad sea considerado como tal, al no ser esta la misma en todos los países.

No obstante, junto con las legislaciones nacionales, los convenios internacionales en la materia juegan un papel muy importante y en ocasiones imponen una clasificación autónoma del concepto “menor”, aplicable únicamente para el propio convenio. Como regla general, el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵³, considera menores a los que aún no han cumplido los 18 años.

La misma edad se recoge dentro del Artículo 1º del Convenio de la Haya en Materia de Adopción de 1965⁵⁴; en el Artículo 3º del Convenio de la Haya sobre Protección del niño y Cooperación en Materia de Adopción de 1993⁵⁵; el Artículo 12 del Convenio de la Haya de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores, establece esta misma edad, pero considerando menor es el que de forma acumulativa, según la ley de nacionalidad y según la ley de su residencia habitual, se pueda considerar por tal⁵⁶.

El Convenio de la Haya del 19 de octubre de 1996 sobre la Competencia Internacional, la ley aplicable, el Reconocimiento y la Cooperación Internacional en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección, establece un lapso de edad para su aplicación⁵⁷, edad que contempla el Artículo 1º del Convenio Europeo de Estrasburgo del 25 de enero de 1996, sobre el ejercicio de los derechos de los niños.⁵⁸

⁵³ Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

⁵⁴ El presente convenio es aplicable...; de otra parte, un menor, de edad inferior de a dieciocho años cumplidos en el día de la solicitud de adopción, que no haya contraído matrimonio y que, siendo nacional de uno de los Estados contratantes, tenga su residencia habitual en uno de estos Estados.

⁵⁵ El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.

⁵⁶ A los fines del presente Convenio, se entenderá por "menor" toda persona que tenga la calidad de tal, tanto según la ley interna del Estado del que es nacional como según la ley interna del Estado de su residencia habitual.

⁵⁷ El Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años.

⁵⁸ El presente Convenio se aplicará a los niños que no hayan alcanzado la edad de 18 años.

Tal y como se desprende de lo anterior, podemos notar que el límite de edad para ser considerado menor de edad es para efectos del ámbito de aplicación de las normas sobre los sujetos en los Estados contratantes, por consiguiente, existirán normas no aplicables a menores de 18 años, así mismo habrá normas de protección aplicables a menores de 0 a 18 años.

No obstante, en otras normas de protección que consideran los 18 años como la fecha límite de la minoría de edad, en el Convenio de la Haya de 1996 en Materia de Reconocimiento y Responsabilidad Parental, se establece una edad diferente, siendo esta la edad de 21 años como justificación para negar el reconocimiento o para permitir reservarse el derecho de no aplicar al tratado.

En otros convenios, por el contrario, la edad es inferior, por ejemplo, en el Artículo 1 del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al establecimiento de dicha custodia, hecho el Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, considera menores aquellos que tengan menos de 16 años ⁵⁹.

En el mismo sentido encontramos el Artículo 4 del Convenio de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, fija la aplicación de sus normas en el límite de los 16 años⁶⁰. Finalmente, el Convenio hispano-marroquí, del 30 de mayo de 1997 sobre la Asistencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia de derecho de custodia y derechos de visita y devolución de Menores, circunscribe su aplicación a los menores de 16 años no emancipados.

⁵⁹ A los efectos del presente Convenio se entenderá: a) Por menor: Una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la Ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido;

⁶⁰El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.

Una vez establecido, lo que para el Derecho Internacional es un menor de edad en las distintas Convenciones, señalaremos de manera enunciativa los principales Derechos Humanos fundamentales íntimamente ligados a la Guarda y Custodia, que sirven de protección al menor o incapaz con base en su interés superior, pues los mismos serán descritos de manera amplia en el siguiente capítulo.

Tenemos como principales el derecho a vivir en familia, derecho a expresar con libertad su opinión, derecho a protección y cuidado, derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial, derecho a un nivel de vida adecuado y derecho a ser criado por sus padres.

En conclusión, y tal como se quiere corroborar en la presente investigación, el ámbito de validez y aplicación de las normas protectoras para un menor de edad en el Derecho Internacional así como las legislaciones locales será variante, ya que el ejercicio de los mismos va más allá de su edad, porque esta variable no debe ser el referente de los juzgadores para otorgar a favor o en contra de los padres para detentar la guarda y custodia de su menor o menores hijos.

1.2.2.- La guarda y custodia del menor en México.

En México la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescente es la norma que contiene los derechos de ese grupo poblacional, entre los que se encuentra el derecho a vivir en familia dentro de su artículo 22.⁶¹

⁶¹ Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni causa para la pérdida de la patria potestad. Niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y, en términos de las disposiciones aplicables, de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas.

De igual forma en el artículo 23⁶² del mismo ordenamiento, contempla estos derechos; podemos ver que incluso las niñas y niños tienen derecho a permanecer en convivencia aun con padres presos⁶³; en este sentido el Artículo 10, fracción VI de la Ley Nacional de Ejecución Penal contempla que los niños tendrán derecho a permanecer con sus madres en los centros penitenciarios hasta los tres años de edad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en sus criterios que padre y madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a sus hijos, la decisión sobre quien detendrá la guarda y custodia no debe basarse en prejuicios de género donde se consideran a las mujeres como más aptas para el cuidado de las niñas, niños y adolescentes en comparación con los hombres, sino valorarse cuál es el ambiente más propicio para su desarrollo integral.⁶⁴

Es importante que se tenga en cuenta que a partir de la expedición de la Ley General de los Niños, Niñas y Adolescentes, las leyes locales en la materia, las Procuradurías de Protección de Niñas Niños y Adolescentes, son las autoridades encargadas en salvaguardar los derechos de los menores de edad, consideremos dicha ley debería ser aplicada de manera más constante por los juzgadores o autoridades correspondientes, así mismo dar mayor difusión para conocimiento de los padres en caso de controversias de guarda y custodia.

⁶² Niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, en especial de niñas, niños y adolescentes.

⁶³ ...niñas, niños y adolescentes tienen derecho a convivir con sus familiares cuando éstos se encuentren privados de su libertad. Las autoridades competentes en materia jurisdiccional y penitenciaria deberán garantizar este derecho y establecer las condiciones necesarias para que esta convivencia se realice en forma adecuada, conforme a las disposiciones aplicables. Este derecho sólo podrá ser restringido por resolución del órgano jurisdiccional competente, siempre y cuando no sea contrario a su interés superior.

⁶⁴ PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES. EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD NO DEBE ESTAR BASADO EN EL PREJUICIO DE GÉNERO. Tesis: 1ª XCV/2012 (10ª), Seminarios Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Primera Sala, Libro VIII, mayo de 2012, Tomo 1, p. 1112, tesis aislada (constitucional).

1.3.- EL DIVORCIO Y LA PROTECCIÓN DE MENORES HABIDOS EN EL MATRIMONIO: CONCEPTO DE DIVORCIO.

La palabra divorcio deriva del latín *divortium*, a su vez esta proviene de *divertere*, que significa irse cada uno por su lado, separarse.⁶⁵ Desde el punto de vista gramatical por divorcio se entiende “acción y efecto de divorciar o divorciarse⁶⁶, mientras en las acepciones del vocablo divorciar se encuentra la de “disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal”.⁶⁷

En el ámbito doctrinal, son muchas las definiciones en torno al divorcio se han formulado, por ejemplo, la de Galindo Garfias establece que señala:

“es la ruptura de un matrimonio valido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley.”⁶⁸

Por su parte Montero Duhalt y Pérez Duarte, señalan:

“es la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer un nuevo matrimonio válido”.⁶⁹

A su vez De Pina refiere:

⁶⁵ MAGALLON IBARRA, Mario, et al., “El divorcio incausado y la medicina familiar, una fórmula de éxito que augura bienestar para los hijos”, El tribunal superior de justicia de Distrito Federal, México, año II, no. 2, abril 2009, p.69.

⁶⁶ Real Academia Española, Diccionario de La Lengua Española, vigésimo segunda edición, Madrid, Espasa Calpe, 2001 p. 841.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso. Parte General. Personas. Familia, vigésima sexta edición, editorial Porrúa, México, 2009, p.597.

⁶⁹ MONTERO DUHALT, Sara, et. al., Divorcio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa/UNAM, México, 2007, p. 1393.

“que el divorcio implica extinción de la Vida conyugal declarada por autoridad competente, en un procedimiento señalado al efecto y por una causa determinada de modo expreso”.⁷⁰

En el mismo tenor Magallón Ibarra refiere:

“el divorcio es el rompimiento y disolución del vínculo conyugal que une válidamente a una pareja que, mediante una sentencia, deja a sus partes en aptitud de contraer legalmente un nuevo matrimonio”⁷¹

A juicio de Baqueiro Rojas y Buen Rostro Báez:

“en el medio jurídico se entiende por divorcio la extinción de la convivencia matrimonial declarada por la autoridad”, pues se trata de una “forma de disolución del estado matrimonial y por ende, de ponerle término en vida de los cónyuges a su unión”.⁷²

Por otro lado, en el ámbito legal, los ordenamientos sustantivos civiles, tanto federal como locales, se refieren también al divorcio. Un ejemplo de ello es el artículo 258 del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, en lo conducente, se dispone:

“Artículo 258. El divorcio disuelve el matrimonio y capacita a los que fueron cónyuges para contraer un nuevo matrimonio.”

En los tribunales de la Federación, de igual manera, han conceptuado el divorcio, así, por ejemplo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo ha establecido como: “es un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se

⁷⁰ DE PINA, Rafael, Elementos de derecho civil mexicano. Introducción-Personas-Familia, décimo quinta edición, Porrúa, México, 1986, p. 338.

⁷¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge, Instituciones de derecho civil. T III, Derecho de familia, Porrúa, México, p. 356.

⁷² BAQUEIRO ROJAS, Edgar, et. al., Derecho de familia, edición revisada y actualizada, Oxford, México, 2008, p. 183.

disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio concluye tanto en relación a los cónyuges como respecto de terceros”;⁷³ así como que, éste no

“...es el origen del rompimiento del matrimonio ni la causa del deterioro de la familia, sino la expresión legal y final de una ruptura de hecho preexistente, así como la manifestación jurídica de una situación conyugal irregular, permitiendo a los cónyuges afectados intentar una diversa unión lícita que pudiera prosperar y ser la base de una nueva familia sólidamente constituida...”⁷⁴

Como puede advertirse, las definiciones referidas contienen varios elementos comunes, y con base en éstos puede establecerse el concepto de divorcio como: La disolución del vínculo matrimonial, decretada por autoridad administrativa o jurisdiccional, en virtud de la cual se da por terminada la vida en común de los cónyuges y algunos de los derechos y obligaciones derivados de aquel, quedando éstos en aptitud legal de contraer nuevas nupcias.

1.3.1.- El divorcio y los derechos humanos de los divorciantes.

En el presente punto, se hace especial mención al matrimonio, dado que los concubinos establecen una relación de hecho, puede ser ocasional, esporádica o bien prolongada, susceptible de culminar sin necesidad de trámite administrativo o judicial por parte de los involucrados, basta con la simple expresión de alguno de ellos para dar por terminada dicha unión, por eso en la presente investigación hablamos de “padres separados” para los que vivieron bajo este tipo de uniones; caso contrario al matrimonio donde existe la unión de derecho (matrimonio) señalándolos como “padres divorciados”, en virtud de que dicho vínculo únicamente

⁷³ Contradicción de tesis 239/2009. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Quinto, ambos en materia civil del tercer circuito. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 181. Reg. IUS.22, 018.

⁷⁴ Tesis 1ª. CLXXII/2005, Seminario Judicial de la Federación y Gaceta, Novena Época, t. XXIII, enero de 2006, p. 724. Reg. IUS. 176,311.

puede disolverse por conducto del divorcio, ya sea ante una autoridad administrativa o judicial.

Los hijos, aun después del divorcio, tienen derecho de convivir con sus padres, ya sea de manera permanente con el que tiene la custodia, o de visitar y comunicarse con el que no la tiene, así como de relacionarse con sus familiares, abuelos, tíos y primos. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes.

En caso de oposición, si el padre que detenta la custodia no le permite al otro ver y relacionarse con los menores, podrá acudir ante el juez de lo familiar a plantearle la situación a efecto de ser resuelta por sentencia judicial, tomando como principal objetivo el bienestar del menor. Nadie diferente al juez o autoridad judicial tiene derecho a limitar, suspender o prohibir el ejercicio del derecho de convivencia al que se refiere el párrafo anterior.

El hombre y la mujer tienen igualdad de derechos en relación con el matrimonio y el divorcio, los problemas se complican cuando uno o ambos divorciantes tienen que acudir a instancias judiciales por el desacuerdo entre ambos al momento de disolver el vínculo, matrimonial. Por ejemplo cuando uno de ellos es deudor alimentario y requiere vivir en otro país, tendrá que hacer efectivas las sentencias en el extranjero o incluso en el caso puede darse la situación de que sacar a los hijos del país de residencia, sin consentimiento del otro.

Dado a que estas situaciones han proliferado, México ha celebrado convenios Internacionales entre los que destacan:

a. Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores:

Cuya finalidad será garantizar la restitución inmediata del menor o los menores sustraídos o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante, así como

velar por los derechos de custodia y de visitas vigentes en uno de los estados contratantes, velando que se respeten en los demás Estados también contratantes.

En esta convención se establecen los procedimientos a seguir para obtener la restitución del menor o los menores y hacer efectivo el derecho de visita. Las autoridades que intervengan deberán adoptar las medidas necesarias para lograr la devolución del menor y eliminar en medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

b. Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero:

Esta convención pretende facilitar a las personas que se encuentran en un Estado firmante a demandar los derechos de recibir los alimentos de otra persona en otro Estado firmante. En ese documento se señalan los pasos que deben seguir, los interesados para presentar la solicitud, transmitir documentos, sentencias y otros actos judiciales.

c. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias:

A diferencia de la anterior mencionada, esta se aplica solamente con los países de América, y tiene por objetivo la determinación de derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como a la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte y el deudor alimentario tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado parte.

La convención se aplica a las obligaciones alimentarias respecto de menores por su calidad de tales y a los que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales. Esta Convención es para saber cuál es el derecho aplicable, pero sobre todo le es indispensable a los juzgadores.

d. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores:

Esta convención tiene por objetivo asegurar la pronta restitución del menor o los menores que tengan su residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan

sido trasladados ilegalmente a otro Estado Parte, o que habiendo sido trasladados legalmente hubieran sido retenidos ilegalmente.

Es también objeto de esta Convención hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de guarda y custodia del menor por parte de sus titulares. Se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de residencia habitual del menor.

La convención solo es aplicable en los Estados de América que la hayan ratificado, señala quiénes son las autoridades ante quien se deben presentar las solicitudes y el procedimiento a seguir para lograr la restitución y la localización de menores.

Las convenciones señaladas en este punto han sido ratificadas por el Senado de la Republica en México, por lo tanto son ley suprema en todo el país; sin embargo, para aplicarlas en casos concretos habría que verificar si el país en el que se encuentra el demandado y al cual se solicitan estos derechos, también firmo la convención⁷⁵

1.3.2.- Las garantías individuales de los divorciantes reconocidas en México.

Si bien en el ámbito internacional el divorcio no se encuentra regulado expresamente, si es posible encontrar en diversos instrumentos internacionales, disposiciones que de alguna manera se relacionan con esta unión de derecho, impactando de manera directa en la manera de regular dicha institución en las legislaciones locales de los Estados.

⁷⁵ PEREZ CONTRERAS, María de Monserrat, Derechos de las personas Divorciadas. Centenario de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015 [en línea], p.31-41, Disponible en https://inehrm.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/1294/personas_divorciadas_PDF_electrónico.pdf

En el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948, en su Artículo 16, se establece que los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

De la misma manera, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, en su Artículo 17 señala, que los Estados parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y convivencia de ellos.

Finalmente en el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 19 de enero de 1981, se incluye un precepto de contenido muy similar al señalado en el párrafo anterior, con el que se busca que los Estados salvaguarden los intereses de los menores que se ven inmersos en el divorcio de sus padres, en su Artículo 23 señala que los Estados Partes en el presente Pacto tomaran las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Por lo que hace al derecho interno es de referir, primeramente, el texto Constitucional, en cuyo Artículo 4° párrafo primero, establece: “El varón y la mujer son iguales ante la Ley, Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

El Artículo 1° por su parte, establece en su párrafo tercero y quinto señala:

“...Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”

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

De igual forma dentro de las legislaciones del Estado Mexicano, se establece que en caso de Disolución matrimonial, el juzgador estará obligado y facultado a decretar las medidas provisionales que, desde que se presenta la solicitud de divorcio o, en su caso, una vez contestada está el juez decreta, por considerarlas necesarias para la protección de las personas y bienes de los divorciantes y sus hijos, dentro del desarrollo de la presente investigación en capítulos siguientes abundaremos más a dichas medidas dentro de la legislación local de la Ciudad de México.

1.4.- EL DESARROLLO PSICOEMOCIONAL DEL MENOR DE EDAD.

En este punto se presenta la discrepancia del concepto del desarrollo humano y sus diferentes etapas, donde se consideran variables como la edad, ambiente, problemas, así como las consecuencias psicológicas en el menor. Algunos autores de la Psicología del Desarrollo presentaron las bases conceptuales que sustentan sus postulados, la dinámica de la investigación psicológica reciente las ha convertido en marcos teóricos importantes y obligatorios para el sustento de la

presente investigación ya que estos abordan las problemáticas de las relaciones entre los factores socio-culturales y el desarrollo cognitivo del menor.

Dichas teorías interrelacionan los factores antes mencionados con la educación y la inserción en la sociedad, dado que todas ellas comparten un objetivo común, el cual es explicar el desarrollo humano acorde con las concepciones dinámicas y transformadoras que exige el contexto genético-sociocultural. Para efectos de la presente investigación, las teorías que a continuación citaremos sirven de sustento a la hipótesis planteada.

En cuanto al concepto de desarrollo MAIER diferencia el “crecimiento orgánico de desarrollo”, del “desarrollo humano” propiamente, lo relaciona con el desarrollo socio-psicológico y lo define como la “integración de los cambios constitucionales y aprendidos que conforman la personalidad en constante desarrollo del individuo”.⁷⁶

Por otro lado GOOD y BROPHY, consideran que el desarrollo “es una progresión ordenada o niveles cada vez más altos de diferenciación como la integración de los componentes de un sistema”. CRAIG plantea que desarrollo son los “cambios temporales que se operan en la estructura, pensamiento o comportamiento de la persona y que se deben a factores biológico y ambientales”.⁷⁷

Para SULLIVAN el desarrollo es el

“...producto de la continua interacción entre diversos factores estimulantes y una matriz de crecimiento prevaleciente compuesta por ciertas predisposiciones selectivas, tanto para experimentar el cambio como para responder el ambiente de determinadas maneras...”⁷⁸

⁷⁶ MANSILLA A. María Eugenia, Etapas de desarrollo humano, Revista de Investigación en Psicología, Vol. 3, No. 2, diciembre 2000, p. 106.

⁷⁷ CRAIG, G. J. Desarrollo psicológico, Prentice Hall Hispanoamericana S.A., México, 1996, p. 29.

⁷⁸ SULLIVAN, Ausubel. El desarrollo infantil. Paidós, Barcelona, 1983, p. 6.

Coincide con las otras postulaciones, en que el desarrollo es cambio e involucra procesos; además los dos últimos autores puntualizan el ambiente como un factor importante en el desarrollo.

Tanto CRAIG como RICE exponen el desarrollo dividido en dos partes: la primera comprende las etapas Prenatal, Infancia, Niñez Temprana, Niñez y Adolescencia; la segunda producto de cambios históricos comprende: Adultos jóvenes, edad madura y edad adulta. En estas, en análisis de las etapas de desarrollo observan la interacción de tres tipos de edades del ser humano: la edad cronológica, edad genética, edad social y edad psicológica.⁷⁹

En cuanto a las etapas del desarrollo bio-psico-social, hasta el siglo XIX existían solamente dos categorías reconocidas de seres humanos en cuanto a su desarrollo, los mayores de edad y los niños, que muchas veces se consideraban igual que los mayores solo que más pequeños físicamente. El primer referente válido a inicios del siglo XX determina dos grandes grupos del desarrollo humano, los mayores y los menores de edad.⁸⁰

A mediados del siglo XX se logra el consenso científico en cuanto a que el ser humano alcanza su máximo desarrollo a los 18 años en promedio: en lo biológico, logrando la fortaleza física y capacidad reproductora sin riesgos; en lo psicológico adquiriendo las estructuras que permiten la adecuada interacción dentro del grupo social de los “mayores”.

En 1984 las Naciones Unidas reconoce esta separación en dos grupos y denomina oficialmente “niños” a los menores de 18 y en 1989 la Convención de los Derechos del Niño, los define como todo ser humano desde que nace hasta que alcanza la mayoría de edad.

⁷⁹ MANSILLA A. María Eugenia, Etapas de desarrollo humano, Revista de Investigación en Psicología, Vol. 3, No. 2, diciembre 2000, p. 106.

⁸⁰ Ídem.

Estas definiciones difieren del consenso social global, porque la transición a la mayoría de edad depende del factor cultural “edad”, ya que si se deja de lado los enfoques políticos particulares con que se determina la edad en cada país, se reconoce legalmente durante la década de los noventa un primer grupo poblacional denominado mayores de edad y en segundo grupo denominado niños.⁸¹

1.4.1.- La niñez.

Como se mencionó en el punto anterior, la Convención Internacional sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes define al niño en su Artículo 1.⁸² La niñez propiamente es uno de los períodos de desarrollo humano mejor estudiado, y por tanto existe ya un consenso en que el diferente ritmo de crecimiento observable en pocos años dentro de la población que la conforma requiere diferentes factores a sus necesidades en relación con su edad, por lo que podemos señalar dos grupos claramente perfilados:

- a. La Primera Infancia: (0-5 años) caracterizada por un alto grado de dependencia, característica que lo ponen en grado de riesgo en relación inversa a la edad, por lo que requiere de un estricto “control de desarrollo y crecimiento”. De aquí que, la categoría “niños” del grupo de 0 a 1 año se considere de muy alto riesgo; el grupo de 2 a 3 años de alto riesgo; el grupo de 4 a 5 años de menor riesgo, ya que tiene mayor interacción a los intereses exogámicos.
- b. La segunda Infancia: (6 a 11), se caracteriza por su apertura al mundo externo y por la acelerada adquisición de habilidades para la interacción. En este período los niños tienen el riesgo menor que en la primera infancia, que

⁸¹ La tendencia de los países miembros de la Naciones Unidas es aceptar la edad de 18 años por la Convención.

⁸² Para los efectos de la siguiente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

disminuye igualmente en razón inversa a la edad, por lo que el control de desarrollo y crecimiento se realiza anualmente.⁸³

En la interacción social el niño aprende a regular sus procesos cognitivos a partir de las indicaciones y directrices de los adultos y en general de las personas con la que interactúa. De acuerdo con VYGOTSKY este desarrollo es producto de las interacciones que se establecen entre las personas que aprende y otros individuos medidores de la cultura. De tal manera que la educación constituye una de las fuentes más importantes para el desarrollo del niño.⁸⁴

Como consecuencia, la falta de factores y satisfactores apropiados a las necesidades psicosociales de un niño, produce una edad crítica, y un desarrollo incompleto.

1.4.2.- Los adolescentes.

La Organización Mundial de la Salud, define la adolescencia como el periodo de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años.

Adolescente es un término recientemente adoptado en diversos países de habla española y coincide con el término utilizado en los Estados Unidos de Norteamérica “*teenagers*” (13-19 años). En este periodo de desarrollo se vive un crecimiento acelerado del esqueleto provocando cambios en la imagen y el manejo físico del espacio, especialmente hasta los 14 años, lo cual le dificulta el manejo de las interacciones.

⁸³ MANSILLA A. María Eugenia, Etapas de desarrollo humano, Revista de Investigación en Psicología, Vol. 3, No. 2, diciembre 2000, p. 109.

⁸⁴ VIELMA VIELMA, Elma. Aportes de las teorías de Vygotsky, Piaget, Bandura y Bruner. Educere, Vol. 3, No. 9, junio 2000, p.32.

En cuanto a lo psicológico aparece una inquietud dirigida a explorarse a sí mismo y su entorno, también en este periodo definen su identidad social y de género; alrededor de los 15 años empiezan a creer que pueden cambiar y dominar el mundo, lo que puede desbordarlos, frustrando la adolescencia por razones de género si el medio que los rodea es estrecho y sin adecuados satisfactores sociales a sus necesidades.

Existen diferencias notables entre los adolescentes de 12 a 14 años y los de 15 a 17 años, las diferencias observables en el grado de desarrollo llevan a reconocer dos subperiodos dentro de la categoría de adolescencia: los adolescente primarios (individuos de 12 a 14 años) y los adolescentes tardíos (individuos de 15 a 17 años). Al finalizar la adolescencia tardía se vive un periodo de transición entre la adolescencia y la mayoría de edad, que tiene una importancia incuestionable,

En resumen, la suma de las etapas de desarrollo del menor de edad, se le denominara ETAPA FORMATIVA.⁸⁵

ETAPAS	SUB-ETAPAS
1. Etapa Prenatal.	Desde la gestación al nacimiento.
2. Etapa Formativa. (0 a 17 años)	2.1. Niñez (0 a 11 años). a. Primera infancia (0 a 5 años) b. Segunda Infancia (6 a 11 años) Transición: Pubertad. 2.2. Adolescencia (12 a 17 años) Transición a la vida laboral.

Tabla 1.- Elaboración propia.

⁸⁵ MANSILLA A. María Eugenia, Etapas de desarrollo humano, Revista de Investigación en Psicología, Vol. 3, No. 2, diciembre 2000, p. 109-111.

CAPITULO II.

LA PROTECCIÓN DEL MENOR, SUS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL.

El presente capítulo tiene su base en la interpretación y el estudio de textos legales, centrándonos en la forma en que han sido redactados en los distintos Instrumentos Internacionales firmados por el Estado Mexicano y la regulación implementada por nuestro país a raíz de las ratificaciones de los mismos, mediante el método exegético jurídico.

La razón de utilizar dicho método surge a raíz de la diferencia existente entre los conceptos de las instituciones familiares señaladas en el capítulo anterior y el significado o aplicación de la norma en dichas instituciones, así como a lo establecido en los Tratados Internacionales y Convenios ratificados por el estado mexicano.

Se señalará la evolución a lo largo de la historia ha tenido la institución de la Guarda y Custodia en el Estado Mexicano derivado de los movimientos sociales como la migración, situación que se presenta en prácticamente todos los momentos históricos del país, dando como consecuencia el cambio en la formación de la familia y al cambio de pensamiento de sus integrantes.

Se analizarán los diferentes criterios que la Suprema corte de la Justicia de la Nación, han emitido respecto de la institución de la guarda y custodia, la importancia de los derechos humanos y las garantías individuales han tomado para la emisión de sus criterios.

Como base primordial para los capítulos posteriores, analizaremos en principio fundamental del Interés superior del menor, su concepto, alcances y criterios al respecto por parte de nuestro máximo órgano judicial.

2.1.- INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Existen diferentes instrumentos internacionales protectores de los derechos de niños, niñas y adolescentes, así como los correspondientes a los padres, de acuerdo a los estándares del Derecho Internacional, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario. La adopción de dichos instrumentos comenzó con la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la Liga de la Naciones Unidas, como la pionera en el reconocimiento por parte de los Estados de los derechos de los niños a disponer de instrumentos jurídicos para su desarrollo material y moral.

Posteriormente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas proclamó por primera vez, que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. En el ámbito Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos estableció el derecho de los niños y niñas a ser protegidos conforme a su condición de personas menores de edad.

En 1959, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó el primer instrumento no vinculante en materia de derechos de los niños y las niñas, esta fue, la Declaración sobre los Derechos del Niño, en esta se reconoce que los niños y niñas deben gozar de una protección especial, para lo cual, se debe atender al principio del interés superior del niño.

Sin embargo, solo hasta 1989, se logra la adopción de un tratado internacional específico que recoge los derechos de los niños y niñas de manera explícita y que delimita las obligaciones internacionales de los estados frente a la infancia, dicho tratado es la Convención Internacional sobre los Derechos del niño (CDN), adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

a. Declaración Universal sobre los Derechos del Niño.

Dentro de esta declaración, se encuentra consagrado el principio de dignidad a favor de los menores, donde se establece que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, otorgando todo ello por la ley y por otros medios, para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como contar con condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental será el interés superior del niño.

b. Convención Internacional sobre los Derechos del niño.

Esta convención se encuentra en concordancia con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, reconoce que el menor para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.⁸⁶

c. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Dentro del Derecho internacional, lo menores cuentan con el principio de protección prevalente, por lo que en este pacto se establece en su Artículo 24, que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado; a su vez señala el derecho a una identidad, donde todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre; en consecuencia protege el derecho de todo a adquirir una nacionalidad.⁸⁷

⁸⁶ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25/01/1991.

⁸⁷ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20/05/1981.

d. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.

Dentro de dicho mecanismo se establece en su Artículo 4, el derecho que toda persona tiene a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación; en consecuencia y como aspecto primordial, resulta importante resaltar el Derecho de los menores a recibir alimentos, al ser un derecho que deriva del parentesco, el ejercicio de la patria potestad, así como en su caso, de ejercicio único de detentar o no la guarda y custodia.

Para esto el estado mexicano forma parte de esta convención; dicha convención tiene como objeto la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como la competencia y cooperación internacional de los Estados Miembros, cuando el acreedor alimentario tenga su residencia habitual en uno de los Estados Parte.⁸⁸

e. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Por otra parte, se encuentra el derecho de los menores a convivir con su progenitores, para lo cual es Estado Mexicano ha ratificado dicha Convención, la cual tiene por objeto asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente a otro Estado Parte; o que habiendo sido trasladado legalmente continuaron siendo retenidos ilegalmente.

Dicha convención establece dentro de su Artículo 3, el derecho de custodia o guarda relativo al cuidado del menor y en especial, el de decidir su lugar de residencia; así como el derecho de visita, comprende también la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual.

De igual forma y relacionado con lo anterior considera en su Artículo 4, de ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los

⁸⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18/11/1994.

derechos que ejercían, individual conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor.⁸⁹

f. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Esta convención tiene por objeto establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado donde tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita de los menores con sus padres.

En su Artículo 3, se considera ilícito el traslado o retención de un menor de edad en los siguientes casos:

I. Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención.

II. Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Así mismo en su Artículo 5, determina el “derecho de custodia” y “derecho de visita”; el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; por su parte el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual.⁹⁰

⁸⁹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18/11/1994.

⁹⁰ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 06/03/1992.

g. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José).

Por su parte, esta determina en su Artículo 19 el derecho de todo niño de contar por parte de su familia, a las medidas de protección que su condición de menor requiere dentro de la sociedad y del Estado; ligado a esto encontramos uno de los principios rectores en la Declaración de los Derechos del Niño, nos referimos al derecho de ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación, en esta misma tesitura no será objeto de trata.⁹¹

h. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En dicho pacto, con exactitud en su Artículo 10 numeral 3, establece que en los Estados Parte se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley.

Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley, el empleo a sueldo o contratación de mano de obra infantil.⁹²

2.2.- LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES DE LOS MENORES Y PROGENITORES.

Si bien los derechos humanos son universales, y por ende, deben ser iguales para todos, se ha determinado la existen de algunos grupos de personas que por sus circunstancias concretas, como su condición social, cultural, física, o bien por determinada situación en las relaciones sociales, requieren de una protección

⁹¹ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 07/05/1981.

⁹² Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12/05/1981.

especial, motivo por el cual estas personas, para superar la situación de desventaja en que se encuentran, les han sido reconocido ciertos derechos especiales.⁹³

Dentro de las personas que se han estimado requieren de una especial protección, se encuentran los niños, tal como ya lo hemos mencionado, con la finalidad de otorgarles protección especial dada su condición natural, por lo cual desglosamos los derechos y garantías de menores de edad, así como de los padres, ligados y en estricto sentido a la guarda y custodia.

A. DE LOS MENORES.

I. A vivir en familia.

El estado velará porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen la separación para proteger el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.⁹⁴

El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de sus padres o de los familiares con los que convivan, ni causa de la pérdida de la patria potestad.

Las autoridades establecerán las normas y los mecanismos necesarios para evitar en todo momento que una niña, niño, una o un adolescente se vean privados de su familia de origen, y en caso contrario se procure su reencuentro con ella. Asimismo, se tendrá como prioritaria la necesidad de niñas, niños y adolescentes, cuyos

⁹³ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, "Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación, México", *IJ/UNAM*, 2008, serie Doctrina Jurídica, núm. 425, pp 333-335.

⁹⁴ Convención Internacional de los derechos del Niño y la Niña.

padres estén separados, a tener derecho a convivir o mantener relaciones personales y trato directo con ambos, salvo se ordene de conformidad con la ley, por parte de la autoridad, la determinación que ello es contrario al interés superior del niño.⁹⁵

II. A protección y cuidado.

Los Estados Parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sea necesario para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas

Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.⁹⁶

La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, procurarán implementar los mecanismos necesarios para impulsar una cultura de protección a favor de los derechos de la infancia, basada en lo establecido por la Convención Sobre los Derechos del Niño y tratados internacionales sobre el tema, aprobados por el Senado de la República. Niñas, niños, y adolescentes tienen el derecho a ser protegidos contra actos u omisiones que puedan afectar su salud física o mental, su normal desarrollo o su derecho a la educación en los términos establecidos en el artículo 3º constitucional.⁹⁷

III. A mantener relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

⁹⁵ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

⁹⁶ Convención Internacional de los derechos del Niño y la Niña.

⁹⁷ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

El niño cuyos padres residan en Estados diferentes, tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de otras personas.⁹⁸

Las autoridades establecerán las normas y los mecanismos necesarios para evitar que una niña, un niño, una o un adolescente se vean privados de su familia de origen, en caso contrario se procure su reencuentro con ella.

Asimismo, se tendrá como prioritaria la necesidad de que niñas, niños y adolescentes, cuyos padres estén separados tengan derecho a convivir o mantener relaciones personales y trato directo con ambos, salvo que, de conformidad con la ley, la autoridad determine que ello es contrario al interés superior del niño.⁹⁹

IV. A ser escuchado en todo proceso judicial.

Los Estados Parte garantizarán al niño, cuya condición mental le permita formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten directamente, opinión tomada en cuenta, en función de su edad y madurez . Con tal fin, se dará de manera particular al niño, la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado, en concordancia con las normas del procedimiento de la ley nacional.¹⁰⁰

⁹⁸ Convención Internacional de los derechos del Niño y la Niña.

⁹⁹ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

¹⁰⁰ Convención Internacional de los Derechos del Niño y Niña.

V. A un nivel de vida adecuado.

Los Estados Parte reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. A los padres u otras personas encargadas del niño, les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.¹⁰¹

VI. A ser criado por los padres.

Los Estados Parte pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento al principio de que ambos padres tienen obligaciones ante la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del menor.

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones para la protección en la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los mismos.¹⁰²

Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de sus padres o de los familiares con los que convivan, esta condición tampoco será causa de la pérdida de la patria potestad.¹⁰³

¹⁰¹ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

¹⁰² Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

¹⁰³ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

B. DE LOS PADRES.

I. Derecho sobre el número y esparcimiento de los hijos.

La decisión sobre el número y esparcimiento de los hijos corresponde únicamente a ambos progenitores, en términos de nuestra carta magna “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el esparcimiento de sus hijos.”¹⁰⁴

II. A no ser víctima de violencia familiar.

Se entiende por violencia familiar, toda agresión intencional de carácter físico, psicoemocional, sexual o económico, que por acción u omisión ocasionada en contra de uno de los padres del menor, sea ejercida por el otro, a fin de causarle un daño, controlarlo o someterlo.

Lo correlativo al derecho del otro padre de no ser víctima de dicho tipo de agresiones, incluye también la obstrucción de las visitas y convivencias con el menor de edad, así como la alienación del mismo.¹⁰⁵

III. A la igualdad sin distinción de sexo.

El varón y la mujer son iguales ante la ley, esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de los derechos y principios a favor de sus hijos.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰⁵ Tesis: I.5o.C.142 C, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, Novena Época, Pág. 2295, 162620, Tesis Aislada (Civil). CONTROVERSIA SOBRE GUARDA, CUSTODIA, VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y CONVIVENCIAS DE MENORES. LOS MIEMBROS DEL NÚCLEO FAMILIAR DEBEN ACATAR LAS ÓRDENES DEL JUZGADOR EN BENEFICIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS.

¹⁰⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece en el citado precepto constitucional, el derecho humano a la igualdad entre el varón y la mujer, establece una prohibición para el legislador de discriminar a alguno de los padres por razón de género, esto es que frente a la ley deben ser tratados por igual, es decir, busca garantizar la equidad de oportunidades.¹⁰⁷

IV. A la seguridad jurídica.

Nadie podrá ser privado de la libertad, sus propiedades, posesiones o derechos, sino es mediante juicio seguido ante los tribunales establecidos, en donde se cumplirán las formalidades esenciales a dicho procedimiento, de conformidad con las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales facultados y expeditos para impartirla en los plazos y términos fijados por la ley, emitiendo sus resoluciones de manera motivada, pronta, completa e imparcial.¹⁰⁸

V. Ejercicio y determinación de la Guarda y Custodia.

Dicho derecho es inherente al ejercicio de la patria potestad, pues el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de los derechos inherentes a esta, conllevan la convivencia del menor con quien o quienes detentan su ejercicio.¹⁰⁹ De esta forma quienes ejercen la Guarda y Custodia, tienen derecho a velar por la seguridad e integridad de su hijo.

¹⁰⁷ Tesis: 1ª./J.30/2017, Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 41, Abril de 2017, Tomo I, Décima Época, Pág.789, 2014099, Jurisprudencia (Constitucional). DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. SU ALCANCE CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

¹⁰⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 14 y 17.

¹⁰⁹ Seminario Judicial de la Federación, Séptima Época, vols. 205-216, Cuarta Parte, Pág.144, Reg. IUS. 240,006. PATRIA POTESTAD. RESOLUCION SIMULTÁNEA SOBRE SU PÉRDIDA Y SOBRE LA POSESION DE LOS MENORES, POR SER UNA CUESTION ACCESORIA ESTRECHAMENTE VINCULADA CON LA CONTROVERSIA PRINCIPAL.

VI. Derecho de visitas y convivencias con sus hijos.

Como ha quedado señalado, quienes ejercen la patria potestad sobre un menor de edad, tienen en la mayoría de los casos, el derecho a guardarlo y custodiarlo. Sin embargo, en el supuesto de que no sea así, tienen el derecho fundamental de convivir con él y de visitarlo.

Por lo tanto, en los casos de separación o divorcio de los padres, aquel que no detente la guarda y custodia del menor de edad, tiene derecho de convivir con él y de visitarlo, teniendo como objetivo “lograr la protección, estabilidad personal y emocional del menor”.¹¹⁰

2.3.- LA EVOLUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN MÉXICO.

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

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

Entre los temas que se pueden abordar como consecuencia de las transformaciones en las relaciones familiares, se encuentra la figura de la guarda y la custodia de

¹¹⁰ Tesis I.11º.C.203 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIX, marzo de 2009, p. 2844. Reg. IUS. 167,644. RÉGIMEN DE CONVIVENCIAS. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL INFANTE, AL EJERCER SU DERECHO DE SER ESCUCHADO, MANIFIESTE INCONFORMIDAD A LA MODIFICACIÓN DE ÉSTAS, ELLO NO PUEDE SER DETERMINANTE PARA RESOLVER SU PROCEDENCIA, PUES DEBE ATENDERSE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ASÍ COMO A LOS HECHOS POR LOS CUALES SE SOLICITA DICHA VARIACIÓN.

menores por parte de sus progenitores en los casos de separación o divorcio. La relevancia de este tema de siempre ha sido trascendental en el desarrollo integral de los menores y de las familias; con mayor importancia a partir de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de custodia, que se hicieron en 2004,¹¹¹ en las que se inserta la figura de la custodia compartida, digna de análisis y consideración.

La custodia es una figura derivada de la filiación y el parentesco, se encuentra regulada dentro de la institución de la patria potestad. Esta figura ha tenido una evolución importante en las relaciones familiares y en el propio derecho a lo largo del tiempo. Un ejemplo es en el derecho romano, donde el padre tenía, o se le otorgaba el control y autoridad sobre todos los miembros de la familia, inclusive el derecho a privar de la vida a los hijos cuando éstos cometían faltas. Después, atendiendo a casos concretos, se empezó a tener la posibilidad de juzgar a los padres (figura masculina), por infanticidio.

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

Los argumentos usados durante mucho tiempo para mantener la custodia y cuidado de los hijos por los padres consistieron en afirmar que para criar y mantener a los hijos en orden y obediencia, era necesario dejarlos bajo el cuidado legal del padre hasta la mayoría de edad, pues la madre carecía o no le era reconocido poder alguno sobre los hijos, y sólo debía al padre reverencia y respeto, es decir una figura sin participación en la familia.¹¹²

¹¹¹ Publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 6 de septiembre de 2004.

¹¹² ATKINSON, Jeff, *Modern Child Custody Practice*, Kluwer Law Book Publishers, Inc., vol. 1, Nueva York, 1990, p. 223.

La regla era que el padre tenía derecho a la custodia de los hijos, salvo probanza en contrario de la incapacidad de tenerla, su deber era mantener, proteger y educar a sus hijos, lo cual quedó así establecido por la ley. Paulatinamente se presentó un proceso de flexibilidad en la ley, así como en la práctica de la misma, permitiendo tomar en consideración a la madre como capaz de criar a los hijos cuando éstos fueran menores de siete años.

Después de 1900, es cuando progresivamente se comienza a presentar un cambio en la legislación y en los criterios para su aplicación, que consistió en reconocer y regular la custodia de los hijos con preferencia también a las madres, con la misma fuerza que durante tantos años se concedió a los padres.¹¹³

Lo anterior no es excepción en nuestros códigos civiles, a pesar de que no se regula aspecto alguno en particular, respecto a la guarda y custodia de los hijos, sólo se establecen normas relativas a la patria potestad, de cuyos atributos son la guarda y custodia. En este sentido las disposiciones consideran que la patria potestad corresponde ejercerla a ambos progenitores mientras estos sobrevivan durante la minoría de edad de los hijos, en su caso al progenitor supérstite; sin embargo, aun cuando se reconoce su ejercicio para ambos, existe un artículo en orden de prelación, colocando en primer lugar al padre y en segundo a la madre. cómo queda de manifiesto en los códigos de 1870 y 1884.

Una excepción a lo anterior se encuentra en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, que establece en el orden de prelación, la igualdad de condiciones o en el mismo nivel para ejercer la patria potestad, al padre y a la madre, establece jerarquía entre el abuelo y abuela paternos, colocándolos en primer lugar, y entre abuelo y abuela maternos, dejándolos segundo lugar.¹¹⁴

¹¹³ HARDCASTLE, Gerald W., "Joint Custody: A family Court, Judge's Perspective", *Family Law Quarterly*, vol. 32, núm. 1, primavera de 1998, pp. 202-204.

¹¹⁴ Véase título octavo, capítulo I, artículos 389 a 393 del Código de 1870; título octavo, capítulo I, artículos 363 a 367 del Código de 1884, y capítulo XV artículos 238 a 242 de la Ley de Relaciones Familiares.

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

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

1a....

2a....

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

Cabe señalar que esta posibilidad sólo ocurría durante el juicio de divorcio, pues una vez dictada la resolución, el cónyuge culpable perdería la patria potestad, lo que definitivamente lo excluiría del ejercicio de la custodia; también se señala que, a pesar de lo anterior, el culpable continuaría con las obligaciones derivadas de la ley para con sus hijos.

En los mismos términos se establecen disposiciones en el artículo 244 del Código Civil de 1884 y en el artículo 93 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917. Esta nueva perspectiva parece estar sostenida en la realidad percibida a través del orden natural y percepción de la práctica de los roles de género asignados a hombres y mujeres, lo que describiremos como distribución genérica de actividades y/o trabajo. En este sentido se llega a sostener, como fenómeno universal, a lo largo de la evolución de las relaciones familiares y de la legislación en la materia, que la mujer está hecha para cuidar del hogar y de los hijos: *"The paramount destiny and mission of women are to full fill the noble and being offices of wife and mother. This is the law of the creator"* (El destino y misión fundamentales de la mujer son cumplir con el noble y buen oficio de esposa y madre. Esa es la ley del creador).¹¹⁵

¹¹⁵ JOSEPH, Anna *et al.*, *Beyond the best interest of the child*, The Free Press, New York, 1973, p. 54.

Aun y con los cambios culturales sufridos en la sociedad mexicana, generalmente la guarda y custodia de los menores de edad es otorgada a la madre durante un proceso de divorcio o separación, pues culturalmente se continua con la creencia donde las mujeres tienen más capacidades para criar sin embargo, la Suprema Corte de la Justicia ha determinado en diversos criterios (mismos que analizaremos a fondo en el siguiente punto), que no se puede otorgar la guarda y custodia de los menores sólo por serlo. En todos los casos lo más importante siempre deberá ser la salud física y mental de menor.

2.4.- CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Como parte del sustento de la presente investigación, se encuentran criterios emitidos por nuestra máxima autoridad judicial, respecto a la manera en que juzgadores deberían determinar las sentencias relacionadas a la guarda y custodia del menor de 18 años. Dentro de las tesis jurisprudenciales citadas a continuación se plantean, se puede observar, que estas van más allá de la simple valoración de la edad del menor, así como la presunción de que la madre es la más apta para detentar la Custodia del menor de 12 años.

Como base procesal atendiendo a los derechos generales del menor, la Corte establece, que en las contiendas judiciales donde se vean involucrados otros derechos de menores distintos a la guarda y custodia, pero derivados del ejercicio de la misma, como lo son el derecho a recibir alimentos y el derecho a un régimen de visitas con uno o ambos padres, el Juzgado deberá resolver en una misma instancia, así será conocedor el mismo juzgador, a fin de evitar colocar en riesgo directo al menor de dictar resoluciones contradictorias.¹¹⁶

¹¹⁶ Tesis VI.2º.C.J/22, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 42, Mayo de 2017, Tomo III, Décima Época, Pág. 1632, 2014095, Jurisprudencia Civil. GUARDA Y CUSTODIA. EL JUICIO EN QUE SE RECLAMA ESTE DERECHO Y EL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA VISITA, CONVIVENCIA Y CORRESPONDENCIA, QUE SE PROMUEVAN EN RELACIÓN A UN MISMO MENOR, DEBEN CONOCERSE, TRAMITARSE Y RESOLVERSE EN UNA MISMA CAUSA Y POR LA MISMA AUTORIDAD

Como consecuencia de lo anterior, se encuentra un criterio de la Suprema Corte, donde se señala, que el juzgador se encuentra obligado a resolver de manera estricta a la luz del interés superior del menor como derecho primordial, así como al principio de igualdad a favor de las partes litigantes, en los juicios para determinar la Guarda y Custodia de el o los hijos de estos.¹¹⁷

Por otra parte, existen elementos que el juzgado debe considerar de manera primordial, antes de dictar una resolución en contra o a favor de alguno de los padres. Dichos lineamientos deberán tener estrecha relación con el interés superior del menor y con base a lo establecido en el Artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹¹⁸

Uno de los puntos a discutir, es la capacidad del menor a decidir o externar su deseo sobre con quien de sus padres desear habitar, al respecto como ya se señaló en el capítulo anterior, cada menor de manera independiente a su edad cuenta con distintas capacidades de diferenciar entre lo bueno y lo malo, así como con distintas capacidades intelectuales.¹¹⁹

Motivo por el cual se debe considerar, que la propia norma le concede al menor, el derecho a interponer Recursos de amparo contra procedimiento donde se vea involucrado su derecho de Custodia, por ser los titulares de este derecho, resulta

¹¹⁷ Tesis 1ª./J.52/2014, Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Décima Época, Pág. 215, 2006790, Jurisprudencia (Constitucional, Civil, Civil). GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228. FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL

¹¹⁸ Tesis 1ª./J.23/2014, Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Décima Época, Pág.450, 2006226, Jurisprudencia (Constitucional, Civil, Civil). GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN

¹¹⁹ Tesis 1ª./J.102/2012, Primera Sala, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo I, Décima Época, Pág. 617, 2002572, Jurisprudencia (Constitucional, Civil, Común). MENORES DE EDAD. CUENTAN CON INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE RESOLUCIONES DICTADAS RESPECTO DE SU GUARDA Y CUSTODIA (ESTUDIO CORRESPONDIENTE ANTERIOR A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES AL JUICIO DE AMPARO DE 6 DE JUNIO DE 2011)

desfavorable entonces, que en muchas ocasiones el juzgador no considere como primer parámetro el deseo del menor y su derecho a ser escuchado.

Ligado a lo anterior, se encuentra una determinación, donde se establece la obligatoriedad procesal en todos los juicios civiles donde se tenga que resolverse sobre los derechos de patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, por parte del juzgador, aun si de oficio, de escuchar al menor de edad, a fin de evitar conductas que pudieran ser origen de violencia familiar.¹²⁰

Es de considerar de manera importante, que este criterio también podría evitar la alienación parental del menor de edad, por parte de uno o ambos padres, si dicha plática es practicada de manera pronta y oportuna, aun antes del desahogo de otras probanzas dentro del juicio.

Otro punto para considerar es la obligación del juzgador de allegarse de todo el Derecho Positivo posible, dentro de los cuales se encuentran las normas de Derecho Internacional en el marco de los Instrumentos Internacionales, como medios de protección a los derechos de niños, niñas y adolescentes, por lo tanto, se reitera la importancia de la aplicación y el manejo de los juzgadores de normas externas a la legislación local.¹²¹

¹²⁰ Tesis VII.2o.C.J/15, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, Agosto de 2003, Novena Época, Pág. 1582, 183500, Jurisprudencia (Civil). MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

¹²¹ Tesis II.2o.C.J/17, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Mayo de 2004, Novena Época, Pág. 1548, 181529, Jurisprudencia (Civil). GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

De igual forma ante el surgimiento de nuevos modelos familiares en la sociedad mexicana como los son las familias homoparentales, la Suprema Corte de la Nación ha emitido nuevos criterios para la determinación de la guarda y custodia de un menor, como el derecho fundamental a la protección del desarrollo y organización de la familia reconocido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual contempla a todo tipo de uniones familiares, entre ellas, las homoparentales conformadas por personas del mismo sexo.

En ese sentido, todas las personas sin distinción de género u orientación sexual tienen el derecho a formar una familia, y si es su deseo, acceder a la procreación y crianza de hijos propios, adoptados, gestados mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, o procreados por uno de ellos.

Ahora bien, la co-maternidad es una figura propia de la unión familiar homoparental constituida por dos mujeres, que se refiere a la doble filiación materna, por virtud de la cual la pareja de mujeres se encarga del cuidado bajo su seno de uno o más hijos como cualquier otro ejercicio de crianza parental, aun cuando una de ellas o ambas no tengan un vínculo genético con el hijo o hijos.¹²²

Con relación al tipo de familia mencionado también se establece el siguiente criterio: “RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE HIJO CON MOTIVO DE LA COMATERNIDAD EN UNIONES FAMILIARES CONFORMADAS POR DOS MUJERES. EL ARTÍCULO 384 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES QUE EXCLUYE LA POSIBILIDAD DE QUE EL HIJO DE UNA MUJER PUEDE RECONOCER VOLUNTARIAMENTE POR SU COMPAÑERA.

¹²² Tesis: 1ª. LXV/2019 (10ª.), Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, 2020442, 1 de 4, Primer Sala, Publicación 23 de agosto de 2019 10:30 h, Ubicada en publicación semanal, TESIS AISLADA (Tesis Asilada Constitucional). COMATERNIDAD. ES UNA FIGURA REFERIDA A LA DOBLE FILIACION MATERIA EN UNIONES FAMILIARES HOMOPARENTALES.

VULNERA EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD AL PRONTO ESTABLECIMIENTOS DE SU FILIACIÓN JURIDICA”.¹²³

Sin embargo ante esta situación, se presenta la problemática de los juzgadores en la forma en la que deberán determinar la Guarda y Custodia de un menor de edad, bajo el contexto de las familias homoparentales, como el claro ejemplo de la legislación local, donde el menor de 12 años deberá quedar a cargo de la madre, por lo que esta manera aun establecida resulta inoperante dado que estaríamos hablando en cuanto al género de dos madres, de manera independiente que solo una de ellas tenga un vínculo genético con el menor.

Por otro lado, los criterios de la corte emitidos en relación con la guarda y custodia de los menores, únicamente hace referencia en cuanto al vínculo entre dos madres, no así ante la existencia de dos padres, cayendo de nueva cuenta en el error de excluir a cierto sector por simple hecho del género biológico, sumando otro motivo por el cual se realiza la presente investigación.

Sobre esa base, el artículo 384 del Código Civil del Estado de Aguascalientes excluye la posibilidad de que el hijo de una mujer pueda ser reconocido voluntariamente en su acta de nacimiento o en acta especial posterior por otra mujer con quien la madre biológica conforme una unión familiar homoparental, en cuyo seno se desarrollará aquél y que sin tener un vínculo genético con el hijo de su pareja, tenga el propósito de crear la relación filial con él para el ejercicio de la co-maternidad.

Esta exclusión restringe la protección de los menores de edad que nacen o se desarrollan en el contexto de ese tipo de unión familiar, al pronto establecimiento de su filiación jurídica comprendido en su derecho a la identidad, evitando acceder al pleno ejercicio de otro cúmulo de derechos personalísimos y de orden patrimonial,

¹²³ Tesis: 1ª.LXVII/2019 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2020482, 2 de 4, Primera Sala, Publicación: viernes 23 de agosto de 2019 10:30 h, Ubicada en publicación semanal, TESIS AISLADA (Tesis Aislada Constitucional).

por lo que esa norma resulta contraria a su interés superior, por ende, contraviene el artículo 4o. constitucional.

2.5.- INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

La suprema corte de justicia de la nación conceptualiza a este principio en términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y los artículos 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que los tribunales en todas las medidas que tomen, relacionadas con los menores deben atender primordialmente al interés superior del niño.

Concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera:

"la expresión interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos, deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".¹²⁴

El interés superior del menor forma parte de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) como principio rectos, cuya aplicación busca la mayor satisfacción de todas y cada una de las necesidades de niñas, niños y adolescentes. Su aplicación exige adoptar un enfoque basado en derechos que permita garantizar el respeto y protección a su dignidad e integridad física, psicológica, moral y espiritual. El interés superior debe ser la consideración primordial en la toma de decisiones relativas a

¹²⁴ Tesis: 1ª./J.25/2012, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 159897, Primera Sala, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, Pág. 334, Jurisprudencia (Constitucional, Civil). INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.

niñas, niños y adolescentes, “por tanto se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”.¹²⁵

Todos los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos (federales y locales) tienen la obligación de tomar en cuenta el interés superior como una consideración primordial¹²⁶; promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de las personas menores de edad de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad¹²⁷ en razonamiento de lo siguiente:

A. La determinación del interés superior de la niñez y adolescencia.

La Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño (Comité) detalla el procedimiento para aplicar ese principio en un caso concreto, el cual es el siguiente:

- La evaluación de las circunstancias específicas de la vida de cada niña, niño o adolescente, para observar en qué medida tienen acceso al goce y ejercicio de sus derechos, habrá de efectuarse a la luz de los principios de la CDN (derecho a la no discriminación, a la vida, a la supervivencia, al desarrollo y a ser escuchados);
- La determinación de medidas razonadas y adaptables, de acuerdo a la edad y grado de desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, que garanticen el disfrute pleno y efectivo de sus derechos. La evaluación y determinación del interés superior deberá efectuarse bajo ciertos parámetros, cuya aplicación, asegurará que el análisis y resultado de este procedimiento sea apropiado y eficaz.

¹²⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/ GC/141, 29 DE MAYO DE 2013, párrafo 39.

¹²⁶ Artículo 18 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

¹²⁷ Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De igual forma el Comité ha señalado que el principio del interés superior tiene un concepto triple, como:

- **Derecho sustantivo.** Al ser la consideración primordial, se deberá evaluar y tener en cuenta al valorar distintos intereses, para tomar una decisión sobre una cuestión debatida que afecte a una niña o niño, o a un grupo de ellas(os).
- **Principio Jurídico interpretativo.** Cuando una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga el interés superior de la niña, niño o adolescente.
- **Norma de Procedimiento.** Cuando se deba tomar una decisión que afecte a una niña, niño, adolescente, o a un grupo de ellas(os), es necesario realizar una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) sobre su vida y explicar por qué se tomó esa decisión.

B. El interés superior de la niñez y la adolescencia en los instrumentos internacionales.

- El segundo principio de la Declaración de los Derechos del Niño (1924) establece, que al promulgarse leyes relativas a la protección y desarrollo de la niñez, “la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 25 señala que la infancia tiene “derecho a cuidados y asistencia especiales”.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979) señala que en los artículos 5.b) y 16.1.d): “los intereses de los hijas(os) serán la consideración primordial”.
- La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas integró en su artículo 3, párrafo 1 establece:

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

C. El interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes en México.

México ratificó la CDN en 1990, sin embargo, fue hasta 2011 que incorporó el principio del interés superior de la niñez en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al especificar que:

“En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), reconoce su carácter de titulares de derechos. Los artículos 2, párrafos segundo y tercero; 17 y 18 prevén que el interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial.

En general esos criterios enfatizan que los tribunales deberán atender al interés superior de la niñez y adolescencia, este sector demanda un estricto escrutinio de las particularidades del caso. así mismo, señalan el deber de considerar la opinión de las niñas, niños y adolescentes en cualquier decisión que les afecte en su esfera jurídica; se acentúa la obligación del juzgador, de examinar las circunstancias específicas de cada asunto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para la niña, niño o adolescente.

Al respecto de lo anterior, para dilucidar las cuestiones planteadas, el artículo 4° constitucional dispone que los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral; los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos, y el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de tales prerrogativas.

En ese sentido, tratándose de resoluciones judiciales que afecten de alguna manera a esa clase de individuos, en torno a lo cual exista discrepancia entre las partes contendientes, se debe entender siempre al interés superior de los infantes; de modo que las obligaciones y los derechos de los adultos no pueden ser pretexto para coartar o condicionar los derechos de los niños y adolescentes, como lo es el relativo a su desarrollo físico, intelectual y espiritual.

Por consiguiente, para decidir en torno a tales aspectos, la autoridad jurisdiccional debe tener presente lo anterior, sin perder de vista la posibilidad de la existencia en el seno familiar, de conflictos con motivo del divorcio o separación de los padres, generadores de una serie de problemas psicológicos, que influyan negativamente el sano desarrollo físico y mental de los menores, provocando situaciones traumáticas que generen distintos estados de ánimo en los menores.

Además, la autoridad judicial debe velar en todo momento por el bienestar de los niños y niñas para decidir aquello que resulte de mayor beneficio para preservar tal interés. Cabe señalar que el interés superior es un concepto jurídico que debe apoyarse en diversos criterios relevantes para su determinación en cada caso, los cuales pueden definirse en los términos siguientes:

- a. Proveer, por los medios más idóneos, las necesidades materiales básicas del niño, así como las de tipo espirituales, afectivas y educacionales.

- b. Atender los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretarlos de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.
- c. Mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del infante, para lo cual es importante atender que toda alteración en su entorno puede incidir tanto en su personalidad como en su futuro.

Cabe advertir que para valorar el interés superior del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo tanto la autoridad debe examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso en particular para poder llegar a una solución objetiva, estable, justa y equitativa para el menor, cuyos intereses deben imperar frente a los demás, aunado a esto se debe procurar la concordancia e interpretación de las normas jurídicas con el ánimo de en todo momento favorecer al menor.

Nuestra máxima autoridad judicial por su parte ha emitido criterios al respecto de este importante principio, dentro de los cuales establece que todas las autoridades deben asegurar y garantizar en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas, que todos los niños, niñas y adolescentes tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo.

Esto es, los que aseguran la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, todos elementos esenciales para su desarrollo integral.¹²⁸

¹²⁸ Tesis: P./J.7/2016 (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décimo Época, 2012592, Pleno, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, Pág. 10, Jurisprudencia (Constitucional). INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES

El sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores, este se refleja tanto a nivel constitucional, en los tratados internacionales y en leyes federales y locales, donde en todo momento las políticas, acciones y toma de decisiones vinculadas a esa etapa de la vida humana, se realizarán de modo que en primer término, se busque el beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidos¹²⁹

Por lo tanto, en todas las medidas concernientes a los menores de índole legislativas, administrativas, judiciales, entre otras deberá atenderse al interés superior de estos, como consideración primordial. Ello no significa la exclusión de los derechos de los padres o demás personas, sino priorizar las intervenciones que favorezcan la realización de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Luego entonces, válidamente se puede sostener que el interés del niño, adolescente y joven menor de 18 años constituye el punto de partida y principal referencia para resolver lo relativo a su guarda y custodia, así como a todas aquellas medidas sobre el cuidado y educación de los hijos.

¹²⁹ Tesis: I.5o.C.J/14, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 162563, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, Pág. 2187, Jurisprudencia (Civil). INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO.

CAPITULO III.
LA SITUACION JURÍDICA ACTUAL DE LA GUARDA Y CUSTODIA DEL
MENOR EN LA LEGISLACIÓN LOCAL.

En el presente capítulo se analizará la situación jurídica actual de la Institución de la Guarda y Custodia en la Ciudad de México, de acuerdo a lo establecido tanto en el Código Civil como en su Código de Procedimientos Civiles, esto a efecto de plasmar la literalidad de la ley, respecto de esta institución de estudio.

Con base en lo anterior y con ayuda de criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de nación, se señala la manera en que los juzgadores aplican la ley, la interpretan y usan al momento de emitir una Sentencia Definitiva, relativas a la Guarda y Custodia de un menor.

Como parte de las facultades y obligaciones de los juzgadores, se estudiará en el presente capítulo la figura de la Suplencia de la Deficiencia, aplicada a la materia familiar, su uso, aplicación y alcance en beneficio de las partes e incluso en beneficio del trabajo de los juzgadores a lo largo de los procedimientos judiciales.

Se citarán las diversas formas procesales por la que pueden optar los padres en nuestra legislación local para optar por la guarda y custodia de sus menores, las pruebas establecidas en nuestro Código de Procedimientos, así como el derecho fundamental del menor de edad a ser escuchado ante autoridad competente, en los procedimientos donde se dirima sobre su custodia.

Por último se realiza el análisis al artículo 282 apartado B, fracción II, párrafo tercero del Código sustantivo de nuestra ciudad, a efectos de proceder el capítulo siguiente al planteamiento de la solución o hipótesis de la presente investigación.

3.1. LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN DE LA CDMX.

El Código de Procedimientos Civiles de nuestra legislación local regula la Guarda y Custodia dentro de su TITULO DÉCIMOSEXTO, correspondiente a las Controversias del Orden familiar, en dicho título se contemplan dos medios para que uno de los padres o ambos padres, obtengan la guarda y custodia sus hijos menores de edad. Bajo este contexto las controversias familiares generadas por las partes, distintas al procedimiento denominado DIVORCIO, presentadas ante los juzgados familiares son:

I. MEDIANTE JUICIO PROMOVIDO ANTE LOS JUZGADOS FAMILIARES DE LA CIUDAD DE MÉXICO.

Donde se establece:

“Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes”.¹³⁰

En dicho artículo, el legislador busca dar a ambos padres el derecho de audiencia, respecto de la petición del otro a detentar la Guarda y custodia del o los hijos procreados por ambos, con la finalidad de pronunciar lo que a su derecho beneficie.

¹³⁰ Art. 941 Bis, primer párrafo, del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

a. Nulidad de matrimonio con existencia de hijos menores de edad:

“En la sentencia que declare la nulidad, el juez de lo familiar resolverá respecto de la guarda y custodia de los hijos, el suministro de alimentos y la forma de garantizarlos.

Para tal efecto, el padre y la madre propondrán la forma y términos de los mismos; de no haber acuerdo, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso.

En ambos supuestos, deberá oírse previamente a los menores y al Ministerio Público”.¹³¹

En este artículo se establece en primer lugar, la oportunidad de ambos padres para pronunciarse ante el juzgador, respecto de su deseo de detentar o no la Guarda y custodia de su menor, haciendo hincapié en que este dependerá de cada caso en concreto, además de no importar las circunstancias expresadas por las partes, se escuchará la opinión y deseo del menor (derecho a ser escuchado).

b. En el caso de hijos reconocidos por padres, fuera de la institución del matrimonio.

Se manifiesta el legislador en primera instancia a los menores procreados en una relación temporal, es decir de padres que no se encuentran unidos por matrimonio ni por relación de hecho como el concubinato:

“ Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el juez de lo familiar, oyendo al padre, madre y menor, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el interés superior del menor”.¹³²

¹³¹ Artículo 259 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

¹³² Artículo 380 del Código Civil para la Ciudad de México.

En este artículo, de nueva cuenta el legislador deberá de establecer el derecho de ambos padres a expresarse sobre la custodia de sus menores, independientemente de que la unión entre estos sea de hecho o derecho, y de nueva cuenta se señala que el menor será escuchado.

c. Con padres que no viven juntos, y en supuesto en que uno de estos reconozca por posteridad al menor, se establece:

“Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores del menor”.¹³³

En este artículo es importante señalar la mención de un convenio, sin embargo no se establece de manera concreta los requisitos o señalamientos que debe contener dicho convenio en las controversias de este tipo, sin embargo, se otorga el derecho a ambos padres y al menor de ser escuchados.

d. En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad.

Estas controversias hacen referencia a la separación de padres unidos por relaciones de hecho como lo son el concubinato o convivencia, padres que por una o varias circunstancias, deciden separarse, señalando:

“..., ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

¹³³ Art. 381 del Código Civil para la Ciudad de México.

Con base al interés superior del menor, esté quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio resolución judicial”.¹³⁴

e. Cambio de Guarda y Custodia ya establecida.

Esta controversia, es aplicable tanto a la separaciones de padres unidos en matrimonio, como a los unidos por situaciones de hecho, que en su momento establecieron de manera voluntaria o por resolución del juzgador de lo familiar, la Guarda y Custodia de sus menores a favor de alguno de estos, decidiendo por uno o varios motivos la modificación de dicha cosa juzgada.

“En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o el incidente respectivo deberá oírse a los menores.

A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal...”¹³⁵

Cabe resaltar con suma importancia, que dicho artículo establece que en estos casos, sin importar su edad, el menor deberá ser escuchado a diferencia de las controversias mencionadas en párrafos anteriores.

II. _MEDIANTE CONVENIO CELEBRADO POR AMBOS PADRES:

“En los mismos asuntos, con salvedad a las prohibiciones legales relativas a los alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un

¹³⁴ Art. 416 del Código Civil para la Ciudad de México.

¹³⁵ Art. 417 del Código Civil para la Ciudad de México.

avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento”¹³⁶

En cualquiera de las acciones antes mencionadas ya sea por convenio o por controversia del orden familiar, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado un procedimiento, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto, para que las partes acudan al procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.¹³⁷

En el Tribunal superior de Justicia de la Ciudad de México, se encuentra adscrito a cada juzgado de lo familiar, un Agente del Ministerio Público ya que, en nuestro sistema jurídico, los Ministerios Públicos son los representantes de la sociedad y con tal carácter serán quienes representen a los niños y niñas en los juicios familiares donde se vean involucrados. Así mismo serán los encargados de vigilar la legalidad de los procesos en los cuales se encuentren involucrados los derechos de la infancia.

Los juzgados de lo familiar podrán apoyarse de instituciones pertenecientes al poder judicial como lo son, el Centro de Atención a víctimas del Delito de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (PGJDF), Centro de atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI), La Procuraduría de la Defensa del Menor y la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México.

Por su parte el poder ejecutivo de la Ciudad de México, en su esfera de competencia se encuentra obligado a proteger y garantizar los derechos del niño. Para la implementación de dicho mecanismo el Poder Judicial Local, contará con diversidad instituciones de apoyo a su actividad judicial, sin embargo por la investigación que

¹³⁶ Art. 941, párrafo tercero del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

¹³⁷ Artículo 941 tercer párrafo del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

se aborda, se mencionaran las más utilizadas en materia de guarda y custodia, como lo son: La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CNDHDF), el Consejo para prevenir y eliminar la discriminación de la CDMX (CONAPRED) y el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de la CDMX (DIF-CDMX),

En todos medios señalados en este numeral para determinar la guarda y custodia de un menor, tanto en la vía de convenio como en la vía de la controversia familiar, no existe una homologación por parte del legislador sobre la edad idónea para que el menor puede ser escuchado en los juicios donde se resuelva sobre su guarda y custodia, así mismo los criterios cambian entre una controversia y otra.

3.2. FUNDAMENTOS Y CRITERIOS DEL JUZGADOR PARA OTORGAR LA GUARDA Y CUSTODIA, EN LA LEGISLACIÓN LOCAL.

Hoy en día se da por parte de los juzgadores de manera automática, una preferencia a la madre, o en su caso, a cualquiera de los padres sobre el otro, bajo el argumento de orden natural o de género en la custodia de los hijos, esto genera problemas de índole constitucional y violenta la legislación específica respecto de los derechos de los padres y de los hijos al proceso justo, a la igualdad en el proceso y a la igualdad de protección ante la ley.

En la mayoría de las ocasiones no se determina de conformidad con los instrumentos internacionales ya mencionados en el capítulo anterior, tanto generales como específicos, así como los principios establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹³⁸, mismos que establecen las garantías de no discriminación y de igualdad del hombre y la mujer en la ley.

Cualquier otra consideración que exprese preferencia por razón de sexo, tanto en la ley como en la práctica por parte de las autoridades encargadas de impartir

¹³⁸ Véase. Artículo 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

justicia en esta Ciudad, está reflejando violaciones a derechos humanos y garantías fundamentales, que tienen implícitas prácticas discriminatorias al momento de determinar la guarda y custodia de un menor de edad.

Otro criterio generalmente usado por nuestras autoridades locales es la edad del menor o los menores, casi de manera conjunta con los aspectos señalados en los párrafos anteriores, este ha sido un criterio constante para asignar la guarda y custodia a favor de uno u otro padre, con preferencia mayoritaria a la madre, ya que la misma se considera mejor que el padre varón para cuidar a los hijos, sobre todo cuando estos son pequeños, aspecto que se considera no es acertado en todos los casos.

El sexo del o los hijos también ha sido otro de los criterios de nuestros juzgadores locales como aspecto importante en la decisión de estos, para otorgar la custodia de los hijos, lo que representa otro criterio discriminatorio contra alguno de los padres por cuanto a la designación de quien detendrá la guarda y custodia de los mismos, así como quien de ellos quedara bajo un régimen de visitas, lo que lleva implícito un trato diferenciado de los padres nuevamente por el sexo en la práctica judicial.

Como podemos ver nos encontramos aun con la práctica e imposición de roles, estereotipos y prácticas de género, que permean la aplicación legal, y que en la mayoría de los casos resultan poco favorables para todos los miembros de la familia. No solo nos encontramos frente a la discriminación por sexo del menor, a la desigualdad entre hombre y mujer, sino también a la discriminación de los padres por la edad del menor, considerando una preferencia notoria hacia la madre.

Dentro de nuestra legislación local, no existen argumentos o lineamientos para descalificar a un padre sobre el otro en la crianza de los hijos, salvo aquellos promovidos entre los juzgadores por las prácticas culturales, roles y estereotipo de

género, que indiscutiblemente siempre perjudicarán a alguno de los padres. Pero sobre todo al menor de edad.

Así mismo por el interés superior del menor o el mejor interés de los menores y en igualdad de circunstancias entre ambos padres, se debe determinar que cualquiera de los dos padres se encuentra capacitado y habilitado para el cuidado de los hijos, hasta que no se demuestre por medios idóneos lo contrario ante la autoridad judicial competente.

El legislador local al parecer corrobora el criterio de los tribunales civiles de la Ciudad de México, dando prioridad a las habilidades y capacidades de las mujeres por encima de los hombres en cuanto hace a la crianza y cuidado de los hijos, pero no señala cuales son las razones de tal afirmación. Por lo que la mayoría de las veces se determina una mayor capacidad de alguno de los padres por encima del otro, lo que se puede asumir, como un criterio fundado en creencias y prácticas en torno a los estereotipos y papeles desempeñados por los padres, roles que permanecen en perjuicio del principio de igualdad ante la ley.

Dichos criterios basados en roles, podría ser suprimidos o fundados, si el juzgador motivara su decisión mediante las pruebas idóneas para sustentar que un ser humano por su edad, podría necesitar de extremos cuidados, enorme protección y cariño, que solo le podrán ser proporcionados por la madre, aun cuando estos cuidados fueran proporcionados por cualquier otra persona, incluso el padre; y que bajo ninguna circunstancia, cuando menos en situaciones normales, se tendrán la posibilidad de sustituir los cuidados otorgados por la naturaleza propia de la madre a los pequeños.

3.2.1. La suplencia de la deficiencia en materia familiar.

La palabra suplencia, es un derivado de la palabra suplir, que proviene del latín *supplere*, y significa cumplir o integrar, lo que falta de una cosa o remediar la

carencia de ella. El diccionario de la lengua española, al referirse a los significados de la palabra suplencia, señala: “Suplencia. Acción y efecto de suplir una persona a otra. También, el tiempo que dura esta acción.”¹³⁹

Para el maestro Ignacio Burgoa, la suplencia de la deficiencia de la queja:

“...implica no ceñirse a los conceptos de violación expuestos en la demanda de amparo, si no que, para conceder al quejoso la protección federal, el órgano de control puede hacer valer oficiosamente cualquier aspecto inconstitucional de los actos reclamados”.¹⁴⁰

Por su parte el Doctor Carlos Arellano García:

“La suplencia de la deficiencia de la queja, se caracteriza por facultar al juez para otorgar la protección de la justicia federal a un quejoso, cuya demanda en primer instancia o cuyos agravios, en segunda instancia tienen omisiones, errores o imperfecciones.”¹⁴¹

Ahora bien, para el ministro Juventino V. Castro, la suplencia de la queja deficiente es:

“...el acto jurisdiccional dentro del proceso de amparo de inminente carácter proteccionista y antiformalista cuyo objeto es integrar dentro de la *litis*, las omisiones cometidas en las demandas de amparo, para ser tomadas en cuenta al momento de sentenciar, siempre a favor del quejoso y nunca en su perjuicio, con las limitaciones y los requisitos constitucionales conducentes.”¹⁴²

¹³⁹ Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, Ed. Espasa-Calpe, vigésima primera edición, 1994, sub voce.

¹⁴⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El juicio de amparo, Ed. Porrúa, México, 1992, p.229.

¹⁴¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos. El juicio de amparo, Ed. Porrúa, México, 1982, p.358.

¹⁴² CASTRO JUVENTINIO, V., La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo, Ed. Jus, México, 1953, p.67.

Como se puede ver en los conceptos señalados, tanto para el maestro Ignacio Burgoa Orihuela y el Doctor Carlos Arellano García, la suplencia de la deficiencia de la queja constituye una facultad y no una obligación, en tanto que otros conceptos se caracterizan por facultar al juez, no obligar; no obstante, en ambos se reconoce el carácter obligatorio de esta institución.

Dentro de la ciencia jurídica, esta institución nace con la finalidad de regular y extender los derechos a los pobres y/o ignorantes que por sus escasos recursos económicos, se consideran incapaces de defender cabalmente la totalidad de sus derechos, ya sea por negligencia propia o ajena. Esta institución, en el desarrollo del presente punto, está enfocado para efectos de la investigación, en la materia familiar.

A través de la figura de la suplencia de la deficiencia de la queja, son subsanadas las deficiencias técnicas que se pueden presentar en los escritos de las partes involucradas en litigio, en particular, en lo relacionado con controversias del orden familiar; por ello los encargados de impartir justicia tienen la obligación de subsanar los defectos técnicos de las demandas, al dictar las resoluciones o sentencias, pues debe considerarse que ni la ignorancia ni la pobreza pueden ser motivos para la negación de derechos.

Si bien el Artículo 107 Constitucional original, establecía esta figura exclusivamente para el ámbito penal, por reforma el 19 de febrero de 1951 se hizo extensiva a la materia laboral, posterior a esto con la reforma del 12 de noviembre de 1967 se hace aplicable también en la materia agraria, por último, con la reforma del 20 de marzo de 1974 alcanzaría a los menores de edad e incapaces sobre la base siguiente:

“...además de la facultad de corrección del error en la cita del precepto o preceptos violados, el juez intervendrá de oficio en el análisis del amparo, haciendo valer los conceptos que a su juicio sean los que conduzcan al

esclarecimiento de la verdad, y en su caso, al amparo y protección de la justicia federal.”¹⁴³

La suplencia de la queja, por lo tanto, consiste en la obligación que tiene el órgano jurisdiccional que conozca del juicio de amparo, de suplir las deficiencias de los conceptos de violación de la demanda en favor del quejoso o recurrente y con algunas excepciones a favor del tercero perjudicado, así como en los agravios formulados en los recursos de la propia Ley de amparo contempla, sin cambiar la *litis* y con estricto cumplimiento a los requisitos y limitaciones de la Constitución Federal.

De igual forma la suplencia de la deficiencia de la queja tiene aplicación, tratándose de menores de edad e incapaces, no solo en materia civil (cuestiones familiares), si no en cualquier materia del ámbito jurídico, donde pudieran verse afectados o vulnerados sus derechos. Existen beneficios procesales de inferior alcance en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y la estabilidad de la familia, cuando los menores o incapaces no son directamente los agraviados.¹⁴⁴

En nuestra legislación local, encontramos la regulación de la suplencia de la queja en el Código Adjetivo de materia Civil, específicamente dentro del artículo 941 párrafos primero y segundo, donde en primer lugar faculta a los juzgadores para intervenir de oficio en todos los asuntos que afecten a la familia teniendo especial cuidado a los que afecten de manera directa derecho de los menores de edad; en segundo lugar obliga a los juzgadores a suplir la deficiencia de las partes es sus planteamientos en todos los asuntos del orden familiar.¹⁴⁵

¹⁴³ SAYEG HELÚ, Jorge, El constitucionalismo mexicano, Ed. FCE, México, 1991, p.p 823 y 824.

¹⁴⁴ Artículos. 78 párrafo tercero, 79 y 161 de la Ley de Amparo.

¹⁴⁵ Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México.

Dentro de las Solicitudes de Divorcio, los jueces de lo familiar están obligados a suplir la deficiencia que las partes pudieran tener en su convenio y contra convenio, tal y como lo establece el Artículo 271 del código sustantivo de la materia.¹⁴⁶

3.2.2. Pruebas para mejor proveer en materia familiar.

Nuestra legislación local, no tiene como tal una limitante en cuanto al tipo o número de pruebas que las partes litigantes pueden presentar ante un Juzgado familiar, a fin de adquirir la guarda y custodia de sus hijos, tal como lo establece la ley adjetiva de la materia: “En la audiencia las partes aportarán las pruebas que así procedan y que hayan ofrecido, sin más limitación que no sean contrarias a la moral o estén prohibidas por la ley”.¹⁴⁷

Atendiendo a este criterio el mismo reglamento señalado establece: “Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin limitación que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral”.¹⁴⁸

Sin embargo los tribunales familiares solo darán admisión a las pruebas presentadas por las partes, tendientes a comprobar los hechos y se refieran a los puntos cuestionados. Por lo tanto en la práctica del derecho familiar, en específico en los litigios donde se resuelve sobre la guarda y custodia de un menor, encontramos primordialmente las siguientes pruebas:

- a. Confesión: consistente en una serie de cuestionamientos llamados en la práctica pliego de posiciones, estos se concretan a los hechos son objeto del debate o bien que son objeto de la litis, esta se absuelve de manera personal y sin asistencia alguna de representante o mandatario.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Art. 944 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

¹⁴⁸ Art. 278 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

b. Instrumental: esta prueba se constituye con las constancias que obran en el sumario o expediente, en lenguaje procesal llamados autos. Dichas constancias podrán ser emitidas por autoridades públicas o estatales, así como toda clase de documentos privados presentados por las partes litigantes, que permitan al juzgador aplicar el análisis inductivo y deductivo que resulte de las pruebas, considerando cuales deberán ser tomadas en cuenta, a fin de resolver la litis planteada.

c. Prueba pericial: es una actividad procesal desarrollada, con motivo de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministran al Juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas (pericial en psicología, pericial en psiquiatría, socioeconómico, trabajo social, entre otras).

d. Testimonial: Consistente en todo tercero que tenga conocimiento de los hechos señalados por los interesados, expresando de manera concreta como ocurrieron los hechos que testifican. En esta deberá valorarse fundamentalmente la contextualización de los relatos y, a posteriori, la existencia de corroboraciones del testimonio.

e. Prueba superviniente: todos aquellos documentos presentados con posterioridad a la presentación de la demanda, contestación y/o reconvencción, que por algún motivo no fue posible adquirir con anterioridad por motivos no imputables a alguna de las partes.

En una controversia del orden familiar en la que se encuentran inmiscuidos los intereses de un menor de edad, el tribunal se encuentra obligado a velar por el cumplimiento de los derechos del niño, allegándose, incluso de oficio, a los elementos de prueba que considere convenientes y necesarios, de conformidad con

lo dispuesto por los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Al respecto la Corte emite el criterio de “PRUEBAS SUPERVENIENTES EXHIBIDAS CON EL ESCRITO DE EXPRESIÓN DE AGRAVIOS TRATÁNDOSE DE UNA CONTROVERSIA DEL ORDEN FAMILIAR. ES ILEGAL QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE OMITA PROVEER EXPRESAMENTE SOBRE SU ADMISIÓN Y LAS VALORE EN LA SENTENCIA RECLAMADA”.¹⁴⁹

No obstante dicha admisión o requerimientos de prueba deben ser completamente valoradas por los Juzgadores de lo familiar, al respecto La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que todo órgano jurisdiccional debe impartir justicia con base en una perspectiva de género, aun cuando las partes no lo soliciten.

Esto a fin de verificar si existe una situación de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impida impartir justicia de manera completa e igualitaria, establecido en su tesis aislada “JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. EL JUZGADOR DEBE IDENTIFICAR UNA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD EN CASOS DONDE SE HAGAN PATENTES CIRCUNSTANCIAS DE CRISIS FAMILIAR, PARA VALORAR LAS PRUEBAS, CON BASE EN AQUÉLLA”.¹⁵⁰

Es importante señalar que en la mayoría de los juicios familiares desarrollados en la Ciudad de México, las partes son quienes están en la obligación y a su vez facultadas de señalar los medios de prueba que asistan su derecho, sin embargo los Jueces de lo Familiar deberían tener mayor facultad, para poder señalar pruebas de oficio, cuando se vean involucrados derechos de menores de edad, sin que esta

¹⁴⁹ Tesis: I.3o.C.931 C, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 162494, 41 de 78, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXIII, Marzo 2011, Pág., Tesis Aislada (Civil).

¹⁵⁰ Tesis VII.2o.C.127 C (10ª.), Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, 2014620, 9 de 78, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 43, Junio de 2017, Tomo IV.

facultad implique para el juzgador una violación a la garantía de audiencia o debido proceso en contra de alguna de las partes.

3.2.3. La Guarda y Custodia en caso de Divorcio.

Se señaló dentro del primer capítulo de la presente investigación, el concepto de Divorcio, una de las consecuencias jurídicas de la disolución del vínculo matrimonial es respecto a los hijos, en cuyo caso, como también ya se mencionó, se puede resolver mediante convenio o sentencia emitida por el juez de lo familiar. Serán competentes para dirimir las Controversias derivadas del Divorcio, el tribunal del último domicilio conyugal, y en caso de abandono de hogar, el domicilio del cónyuge abandonado.¹⁵¹

Dentro de este procedimiento, el Código Civil de la Ciudad de México, contempla como requisito para la admisión de dicha solicitud, que ambas partes señalen Convenio, que entre otras cosas deberá contener:

“...

I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;

II. Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos.

...”¹⁵²

Lo anterior en lo que respecta al promovente de la Solicitud de Divorcio, sin embargo, la parte demanda tendrá el derecho de presentar su contrapropuesta de convenio, haciendo los mismos señalamientos solicitados por el Artículo 267 del

¹⁵¹ Art. 156 fracción XII del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

¹⁵² Art. 267 del Código Civil para la Ciudad de México.

Código Civil. En ambos casos tanto el promovente como el demandado deberán ofrecer las pruebas tendientes a acreditar la procedencia de su propuesta de convenio.¹⁵³ Dichas pruebas deberán consistir en las documentales públicas y privadas, tendientes a demostrar las pretensiones señaladas en su convenio o contrapropuesta de convenio.

En el caso especial de la Solicitud de divorcio, no se abrirá periodo probatorio, toda vez que las pruebas relacionadas con el convenio propuesto debieron ofrecerse al momento de señalar su convenio o contrapropuesta, en caso de no existir acuerdo entre las partes respecto de la Guarda y Custodia de los hijos menores de edad, se podrá hacer valer dicho derecho en la vía incidental, donde las partes podrán señalar todas las pruebas que sirvan al Juzgador para emitir Sentencia.¹⁵⁴

Los jueces de lo familiar fijaran en sus Sentencias de Divorcio emitidas, la situación jurídica de los hijos menores de edad de las partes, la cual deberá contener, entre otros derechos:

“...I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir...

II. Todas las medidas necesarias para proteger a los hijos de actos de violencia familiar o cualquier otra circunstancia que lastime u obstaculice su desarrollo armónico y pleno.

III. Las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que solo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores”.¹⁵⁵

¹⁵³ Art. 255 fracción X y 260 fracción VIII del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

¹⁵⁴ Art. 272 A último párrafo del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

¹⁵⁵ Art. 283 del Código Civil para la Ciudad de México.

Existen otras consideraciones importantes de señalar en el Artículo 282 del Código Civil para la Ciudad de México correspondientes al divorcio, analizados en el último punto del presente capítulo. Sin embargo es importante señalar, que dentro de nuestro código Civil, no se especifica de manera concreta, los tipos o clasificación de Guarda y Custodia contempladas y admitidas por nuestra legislación local.

3.2.4. Derecho a ser escuchado.

Conforme a los artículos 9¹⁵⁶ y 12¹⁵⁷ de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificado por los Estados Unidos Mexicanos y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, en los procedimientos donde se resuelva sobre los derechos de convivencia y mantenimiento de relaciones familiares, es necesario dar intervención a todos los interesados, oyendo su parecer, lo que incluye, por supuesto al menor; esto implica su acceso al derecho o garantía de audiencia en todos los procedimientos donde se decida una situación que pueda afectarle.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

¹⁵⁷ Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

¹⁵⁸ Tesis: I.3o.C.75 C, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3, Décima Época, Pág. 2005, 2003049, Tesis Aislada (Civil).

Dentro de la legislación local, el derecho del menor a ser escuchado ha sido incluido en los artículos 416¹⁵⁹, 416 Bis¹⁶⁰, y 417¹⁶¹ del Código Civil para la Ciudad de México, es decir en su ordenamiento sustantivo.

Conforme a la interpretación sistemática de los indicados preceptos, en caso de desacuerdo respecto a la guarda y custodia, así como al régimen de convivencia entre el menor y sus progenitores, la decisión judicial tiene por base el interés del menor por encima de cualquier otro, y compete a los juzgadores de lo familiar tomar en cuenta dicho interés al momento de pronunciarse sobre cuestiones relativas a la guarda y custodia y al régimen de convivencia entre ascendientes y progenitores.

En ese contexto, para decidir una cuestión trascendental para la vida del menor como es el régimen de guarda y custodia, así como la convivencia con sus progenitores, es necesario que este sea escuchado, a fin de expresar de manera libre su opinión sobre con quién de sus padres quiere vivir, y si quiere convivir con el otro progenitor según corresponda, conforme a lo establecido en el artículo 941 Bis primer y segundo párrafo del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.¹⁶²

¹⁵⁹ En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

¹⁶⁰ No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus ascendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

¹⁶¹ En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores. A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

¹⁶² El Juez de lo Familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

En este caso quien tenga al menor o los menores bajo su cuidado provisional, lo presentará a la audiencia donde será escuchado por el Juez de lo familiar y por el Ministerio Público adscrito al mismo. El Juez de lo familiar oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará quién de los padres es el más apto para detentar la guarda y custodia del menor.

A fin de que el Juez pueda autorizar como medida interina la custodia de menores en favor de uno de sus ascendientes, debe darse intervención al padre o a la madre que se vean perjudicados con esa decisión y recabar la opinión de los infantes a la luz de los artículos 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, referentes en lo conducente, a la obligación de los Estados para velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando se determine la separación necesaria por el interés superior del menor.

Dándose esta situación, entre otros muchos casos, cuando sus padres vivan separados, deberá adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia donde se le garantizará al niño, apto o en condiciones de formarse un juicio propio, en función de su edad y madurez, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten. Deberá ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado,¹⁶³ en todo procedimiento judicial o administrativo donde se vean involucrados sus derechos.

Como puede apreciarse, en cuanto al derecho del menor a ser escuchado y su participación en los juicios familiares donde se discuta su guarda y custodia, solo existen Tesis Aisladas emitidas por la suprema Corte de Justicia de la Nación, sin ser hasta el momento una circunstancia de aplicación obligatoria para estos casos en concreto.

¹⁶³ Tesis: III.5o.C.67 C, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Mayo de 2004, Novena Época, Pág. 1763, 181579, Tesis Aislada (Civil).

La aplicación y difusión de los Derechos humanos en los ordenamientos jurídicos mexicanos, de manera particular con esta investigación, en la Ciudad de México, se han venido fortaleciendo con las reformas constitucionales de 2011 directamente relacionadas con la familia, relativo a la aplicación del Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en los casos que afecten niñas, niños y adolescentes establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁶⁴

El Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes, de la SCJN, contiene conceptos, principios y reglas generales de actuación, que para efectos prácticos se traducen en formalidades hasta cierto punto rigurosas de cumplir. Por una parte, el código sustantivo y adjetivo de la Ciudad de México no las contempla, y por el contrario se llegan a contravenir.

El derecho de expresar su opinión lo podrá realizar ante el Juez o Magistrado Familiar que conozca del juicio donde se ven involucrados sus derechos, como lo es su guarda y custodia. Como consecuencia, concierne al menor expresar su sentir, su deseo de vivir o no con alguno de sus padres, opinar acerca de las convivencias con el otro con ambos padres, así como de cualquier situación que se ventile en el juicio que pudiera violar sus derechos fundamentales.

Dicha comparecencia deberá ser obligatoriamente ante el Ministerio Público adscrito al Juzgado de lo familiar, de igual forma el juez se auxiliará de un asistente de menor o perito psicólogo facultado, a efecto de que ilustre al juzgador en cuanto a conductas o comportamientos manifestados por el menor en el desarrollo de la plática.

Como puede apreciarse en los criterios de la Corte señalados, no existe jurisprudencia establecida, únicamente tesis aisladas por parte de la Corte, respecto de la Guarda y Custodia de los menores, que obligue a los juzgadores familiares, hacer uso de un criterio legal fuera del ordenamiento legal.

¹⁶⁴ Publicado en febrero de 2012.

3.3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 282, APARTADO B, FRACCIÓN II, TERCER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL VIGENTE.

El Código Civil para la Ciudad de México establece en este artículo que:

“...desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictaran las medidas provisionales pertinentes; así mismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda...”¹⁶⁵

Antes de analizar e interpretar el artículo materia de este punto, debemos establecer que son las medidas provisionales, las cuales son necesarias diferenciar de las medidas de apremio.

En primer lugar tenemos las llamadas medidas provisionales o también llamadas medidas precautorias, estas son la facultad del juzgador de lo familiar para intervenir sin necesidad de la petición de las partes, en asuntos que afectan o puedan afectar a la familia, especialmente tratándose de menores. Estas medidas son necesarias para salvaguardar la integridad y seguridad de las partes incluyendo la violencia familiar, señalar y asegurar cantidad suficiente a título de alimentos, las estimadas como pertinentes por parte del juzgador, aquellas tendientes a evitar perjuicios entre los cónyuges, otorgar el cuidado de los hijos a uno o ambos padres y las demás que considere necesarias.¹⁶⁶

La Corte determina que las medidas provisionales, cuando son solicitadas por uno de los cónyuges a efectos de obtener la guarda y custodia de un menor de edad, no

¹⁶⁵ Artículo 282 del Código Civil para la Ciudad de México.

¹⁶⁶ Artículo 282 del Código Civil para la Ciudad de México.

existe obligación de otorgar la garantía de audiencia a favor del cónyuge afectado y de los menores involucrados.

No obstante lo anterior, como uno de los requisitos para decretar la medida cautelar es que en esta, esté justificada la necesidad de la misma, el Juez atendiendo a las circunstancias del asunto y a los intereses superiores del menor, podrá determinar otorgar el derecho de audiencia a favor del otro, sin ser de manera previa, el juzgador deberá primero lograr el aseguramiento del infante para escucharlo con posterioridad. MEDIDAS PRECAUTORIAS TRATÁNDOSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. NO PROCEDE, PREVIO A SU IMPOSICIÓN, OTORGAR GARANTIA DE AUDIENCIA EN SU FAVOR Y EN EL DEL CÓNYPUGE EJECUTADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).¹⁶⁷

Dictar medidas provisionales no generan una violación al derecho de audiencia, ya que durante el transcurso del procedimiento o al momento de dictar sentencia, la determinación del padre asignado para el cuidado del menor esté sujeta a cambio; esto se determinará con base en todas las pruebas valoradas, estas podrán ser presentadas por ambos padres para su debida defensa, así mismo será tomado en cuenta la opinión vertida del menor.

Por su parte las medidas de apremio son el medio por el cual los juzgadores harán cumplir sus determinaciones, en el caso concreto de la Guarda y Custodia, pueden consistir en: la multa hasta por las cantidades establecidas en el Código de Procedimientos Civiles, el auxilio de la fuerza pública, el arresto por treinta y seis horas, si el caso lo exige, dar vista al Ministerio Público.¹⁶⁸

Por su parte la Corte establece, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que debe destacarse

¹⁶⁷ Tesis: 1ª./J.28/2004, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 181312, 8 de 13, Primera Sala, Tomo XIX, Junio 2004, Pag.138, Jurisprudencia (Civil).

¹⁶⁸ Artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

a los medios de apremio regulados en dicho numeral, como el medio para conseguir el cumplimiento de las determinaciones dictadas por los Jueces, obligando a las personas a través de tales medios a que las acaten.

Para ello se requiere en primer lugar, la existencia previa de un apercibimiento; en segundo término, la constancia en forma indubitable que a quien se pretenda imponer la medida correspondiente, conozca a los alcances y consecuencias por desacato o resistencia a lo ordenado por la autoridad judicial; y en tercer lugar, que la persona a quien se imponga la sanción, sea la que efectivamente se haya opuesto a la diligencia u orden, es decir no se trata de persona distinta.¹⁶⁹

En ambos casos, tanto en las medidas precautorias como en las de apremio, deberán de dictarse con base en el principio fundamental del interés superior del menor.

La fracción II del Artículo 282, apartado B, del código sustantivo de la materia, establece en primera instancia, que los hijos quedaran al cuidado de la persona asignada de común acuerdo por los cónyuges, pudiendo estos incluso compartir la guarda y custodia de sus menores; sin embargo, dentro de nuestra legislación local, no existe una distinción o concepto concreto de los tipos de guarda y custodia que los padres pueden ejercer sobre sus menores.

Dicha designación, queda sujeta al convenio o decisión de los padres, no así como una medida provisional analizada a fin de no causar afectación directa al interés superior del menor; cabe la posibilidad de una descalificación por parte de la autoridad, sobre la viabilidad de una custodia compartida, dada la ideología de que la madre es la más apta para el cuidado y resguardo de los menores.

¹⁶⁹ Tesis: I.6o.C.J/18, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 193425, 52 de 62, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo X, Agosto de 1999, Pag.687, Jurisprudencia Civil.

En segundo lugar el artículo materia de la presente investigación, señala: en caso de no llegar a un acuerdo entre ambos padres, el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, es decir lo reglamentado en el apartado de la Controversias del orden familiar, tomando en cuenta la opinión del menor de edad, estableciendo lo siguiente:

“...Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver sobre la guarda y custodia provisional de las niñas y los niños, se dará vista a la parte contraria, y en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la guarda y custodia y la convivencia con los menores...”¹⁷⁰

En último lugar establece:

“...Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos...”¹⁷¹

Al respecto la Corte señala en su tesis aislada GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 282, APARTADO B, FRACCIÓN II, TERCER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL¹⁷², que dicho criterio normativo, solo resultara constitucional cuando sea interpretado a la luz del interés superior del menor y al principio de igualdad al que tienen derecho ambos progenitores.

¹⁷⁰ Artículo 941 Bis del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México.

¹⁷¹ Artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil del Distrito Federal.

¹⁷² Tesis: 1ª.XXXI/2014, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, 2005454, 2 de 13, Primera Sala, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Pág. 656, Tesis Aislada (Constitucional Civil).

Sin embargo, en muchas ocasiones el juzgador opta por otorgar preferencia a la madre al momento de atribuir la guarda y custodia de un menor, interpretadas en desde un estereotipo donde la mujer resulta *per se*, la persona más apta para realizar dicha tarea, sin analizar en conjunto los deberes y facultades que configuran la patria potestad, a fin de que la atribución de custodia de los menores, este siempre orientada al beneficio de estos y no a la primicia de los derechos de los padres.

Así mismo la Corte reafirma dicho criterio en su tesis GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA ACTUALIZACIÓN DE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS ESTABLECIDOS EN LA LEGISLACIÓN PARA SU OTORGAMIENTO SE ENCUENTRA SUJETA A UN ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 282, APARTADO B, FRACCIÓN II, TERCER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.¹⁷³

No se trata de sancionar mediante un reproche moral o social determinada conducta de los progenitores, sino que el objetivo debe ser la defensa de los intereses del menor, lo cual responde a una consagración en el plano constitucional e internacional del interés del menor, como principio superior para presidir cualquier resolución en materia de protección de menores.

Dejando al juzgado de lo familiar la facultad y la obligación de realizar un análisis de razonabilidad a efecto de determinar, si los casos en concreto donde se dirime la guarda y custodia de un menor, se justifica la privación de esta, en virtud de poner en peligro o imposibilite que la madre cumpla con los deberes inherentes a dicha institución jurídica; como consecuencia, dicho análisis puede resultar diverso,

¹⁷³ Tesis: 1ª.XXX/2014 (10a.), Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, 2005455, 3 de 13, Primer Sala, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Pag.658, Tesis Aislada (Constitucional Civil).

dependiendo de cada juzgador y de su criterio sobre qué es lo que resulta más benéfico para él o la menor de edad.

Cabe señalar la posibilidad de que ambos padres resulten aptos para detentar la guarda y custodia de sus menores hijos; sin embargo, por desacuerdo de estos, el juzgador de lo familiar puede verse obligado a otorgar la misma a favor solo de uno de los padres, lo que muchas veces implica la pérdida de ciertos derechos inherentes a la patria potestad, en detrimento del padre al que no se le ha otorgado.

Por otro lado se pierde de vista lo que se ha señalado a lo largo de esta investigación, que es la existencia de nuevos modelos de familia, y por consiguiente los cambios en los roles de los padres, motivo por el cual nace la necesidad de modificar los criterios legales en materia de esta institución, a fin de otorgar una verdadera base proteccionista al menor primordialmente, sin que el juzgador se encuentre en el dilema de violentar los derechos de los padres.

CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA A LA LEGISLACIÓN LOCAL.

La familia mexicana actual ha sufrido como ya se mencionó en el capítulo segundo de la presente investigación, cambios de índole sociocultural, económica y de género, las que se reflejan en el trato más equitativo que se da hoy en día entre hombre y mujeres, independientemente de su edad o género.

La relevancia del cambio a la legislación planteado en el presente capítulo, es el desarrollo integral de los menores y la protección de la familia, independientemente del tipo de formación en esta y los roles que cada uno de sus integrantes desempeña.

Por ejemplo la figura de la guarda y custodia compartida es un tema relativamente nuevo y de poco uso en nuestra legislación local; sin embargo, tiene varias décadas de estudio multidisciplinario en otros países como Reino Unido, Canadá, Australia y Estados Unidos por señalar algunos.

Motivo por el cual la Legislación mexicana, y en especial la legislación en la Ciudad de México que ha sido un parteaguas en los derechos de inclusión e igualdad, debe contemplar de manera precisa diferentes modalidades y figuras en la que los padres pueden ejercer la guarda y custodia de sus hijos, por lo que en el presente capítulo se hará la propuesta a dicha clasificación.

Se plantea la hipótesis de la derogación al artículo materia de la presente investigación, así como la modificación a otros relativos a la guarda y custodia que son necesarios para la derogación planteada, sobre todo en la práctica del juzgador, así como la obligación de los juzgadores a la práctica de la Convencionalidad en las controversias del orden familiar

4.1. DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 282 APARTADO B, FRACCIÓN II, TERCER PÁRRAFO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL VIGENTE (HOY CDMX).

Primordialmente para las modificaciones a la Legislación Local que se proponen, se considera necesario la determinación en la doctrina actual, de una clasificación en los tipos de Guarda y Custodia, esto, acorde a los cambios actuales en la sociedad y la practica judicial donde los hombres comienzan a participar más en las contiendas que involucran los derechos de sus menores, se propone la siguiente clasificación:

- a. Guarda y custodia legal: el conjunto de derechos y obligaciones del padre o de la madre para hacer y tomar decisiones fundamentales e importantes que afectan todos los aspectos de la vida del menor. Se refiere a las áreas de más importancia sin limitar a ninguno de los dos, como por ejemplo, educación, salud, cuidado médico, práctica religiosa, residencia del menor, métodos disciplinarios, entre otros, cuestiones que en la mayoría de las ocasiones, decide un solo padre, limitándose únicamente a dar aviso al otro.

- b. Guarda y Custodia física: se refiere estrictamente al resguardo presencial o material del menor de edad dentro del domicilio de uno de los padres, según sea el caso, sin que esto implique para el otro, la perdida de la custodia legal, es decir, se comparte o se dedica al menor el cuidado y convivencia, derivadas de la vida diaria con uno de sus padres. Esta no limitaría al otro padre coadyubar en las decisiones establecidas en la custodia legal, al mismo tiempo daría el derecho al otro padre sin limitantes de las visitas y convivencias con sus menores hijos, previo establecimiento del respectivo régimen.

- c. Guarda y Custodia compartida: es aquella en la que ambos padres tienen tanto la custodia legal, como la custodia física de los hijos. Esto implica que comparten los derechos y obligaciones en cuanto a la educación, formación, manutención y todas las actividades relacionadas con la crianza de los hijos, de tal

manera que gozan por resolución judicial o convenio, de igualdad en todas las decisiones relativas a sus hijos en igualdad de condiciones, así como a las convivencias de manera abierta.

d. Guarda y Custodia única: Es aquella en la que el cuidado de los hijos tanto, la custodia legal como la física, son atribuidas solo a uno de los padres, estableciendo para el otro un régimen de visitas y convivencias bajo supervisión, ante el peligro que implica para el menor convivir sin supervisión con alguno de sus padre, esta consecuentemente implicaría una suspensión temporal del ejercicio de los derechos inherentes a la Patria Potestad, sin exentarlo del cumplimiento del pago de alimentos.

Dicha clasificación planteada es consecuencia de la incongruencia y confusión que se presenta en nuestro Código Civil en los artículos 282 y 283, donde se hace una simple referencia de la guarda y custodia compartida y la guarda y custodia única, siendo esta última la más utilizada en la práctica.

Aunado a esto nuestra legislación se debe actualizar en consecuencia a los cambios en la sociedad mexicana desde las reformas del año 2004, donde ya no solo las mujeres interponen demandas en contra de los varones con la finalidad de demandar la guarda y custodia de sus hijos, los alimentos, etc. Hoy en día los hombres también solicitan ante los juzgadores, detentar la guarda y custodia de sus hijos, e incluso promueven juicio de alimentos en contra de las madres.

Esto se refleja en las estadísticas actuales, por ejemplo el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) informa sobre la situación conyugal de la población en México, el número de matrimonios registrados en el país, así como la cantidad de divorcios registrados, muestran los siguientes índices:

a. Una disminución importante en el número de personas que deciden contraer matrimonio en los últimos años, en el 2016 se celebraron 543,749; para el 2017 hubo una disminución del 2.77% donde se celebraron 528,678; y para el 2018 se

presenta un porcentaje de disminución del 5.1%, puesto que se celebraron 501,298. Matrimonios.¹⁷⁴

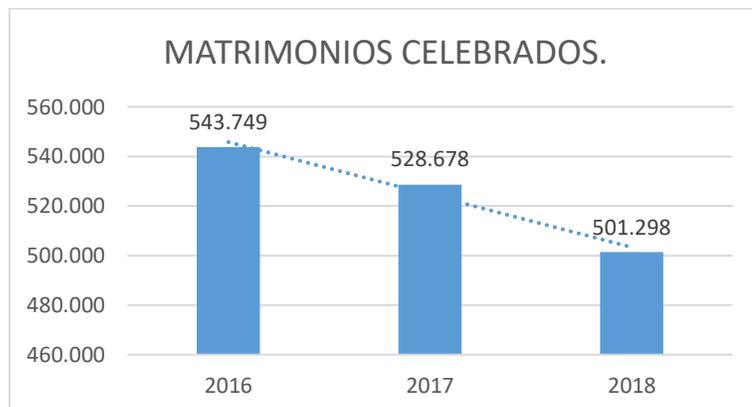


Tabla 2.- Elaboración propia.

b. En caso contrario, en cuanto al número de personas que deciden divorciarse, se refleja un incremento; en el 2015 se divorciaron 123,883; para el año 2016 se presenta un aumento del 11.38% pues 139,807 parejas se divorciaron y para el 2017 aumenta un 5.26% donde 147,581 matrimonios se concluyeron.¹⁷⁵

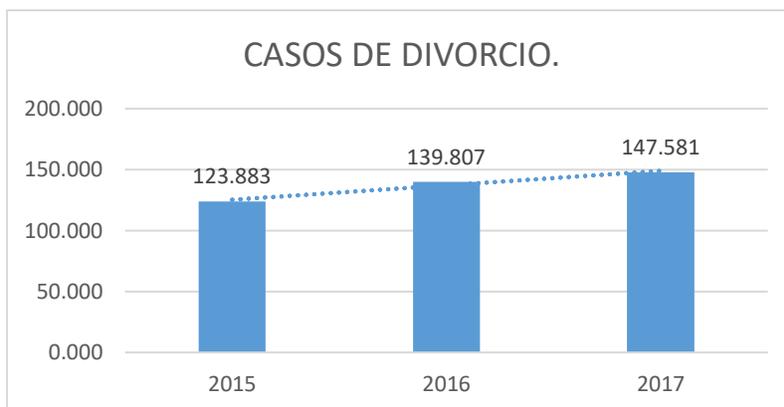


Tabla 3.- Elaboración propia.

¹⁷⁴ INEGI Estadísticas de Nupcialidad, disponible en <https://www.inegi.org.mx/temas/nupcialidad/>, consultado el 03/10/2019.

¹⁷⁵ INEGI Estadísticas de Nupcialidad, disponible en <https://www.inegi.org.mx/temas/nupcialidad/>, consultado el 03/10/2019.

En cuanto a la Ciudad de México, el TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE MÉXICO, no es preciso sobre el número de guardas y custodias que se ventilan, sin embargo, su Dirección de Estadística de la Presidencia, con información alimentada de juzgados familiares del sistema de justicia tradicional (sistema escrito), informa el número de expedientes correspondientes a controversias del orden familiar, tramitados por el padre, madre u otras personas¹⁷⁶, controversias que un su mayoría dirimen cuestiones sobre traen la determinación de la guarda y custodia de los menores, como se muestran los siguientes resultados:

PROCEDIMIENTOS DE CONTROVERSIAS FAMILIARES DEL TSJCDMX.			
AÑO	PROMOVIDOS POR EL PADRE.	RPMOVIDOS POR LA MADRE.	PROMOVIDOS POR OTROS.
2017	1,311	11,888	258
2016	1,515	12,690	306
2015	1,263	14,273	452
2014	1,247	15,151	388

Tabla 4.- Elaboración propia.

Por lo que podemos ver, alrededor del 10% de los Juicios donde se dirimen derechos de los menores en la Ciudad de México, son iniciados por el padre varón, mostrando un mayor interés en la participación de la crianza y cuidado de los hijos.

Por su parte el INEGI muestra en sus estadísticas el total de procesos jurisdiccionales en la Ciudad de México, donde se dirimen derechos de Guarda y Custodia, derivados de un procedimiento de Divorcio, en los años 2016 y 2017, los cuales fueron otorgados mediante sentencia, de la siguiente manera.¹⁷⁷

¹⁷⁶ Dirección de Estadística de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, disponible en <http://www.poderjudicialcdmx.gob.mx/estadistica/justicia-civil-y-familiar/>, consultado el 03/10/2019.

¹⁷⁷ INEGI Estadísticas de Nupcialidad, disponible en <https://www.inegi.org.mx/temas/nupcialidad/>, consultado el 03/10/2019.

GUARDA Y CUSTODIA COMO CONSECUENCIA DEL DIVORCIO EN EL TSJCDMX.						
AÑO.	DIVORCIOS.	GUARDA Y CUSTODIA.	OTORGA A MADRE.	OTORGA A PADRE	OTORGA COMPARTIDA	A OTROS
2016	13,480	5,472	2,965	2,039	448	20
2017	13,296	5,024	2,777	1,713	487	47
TOTAL	26,776	10,496	5,742	3,752	934	67
2016	13,480	40.79%	54.18%	37.26%	8.18%	0.36%
2017	13,296	37.7%	55.27%	34.09%	9.69%	0.93%

Tabla 5.- Elaboración propia.

Como es de notarse en las tablas antes descritas, no obstante de la existencia de criterios de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, los Tratados Internacionales y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se determina la igualdad entre varón y mujer para detentar la Guarda y Custodia de sus menores, continúa una desigualdad notoria entre padre y madre.

Motivo por el cual es necesario de modificar la legislación local, por cuanto hace al sistema escrito, sin mencionar por ahora el sistema oral, dado que en la actualidad, las cuestiones de Guarda y custodia se ventilan ante juzgados de proceso escrito. Como lo marca el título de esta investigación, estos cambios implican una constitucionalización de los códigos civiles para la CDMX, en consecuencia, se hace la siguiente propuesta:

ARTÍCULO 267 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA CDMX.	
TEXTO ACTUAL.	TEXTO PROPUESTO.
El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:	El cónyuge que unilateralmente desee promover la solicitud de divorcio deberá acompañar a su petición la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:
I.- La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;	I.- La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia física y legal de los hijos menores o incapaces;

<p>II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;</p> <p>III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;</p> <p>IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;</p> <p>V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;</p>	<p>II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia física, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;</p> <p>III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;</p> <p>IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;</p> <p>V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;</p>
--	--

ARTÍCULO 282 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA CDMX.	
TEXTO ACTUAL.	TEXTO PROPUESTO.
<p>Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; así mismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:</p> <p>A. De oficio:</p>	<p>Desde que se presenta, la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; así mismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:</p> <p>A. De oficio:</p>

I.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

II.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

III.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV. Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

B. Una vez contestada la solicitud:

I.- El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de

I.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

II.- Señalar de manera provisional la custodia física de los menores hijos o incapaces a favor del cónyuge promovente, en tanto no se tenga por contestada la solicitud de divorcio, siempre y cuando el menor este bajo resguardo, en el domicilio del accionante.

III.- Señalar y asegurar las cantidades que a título de alimentos debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos que corresponda;

IV.- Las que se estimen convenientes para que los cónyuges no se puedan causar perjuicios en sus respectivos bienes ni en los de la sociedad conyugal en su caso. Asimismo, ordenar, cuando existan bienes que puedan pertenecer a ambos cónyuges, la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal y de aquellos lugares en que se conozca que tienen bienes;

IV.- Revocar o suspender los mandatos que entre los cónyuges se hubieran otorgado, con las excepciones que marca el artículo 2596 de este Código;

B. Una vez contestada la solicitud:

<p>llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.</p> <p>II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.</p> <p>En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.</p> <p>Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.</p> <p>III.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;</p> <p>IV.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información</p>	<p>I.- El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.</p> <p>II. - Poner a los hijos al cuidado físico de la madre o padre que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia física y legal mediante convenio.</p> <p>En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta sin excepción la opinión del menor de edad.</p> <p>----- ----- -----</p> <p>III.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;</p> <p>IV.- Requerirá a ambos cónyuges para que le exhiban, bajo protesta de decir verdad, un inventario de sus bienes y</p>
---	---

<p>complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y</p> <p>V. Las demás que considere necesarias.</p>	<p>derechos, así como, de los que se encuentren bajo el régimen de sociedad conyugal, en su caso, especificando además el título bajo el cual se adquirieron o poseen, el valor que estime que tienen, las capitulaciones matrimoniales y un proyecto de partición. Durante el procedimiento, recabará la información complementaria y comprobación de datos que en su caso precise; y</p> <p>V.- Las demás que considere necesarias.</p>
---	---

ARTÍCULO 283 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA CDMX.	
TEXTO ACTUAL.	MODIFICACIÓN PROPUESTA.
<p>En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.</p>	<p>En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia física y legal de manera compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.</p>

ARTÍCULO 417 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA CDMX.	
TEXTO ACTUAL.	MODIFICACIÓN PROPUESTA.
<p>En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores.</p> <p>A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal. En caso de que a la audiencia no se presentare el asistente</p>	<p>En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, ya sea física o legal, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse sin excepción a los menores.</p> <p>A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal. En caso de que a la</p>

de los menores, atendiendo al interés superior de estos, será potestativo para el Juez celebrar o no la audiencia una vez que verifique si es factible la comunicación libre y espontánea con el menor.	audiencia no se presentare el asistente de los menores, atendiendo al interés superior de estos, será potestativo para el Juez celebrar o no la audiencia una vez que verifique si es factible la comunicación libre y espontánea con el menor.
---	---

ARTÍCULO 417 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA CDMX.	
TEXTO ACTUAL.	MODIFICACIÓN PROPUESTA.
<p>Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal u otra institución avalada por éste, que asista al menor, sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicológica y emocional en las sesiones donde éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores, y sin que ello implique su intervención en la audiencia.</p> <p>Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor, dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor.</p>	<p>Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal u otra institución avalada por éste, que asista al menor, sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicológica y emocional en las sesiones donde éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores, y sin que ello implique su intervención en la audiencia.</p> <p>Tanto el asistente como el Ministerio Público, adscrito al juzgado, podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia física del menor, dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor.</p>

Como consecuencia a los cambios propuestos al código sustantivo de la materia, se propone eliminar como criterio de determinación, la edad del menor de edad, ya que esto también implica una discriminación sobre el menor, al asumir su capacidad de comprender y discernir sobre sus derechos, en razón de la edad que tiene.

Dicha afirmación también se considera por lo descrito en el capítulo primero respecto del desarrollo cognitivo del menor; para esto sería necesario modificar el

Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México, en consecuencia se propone:

ARTÍCULO 941 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA LA CDMX.	
TEXTO ACTUAL.	TEXTO PROPUESTO.
<p>El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia familiar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros.</p> <p>En todos los asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho.</p> <p>En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.</p> <p>El juez tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto exhortará, en aquellos casos que estime viables de conformidad con las disposiciones legales en materia de justicia alternativa, a las partes a que acudan al procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.</p>	<p>El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en todos los asuntos <i>del orden familiar</i>, especialmente tratándose de menores de edad o incapaces <i>decretando las medidas precautorias que considere necesarias para preservar el orden en la familia y la integridad de sus miembros</i></p> <p>En <i>los mismos</i> asuntos del orden familiar los Jueces y Tribunales están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho</p> <p><i>En todas las controversias del orden familiar en los que se encuentren involucrados derechos de menores de edad o incapaces, la parte que unilateralmente promueva deberá anexar a su petición, propuesta de convenio que regule los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, debiendo contener los siguientes requisitos:</i></p> <p><i>I. La designación del padre o madre que detentara la guarda y custodia legal y física de los hijos menores, o en su defecto si se hará de manera compartida.</i></p> <p><i>II. Las condiciones bajo las cuales el padre o madre que no detente alguna de las anteriores, ejercerá su derecho a visitas.</i></p> <p><i>III. El modo en que se suministrarán los alimentos por parte del padre o madre que deba darlos, especificando forma, lugar y periodos de pago.</i></p>

	<p><i>IV. El domicilio donde se ejercerá la custodia física de los menores hijos.</i></p> <p>Con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda darse por terminado el procedimiento.</p> <p>El juez tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto exhortará, en aquellos casos que estime viables de conformidad con las disposiciones legales en materia de justicia alternativa, a las partes a que acudan al procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.</p>
--	---

Lo anterior toda vez el único procedimiento judicial en el Código Adjetivo para la Ciudad de México, que solicita la presentación de un convenio como requisito de admisión, es la Solicitud de Divorcio; no obstante se considera que en todos los casos en los que se encuentren involucrados derechos de menores de edad, como lo son alimentos, guarda y custodia, visitas y convivencias, es necesario que las partes también presenten como requisito de admisión, el convenio que regule los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad.

Aunado a lo anterior, existe poca asistencia de las partes litigantes al Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, de esta forma desde el inicio de la controversia del orden familiar, las partes se plantarían la posibilidad de realizar convenio que ponga fin al litigio y esto equivaldría a una disminución de la carga procesal para los juzgados y un desahogo con mayor prontitud a los juicios en los que no exista posibilidad alguna de convenio.

En relación con los cambios planteados a la clasificación de los tipos de la guarda y custodia, así como la eliminación del criterio en razón de la edad del menor para determinar la guarda y custodia, se plantea la siguiente modificación:

ARTÍCULO 941 BIS CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA CDMX.	
TEXTO ACTUAL.	TEXTO PROPUESTO.
<p>Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.</p> <p>En la sesión donde sean escuchados los menores, a criterio del juez, podrán ser asistidos por el Agente del Ministerio Público de la adscripción y por el asistente de menores correspondiente adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo, y no realizará manifestaciones dentro de la audiencia correspondiente, limitándose a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 417 bis.</p> <p>Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez.</p> <p>El Juez de lo Familiar valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los</p>	<p>Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia física y la convivencia de los menores hijos con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria para que en el término de tres días se manifieste al respecto.</p> <p>En la contestación de demanda correspondiente a este título, el demandado deberá presentar su contrapropuesta de convenio en términos del artículo 941 de este ordenamiento y, en caso de desacuerdo entre ambos convenios, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia física y la convivencia provisional de los menores, misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes.</p> <p>La edad del menor no será determinante para que se establezca de manera provisional, la guarda y custodia física a favor del padre o la madre en tanto no se resuelva de manera definitiva todo lo relativo a su guarda y custodia, excepto en los casos que por cuestiones biológicas o médicas, sea imprescindible la presencia y cuidado de uno u otro padre, por encima del otro.</p> <p>No será obstáculo para la preferencia en la custodia, a favor de alguno de los padres, el hecho de que alguno de estos carezca de recursos económicos.</p>

<p>progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.</p> <p>A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.</p> <p>Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.</p> <p>Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia, éste tiene la obligación de informar al Juez ya quien no ejerce la custodia los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.</p> <p>El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de este ordenamiento.</p>	<p>En la sesión donde sean escuchados los menores, a criterio del juez, podrán ser asistidos por el Agente del Ministerio Público de la adscripción y por el asistente de menores correspondiente adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo, y no realizará manifestaciones dentro de la audiencia correspondiente, limitándose a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 417 bis.</p> <p>Quien tenga a los menores bajo su custodia física provisional, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez.</p> <p>El Juez de lo Familiar valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién o a quienes de los padres corresponderá la custodia legal y física de los hijos menores de edad, o en su defecto si estas se ejercerán de manera compartida o limitada.</p> <p>A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil.</p> <p>Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.</p> <p>Cuando cambie de domicilio el ascendiente que conserva la guarda y custodia física, éste tiene la obligación de informar al Juez y a quien no ejerce, los datos del nuevo domicilio y número telefónico para efecto de mantener la comunicación del menor y del</p>
--	--

	<p>ascendiente que no ejerza la guarda y custodia.</p> <p>El incumplimiento de esta disposición dará lugar a lo establecido en el artículo 73 de este ordenamiento.</p>
--	---

ARTÍCULO 941 TER. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA CDMX.	
TEXTO ACTUAL.	MODIFICACIÓN PROPUESTA.
<p>El ascendiente que no le sea otorgada la custodia podrá convivir tal y como lo fije el Juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.</p> <p>Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos.</p> <p>El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor.</p> <p>En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que ha habido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración psicoemocional que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.</p> <p>En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las</p>	<p>El ascendiente que no le sea otorgada la custodia física, podrá convivir tal y como lo fije el Juez, diversos días de la semana, fuera del horario escolar y sin desatender las labores escolares y debiendo auxiliarlo en dichas actividades.</p> <p>Asimismo, en forma equitativa, se podrá regular la convivencia en fines de semana alternados, periodos de vacaciones escolares y días festivos; cuando estos ya acudan a centros educativos.</p> <p>El Juez de lo Familiar, antes de regular el derecho de convivencia de manera provisional a favor del padre que no detente la custodia física del menor, deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor.</p> <p>En especial valorará el hecho de que una de las partes manifieste que existido violencia familiar, pudiendo solicitar valoración psicoemocional que determine si existen síntomas en el menor, de haber vivido cualquier tipo de violencia familiar, ya sea psicológica, física o sexual, independientemente de que exista o no indagatoria al respecto, a fin de proteger la integridad física y psicológica de los hijos.</p>

convivencias se realicen en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.	En caso de duda, y para salvaguarda de los hijos menores de edad o incapaces, deberá ordenar que las convivencias se realicen en los Centros e Instituciones destinados para tal efecto, únicamente durante el procedimiento.
Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.	Las convivencias de manera provisional no se otorgarán por el Juez de lo Familiar cuando exista peligro para la integridad física, sexual y psicológica de los hijos menores de edad.

Como se refleja en esta modificación, se plantea la extinción al criterio en razón de la edad del menor, como lineamiento para la presunción a favor de la madre, como la más apta para detentar cualquiera de los tipos de guarda y custodia planteadas en esta investigación. Para que en realidad se determine con base al desarrollo cognitivo del menor, el cual podrá corroborarse en la plática en que este sea escuchado, y con base en todos los elementos de prueba.

4.2. NUEVOS ELEMENTOS DE VALORACIÓN PARA EL JUZGADOR, EN ESPECÍFICO DE LAS PRUEBAS PERICIALES ADMITIDAS EN MATERIA DE GUARDA Y CUSTODIA EN LA LEGISLACIÓN DE LA CDMX.

En el punto anterior se planteó como parte de la hipótesis de la presente investigación, la necesidad a la modificación de la legislación local, derogando parte del artículo 282 del Código Civil para la Ciudad de México, así como la modificación a los artículos 941 y 941 bis del Código de Procedimientos Civiles para esta misma entidad.

Para una efectiva aplicación por parte de jueces de lo familiar, respecto de los artículos ya modificados, planteados en el tema anterior, sin que estos incurran en alguna violación al proceso o a las garantías de algunas de las partes, se considera de igual forma, la necesidad de dictar por parte de estos, pruebas periciales de oficio, que les permitan conocer la verdad de los hechos de manera independiente

a lo dicho por las partes manifiestan en sus peticiones y con el principio del interés superior de menor.

Lo anterior con apoyo del Artículo 278 del Código Adjetivo que dice:

“Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquiera cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley, ni sean contrarias a la moral”.¹⁷⁸

En consecuencia si el juicio a considerar contrae derechos de guarda y custodia sobre un menor, en específico cuando no exista un acuerdo entre los padres para poner fin a la controversia, o en su defecto existe la imposibilidad de realizar convenio, el Juez de lo familiar, es decir el juez de primera instancia, deberá proveer de oficio además de la plática con el menor, sobre el desahogo de pruebas periciales en materia de psicología y trabajo social (que conlleva también el análisis económico y entorno del menor), respecto de las partes involucradas.

En primer lugar y como se señaló en el planteamiento a la modificación de los Artículos procesales, antes que las pruebas periciales, el juez de lo familiar deberá ordenar plática con el menor, a fin de que, de acuerdo a su desarrollo cognitivo, este emita su opinión respecto de la convivencia que lleva con cada uno de los padres, así como manifestar su deseo de con quien le gustaría vivir, dando cumplimiento al Artículo 133 Constitucional que establece la importancia de los tratados como parte integrante del sistema jurídico mexicano y en particular el interés Superior del menor en la Convención sobre los derechos del Niño.

¹⁷⁸ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

“Artículo 12

1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

En segundo lugar, pero no menos importante, estaría el dictamen psicológico por parte de alguna autoridad local como el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (TSJCDMX), el Área Biopsicosocial de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México (PGJCDMX) o El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia Ciudad de México (DIFCDMX), por medio de los peritos adscritos a estas unidades; los cuales se deberán realizar al menor de edad y padres sin excepción alguna.

Respecto a la emisión del dictamen en psicología por parte de los peritos, se plantea sean de manera reservada para el juzgado, es decir que las partes desconozcan al perito que les realizara la prueba psicológica, ya que de acuerdo al artículo 346 último párrafo del Código Adjetivo de la Materia¹⁷⁹ se determina que estas pruebas serán realizadas por los peritos que la unidad designada tenga bien señalar:

“Artículo 346.-...

Tratándose de asuntos en materia familiar en los que se requiera el desahogo de una pericial, no le surtirán las reglas del presente capítulo, con excepción de lo dispuesto por el artículo 353 de este código, debiendo el Juez señalar

¹⁷⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

perito único de las listas de Auxiliares de la Administración de Justicia o de institución pública o privada”

Sin embargo, dicho nombramiento es informando a las partes por el Juzgado Natural dictando acuerdo al respecto; ello podría representar una posible búsqueda del perito por alguna las partes para influir a su favor al momento de realizar el dictamen.

Consecuentemente con dicho examen pericial se buscaría dar cumplimiento a lo establecido por nuestra Carta Magna:

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

...

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.”¹⁸⁰

De manera convencional a lo establecido en el Artículo 3:

“...En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...”¹⁸¹, y:

“...Artículo 19.- Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra

¹⁸⁰ Constitución Política de la Ciudad de México.

¹⁸¹ Convención sobre los Derechos del Niño.

toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo...”¹⁸²

De aplicación general al Artículo 48 que establece:

“...Para una mejor defensa y protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes a nivel nacional, las instituciones que la Federación, el Distrito Federal, los estados y municipios establezcan, en el ámbito de sus respectivas competencias, contarán con el personal capacitado y serán instancias especializadas con funciones de autoridad para la efectiva procuración del respeto de tales derechos...”¹⁸³

En último lugar se tendría el examen en Trabajo Social, donde se analizarían a los ascendientes o familia con la que convivirá el menor, así como el entorno donde este se desarrollaría a fin de tener un panorama objetivo y establecer con mayores elementos, si el entorno del menor es benéfico para su libre desarrollo y no colocarlo en una situación de vulnerabilidad.

Es así como el juzgador conocería si el entorno del menor está en posibilidades de proporcionarle una convivencia armónica con sus ascendientes y núcleo familiar o si este repercutirá sin duda alguna a su desarrollo equilibrado y sano, cumpliendo con lo establecido de igual forma al Artículo 133 Constitucional y Artículo 27 de la Convención sobre los derechos del Niño:

“Artículo 27

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

¹⁸² Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁸³ Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes.

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

Por lo tanto con esto se daría cumplimiento a lo determinado por nuestra Carta Magna, la Convención sobre los Derechos del Niño, y lo establecido por los artículos procesales señalados en párrafos anteriores, sin vulnerar las garantías individuales de las partes y del menor.

Al mismo tiempo, con un desahogo a tiempo de las pruebas pertinentes, se haría efectivo el ejercicio al principio supremo del interés superior del menor, y a una prevención a la posible alienación del menor por parte de uno de los padres y en perjuicio del otro.

4.3. EL CUMPLIMIENTO DE LA CONVENCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES AL MOMENTO DE DICTAR SENTENCIA POR PARTE DE LOS JUZGADORES.

El estudio del control de convencionalidad como un tema de interés teórico práctico en América Latina, se ha dado en torno al análisis de la relación cada vez más profunda entre el Derecho Internacional, los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional.

A partir de dicha relación, deberá utilizarse en la práctica, una internacionalización del Derecho Constitucional y al mismo tiempo a la constitucionalización del Derecho Internacional, consolidando un ámbito autónomo del conocimiento jurídico.

Señalado lo anterior los jueces se encuentran ante la aplicación de la norma interna con base en las normas nacionales e internacionales, aplicando sin perjuicio de las personas sus procedimientos internos. A la luz de este criterio el Estado está

obligado por conducto de sus juzgadores a respetar y garantizar todos los Derechos Humanos a todas las personas sujetas a su jurisdicción sin discriminación alguna.

Esto implica la obligación en el caso específico de esta investigación, por parte del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México de adoptar todas las medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promueven los Derechos Humanos y los Tratados Internacionales. Dicha adopción también implica la prevención de violaciones graves a los Derechos Humanos por parte del juez de primera instancia o juez natural, como administración procesal, evitando la resolución por segundas instancias.

De aquí el deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos en materia de Guarda y Custodia, por medio de la aplicación eficaz de la suplencia de la deficiencia a las partes, como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad impuesta por órganos superiores. Con esto una vez identificada, la posible violación futura a derechos fundamentales, así como a una investigación seria por medio de pruebas periciales desahogadas en tiempo, se podrá realizar una aplicación imparcial y efectiva por parte de los Jueces Familiares.

Por lo tanto la aplicación de la convencionalidad como interpretación de derechos y libertades acorde a los Tratados Internacionales, significa que los tribunales locales están obligados a:

- 1) Observar, garantizar y respetar el contenido de los tratados interamericanos de los que el Estado Mexicano sea parte, una vez que ya forman parte del sistema jurídico interno.
- 2) Aplicar el derecho de origen internacional en materia de derechos humanos como derecho interno, es decir como parte del Derecho local de la CDMX.

3) No ir en contra del contenido, objeto y fin de los tratados internacionales, y por tanto, velar porque los efectos de las disposiciones de éstos no se vean mermadas por la aplicación de actos y leyes contrarias a su objeto y fin.

4) Hacer efectivos los derechos y libertades contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, por medio del análisis de la compatibilidad entre las normas internas y los instrumentos interamericanos, haciendo prevalecer el que mejor proteja o menos restrinja los derechos reconocidos en el sistema jurídico interno conformado por ambos sistemas normativos, en el ámbito de sus competencias.

Existe un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador¹⁸⁴ el cual en primeras instancias es prácticamente inutilizable, dentro del cual se establecen protecciones a la familia y a los menores de edad, de manera independiente a las convenciones ya señaladas, por ejemplo:

“Artículo 15. Derecho a la constitución y protección de la familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.
2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.
3. Los Estados Parte mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:
 - a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;
 - b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

¹⁸⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1° de Septiembre de 1998.

- c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;
- d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.”

“Artículo 16. Derecho de la niñez.

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.”

Si bien es cierto que en este último artículo, se establece que el menor de corta edad no deberá ser separado de la madre, también es cierto que no señala una edad en específico, motivo que da mayores elementos al juzgador para hacer uso de la convencionalidad en materia de guarda y custodia.

Por lo tanto las autoridades judiciales deberían aplicar un protocolo de actuación, que analice en conjunto con la petición de las partes y pruebas desahogadas, lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño ya señalados en el desarrollo de la presente investigación, a la Declaración de los Derechos del Niño y a la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños del Distrito Federal (hoy CDMX).

Es necesario que se haga una aplicación de la conceptualización e interpretación directa de normas constitucionales, incluyendo ahora Derechos Humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados por México, para efectos de la

determinación de la Guarda y Custodia; elementos que deben ser utilizados desde la primera instancia, y no hasta el momento en que las partes deciden poner en acción una segunda instancia cuando el derecho no los asiste.

De igual forma se considera que por medio de estos mecanismos, los juzgadores apliquen la suplencia de la deficiencia en cuestiones que atañen a derechos humanos y garantías individuales de los menores, con la finalidad de que no exista duda razonable a las partes, de que se están respetando sus derechos procesales y de audiencia, colocando en igualdad de circunstancias el interés superior del menor.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Hoy en día tanto a nivel global como en la sociedad mexicana, la conformación de la familia se ha transformado, ya sea por fenómenos políticos, geográficos, históricos, biológicos, económicos, etc. Los que nos lleva a la necesidad de un reconocimiento de las variantes que se presentan en las familias actuales. Su conformación y los roles que en esta se desempeñan, han dejado de ser los que anteriormente se conocían.

El Derecho Internacional a través de sus Convenciones y Tratados Internacionales, de los que forma parte el Estado Mexicano, han servido de apoyo para la creación de normas de aplicación General en México en materia de Guarda y custodia, reconociendo a los menores de edad como un grupo vulnerable, así como un mayor auge a la igualdad ante la ley y el reconocimiento de las capacidades entre hombre y mujer, sin embargo la aplicación de estos instrumentos continua siendo y el reconocimiento de estos derechos continua siendo insuficiente.

SEGUNDA.- La legislación local no puede seguir tomando como uno de los lineamientos para determinar la Guarda y Custodia de un menor, la edad de este, ya que como se desarrollo en esta investigación el desarrollo cognitivo de un menor varia en razón del contexto social donde se desenvuelve, de su entorno familiar e incluso de su alimentación. Por esa razón la única manera de determinar si un menor de edad es capaz de discernir y decidir sobre su guarda y custodia, o sobre la convivencia con sus padres, es a través de la platica que se le practique, así como a las pruebas psicológicas y de trabajo social que ordenen a todas las parte.

TERCERA.- La autoridad jurisdiccional debe tener una visión de derechos a favor de los menores, donde se debe aplicar:

A. Una Diferenciación.- donde el menor de edad es diferente al adulto, por lo tanto la autoridad debe suministrar un trato diferente al menor de edad, sin dejar de excluirlo en leyes que en ocasiones parecieran estar dictadas para los adultos (trato especializado y diferenciado para la infancia).

B. La obligación Tutelar.- Dejar de determinar los derechos de un menor con base en el parecer de lo que es correcto para el juez. Por lo tanto la obligación del estado comienza con el reconocimiento de las características particulares del menor.

CUARTA.- La aplicación de los 4 principios rectores de la Convención de los derechos del niño al momento de dirimir cuestiones de guarda y custodia:

- I. La no discriminación.
- II. La participación.
- III. La supervivencia y el desarrollo.
- IV. El interés superior del menor.

Por lo tanto una sentencia debe respetar el deseo del menor, escuchar su preocupación, no tratarlo de manera desigual con los adultos. Deberá de igual forma evaluar los contextos de su entorno, tomando en cuenta el marco normativo.

QUINTA.- Para una verdadera constitución de un Estado Garantista, los derechos humanos deberán ser el punto de partida en las leyes locales, como lo es ya en la Constitución Política. Las leyes locales tienen la obligación de cubrir y garantizar derechos sociales, así como la creación o modificación de los ordenamientos, tendientes a proteger, prevenir, corregir y reparar violaciones a derechos fundamentales.

Es decir que el ciudadano pueda hacer efectivos sus derechos, sin importar el orden jurídico ante el que los haga valer, que la población sea plena conocedora de sus derechos y que estos formen parte de la cultura social.

SEXTA.- Para que la legislación local este acorde a los Derechos Humanos, los Tratados Internacionales, así como a las determinaciones de la Suprema Corte, deberá plasmarlo en su reglamentación sustantiva y adjetiva. Deberá implementar políticas públicas que permitan hacer efectiva la norma y a su vez crear la infraestructura necesaria, la creación de instituciones y de los espacios necesarios para el desarrollo integral de la familia.

SÉPTIMA.- Los juzgadores no deben hacer distinción alguna en razón de nacionalidad, género, orientación sexual, raza, religión, situación migratoria, situación económica, etc., para dirimir las controversias en materia de Guarda y Custodia, esto de acuerdo a lo establecido en los principales Instrumentos Internacionales, Convenciones Internacionales firmados y ratificados por el Estado Mexicano y Derechos Humanos.

OCTAVA.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación como la máxima autoridad judicial en México, ha emitido criterios atendiendo a los principios consagrados en los instrumentos internacionales, determinando que la guarda y custodia va más allá de la valoración de la edad de un menor de edad, y de la preferencia a la madre. por el contrario en todas las contiendas en que se encuentren involucrados derechos de menores, los juzgadores deberán analizar todos los elementos que formen parte del Interés Superior del Menor, al igual que el uso de la suplencia de la queja que permita cumplir efectivamente con el principio fundamental del interés superior del menor.

NOVENA.- El Interés Superior del menor tiene un grado supremo, al encontrarse consagrado en nuestra Constitución Política, Convenciones Internacionales, Tratados Internacionales, Jurisprudencia y Leyes Generales, motivo por el cual los juzgadores deben tomar todas las medidas necesarias para proteger primordialmente el libre y completo desarrollo del menor y el cumplimiento de estas por parte de los padres en atención al interés superior de sus hijos.

DÉCIMA.- Nuestra legislación actual en la Ciudad de México transgrede los principios constitucionales de igual y no discriminación, de ahí la necesidad de Constitucionalizar el marco normativo en la materia civil, con específico en todo lo relativo a la Guarda y custodia de los menores.

Sumado a lo anterior, en nuestra legislación lo local, no existe una clasificación concreta de los tipos de Guarda y custodia aplicables en la Ciudad de México, únicamente se menciona de manera general la facultad o derecho de los padres a poder ejercer la custodia de sus hijos de manera compartida, o en su defecto a la presunción a favor de la madre para detentarla, ante la creencia de ser la más apta para el cuidado de los hijos, es decir la custodia única.

Lo que da sustento al planteamiento en esta investigación sobre la necesidad de un establecimiento o descripción específica, sobre los tipos de guarda y custodia, así como los alcances jurídicos de cada una de ellas.

DÉCIMA PRIMERA.- Los tipos de custodia mencionados de manera general por la legislación local, es decir la GUARDA Y CUSTODIA ÚNICA y la GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA solo son contemplados en juicios relativos al divorcio, dejando de lado los diferentes tipos de uniones ajenas al matrimonio que se pueden presentar con los padres como lo son el concubinato, la procreación de un hijo sin relación de hecho y la unión entre personas del mismo sexo que reconozcan a un menor de edad.

Por lo tanto como consecuencia de todo lo analizado a lo largo de esta investigación, se llega a la conclusión, de la necesidad a la modificación actual en la Ciudad de México, así como la implementación del Derecho Internacional en apoyo de las normas locales, por medio de una reforma tanto en el Código Civil de la Ciudad de México como de Procedimientos Civiles dirigido a la GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES.

DÉCIMA SEGUNDA.- La presente investigación fue consecuencia de lo visto en la práctica, donde los Tratados Internacionales firmado y ratificado por el estado mexicano, no son estudiados o implementados desde el inicio de los juicios, por nuestros juzgadores locales para las determinaciones de GUARDA Y CUSTODIA, en atención al interés superior de los menores, que debe ser todo aquello que beneficie al menor, o sea que debe ser aplicada la norma que más lo proteja, todo por encima de cualquier derecho incluso el de los padres.

DÉCIMA TERCERA.- Debe entenderse a los menores como grupo primordialmente vulnerable y por lo tanto las acciones y obligaciones encaminadas a custodiar y brindar protección a un menor de edad deben recaer en la persona más idónea para hacerlo independientemente de que se la madre o el padre, ya en que estos tiempos, los argumentos de género para otorgar la guarda y custodia automáticamente a la madre quedan superados por la realidad, independientemente de la edad o el sexo de los menores sobre los que se ejerce la GUARA Y CUSTODIA. Ningún elemento de género es suficiente para presumir que la madre o el padre puedan ser mejor uno sobre del otro tanto para criar como para solventar económicamente las necesidades de los hijos.

DÉCIMA CUARTA.- Por lo tanto se considera que el propósito de esta investigación es determinar la necesidad de Constitucionalizar del Artículo 282 apartado B fracción segunda párrafo tercero del Código Civil local, y demás relativos a la Guarda y Custodia del menor.

Esta debe determinarse por parte de los juzgadores con base en el principio fundamental de la Supremacía de la ley, analizando los Instrumentos Internacionales que el Estado Mexicano ha firmado y ratificado, los Derechos Humanos y Leyes Generales y a su vez, debe estar plasmada en los distintos ordenamientos aplicables a este procedimiento.

Teniendo como objeto lograr el bienestar emocional, la integridad y sano desarrollo físico, el acceso a una buena alimentación, la integridad y sano desarrollo psicoemocional y sexual, de los niños, niñas y adolescentes para que un futuro sean ciudadanos sanos y no en razón del género de los padres.

DÉCIMA QUINTA.- Es por lo anterior, que debe ser analizada por parte de los juzgados familiares la capacidad de un menor no solo desde el criterio de la edad, sino que deben ser analizadas diferentes variables del menor como lo son el ambiente donde se desarrolla, la educación, la convivencia con los padres e incluso la alimentación que influye en el crecimiento orgánico, la falta de alguno de estos factores afecta de manera directa al desarrollo humano y a la psique del menor, generando un desarrollo biopsicosocial incompleto, que no le permita comprender ampliamente las situaciones a su alrededor y entorno que le otorgue los elementos para externar sus deseos y opiniones ante las situaciones que los afectan directamente, en caso concreto en las cuestiones donde se encuentre en proceso su guarda y custodia. Razón por la cual la presente investigación propone que el juzgador dicte de oficios las pruebas que este considere necesarias para llegar a la verdad de los hechos, y cuando las considere necesarias para velar por el interés superior del menor.

DÉCIMA SEXTA.- Es necesario ante la creciente demanda de las controversias del orden familiar ante los tribunales de la CDMX, la imposición como requisito para admisión, la propuesta de convenio que regule los derechos y obligaciones de los menores de edad, convenios que abren la posibilidad a que las partes tomen en cuenta desde el inicio del procedimiento, la posibilidad de convenir y dar por concluido de manera breve un litigio que podría demorar meses, incluso años.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRÁFICAS:

1. ACOSTA LAGUNES, Iván, Diccionario Jurídico Mexicano, Vocablo: guarda de los hijos, Porrúa, México, 1988.
2. ARELLANO GARCIA, Carlos. El juicio de amparo, Ed. Porrúa, México, 1982.
3. BAQUEIRO ROJAS, Edgar, et. al., Derecho de familia, edición revisada y actualizada, Oxford, México, 2008.
4. BAQUEIRO ROJAS, Edgard, et. al., Derecho de Familia y sucesiones, "Colección de textos jurídicos universitarios", segunda edición, Editorial Oxford, México, 2001.
5. BOHANNAN, P, Para raros nosotros. Introducción a la antropología cultural, Ariel S.A. Madrid, 1996.
6. BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El juicio de amparo, Ed. Porrúa, México, 1992.
7. CASTRO JUVENTINIO, V., La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo, Ed. Jus, México, 1953.
8. D'ORS, Álvaro. Derecho Privado Romano, novena edición, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1997.
9. DE PINA, Rafael, Elementos de derecho civil mexicano. Introducción-Personas-Familia, décimo quinta edición, Porrúa, México, 1986.
10. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso. Parte General. Personas. Familia, vigésima sexta edición, editorial Porrúa, México, 2009.
11. GARCIA PRESAS, Inmaculada, Guarda y Custodia de los hijos. Editorial Juruá, Lisboa, Portugal, 2015.
12. GUSTAVIKNO, E. Derecho de Familia Patrimonial, "Bien de familia", Tomo I. segunda Edición. Argentina, 1987.
13. HANSEN, R, La política del desarrollo mexicano, Siglo XXI, México, 1974.
14. JOSEPH, Anna et al., Beyond the best interest of the child, The Free Press, New York, 1973.

15. KÖNIG, Rene, La familia es nuestro tiempo, trad. De José Almaraz, Siglo XXI, Madrid, 1981.
16. LINACERO DE LA FUENTE, María, Tratado de Derecho de Familia, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2016.
17. LINTON, Ralph, et. al., Introducción a la historia natural de la familia Fromm la familia, quinta edición, Barcelona, Península, 1978.
18. MAGALLÓN IBARRA, Jorge, Instituciones de derecho civil, T III, Derecho de familia, Porrúa, México.
19. MCEACHERN, William. Economía: Una introducción Contemporánea, sexta edición, Thomson, México, 2003.
20. MONTERO DUHALT, Sara, et. al., Divorcio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa/UNAM, México, 2007.
21. PLANIOL, Marcel et al, Tratado Elemental de Derecho Civil, tercera edición, Harla, México, 1997.
22. RENDÓN, T, El mercado laboral y la división intrafamiliar del trabajo, UNAM, Imágenes de la familia en el cambio de siglo, UNAM, México, 2011.
23. RICASÉNS SICHES, Luis, Sociología, décimo octava edición, Porrúa, México, 1980.
24. RICO ÁLVAREZ, Fausto, et al., Derecho de familia, Editorial Porrúa, México, 2011.
25. ROUSSEAU, Juan Jacobo, El Contrato Social, sexta edición, Porrúa, México, 1979.
26. SAYEG HELÚ, Jorge, El constitucionalismo mexicano, Ed. FCE, México, 1991.
27. SULLIVAN, Ausubel. El desarrollo infantil. Paidós, Barcelona, 1983.
28. TUIRÁN, R, et al., (1997). Vida familiar y democratización de los espacios privados, El Colegio de México, México, 2002.
29. TUIRÁN, R, Vida familiar y democratización de los espacios privados. México. El Colegio de México, México, 1997.
30. ZANON MASDEU, Luis, Guarda y custodia de los hijos, Barcelona, Ed Bosch, 1996.

HEMEROGRÁFICAS.

31. ATKINSON, Jeff, Modern Child Custody Practice, Kluwer Law Book Publishers, Inc., vol. 1, Nueva York, 1990.
32. CORRARRI, Hernán, "Derecho de Familia, cit. Por CARRASCO BARRAZA, Alejandra. A la sombra de la torre de Babel. A propósito de recientes reflexiones jurídicas sobre la familia". Revista Chilena de Derecho, mayo-agosto, vol.21, No.2 Santiago de Chile, 1994.
33. GABRIELLI G, et al. "Italy's Non-Negligible Cohabitation Unions: La Cohabitation Hors Mariage en Italie: Un Phénomène Non Négligeable", European Journal of Population, 26, no. 1.
34. GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, "Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación, México", IJ/UNAM, 2008, serie Doctrina Jurídica, núm. 425.
35. MAGALLON IBARRA, Mario, et al., "El divorcio incausado y la medicina familiar, una fórmula de éxito que augura bienestar para los hijos", El tribunal superior de justicia de Distrito Federal, México, año II, no. 2, abril 2009.
36. MANSILLA A. María Eugenia, "Etapas de desarrollo humano", Revista de Investigación en Psicología, Vol. 3, No. 2, diciembre 2000.
37. PEREZ LO PRESTI, Alirio, et al., "El educador y la familia disfuncional", Septiembre-diciembre, año 15 N°22, Revista Educere, Ediciones Universidad de los Andes, Venezuela, Facultad de Humanidades y Educación Mérida, 2011.
38. T. C. Martin, "Consensual Unions in Latin America: Persistence of a Dual Nuptiality System," Journal of Comparative Family Systems, 33, no. 1 (2002).
39. Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, Ed. Espasa-Calpe, vigésima primera edición, 1994.
40. Real Academia Española, Diccionario de La Lengua Española, vigésimo segunda edición, Madrid, Espasa Calpe, 2001.
- 41.
42. VIELMA VIELMA, Elma, "Aportes de las teorías de Vygotsky, Piaget, Bandura y Bruner". Revista Educere, Vol. 3, No. 9, junio 2000.

LEGISLATIVAS.

43. Código Canónico de 1983.

44. Código Civil para la Ciudad de México. (Último D.O.F. 09 de enero de 2020)
45. Código de Derecho Canónico de 1917.
46. Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México. (Último D.O.F. 2 de junio de 2015)
47. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/ GC/141, 29 DE MAYO DE 2013.
48. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
49. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José).
50. Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias.
51. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.
52. Convención Internacional de los derechos del Niño y la Niña.
53. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.
54. Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
55. Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.
56. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
57. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
58. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"

JURISPRUDENCIALES.

59. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/ GC/141, 29 DE MAYO DE 2013.
60. Contradicción de tesis 239/2009. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Quinto, ambos en materia civil del tercer circuito. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 181. Reg. IUS.22, 018.

61. Seminario Judicial de la Federación, Séptima Época, vols. 205-216, Cuarta Parte, Pág.144, Reg. IUS. 240,006. PATRIA POTESTAD. RESOLUCION SIMULTÁNEA SOBRE SU PÉRDIDA Y SOBRE LA POSESION DE LOS MENORES, POR SER UNA CUESTION ACCESORIA ESTRECHAMENTE VINCULADA CON LA CONTROVERSA PRINCIPAL.
62. Seminario Judicial de la federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena época, 162604, Tomo XXXIII, Marzo 2011, página 2133, Jurisprudencia Civil. DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO.
63. Tesis 1ª. CLXXII/2005, Seminario Judicial de la Federación y Gaceta, Novena Época, t. XXIII, enero de 2006, p. 724. Reg. IUS. 176,311.
64. Tesis 1ª./J.23/2014, Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Décima Época, Pag.450, 2006226, Jurisprudencia (Constitucional, Civil, Civil). GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN.
65. Tesis 1ª./J.52/2014, Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Décima Época, Pág. 215, 2006790, Jurisprudencia (Constitucional, Civil, Civil). GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL.
66. Tesis 1ª|./J.102/2012, Primera Sala, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVI, Enero de 2013, Tomo I, Décima Época, Pág. 617, 2002572, Jurisprudencia (Constitucional, Civil, Común). MENORES DE EDAD. CUENTAN CON INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE RESOLUCIONES DICTADAS RESPECTO DE SU GUARDA Y CUSTODIA (ESTUDIO CORRESPONDIENTE ANTERIOR A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES AL JUICIO DE AMPARO DE 6 DE JUNIO DE 2011).
67. Tesis I.11º.C.203 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIX, marzo de 2009, p. 2844. Reg. IUS. 167,644. RÉGIMEN DE CONVIVENCIAS. LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL INFANTE, AL EJERCER SU DERECHO DE SER ESCUCHADO, MANIFIESTE INCONFORMIDAD A LA MODIFICACIÓN DE ÉSTAS, ELLO NO PUEDE SER DETERMINANTE PARA RESOLVER SU PROCEDENCIA, PUES DEBE ATENDERSE AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ASÍ COMO A LOS HECHOS POR LOS CUALES SE SOLICITA DICHA VARIACIÓN.

68. Tesis II.2o.C.J/17, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Mayo de 2004, Novena Época, Pág. 1548, 181529, Jurisprudencia (Civil). GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

69. Tesis VI.2º.C.J/22, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 42, Mayo de 2017, Tomo III, Décima Época, Pág. 1632, 2014095, Jurisprudencia Civil. GUARDA Y CUSTODIA. EL JUICIO EN QUE SE RECLAMA ESTE DERECHO Y EL PROCEDIMIENTO RELATIVO A LA VISITA, CONVIVENCIA Y CORRESPONDENCIA, QUE SE PROMUEVAN EN RELACIÓN A UN MISMO MENOR, DEBEN CONOCERSE, TRAMITARSE Y RESOLVERSE EN UNA MISMA CAUSA Y POR LA MISMA AUTORIDAD.

70. Tesis VII.2o.C.J/15, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVII, Agosto de 2003, Novena Época, Pág. 1582, 183500, Jurisprudencia (Civil). MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ).

71. Tesis: 1ª XCV/2012 (10ª), Seminarios Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Primera Sala, Libro VIII, mayo de 2012, Tomo 1, p. 1112, tesis aislada (constitucional). PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES. EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD NO DEBE ESTAR BASADO EN EL PREJUICIO DE GÉNERO.

72. Tesis: 1ª. LXV/2019 (10ª.), Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, 2020442, 1 de 4, Primer Sala, Publicación 23 de agosto de 2019 10:30 h, Ubicada en publicación semanal, TESIS AISLADA (Tesis Asilada Constitucional). COMATERNIDAD. ES UNA FIGURA REFERIDA A LA DOBLE FILIACION MATERIA EN UNIONES FAMILIARES HOMOPARENTALES.

73. Tesis: 1ª./J.25/2012, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 159897, Primera Sala, Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, Pág. 334, Jurisprudencia (Constitucional, Civil). INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.

74. Tesis: 1ª./J.30/2017, Primera Sala, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Libro 41, Abril de 2017, Tomo I, Décima Época, Pág.789, 2014099, Jurisprudencia (Constitucional). DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. SU ALCANCE CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

75. Tesis: 1ª.LXVII/2019 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2020482, 2 de 4, Primera Sala, Publicación: viernes 23 de agosto de 2019 10:30 h, Ubicada en publicación semanal, TESIS AISLADA (Tesis Aislada Constitucional).

76. Tesis: I.5o.C.142 C, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, Novena Época, Pág. 2295, 162620, Tesis Aislada (Civil). CONTROVERSIA SOBRE GUARDA, CUSTODIA, VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y CONVIVENCIAS DE MENORES. LOS MIEMBROS DEL NÚCLEO FAMILIAR DEBEN ACATAR LAS ÓRDENES DEL JUZGADOR EN BENEFICIO DEL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS.

77. Tesis: I.5o.C.J/14, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 162563, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXIII, Marzo de 2011, Pág. 2187, Jurisprudencia (Civil). INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO.

78. Tesis: P./J.7/2016 (10ª), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décimo Época, 2012592, Pleno, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, Pág. 10, Jurisprudencia (Constitucional). INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES.

79. Tesis: I.3o.C.931 C, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 162494, 41 de 78, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXIII, Marzo 2011, Pág., Tesis Aislada (Civil).

80. Tesis VII.2o.C.127 C (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décimo Época, 2014620, 9 de 78, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 43, Junio de 2017, Tomo IV.

81. Tesis: I.3o.C.75 C, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3, Décima Época, Pág. 2005, 2003049, Tesis Aislada (Civil).

82. Tesis: III.5o.C.67 C, Tribunales Colegiados de Circuito, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIX, Mayo de 2004, Novena Época, Pág. 1763, 181579, Tesis Aislada (Civil).

83. Tesis: 1ª./J.28/2004, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 181312, 8 de 13, Primera Sala, Tomo XIX, Junio 2004, Pág.138, Jurisprudencia (Civil).

84. Tesis: I.6o.C.J/18, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 193425, 52 de 62, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo X, Agosto de 1999, Pag.687, Jurisprudencia Civil.

85. Tesis: 1ª.XXXI/2014, Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, 2005454, 2 de 13, Primera Sala, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Pág. 656, Tesis Aislada (Constitucional Civil).

86. Tesis: 1ª.XXX/2014 (10a.), Gaceta del Seminario Judicial de la Federación, Décima Época, 2005455, 3 de 13, Primer Sala, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, Pag.658, Tesis Aislada (Constitucional Civil).

FUENTES ELECTRÓNICAS.

87. Mayyasi, "At What Age Do People Get Married Around the World?," Priceconomics (2015), ubicado en:

<https://priceconomics.com/at-what-age-do-people-get-married-around-the-world/>.

88. CAVALLA URBINA, M. (1998). La mujer mexicana disfruta de los derechos políticos por mandato constitucional y cuenta ya con valiosos instrumentos para la lucha en cuanto a su superación en todos los órdenes, Disponible en:

http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lri/rojas_g_i/capitulo2.pdf.

89. CONAPO (Consejo Nacional de Población). (2012). 4 de marzo, Día de la familia. Disponible en: http://www.conapo.gob.mx/CONAPO/Marzo_Un_Dato.

90. Mapa mundial de la familia 2017, Panorama de la cohabitación: la cohabitación y la inestabilidad familiar en el mundo, disponible en:

<https://ifstudies.org/ifs-admin/resources/reports/wfm-2017-spanish.pdf>,

91. PACHECO, et al., Tiempos históricos, contextos sociopolíticos y la vinculación familiar trabajo en México 1950-2010. Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7.pdf>.

92. PEREZ CONTRERAS, María de Monserrat, Derechos de las personas Divorciadas, Centenario de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2015 [en línea], p.31-41, Disponible en:

https://inehrm.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/1294/personas_divorciadas_PDF_electrinico.pdf.

93. RIVERO DE ARHANCET, citado por Alejandro Cárdenas Camacho, Ponencia presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Alcances de la patria potestad y custodia, en línea, disponible en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/14.pdf>, consultado el 1 de abril de 2019.

94. Dirección de Estadística de la Presidencia del TSJCDMX, con información de juzgados en la materia y Centro de Justicia Alternativa.

95. Dirección de Estadística de la Presidencia del TSJCDMX, con información de juzgados en la materia y unidades de gestión judicial.

96.

97. INEGI (2013). Estadísticas a propósito del 14 de febrero, Matrimonio y divorcio en México.

OTRAS.

98. Diccionario de la Real Lengua Española.

99. RAMÍREZ SERRANO, L. A. (2007) Tesis: El funcionamiento familiar con hijo drogodependientes: un análisis etnográfico. España: Universidad de Valencia y el Departamento de Psicología social.