



DIRECCIÓN GRAL. DEL
CEDIA



CENTRO DE ESTUDIOS
PARLAMENTARIOS CEP-UANL

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN, INFORMACIÓN Y ANÁLISIS CEDIA
SERVICIO DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS SIA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN UANL
CENTRO DE ESTUDIOS PARLAMENTARIOS CEP

CONGRESO VIRTUAL INTERINSTITUCIONAL
LOS GRANDES PROBLEMAS NACIONALES

Ponencia presentada por:

Lic. Ma. Leonor Benítez Hernández

Tema: **Régimen Jurídico**

Título:
“Guarda y Custodia de Menores”

Septiembre 2008

El contenido es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés.

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Lic. Ma. Leonor Benítez Hernández

RESUMEN

En la presente ponencia, propongo la reforma a los Códigos tanto Civil como de Procedimientos Civiles para la creación de un capítulo dentro de los títulos inherentes a la familia, especificado y dirigido a la GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. La presente inquietud nace debido a que en ningún tratado de derecho del Estado Mexicano es estudiado como principal. Aquí debe armonizar sociedad y gobierno partiendo de principios y valores tomando en consideración, que el interés superior del niño debe **ser todo aquello que beneficie al menor, o sea, que debe ser aplicada la** norma que más lo proteja, todo esto por encima de cualquier otro derecho, de cualquier otro sujeto, inclusive el de los mismos padres, debe ser un recurso judicial, una declaración que irradie de los tres poderes de la federación, pues muchas decisiones se encuentran influidas y sostenidas para satisfacer las necesidades y deseos de los adultos, que compiten en sus demandas por los menores y entre ellos a costa de los mismos, siendo ampliamente utilizados, o bien para proteger las políticas gubernamentales protectoras de instituciones de asistencia o de otras instancias, dedicadas al cuidado y custodia de menores.

INTRODUCCION

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

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

Entre los temas que se pueden abordar como consecuencia de las transformaciones en las relaciones familiares, se encuentra la figura de la guarda y la custodia de menores por parte de sus progenitores en los casos de divorcio, así como los hijos habidos fuera del matrimonio y entre relaciones de unión libre.

Sin embargo, parece que la interpretación que se hace de este principio por las autoridades judiciales, en muchos casos en el mundo entero, no siempre se orienta a este fin, o bien su interpretación se encuentra plagada de roles, estereotipos y prácticas culturales que tienden a beneficiar o a que exista una preferencia para con uno de los padres, normalmente la madre.

MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

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

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

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

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

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

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

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

Esta nueva perspectiva parece estar sostenida en la realidad percibida a través del orden natural y percepción y práctica de los propios roles de género asignados a hombres y mujeres, lo que describiremos como distribución genérica de actividades y/o trabajo. En este sentido se ha llegado a sostener, como fenómeno universal, a lo largo de la evolución de las relaciones familiares y de la legislación en la materia, que la mujer esta hecha para cuidar del hogar y de los hijos: 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.

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

Es a partir de estos periodos que la legislación y los criterios de aplicación de la ley, relativos a la guarda y custodia de los hijos, comienzan a establecer que la custodia de éstos debe ser decidida sin tomar en cuenta el sexo de los progenitores, obviamente, con la carga de género que se les asigna, en el interés superior del niño; por supuesto, atendiendo a la CEDAW y a los instrumentos genéricos de derechos humanos que establecen los principios de igualdad, del hombre y la mujer, en y ante la ley, así como de no discriminación. Seguramente con gran influencia de la declaración y la Convención sobre Derechos del Niño, los cuales establecen los estándares internacionales que los Estados de la comunidad internacional deben observar,

en este caso respecto a los derechos y obligaciones familiares, para cumplir tanto en la práctica como legislativa y judicialmente con relación a los menores, y en particular, respecto al derecho de convivencia de los hijos con sus progenitores: En este tiempo de igualdad ambos padres deben ser considerados igualmente calificados para criar a sus hijos.

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

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

NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

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

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

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

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

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

Si bien el artículo 4o. de la Constitución General de la República, estatuye que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, lo cierto es que la norma constitucional reconoce un régimen propio en lo que se refiere a las cuestiones familiares, dado que al respecto puntualiza que la ley ordinaria protegerá la organización y el desarrollo de la familia; de lo cual se desprende claramente que en este aspecto en particular, debe atenderse fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y, dentro de este concepto, por consiguiente, a proteger el desarrollo de los menores.

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

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

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

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

MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LO CONDUCENTE, DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS.

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

para de esa forma contar con los elementos propicios a fin de estar en las condiciones básicas que permitan al juzgador primario y a la autoridad de alzada conocer de manera objetiva su entorno social, salud, sensibilidad motora y de pensar, costumbres y educación, incluso, en su caso, la conservación de su patrimonio, para resolver lo más benéfico sobre la guarda y custodia de todo menor, lo que el Estado debe realizar para que la sociedad no resulte afectada en casos como el indicado, máxime si lo anterior es de orden público.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

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

CONCLUSIONES

Queda claro que la acción y efecto de custodiar y brindar protección, amor y cuidado a los menores que son los más vulnerables a los cambios, debe recaer en las personas más idóneas para ofrecerlo, independientemente de que sea el padre o la madre, ya que en estos tiempos en los que ambos padres deben salir a trabajar fuera de casa para poder mantener el hogar y las necesidades de su familia, los argumentos de género mencionados para otorgar la custodia automáticamente a la madre quedan superados por la realidad, independientemente de la edad o del sexo de los menores sobre los que se debe ejercer la guarda y la custodia. Ninguno de estos elementos es suficiente para determinar que la madre o el padre pueden ser mejor uno que el otro tanto para criar, como para conocer y solventar mejor las necesidades de los hijos. Así las cosas, es por lo que propongo la reforma a los Códigos tanto Civil como de Procedimientos Civiles para la creación de un capítulo dentro de los títulos inherentes a la familia, especificado y dirigido a la GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES, teniendo por objetivo lograr el bienestar emocional, la integridad y el sano desarrollo físico, psicoemocional, sexual y social de los niños y adolescentes para que en un futuro sean ciudadanos sanos; permitiendo así que los conflictos difíciles sobre derechos familiares lo resuelva la Suprema Corte de Justicia de la Nación como máximo de los derechos fundamentales conforme al principio de Estado Social.

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

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

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

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin>