

UNIVERSIDAD JUÁREZ AUTÓNOMA DE TABASCO
"ESTUDIO EN LA DUDA. ACCIÓN EN LA FE"



**DIVISIÓN ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES Y
HUMANIDADES**

TESIS

**LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA COMO FIGURA GARANTE
EN LA PONDERACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL INFANTE EN
TABASCO.**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO
EN ESTUDIOS JURÍDICOS**

PRESENTA

Yazmin Aimee Blasquez Hernández

DIRECTOR DE TESIS

DR. ROLANDO CASTILLO SANTIAGO

CODIRECTOR DE TESIS

DRA. YAZMIN ISOLDA ÁLVAREZ GARCÍA

TUTOR DE TESIS

DRA. YESENIA GUADALUPE CRESPO GÓMEZ

VILLAHERMOSA, TABASCO, FEBRERO DE 2023

CARTA DE AUTORIZACIÓN

El que suscribe, autorizo por medio del presente escrito a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT) para que utilice, tanto físico como digital, la tesis de grado denominada: "**la guarda y custodia compartida como figura garante en la ponderación del interés superior del infante en tabasco**", del cual soy autor y titular de los derechos de autor.

La finalidad del uso por parte de la UJAT de la tesis referida será únicamente para difusión, educación y sin fines de lucro; autorización que se hace de manera enunciativa más no limitativa para subirla a la Red Abierta de Bibliotecas Digitales (RABID) y a cualquier otra red académica con las que la Universidad tenga relación institucional.

Por lo antes mencionado, libero a la UJAT de cualquier reclamación legal que pudiera ejercer respecto al uso y manipulación de la tesis mencionada y para los fines estipulados en este documento.

Se firma la presente autorización en la Ciudad de Villahermosa, Tabasco a los días 17 del mes de enero del 2023.

AUTORIZO



YAZMIN AIMEE BLASQUEZ HERNÁNDEZ

TESISTA

AGRADECIMIENTO

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT), a la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco y al Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC), la oportunidad de lograr mi formación en el Programa Académico de Maestría en Estudios Jurídicos, impartido en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.

Con mucho agradecimiento y aprecio a mi director de tesis el Dr. Rolando Castillo Santiago, a mi Codirectora la Dra. Yazmin Isolda Álvarez García, gracias por su dedicación, su tiempo y por compartir en todo momento sus conocimientos para complementar esta tesis y a mi tutora la Dra. Yesenia Guadalupe Crespo Gómez.

Le agradezco a Dios por permitirme tener salud durante los dos años de Maestría pese a que estábamos pasando por el auge de pandemia Covid-19, por brindarme la sabiduría necesaria y la paciencia para poder seguir con esta meta que me propuse y poder concluirla de una manera satisfactoria para mí.

DEDICATORIAS

Me dedico esta tesis a mí, por haberla concluido satisfactoriamente. Esperando que la información aportada logre ser de utilidad para la generación actual y futura.

A mi madre Virginia Yazmin Hernández Villarreal, por recordarme que yo puedo con todo lo que me proponga, por ser ese sustento que siempre necesito en mi camino, por ser la persona responsable de que yo me haya encontrado cursando este posgrado y me encuentre culminando esta etapa de mi vida, siempre impulsándome, dándome ánimos y brindándome su amor incondicional; te amo madre mía. Gracias.

A dios, porque ha estado presente en cada etapa, logro y tropiezo de mi vida y me ha brindado su mano para continuar en cada proceso de mi vida.

CONTENIDO

ABREVIATURAS Y SIGLAS	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO PRIMERO	15
DESARROLLO METODOLOGICO Y TEORÍA DE LA INVESTIGACIÓN	15
I. APARTADO METODOLÓGICO	15
1. <i>Pregunta inicial</i>	15
2. <i>Objetivos de la investigación</i>	15
2. <i>Justificación</i>	16
3. <i>Hipótesis</i>	18
II. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL	18
1. <i>Marco Teórico</i>	18
2. <i>Marco Conceptual</i>	22
III. SELECCIÓN DE MÉTODOS	29
CAPITULO SEGUNDO	31
CONCEPTO E HISTORIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN MEXICO	31
I. ASPECTOS GENERALES Y CONCEPTOS RELACIONADOS: PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA	31
1. <i>La patria potestad: ¿Cuál es su origen?</i>	31
1. <i>Marco normativo de la patria potestad</i>	35
2. <i>¿Para que fue creada la figura de la patria potestad?: Objetivo</i>	40
3. <i>Características distintivas que diferencian a la patria potestad</i>	41
4. <i>Sujetos sobre los que se ejerce la patria potestad</i>	49
II. LA RESPONSABILIDAD DEL CUIDADO DE LOS INFANTES: PERSONAS QUE PUEDEN EJERCER LA PATRIA POTESTAD.	51
1. <i>Los padres</i>	51
2. <i>Abuelos</i>	53
3. <i>Adoptantes</i>	55
III. DERECHOS Y DEBERES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD	55
1. <i>Guarda y custodia</i>	56
2. <i>Visita y convivencia</i>	57
3. <i>Educación</i>	60
4. <i>Crianza</i>	61
5. <i>Corrección</i>	63
6. <i>Suministro de alimentos</i>	64
7. <i>Representación legal del infante</i>	66
8. <i>Administración de los bienes del infante</i>	68
IV. EL CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA EN LA DOCTRINA JURÍDICA	70
1. <i>¿Cuál es el significado de guarda y custodia?: Normativamente y por doctrinarios</i>	71
2. <i>Una aproximación a la guarda y custodia compartida</i>	74

3. <i>¿Cómo definimos la custodia compartida?</i>	75
4. <i>Antecedentes Legales de la Guarda y Custodia Compartida en el ordenamiento Jurídico Mexicano.</i>	77
5. <i>La guarda y custodia con relación a los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.</i>	80
6. <i>La reforma del 2004 al Código Civil del Distrito Federal, donde se implementa la posibilidad de atribución de la guarda y custodia compartida</i>	84
CAPITULO TERCERO	87
LA CUSTODIA COMPARTIDA UNA VISIÓN A TRAVES DEL DERECHO COMPARADO	87
I. ANTECEDENTES LEGALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA LEGISLACIÓN ESTATAL	87
1. <i>Período anterior a las reformas al Código Civil Español de 1981</i>	87
2. <i>Reforma de 1981 al Código Civil Español: Avances significativos en tema de Derecho de Familia</i>	93
3. <i>Introducción de la custodia compartida en el marco jurídico actual de España</i>	99
4. <i>Evolución jurisprudencial de la custodia compartida por los tribunales españoles</i>	102
5. <i>Criterios implementados por el Tribunal Supremo a considerar para la obtención de la custodia compartida</i>	107
6. <i>Circunstancias que excluyen a la custodia compartida</i>	107
II. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: LAS 5 COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE LEGISLARON EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA.....	108
1. <i>El Régimen de Convivencia Compartida como sistema de preferencia en el Derecho Autonómico</i>	110
2. <i>Del reconocimiento expreso de la preferencia: el caso de Aragón y la Comunidad Valenciana (actualmente declarada inconstitucional)</i>	111
3. <i>La guarda y custodia compartida como modelo preferible en el Código civil de Cataluña.</i> 116	
4. <i>De la falta de concreción en la ley navarra en cuanto a la preferencia por un sistema u otro</i>	119
5. <i>La custodia compartida como modalidad más adecuada en la Ley Vasca</i>	122
6. <i>Doctrina Jurisprudencial contra el automatismo en cuanto a la aplicación de la Guarda y Custodia Compartida como modalidad preferente.</i>	122
CAPITULO CUARTO	125
MARCO NORMATIVO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	125
I. INSTRUMENTOS A NIVEL INTERNACIONAL QUE ADOPTAN Y PROTEGEN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y PROTEGEN EL INTERÉS SUPERIOR DEL INFANTE.....	125
1. <i>Convención Americana de 1969 (Pacto de San José)</i>	126
2. <i>Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 1989</i>	130
3. <i>Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño</i>	135
II. INSTRUMENTOS NACIONALES QUE ADOPTAN Y PROTEGEN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA TOMANDO COMO CONSIDERACIÓN EL INTERÉS SUPERIOR DEL INFANTE.	142
1. <i>Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes</i>	142
2. <i>Ley de los Derechos de niñas, niños y adolescentes en Tabasco</i>	146

3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	150
4. Código Civil para el Estado de Veracruz.....	154
5. Código Civil para la Ciudad de México, (en ese entonces Distrito Federal).....	158
III. LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL ESTADO DE TABASCO. SU REGULACIÓN LEGAL Y LA VALORACIÓN DE LOS JUECES DE FAMILIA	160
1. El actuar de los jueces mexicanos conforme a las reglas en el protocolo de actuación.....	163
2. Medidas de protección, valoración y contenido de las resoluciones.....	166
3. Instrumento de medición: preguntas descriptivas	168
CAPITULO QUINTO	177
LA CUSTODIA COMPARTIDA: PRINCIPIOS, CRITERIOS Y ELEMENTOS A VALORAR PARA SU IMPLEMENTACION O NEGATIVA.	177
I. PRINCIPIOS RECTORES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	177
1. Igualdad entre los padres.....	177
2. El principio de no separación de los hermanos.....	179
3. Principio del interés superior del infante.....	181
4. Principio de Corresponsabilidad Parental	187
5. Principio de Coparentalidad.....	192
II. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	196
1. Las relaciones personales de los progenitores entre sí y con sus hijos.....	200
2. La proximidad de los domicilios entre progenitores.....	207
3. Las aptitudes de los padres, su capacidad e idoneidad para la custodia compartida.....	210
4. La capacidad económica y los medios materiales que aportará cada progenitor.....	211
5. La voluntad de los hijos y la edad en la que se encuentran.....	214
III. ELEMENTOS DE VALORACIÓN PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA	219
1. El derecho del infante a ser escuchado.....	219
2. Los informes psicológicos.....	221
3. Supuestos de improcedencia para la atribución del régimen de guarda y custodia compartida.....	225
CONCLUSIONES	232
RECOMENDACIONES	239
ANEXOS	240
REFERENCIAS	253

ABREVIATURAS Y SIGLAS

NNA	Niñas, Niños y Adolescentes
CC	Código Civil
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
LGDNNA	Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
LGDNNA	Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
ONU	Organización de las Naciones Unidas
CDN	Comité de los Derechos del Niño
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

Resulta indudable que el Derecho de familia ha atravesado en los últimos años innumerables modificaciones producto de la evolución y avances que se han presentado en la sociedad mexicana. La familia y sus transformaciones implican 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 las niñas, niños y adolescentes quienes por sus características requieren de toda nuestra atención y cuidado.

Se considera el interés superior del infante como el eje de este análisis, debido a que las transformaciones de índole (sociocultural, económica y de género dentro del entorno familiar) implican cambios en el mismo derecho de familia. Un tema relevante en el ámbito de las transformaciones en las relaciones familiares es el de la guarda y la custodia de los infantes, hay preguntas que van surgiendo, ¿Qué pasa con ellos cuando se divorcian sus padres o se separan?, ¿Se respeta y garantiza el interés superior del infante cuando se designa quien se hará cargo de la guarda y custodia?, ¿Se toman en consideración las particularidades de cada caso ante la asignación de la guarda y custodia o se designa por un criterio universal?

En los aspectos del orden familiar, el interés superior de la infancia es el principio universal que debe tomarse en cuenta sobre todos los asuntos que conciernan a niños y niñas, y particularmente, en este caso, cuando se trate de decidir la custodia del infante como consecuencia de la solicitud para la disolución del vínculo matrimonial o en casos de separación. A menudo los intereses del infante son frecuentemente enfrentados y subordinados a los intereses y derechos de los adultos. Muchas decisiones se encuentran influidas y sostenidas primeramente para satisfacer las necesidades y deseos de los adultos, que compiten en sus demandas por los infantes y entre ellos a costa de sus hijos.

Del Vas González¹ considera que la guarda y custodia se identifica plenamente con el concepto de cuidado y ello porque el ejercicio comprende algunas decisiones sobre la educación, formación y respecto a la salud de los hijos, las cuales deben seguir siendo compartidas por ambos progenitores. Agrega, que el concepto de guarda y custodia se refiere al aspecto personal, convivencial e inmediato al cuidado de los hijos; mientras que el ejercicio se reconduce a la responsabilidad integral sobre el niño o facultad de decisión respecto de los temas que le afecten.

La custodia compartida es la figura donde en conjunto los progenitores tienen la custodia legal y física de sus hijos. Esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en cuanto a educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos; de tal manera que gozan de igualdad de condiciones cuando se trate de tomar decisiones o ejercer acciones relacionadas con la vida del infante. Esto trae consigo beneficios en favor del infante, pues repercute de manera positiva en una mejor crianza, un adecuado desarrollo tanto físico como psicológico y permite un estado de mayor aceptación del infante en cuanto al desarrollo de su personalidad y de la confianza en sí mismo, por el hecho de seguir teniendo consigo la influencia de sus dos padres, en lugar de solo tener la de uno.

Este tema es de gran relevancia en el trascendental desarrollo integral de los infantes y de las familias; a la par de las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de custodia, que se hicieron en el año 2004 (las primeras en aparecer en nuestra legislación que abordan este tema) en ellas, se inserta en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 283 por primera vez la posibilidad de acceder ambos progenitores a una custodia compartida, digna de análisis y consideración.²

¹ Del Vas González, Juana María, "Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español", Dirigida por María Isabel de La Iglesia Monge, *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Madrid, Colección Monografías, 2009, pp. 252-253.

² Publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 6 de septiembre de 2004. [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://paot.org.mx/centro/gaceta/2004/septiembre04/06septiembre04.pdf](https://paot.org.mx/centro/gaceta/2004/septiembre04/06septiembre04.pdf) (Consultada el 20 de enero del 2021).

En catorce Estados de la República Mexicana como Baja California Sur, Jalisco, Morelos, Veracruz, Querétaro, Zacatecas, Ciudad de México, Sinaloa, entre otros se ha visto necesario el reconocimiento de esta figura dentro de los códigos civiles, para que las partes, en este caso, los progenitores de los infantes conozcan que no solo existe la posibilidad de la guarda y custodia única, como durante todos estos años se ha venido otorgando; sino que también pueden acceder a una guarda y custodia compartida, la cual, para la mayoría de los casos puede ser más beneficiosa en la convivencia familiar.

El objetivo principal que se buscó al realizar la presente tesis fue analizar las características, los presupuestos y criterios que el cuidado compartido designado de mutuo acuerdo o por disposición del juzgador trae a las familias tabasqueñas, para vislumbrar los aspectos positivos y negativos y discernir si esta figura brinda la solución más adecuada para garantizar el interés superior del infante.

Dentro de la metodología implementada en el desarrollo de la presente tesis podremos encontrar el método histórico crítico, la doctrina analítica, el derecho comparado y el método explicativo; todos estos plasmados durante la redacción de cada capítulo para explicar la importancia de cada uno de ellos y lo relativo al tema en cuestión.

El primer capítulo es relativo al desarrollo metodológico y a la teoría de investigación, tratándose el engranaje de cómo está compuesta la presente investigación, con la pregunta que le da vida seguida del objetivo a sustentar y la justificación necesaria para poder validar la importancia de abordar la guarda y custodia compartida dentro del estado tabasqueño, seguido de la hipótesis que a nuestro criterio fue demostrada de manera positiva atendiendo a cada caso en concreto, corroborando con la información redactada la importancia de la protección, validación e implementación del interés superior del infante en los casos de guarda y custodia compartida, figura que atrae a las familias, pero sobre todo, a los infantes características positivas dentro de su ejecución, que se ven reflejadas en su crecimiento y desarrollo evolutivo.

Dentro del segundo capítulo, concepto e historia de la guarda y custodia en México, nos dimos a la tarea de desarrollar el surgimiento de la guarda y custodia desde sus inicios y eso deviene de la creación de la patria potestad, su origen, el marco normativo, con qué objetivo se creó la figura, cuáles son sus características y cuáles son los sujetos que pueden ejercer la patria potestad de un menor de edad; seguido de los derechos y los deberes inherentes que surgen con la implementación y obtención de la patria potestad dentro de la familia, y es allí donde surge la figura que es tema central de nuestra investigación, la guarda y custodia junto con otras figuras a considerar en la aplicación de la patria potestad; como desenlace del capítulo aterrizamos con una aproximación a lo que es la guarda y custodia compartida, su definición, los antecedentes legales dentro de nuestro país, así como la correlación que tiene su surgimiento con la protección de ciertos artículos constitucionales y la reforma al código civil del distrito federal que hizo visible la figura dentro del territorio mexicano para abrirle camino a través de los años a modo de reconocer las ventajas que consigo atrae.

Para el tercer capítulo, la custodia compartida una visión a través del derecho comparado, nos sumergimos no solo en la legislación española, al igual en su cultura, dando un vistazo a lo que los tribunales locales y de las audiencias provinciales suelen resolver en términos de guarda y custodia compartida, analizando cuales son los principios y criterios que los juzgadores españoles toman en consideración para dictaminar favorablemente a una familia la atribución de dicha figura; España desde el año 1981 observó que las responsabilidades parentales son conjuntas y no solo atribuibles a uno de los progenitores para el cuidado del infante pese a una separación, considerando así la necesidad de una figura que pudiese englobar dentro de sus funciones la conjunción de una corresponsabilidad parental y una coparentalidad, a la par de considerar pocos años después la ponderación del interés superior del infante para el análisis y la toma de decisiones de los juzgadores en cada caso concreto.

En el capítulo cuarto, marco normativo de la custodia compartida, nos enfocamos en los instrumentos nacionales e internacionales que nos sirven de guía y apoyo para discernir temas relacionados con niñas, niños y adolescentes en

cuanto a todas las esferas de su vida. Comenzamos por la Convención Americana mejor conocida como el Pacto de San José, que es el instrumento parte aguas que garantiza a las personas el reconocimiento, la protección y la garantía de sus derechos humanos incluyendo a los infantes, que es el centro de esta investigación, la segunda la Convención de los Derechos del Niño, instrumento principal y eje rector internacional en tema de niñas, niños y adolescentes debido a que es en este donde se incluyen especificados los derechos de los que gozan los infantes, que en su mayoría son derechos potenciados, es decir, que por su falta de capacidad de ejercicio debido a su edad, necesitan de un tercero que los ayude a ejecutarlos y que dé cumplimiento a la defensa de los mismos; dentro de la guarda y custodia compartida podemos encontrar ejercidos derechos como el de la familia, derecho de convivencia, a ser escuchados y tomados en cuenta dentro de temas que les conciernen, derecho a una educación de primera, derecho a gozar de una salud integral, derecho a vivir en un ambiente armónico y de paz; lo anterior se sustenta con dos de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño que en este apartado serán la 7° y la 14°.

En lo que respecta a los instrumentos nacionales es una defensa de los derechos de las NNA que la legislación de nuestro país ha tomado de todo el repertorio internacional estudiado con anterioridad y plasmado en leyes generales y locales, sin perder de vista a la propia Constitución y a los códigos de cada entidad federativa, que al menos en esta investigación se vio a bien mencionar los que se han dado a la tarea de investigar y analizar la figura de la custodia compartida para implementarla dentro de su normativa, como lo son el estado de Veracruz y el Distrito Federal.

Por último, analizamos el instrumento de medición que se realizó constando de una encuesta realizada a jueces familiares de la entidad tabasqueña para conocer que tanto discernimiento tienen acerca de la guarda y custodia conjunta, pero sobre todo si tienen o utilizan ciertos criterios para poder decidir sobre la aplicación de qué tipo de guarda y custodia será la ideal para aplicar a cada familia en concreto.

La custodia compartida: principios, criterios y elementos a valorar para su implementación o negativa, este quinto y último capítulo es donde desarrollamos todas las características que distinguen a la custodia compartida de la unilateral y abren una posibilidad de mejora en las relaciones personales familiares posterior a la separación o divorcio de los progenitores, no solo consigo como ex parejas, que viene siendo un beneficio secundario, sino que, si el caso en concreto lo amerita y es posible adaptar este tipo de custodia compartida, el infante desarrollará un sentido de pertenencia en un entorno de paz y tranquilidad, creando un ambiente donde la comunicación sea el manejo de los conflictos de la mano del diálogo y los acuerdos, creciendo con el amor y el apoyo de ambos progenitores y de las familias extensas por parte de papá y mamá, aunado a que gozará de una mayor cercanía con ambos padres a diferencia de la custodia unilateral, que en la mayoría de los casos el padre o madre no custodio se deslinda de las responsabilidades con su hijo y toda la carga queda ejercida para el padre o la madre que adquirió el régimen.

La guarda y custodia compartida no es una alternativa para todos los casos y las circunstancias específicas que la excluyen se relatarán a lo largo de esta tesis; el objetivo es estudiar la figura (sus características), los campos de oportunidades que en la actualidad se presentan tanto para los hombres como para las mujeres y como esto trae aparejado la posibilidad de una mejor coparentalidad dentro de la familia, logrando así un mejoramiento en el derecho familiar, lo cual hace posible la implementación de la guarda y custodia compartida, así como los criterios que otros países han tomado e implementado dentro de sus códigos en consideración para determinar quiénes pueden ser buenos candidatos a este tipo de figura; para así reconocer la necesidad de implementación de la guarda y custodia compartida dentro del derecho de las familias Tabasqueñas e identificar y enlistar criterios que pueden servir de guía para nuestros juzgadores al momento de otorgar esta figura a favor de ambos progenitores.

CAPITULO PRIMERO

DESARROLLO METODOLOGICO Y TEORÍA DE LA INVESTIGACIÓN

I. APARTADO METODOLÓGICO

1. *Pregunta inicial*

La pregunta que sirve de guía a esta investigación es: ¿La figura de la guarda y custodia compartida es la que más protege y da cumplimiento al principio del interés superior del infante?

2. *Objetivos de la investigación*

A. *El objetivo general*

Analizar los principios, las características y criterios que la figura de guarda y custodia compartida otorgada por acuerdo entre las partes o por disposición del juzgador trae a las familias tabasqueñas, para vislumbrar los aspectos positivos y negativos y discernir si esta figura brinda la solución más adecuada para garantizar el interés superior del infante.

B. *Objetivos específicos*

- Conocer el significado de custodia, cuáles son los tipos de custodia que existen en México y dentro de nuestro Código Civil para el Estado de Tabasco, para así poder saber la evolución que ha tenido esta figura y cómo surge el termino de custodia compartida.
- Identificar en la legislación española la implementación y el desarrollo de la custodia compartida dentro del derecho de familia, para conocer los criterios que utilizan los juzgadores a la hora de dictar sentencia favorable y otorgar a ambos progenitores la custodia compartida.
- Especificar el marco jurídico que a nivel internacional y nacional reconoce y regula el derecho del NNA a crecer en una familia con ambos padres ponderando el interés superior del infante, para identificar en la legislación de dónde surge la necesidad de una guarda y custodia compartida y cómo influye dentro del derecho de familia.

- Analizar los pros y los contras, los principios rectores y las características de la figura de guarda y custodia compartida, para saber si su aplicación es la mejor opción al momento de considerar preponderante el principio del interés superior del infante.

2. Justificación

Este proyecto de investigación se justifica mediante el uso de los principios de coparentalidad y corresponsabilidad, los cuales, han puesto de relieve la importancia de la participación de ambos padres en la crianza y educación de los hijos.³ La custodia compartida es la manifestación más importante de dichos principios, tan es así que se ha estado imponiendo como régimen legal general y supletorio en varios países; para ello los países, se han fundado básicamente en estudios psicológicos, que han revelado que los hijos de padres separados, que mantienen regímenes de custodia compartida, se desarrollan de mejor forma y crecen más felices que los que tienen regímenes de custodia exclusiva; ¿A qué se deberá este suceso?, a lo largo del desarrollo de los capitulos expondremos las características de esta figura y las ventajas que trae consigo su ejecución dentro de las familias.

La custodia compartida significa un cambio trascendental en la vida jurídica mexicana, aunque de manera limitativa ésta solo es aplicada dentro de los estados donde se encuentra reconocida y regulada de manera interna en sus Códigos Civiles y familiares tomándose únicamente en consideración en los casos familiares en los que se plantea a petición de ambos progenitores; esto deja en rezago a los demás estados de la República Mexicana como es el caso de Tabasco; por lo que debería dársele el adecuado reconocimiento a esta figura y ponerla a la par de la custodia exclusiva dentro de nuestro CC a medida que el Juzgador tenga más

³ De esta forma, Delgado señala que "...la presencia de las dos figuras parentales es prioritaria para los menores en cualquier tipo de guarda que se arbitre. No sólo en los supuestos de custodia compartida... La necesaria referencia a ambos padres, la efectiva contribución de ambos progenitores, rasgo vital de la vida humana, la participación y colaboración activa de ambos padres sigue siendo una de las asignaturas pendientes en torno al tema ya que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad, en cuanto a la guarda y custodia de los hijos, que juegue a favor de alguno de los progenitores". Delgado, Gregorio, La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente, Madrid, Thomson Reuters, 2010.

opciones de guarda y custodia y aplique la idónea en beneficio del interés superior del infante.

Lo importante es, sin duda alguna, el interés superior del infante, y que los niños cuyos padres deciden dejar de vivir juntos y de mantener una relación, sigan viendo a sus progenitores como sus referentes; que aun a pesar de la ruptura, la vida para el infante siga siendo lo más parecida a cuando vivían todos los miembros de la familia bajo el mismo techo.

En cuanto a las ventajas que presenta la custodia compartida, señalo que las más importantes serían:

- La creación de una actitud más abierta de los hijos para con sus padres (lo que facilitaría una mejor aceptación de la nueva situación).
- La posibilidad que los padres puedan seguir ejerciendo los derechos propios de la autoridad paternal en términos igualitarios o coparticipativos.
- La reducción del riesgo de alienación parental en el NNA, toda vez que no se cuestionaría la idoneidad de ninguno de los padres, debido a que el sistema lleva a que éstos cooperen entre sí y busquen acuerdos.
- La posibilidad de garantizar a los hijos disfrutar la presencia de ambos progenitores (pese a la ruptura), lo que tornaría la nueva situación más parecida al modelo de convivencia previo a la crisis, y resultaría menos traumático el nuevo modelo de familia para los hijos logrando evitar sentimientos negativos en los infantes como el de abandono, la culpa, la negación, la suplantación o el de lealtad por uno y deslealtad hacia el otro progenitor, de ansiedad, de depresión y el déficit de atención en los aspectos relativos al desarrollo del infante; la custodia compartida se convierte en un modelo educativo para los hijos⁴.

Este régimen de custodia tiene que adquirir el carácter de ser una opción a considerar e incluso podría ser la mas deseable dentro de nuestro Código Civil, debido a que prioriza los derechos de los infantes, aun en situaciones de crisis,

⁴ Historia de la Ley 20.680, *Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, Chile, pp. 159 y 160 (disponible en www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44153/7/HL20680.pdfpp).

siempre que ello sea posible y siendo que de esta manera estará garantizado el interés superior del infante.

3. Hipótesis

Nuestra hipótesis consta en que la guarda y custodia compartida debe de ser implementada dentro de nuestro ordenamiento jurídico estatal debido a que esta inspirada en los principios del interés superior del infante, corresponsabilidad parental, coparentalidad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho que les asiste a relacionarse con sus dos progenitores, su derecho a ser protegido y a tener participación plena en los procesos en los que se les ve relacionados.

El objetivo que se quiere dar a conocer con la implementación de esta figura es que ambos progenitores son igualmente competentes para desempeñar las tareas relativas al cuidado de los hijos, para que así ambos tengan la oportunidad de participar de forma responsable y proporcionada en el proceso de crianza, educación, en los tiempos de estancia con los NNA, y la posibilidad de representarlos dentro de un marco equitativo de oportunidades.

Variables

Dependiente: guarda y custodia compartida, interés superior del infante.

Independiente: familia, infante, juzgador.

II. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL

1. Marco Teórico

Teoría de la ponderación de Robert Alexy. Las teorías que sustentan esta investigación son la formula del peso o mejor conocida como la teoría de la ponderación de Robert Alexy que nos dice que un conflicto debe ser subsumido en una regla, si es que hay tal regla. Si no la hay, o si la regla puede ser interpretada según diversos criterios, es preciso tomar la decisión aplicando principios para que como resultado se dé un mejor criterio en la conclusión que se pretende obtener.

Es preciso referirse a los denominados grupos jurídicos, los cuales se clasifican en mayores y los menores de edad, lo anterior para ubicarlos dentro del

marco doctrinal de ponderación en cuanto a la oportunidad social por parte del Estado, a si también se determina las diferencias en cuanto a la capacidad, física o psicológicas, la delimitación en cuanto a la evolución referencial para el desarrollo del o los infantes. Si retrocedemos y miramos un poco como han ido evolucionando los derechos de este grupo en especial al cual el Estado ha dotado de una amplia protección, garantizándole derechos que tienen que:

“Para que resulten constitucionales las intervenciones que se efectúen a algún derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Durante esta fase se requiere considerar entre los beneficios a obtener de una limitación desde los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán en consideración de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. Así, cabe destacar que, desde un análisis de proporcionalidad en estricto, sentido sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido prima facie de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio”.⁵

El Poder Judicial de la Federación ha definido la ponderación como el principio de proporcionalidad entendido como herramienta de interpretación para establecer los límites en la relación de los principios constitucionales contendientes en caso de colisión, ya entre ellos o con algún bien jurídico constitucionalmente legítimo⁶.

La evolución de la autonomía en los NNA es progresiva atendiendo a características como su edad, su estatus económico y cultural en el cual han crecido los infantes, así como de sus actitudes particulares. En la aplicación del principio de

⁵ Tesis 1ª. CLXXII/2016 (10ª.), *Gaceta Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Registro: 2013136, Instancia: Primera Sala, p. 894.

⁶ Castillo Santiago, Rolando y Hernández Domínguez, Enma Estela, *El interés superior del menor en el derecho procesal mexicano*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2019, p. 42.

ponderación en el interés superior del infante, el Poder Judicial de la Federación ha establecido que pueden señalarse edades fijas o condiciones previas para determinar el grado de autonomía del infante, pues el proceso de madurez no es lineal y aplicable a todos los niños por igual. De tal forma que para determinar la capacidad de los infantes en la toma de decisiones sobre el ejercicio de sus derechos es fundamental que los juzgadores realicen una ponderación entre la evaluación de las características propias del infante (edad, nivel de madurez, medio social y cultural, etc.) y las particularidades de la decisión, como, por ejemplo, tipos de derecho que implican los riesgos que asumirá el infante y sus consecuencias a corto y largo plazos, entre otras⁷.

En el caso de personas menores de edad, las autoridades jurisdiccionales tienen que seguir una serie de lineamientos en los que se tome en cuenta el interés superior de la infancia, lo cual significa, como ha establecido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que cualquier decisión en torno a las niñas, los niños y los adolescentes, debe ser acorde con lo que más convenga a sus intereses, lo que implica que para poder cumplir con esa obligación es necesario tener presente cuáles son los derechos que la Constitución, los Tratados Internacionales y las legislaciones ordinarias reconocen a su favor. Después es preciso que esos derechos se interpreten y apliquen de forma adecuada, es decir, de la manera que más favorezca a las prioridades de la infancia, teniendo siempre en cuenta su condición personal, a efecto de salvaguardar su sano desarrollo en todos los ámbitos posibles: físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social⁸.

Alexy enfatiza que las soluciones jurídicas no pueden alcanzarse tan solo por la argumentación moral, sino por la ponderación de los derechos constitucionales; ponderar no es tomar cualquier decisión que uno prefiera: se tiene la certeza que hay una estructura racional de la ponderación y que con ella se puede convertir un conflicto en un dilema matemático, encuadrándolo en la certeza del derecho.

⁷ Tesis 1ª. CCLXVII/2016 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Registro: 2009927, Instancia: Primera Sala, p. 306.

⁸ Véase el análisis de las sentencias dictadas en los juicios de amparo directo en revisión: 3169/2013, del 22 de enero de 2014, así como 4474/2013, del 2 de abril de 2014, cuyo ponente ha sido el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Jonh Eekelaar⁹, en relación con su pretendida reconstrucción del *best interests principle*, sugiere dos caminos o métodos:

- a) Método de objetivación. Por este método se introducen en la toma de decisiones que afectan al infante, opiniones que indican circunstancias y condiciones apriorísticamente consideradas en el interés superior del infante.
- b) Método de autodeterminismo dinámico. Ante la insuficiencia de una objetivación apriorista del interés superior del infante surge este método que difumina y suaviza las rígidas conclusiones de una determinación objetiva del interés superior del infante, debido a que se arguye que el niño está situado en un entorno razonablemente seguro, pero expuesto a muchas influencias.

Ante esta teoría se adopta un dinamismo en la toma de decisiones porque se reconoce que las conjeturas y disposiciones que se realizan en un inicio no siempre son las determinantes o necesarias a lo largo de toda la vida del infante; a través de los años va adquiriendo nuevas necesidades, es por ello por lo que necesita ser revisado a medida que aquel crece. Ello comporta cierto autodeterminismo (*self-determinism*), porque se da oportunidad al propio infante de influir en los resultados, en lo que él mismo será más tarde.

La teoría Sociológica se integra a esta investigación cuando debido a las transformaciones sociales, la figura de la familia como se conocía desde sus inicios se ha visto impactada por el fenómeno de la desinstitucionalización de las relaciones en la familia contemporánea para abrirse paso a un camino de distintas posibilidades en la formación de las relaciones familiares, a como se conoce hoy en día.

La principal consecuencia de la desinstitucionalización es la diversificación de las realidades familiares. El fenómeno social de la desinstitucionalización favorece el abandono de las formas de vivir en el matrimonio sujetas al control social externo a la pareja a favor de otras, como las que se fundamentan en la complementariedad de roles en el seno de la pareja o aquellas en las que se celebra la individualidad y la búsqueda de la realización personal.

⁹ Eekelaar, John, "The interests of the child's wishes: the role of the dynamic self-determinism", *International Journal of Law and the Family*, trad. De Mary Mc-Gregor, Inglaterra, 1994, p. 45.

Una de las consecuencias del proceso de desinstitucionalización de la familia es el incremento de las tensiones matrimoniales que desembocan en rupturas, separaciones y divorcios. Estas situaciones constituyen el escenario de las nuevas formas de ejercer el cuidado de los hijos, sea a cargo de uno solo de los progenitores contando con la implicación en diferente grado por parte del otro, o bien de forma compartida asumiendo la alternancia domiciliaria de los hijos y teniendo ambos la corresponsabilidad parental y en ejercicio de una coparentalidad para el cuidado y educación de los infantes.

2. Marco Conceptual

A. Cónyuges

Hombre y mujer que se unen en matrimonio o, de conformidad con las reformas al código civil en esta materia, la pareja que se une en matrimonio para realizar la vida en común, ayudarse, reconocerse como iguales y respetarse mutuamente.

Quienes no son parientes entre sí, pero crean los sujetos especiales del matrimonio con los derechos y obligaciones que recíprocamente concede la ley, además, preparan las relaciones paterno-filiales.

Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a la relación de concubinato.¹⁰

Los derechos, deberes y obligaciones que respectivamente otorga o impone a los cónyuges el matrimonio, serán siempre iguales para ambos, cualquiera que sea su aportación respecto de los alimentos.¹¹

B. Infancia

Es significativo, diferenciar las concepciones de infancia que han predominado en América Latina y en exclusiva en México; son dos nociones que orientan el trato hacia los niños.

¹⁰ Artículo 165 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

¹¹ Artículo 168 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

La primera es la que algunos autores han denominado tradicional, la cual concibe a los niños como objetos de protección, pues considera que son seres débiles tanto en términos físicos como intelectuales, lo que lleva a sugerir la tutela de un adulto para su pleno desarrollo.¹² Es decir que enfatiza la condición de los infantes como aquel ciclo que precede a los adultos y además se caracterizan de dependencia dada su fragilidad e inocencia.

Por otro lado, la gran concepción de la infancia es aquella que algunos autores han denominado como moderna o garantista, porque alude a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, celebrada en 1989, que fue quien la consagró mundialmente. Parte del supuesto de que los niños son sujetos de derechos antes que meros objetos de protección, pues concibe que sean actores sociales que tienen la capacidad de hacer cosas y expresar sus puntos de vista.¹³

Es decir, esta última, maneja una visión más amplia, ya que primeramente indica la Convención un parámetro respecto a seres humanos menores de dieciocho años, que al igual que los adultos, son actores sociales, pues al no ser simplemente objetos de protección son sujetos de derechos, que pueden demandar el cumplimiento y respeto de todos ellos.

C. Interés superior del infante

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011 incorporó a la carta magna los derechos humanos, en sustitución de las garantías individuales, con ello se incorporan los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es Estado parte, lo cual se traduce en que el conjunto de derechos y obligaciones reconocidos a nivel internacional formen parte del orden jurídico nacional.

Esto implica la aplicación de los principios pro-persona o interpretación conforme. Atendiendo al contenido del artículo 1o. de la Constitución se debe

¹² Osorio Ballesteros, Abraham, "El principio del interés superior del niño en las instituciones asistenciales. Un acercamiento desde las concepciones de los profesionales" *Ciencia Ergo Sum*, México, vol. 22, núm. 3, noviembre, 2015, p. 216.

¹³ *Ibidem*, p. 217.

entender que la Convención sobre Derechos del Niño¹⁴ es derecho interno, por lo que los derechos de las niñas, niños y adolescentes se ampliaron a partir de la reforma del 2011 en derechos humanos.

Por último, posterior a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el 12 de octubre de 2011 quedó publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforman los párrafos sexto y séptimo del artículo 4o. constitucional, en el cual se eleva a rango constitucional el principio del interés superior de la niñez como elemento rector del diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a este grupo, constituye un paso importante entre los progresos que ha alcanzado México para garantizar mayores niveles de bienestar para su población infantil y adolescente¹⁵, que tanto el Congreso Federal como los congresos locales pueden legislar en la materia.

El término “interés superior del infante” sigue siendo, no obstante, una cláusula abierta y que corresponde a los tribunales definir ponderadamente y no arbitrariamente, el contenido de tal principio, sobre este particular se ha pronunciado también el Poder Judicial de la Federación en México, en los siguientes términos: ¹⁶

“El interés superior de los niños, niñas y adolescentes implica que el desarrollo de éstos 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 su vida. Así, todas las autoridades deben asegurar y garantizar 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

¹⁴ La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) adoptada de forma unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, es el primer instrumento internacional que establece que todas las niñas, niños y adolescentes, sin ninguna excepción, tienen derechos y que su cumplimiento es obligatorio para todos los países que la han firmado, incluido México, que la ratificó en septiembre de 1990. UNICEF-MÉXICO

¹⁵ Mancini, Fiorella, et al., *Pobreza y derechos sociales de niñas, niños y adolescentes en México, 2008-2010* UNICEF- CONAVAL, México, CONEVAL, 2012 [http://www.unicef.org/mexico/spanish/UnicefPobreza_web_ene22\(3\).pdf](http://www.unicef.org/mexico/spanish/UnicefPobreza_web_ene22(3).pdf)

¹⁶ Pérez Fuentes, Gisela María, “La protección de los niños migrantes en México: una falacia”. *Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, España, núm. 17, junio, 2014, p. 102.

como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, elementos -todos- esenciales para su desarrollo integral".¹⁷

En la tesis aislada CLXIII/2011, cuyo rubro es: "INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.",¹⁸ la Primera Sala determinó que, como criterio ordenador, que el interés superior de los infantes previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia. Dicho de otro modo, el interés del infante constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia.

Del mismo modo el interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes; de ahí que cuando se tome una decisión que les afecte en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales¹⁹.

Los órganos del Poder Judicial de la Federación deben asegurar y garantizar que en todos los asuntos y decisiones en las que estén involucrados niños, niñas y adolescentes, obtengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo y satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional.²⁰

¹⁷ Tesis Jurisprudencial P./J. 7/2016 (10a.), Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. I, septiembre de 2016. p.10.

¹⁸ Tesis aislada CLXIII/2011, *Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 225.

¹⁹ Tesis jurisprudencia 2a./J. 113/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo III, agosto de 2019, página 2328. "DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE".

²⁰ Tesis aislada I.18o.A.25 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo IV, enero de 2019, página 2379. "CONFLICTOS COMPETENCIALES. LOS ASUNTOS QUE INVOLUCREN DERECHOS DE MENORES, DEBEN RESOLVERSE ATENDIENDO A LOS PRINCIPIOS DE PRIORIDAD Y DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR."

La tesis aislada I.3o.C.9 CS (10a.) establece que: "Cuando las madres y padres acuden a un juicio por propio derecho y en representación de su hijo o hija, el órgano jurisdiccional está obligado a analizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de manera separada y diferenciada a la de sus padres quienes, además, en una controversia del orden familiar tienen intereses opuestos. De manera que, con base en el interés superior de la infancia, deben estudiarse por el órgano jurisdiccional los derechos fundamentales y los establecidos en leyes secundarias de las y los niños y adolescentes, de manera independiente a los que tienen sus progenitores. Esto es especialmente importante para poder reparar y fortalecer los lazos de afecto-filiales, de convivencia y respeto entre cada uno de los progenitores con sus hijos, especialmente de quien no detenta la guarda y custodia de éstos".²¹

En esta lógica, a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación en cuanto deberes y facultades que configuran la patria potestad de los progenitores está orientada a que la última decisión en la asignación de la guarda y custodia esté orientada y dirigida para beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos.

D. Guarda y custodia

La palabra "guarda" tiene numerosas acepciones. Aunque la primera es "persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa", deriva del francés antiguo la expresión "ser una persona o cosa en guarda de uno", lo que quiere decir "estar bajo su protección o defensa"²². Por su parte, la palabra "custodiar" significa, en su primera acepción, "guardar con cuidado y vigilancia"²³. Así, entendemos que,

²¹ Tesis aislada I.3o.C.9 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 9, enero de 2022, Tomo IV, página 2996 "INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DEBEN ESTUDIARSE DE MANERA INDEPENDIENTE A LOS DE LOS PADRES, CUANDO EN UNA CONTROVERSIA ÉSTOS TIENEN INTERESES CONTRARIOS."

²² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a. Ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. II, h-z, p. 707

²³ *Ibidem*, p. 419.

al juntar ambas palabras y ambos significados, la guarda y custodia viene a representar ese cuidado que se les otorga a los progenitores en cuanto a sus hijos que deberá de ser de una manera responsable, velando siempre por su protección.

La guarda y custodia consiste en “una situación de convivencia mantenida entre un infante o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte de éste o éstos.”²⁴

La tesis aislada 1a. XCVII/2012 (10a.), nos señala que: “No existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores pues, en principio, tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos. La decisión judicial deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que resulte lo más benéfica para éste. La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del interés superior del infante, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta”.²⁵

La tesis aislada 1a. XLVII/2018 (10a.), establece que: “No cabe dudar que no existe un modelo de padres y madres ideales, acabado y perfecto, una especie de arquetipo ante el cual contrastar la conducta específica de los progenitores, con el fin de determinar si se está o no ante un buen padre y/o madre, y si, con base en esa imagen ejemplar, sean justificables o no ciertas restricciones en las instituciones protectoras de la infancia, como lo es la guarda y custodia: no existe un tipo ideal de padres y madres, la regla general es que los progenitores son aptos para el cuidado de sus hijos e hijas”.²⁶

²⁴ Ragel Sánchez, Luis Felipe. “La guarda y custodia de los hijos”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre 2001, p. 289.

²⁵ Tesis aislada 1a. XCVII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo I, mayo de 2012, página 1097 “GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO).”

²⁶ Tesis aislada 1a. XLVII/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 55, junio de 2018, Tomo II, página 964 “GUARDA Y CUSTODIA. LA REGLA GENERAL ES QUE LOS PROGENITORES SON APTOS A MENOS QUE SE DEMUESTRE LA EXISTENCIA DE UN RIESGO PROBABLE Y FUNDADO PARA LOS NIÑOS Y NIÑAS INVOLUCRADOS”.

El desenvolvimiento de las relaciones familiares es sumamente complejo y presenta gran variedad y es por ello, así como las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia, la que determinará atendiendo a cada caso en concreto cuál es el sistema de custodia más beneficioso para los infantes. Como cada familia es distinta y no se presentarán jamás las mismas características entre una y otra, será el juez quien habrá de valorar las especiales circunstancias que concurran en cada progenitor y para determinar cuál es el ambiente más favorable para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre. En conclusión, la tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y, en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en aquella forma (exclusiva o compartida), que se revele como la más benéfica para el infante.

E. Custodia compartida

Hernando Ramos la define como “la asunción compartida de autoridad y responsabilidad de derechos y obligaciones entre los padres separados en relación con todo cuanto concierna a los hijos comunes”.²⁷

Ortuño Muñoz la define como “aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la relación de pareja, en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”.²⁸

En el ámbito jurisprudencial la Suprema Corte de Justicia de la Nación a lo largo de los años se ha pronunciado pobremente sobre el tema, pero la información que ha aportado ha sido de relevancia para los Estados que han considerado importante adherir la figura dentro de sus Códigos Civiles. Las tesis que se han

²⁷ Hernando Ramos S., *Diario La Ley, Sección Tribuna*, No. 7206, Madrid, 2009, p. 15

²⁸ Ponce Alburquerque, J., “Familia, conflictos familiares y mediación”, *Biblioteca Iberoamericana de Derecho*, UBIJUS-México, Reus-España, 2017, p. 51

creado sobre el cuidado compartido las pueden encontrar dentro del apartado de Anexos en las hojas finales de esta investigación.

III. SELECCIÓN DE MÉTODOS

En el capítulo primero se encuentra la metodología empleada para la elaboración de esta tesis, que se integra por el planteamiento del problema seguido de las preguntas de investigación, objetivo general junto con los objetivos específicos que se ven desarrollados en el desglose de la información, la justificación, la hipótesis, las variables en uso y el marco teórico-conceptual que se utilizó para representar los sujetos y las figuras que conforman esta tesis.

En el capítulo segundo, denominado Concepto e Historia de la custodia compartida, se utiliza el método histórico crítico, toda vez que lo que se da a conocer es el concepto y la historia de cómo surge la figura de la guarda y custodia compartida, con el propósito de vislumbrar los antecedentes y su regulación dentro de nuestra legislación.

El capítulo tercero, denominado La custodia compartida a través del derecho comparado, se desarrolla utilizando el método de doctrina analítica y derecho comparado ya que se determina de forma específica la manera en la que los jueces de España evalúan cada caso en concreto concerniente a la guarda y custodia, con el objetivo de conocer los criterios que considera este país para la obtención de la guarda y custodia compartida permitiendo así un reparto equitativo e igualitario de las obligaciones y responsabilidades que ambos padres tienen con sus menores hijos; en consonancia se analizan las características que caracterizan a la custodia compartida, las cuales brindan una visión delimitada y concreta, de acciones específicas, orientadas a la solución de un problema concreto, con sus objetivos específicos y medición de los resultados con indicadores fidedignos.

En el capítulo cuarto, denominado Marco normativo de la guarda y custodia compartida, se emplea el método explicativo y el de doctrina analítica con la finalidad de establecer y explicar las características del enfoque de derecho con trato preferente a los infantes a nivel internacional y nacional, como obligación correlativa de los juzgadores encargados de observar los medios idóneos que

garanticen la mayor protección del infante en las cuestiones referentes al derecho familiar. Es decir, que cuando existan conflictos por la designación de la guarda y custodia de un infante por parte de sus padres, atenderemos a lo que se ha regulado al respecto teniendo como principal objetivo el ponderar el interés superior del infante en todas las decisiones que le conciernan para su completo y total desarrollo.

En el capítulo quinto, denominado Características y criterios a considerar dentro de la custodia compartida, se utiliza el método de doctrina analítica toda vez que se enuncian los criterios de los jueces, los principios que rigen la guarda y custodia compartida, las características dentro del entorno familiar que hacen a las familias posibles acreedoras a esta figura, los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se garantizan y otorgan con el cumplimiento de esta figura para que de esta manera después de haber expuesto previamente todo un análisis, se ejemplifiquen los puntos positivos y negativos.

Por último, se presenta una conclusión que resulta de todo el entramado documental y argumentativo, conforme al material estudiado y analizado que nos ha permitido justificar los objetivos y comprobar la hipótesis previamente establecida.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO E HISTORIA DE LA GUARDA Y CUSTODIA EN MEXICO

I. ASPECTOS GENERALES Y CONCEPTOS RELACIONADOS: PATRIA POTESTAD Y GUARDA Y CUSTODIA

1. La patria potestad: ¿Cuál es su origen?

Patria proviene del latín *patrium*, y nos hace referencia al padre, y potestas, derivado de potestad.²⁹ Y se entiende por padre, al varón que ha engendrado o como la cabeza de una descendencia, familia o pueblo;³⁰ ahora que por la palabra potestad podemos encontrar que es igual a dominio, poder o facultad que se tiene sobre algo.³¹ Si creamos una definición literal de la palabra patria potestad, resultaría que es el poder que se le confiere al varón que ha engendrado.

En la doctrina, existen a través del tiempo varias definiciones que se le ha ido dando a lo que se conoce como patria potestad, para ejemplificar mejor el significado de esta figura adoptaremos dos definiciones.

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez la definen como “el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son infantes, y para que los representen el período. Implica el derecho- obligación de alimentos, convivencia y educación (formación)”.³²

Galindo Garfias por su parte refiere que la patria potestad es “una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los infantes no emancipados cuya afiliación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos”

²⁹ Lozano Ramírez, Raúl, *Derecho civil. Derecho familiar*, México, Pac, 2008, t. I, p. 261.

³⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22^a. Ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001, t. II, h-z, p. 1645

³¹ *Ibidem*, p. 1814.

³² Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Oxford University Press, Colección Textos jurídicos universitarios, 2008, p. 268.

cuyo “ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)”,³³ y que puede definirse como “la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados”, debiendo tenerse presente que “aquella autoridad no es propiamente una potestad, sino una función propia de la paternidad y de la maternidad”.³⁴

Desde el punto de vista legal también se han formulado algunos conceptos en torno a la patria potestad. Así, por ejemplo, puede hacerse referencia a los contenidos en los artículos 578 del Código Civil del Estado de Jalisco y 425 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, los cuales se transcriben a continuación:

Código Civil del Estado de Jalisco Artículo 578. Se entiende por patria potestad la relación de derechos y obligaciones que recíprocamente tienen, por una parte, el padre y la madre, y por otra, los hijos menores de edad no emancipados o mayores incapaces, cuyo objeto es garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, su guarda y custodia y representación legal.³⁵

Artículo 264. La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que la ley impone a los progenitores para atender la crianza, la protección y la educación de sus hijos e hijas menores de edad y favorecer el desarrollo integral de sus potencialidades. Es de orden público y se ejerce atendiendo al interés superior de la infancia e implica un respeto mutuo entre progenitores e hijos. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.³⁶

³³ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso, Parte general. Personas. Familia*, México, Porrúa, 2009, p. 686.

³⁴ *Ibidem*, p. 687.

³⁵ Código Civil para el Estado de Jalisco, publicado en la Sección Segunda del Periódico Oficial del Estado de Jalisco, el sábado 25 de febrero de 1995, Última Reforma Publicada en el Periódico Oficial el 27 de abril de 2021.

<https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=IOyqDofbFLGDAD4UXA/alEaVZqf+nrEkOyyQ83Ce7FT4HR2rKQYU3riLG0CN4/SEDyke9Svob/QTmkk+W1EHbA==>

³⁶ Código de familia para el Estado de Oaxaca, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Oaxaca el 4 de diciembre del 2021. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://normas.cndh.org.mx/Documentos/Oaxaca/Codigo_FE_Oax.pdf

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado al respecto en tesis Jurisprudenciales y Aisladas adoptando una definición sobre lo que conocemos como patria potestad.

El contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos. La patria potestad tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, establecida en beneficio de los hijos.³⁷

“La patria potestad no se configura como un derecho del padre, sino como una función que se le encomienda a los padres en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución en consideración prioritaria del interés del infante”.³⁸

Tomando en consideración las diferentes definiciones de lo que viene siendo la patria potestad en la doctrina, las leyes y la jurisprudencia, podemos señalar que:

La patria potestad es el conjunto de derecho, facultades y obligaciones que, con base principalmente en la relación paterno- filial, la ley atribuye, entre otros, a los progenitores sobre la persona y bienes de los menores de edad no emancipados, a fin de que puedan cumplir satisfactoriamente los deberes de educación, asistencia y protección integral, en sus aspectos físico, moral y social, que tienen para con ellos.

³⁷ Tesis Aislada 1a. LXIV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 1, página 823; denominada “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE LA PATRIA POTESTAD”.

³⁸ Tesis Jurisprudencial 1a./J. 42/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, página 563, denominada “PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS”.

A modo de ejemplificar de una manera más clara y precisa los atributos derivados de la patria potestad, proseguiremos a enunciarlos punto por punto en modo de listado:

- Conjunto de derechos, facultades y obligaciones atribuibles y ejercidas por los progenitores. La patria potestad es más que solo derechos y facultades conferidas a los progenitores o a la persona que la detenta, entre las características se enlistan un mayor número de deberes y obligaciones que hay que cumplir con su atribución hacia los infantes que dependen de aquellas personas bajo las que esta su cuidado y formación.
- Se origina de la filiación en la mayoría de los casos. La patria potestad encuentra su fundamento en la filiación, en un vínculo materno- paterno, los progenitores adquieren deberes para con sus hijos como el de cuidado, protección, brindarles una educación, alimentos, un hogar y ciertos derechos como la administración de sus bienes y la corrección de los infantes; este conjunto de derechos y obligaciones al estar los padres imposibilitados o impedidos para ostentar la patria potestad, podrá pasar esta a los abuelos o a los familiares consanguíneos colaterales o a una familia adoptiva.³⁹
- Se ejerce sobre la persona y bienes del menor de edad sujeto a ella. Quien ejerza la patria potestad sobre el infante no solo tiene la custodia del infante sino también de los bienes que este tenga en propiedad; por ende, resulta el legítimo representante y puede administrar los bienes de los que disponga la niña, el niño o el adolescente.
- Son sujetos a ella los menores de edad no emancipados o aquellos mayores incapaces.⁴⁰
- Su objetivo es que los ascendientes puedan cumplir los deberes que tienen para con sus descendientes. El objetivo de la patria potestad es que mediante el progenitor le garantice al infante el recibir una educación, un cuidado,

³⁹ Galindo Garfías, Ignacio, *op., cit.*, p. 687; Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. Cit.*, p. 268; Pérez Duarte y N., Alicia Elena, voz "Patria potestad", en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa/UNAM, 2007, t. P- Z, p. 2791.

⁴⁰ En los Estados de Morelos, Sonora y Jalisco se contempla que pueden ser sujetos pasivos de la patria potestad los mayores de edad incapacitados.

formación y protección; es por ello que a los que se les asigna la patria potestad de los infantes que gozan de autoridad sobre ellos para que por medio de ella puedan decidir todas las cuestiones que garanticen el adecuado ejercicio del desarrollo del infante⁴¹, es al final una función que se encomienda, no un poder como tal.⁴²

1. Marco normativo de la patria potestad

Dentro del derecho familiar encontramos que están las facultades del derecho de los padres a tomar todas las decisiones concernientes sobre sus hijos, como las relativas a su cuidado, custodia y control. En este sentido, la protección de la familia frente a intrusiones del Estado descansa sobre el reconocimiento de que son los padres los más aptos para tomar decisiones sobre sus hijos, lo cual se basa en la presunción de que los padres actúan siempre buscando el mejor interés de sus hijos.⁴³

Según lo dispuesto en los artículos 17.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños tienen el derecho a vivir con su familia, principalmente su familia biológica, por lo que las medidas de protección dispensadas por el Estado deben priorizar el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y cuidado del niño o niña.⁴⁴

El contenido y el alcance de la familia podría desprenderse como:

- a) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado;
- b) La familia y el matrimonio no son conceptos equivalentes, lejos de ello, el matrimonio únicamente es una de las formas que existen para formar una familia;

⁴¹ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *op., cit.*, p. 268

⁴² Estrada González, Martha Eréndira y Mendoza Martínez, Gerardo, "Reformas trascendentes de la figura de la patria potestad del año dos mil cuatro, cuestiones de fondo y forma", México, *Alegatos, UAM*, núm. 62, enero- abril 2006, p.40.

⁴³ Tesis Aislada 1a. III/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 63, febrero de 2019, Tomo I, página 716.

⁴⁴ Tesis Aislada 1a. CCLVII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, septiembre de 2015, Tomo I, página 303

- c) El derecho de protección a la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, mas no del matrimonio;
- d) Por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica vida familiar, donde el goce mutuo de la compañía constituye un elemento fundamental de aquélla, aun cuando la relación de los padres esté rota, por lo que medidas nacionales que limiten tal goce sí conllevan una interferencia al derecho a la protección de la familia; así, una de las interferencias más graves es la que tiene como resultado la división de una familia;
- e) La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen como legítima la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando se asegure la igualdad de derechos, la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges y la protección necesaria de los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos; y,
- f) Ningún instrumento internacional en materia de derechos humanos ni sus interpretaciones, se pronuncian sobre procedimientos válidos o inválidos para disolver el vínculo matrimonial, lejos de ello, dejan en libertad a los Estados [...]⁴⁵

En la legislación sustantiva civil donde, de manera detallada se regula todo lo concerniente a la patria potestad, a excepción de algunos estados que ya han implementado sus códigos de familia.

En el Código Civil Federal se destinan tres capítulos a la referida institución, Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III, artículos 411 a 448, y de la misma forma, en los códigos civiles de los estados de la República y de la Ciudad de México, se incluyen libros, títulos y/o capítulos dedicados a regular la patria potestad, como se muestra en el siguiente recuadro:

⁴⁵ Tesis Aislada 1a. CCXXX/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 2, página 1210

Entidad Federativa	Ordenamiento	Libro, Título y capítulo	Artículos	Artículos que tocan la Guarda y Custodia compartida
Aguascalientes	Código Civil	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	434 a 470	No la contempla
Baja California	Código Civil para el Estado de Baja California	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	408 a 445	No la contempla
Baja California Sur	Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur	Libro Primero, Título Decimo Segundo, Capítulos I a IV	474 a 516	305 A, fracción II; 322 A y 322 B.
Campeche	Código Civil para el Estado de Campeche	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	427 a 462	No la contempla
Chiapas	Código Civil para el Estado de Chiapas	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	406 a 443	412
Chihuahua	Código Civil para el Estado de Chihuahua	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	388 a 425	No la contempla
Coahuila de Zaragoza	Código de Procedimientos Familiares de Coahuila de Zaragoza	Capitulo Quinto, Sección Segunda	106 a 114	No la contempla
Colima	Nuevo Código Civil para el Estado de Colima	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	411 a 448	No la contempla
Distrito Federal	Código Civil para el Distrito Federal	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	411 a 448	282 apartado B) fracción II y 283 Bis.
Durango	Código Civil	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	406 a 443	No la contempla

Estado de México	Código Civil del Estado de México	Libro Cuarto, Título Séptimo, Capítulos I a III	4.201 a 4.228	No la contempla
Guanajuato	Código Civil para el Estado de Guanajuato	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	465 a 501	No la contempla
Guerrero	Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero	Libro Segundo, Título Quinto, Capítulos I a III	589 a 625	No la contempla
Hidalgo	Ley para la Familia del Estado de Hidalgo	Título Octavo, Capítulo Único	215 a 247	No la contempla
Jalisco	Código Civil del Estado de Jalisco	Libro Segundo, Título Octavo, Capítulos I a III	578 a 602	415 fracción II, apartado a), 510, 511 y 560
Michoacán de Ocampo	Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo	Libro Primero, Título Decimo, Capítulos I a IV	395 a 429	No la contempla
Morelos	Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos	Libro Cuarto, Título Segundo, Capítulo Único	218 a 251	223, párrafo 2do.
Nayarit	Código Civil para el Estado de Nayarit	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	403 a 440	No la contempla
Nuevo León	Código Civil para el Estado de Nuevo León	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	411 a 448	No la contempla
Oaxaca	Código Familiar para el Estado de Oaxaca	Libro Primero, Título Cuarto, Capítulos I a III	264 a 301	125 fracción II, "solo mientras dure el juicio"
Puebla	Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla	Libro Segundo, Capítulo Decimo, Secciones	597 a 638	450 apartado B), fracción II; 452 y 635

		Primera a Tercera		
Querétaro	Código Civil del Estado de Querétaro	Libro Primero, Título Noveno, Capítulos Primero a Tercero	406 a 445	367 y 447
Quintana Roo	Código Civil para el Estado de Quintana Roo	Libro Tercero, Segunda Parte Especial, Título Cuarto, Capítulos Primero a Tercero	991 a 1024 Bis	No la contempla
San Luis Potosí	Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí	Título Noveno, Capítulos I a III	268 a 299	No la contempla
Sinaloa	Código Familiar del Estado de Sinaloa	Libro Primero, Título Decimo, Capítulos I a III	347 a 387	187 apartado B, fracción II y 189
Sonora	Código de Familia para el Estado de Sonora	Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulos I a IV	308 a 345	146, 185 y 186
Tabasco	Código Civil para el Estado de Tabasco	Libro Primero, Título Undécimo, Capítulos I a III	417 a 458	No la contempla
Tamaulipas	Código Civil para el Estado de Tamaulipas	Libro Primero, Título Sexto, Capítulos I a III	380 a 418	386
Tlaxcala	Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala	Libro Segundo, Título Octavo, Capítulos I a III	260 a 290	116, 1er párrafo.
Veracruz	Código Civil para el Estado de Veracruz	Libro Primero, Título Octavo, Capítulos I a III	340 a 378	345 bis

Yucatán	Código de Familia para el Estado de Yucatán	Título Noveno, Capítulos I a III	276 a 317	No la contempla
Zacatecas	Código Familiar del Estado de Zacatecas	Libro Segundo, Título Cuarto, Capítulos I a III	370 a 407	234, 2do párrafo, fracción VII

Tabla de los 32 Códigos Civiles y/o familiares de la República Mexicana, donde se muestra en que apartado de la norma está regulada la guarda y custodia y si contemplan la custodia compartida. Tabla de elaboración propia.

De la tabla previamente plasmada, podremos observar de los diversos Códigos Civiles y Familiares, las cuestiones de la patria potestad que se regulan en cada uno, por ejemplo:

- Quienes pueden estar sujetos a ella.
- Quienes pueden ejercer la patria potestad.
- Cuáles son sus alcances y los límites en el ejercicio.
- Los efectos que surte sobre el infante.
- Las causales que dan lugar a su suspensión o a su pérdida.
- Como pueden recuperar la patria potestad.

2 ¿Para que fue creada la patria potestad?: Objetivo.

Surge dentro del derecho romano, donde era concebida como la potestad del paterfamilias, definiéndose, así como el poder que se tenía sobre los hijos que ejercía el ascendiente varón mayor de edad (el padre), este dominio se consideraba eterno, eficaz e impositivo.⁴⁶

Es por ello por lo que se dice que en sus orígenes la patria potestad se establecía exclusivamente en beneficio del paterfamilias, y se protegía sus intereses, otorgándole un poder total y sin posibilidad a terceros de refutar sobre ello, y se ejercía sobre los hijos.⁴⁷

⁴⁶ Baqueiro, Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *op., cit.*, p. 267; Estrada González, Martha Eréndira y Mendoza Martínez, Gerardo, *op., cit.*, p. 38.

⁴⁷ Lozano Ramírez, Raúl, *op., cit.*, p. 268; Zavala Pérez, Diego H., *Derecho familiar*, México, Porrúa, 2006, p. 315.

Al día de hoy la patria potestad busca cuidar al infante y se establece en su interés y provecho; dejó de considerarse una institución destinada al poder y ejecución del padre y se tornó en protección de los hijos como un beneficio para los infantes.⁴⁸ En razón de la evolución que se ha presentado en esta institución ha adquirido la característica principal de ser una función y ya no un poder, como se logra distinguir en la actualidad, la patria potestad es una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del infante, a lo que respecta en salvaguardar los intereses del NNA.

De lo anterior, se puede afirmar que en la actualidad, la patria potestad es reconocida como una institución cuyo objetivo es la asistencia, cuidado y protección de las personas menores de edad no emancipadas⁴⁹, y es por ello que a quienes se les atribuye dicha figura deben de ver por los derechos y obligaciones por cumplir hacia los infantes, tales como proporcionarles los alimentos, tener bajo protección y cuidado al infante, impartirles una adecuada educación, velar por el desarrollo de sus capacidades, hasta que estos alcancen la mayoría de edad y puedan hacerlo por cuenta propia.⁵⁰

3. Características distintivas que diferencian a la patria potestad

A lo largo de los avances sociales que como sociedad mexicana se nos han presentado y a raíz del reconocimiento progresivo de derechos, estudiosos en la materia han analizado y plasmado que la patria potestad, como institución perteneciente al derecho de familia, posee características distintivas, las cuales enunciaremos.⁵¹

⁴⁸ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *op., cit.*, p. 267; Estrada González, Martha Eréndira y Mendoza Martínez, Gerardo, *op., cit.*, p. 39.

⁴⁹ Pérez Duarte y N., Alicia Elena, voz "Patria potestad", *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario jurídico mexicano, op., cit.*, t P-Z, p. 2791.

⁵⁰ *Ibidem.* Pp. 3149 y 3291 y Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, Primer curso, Parte general. Familia, op. Cit.*, pp. 687 y 698

⁵¹ Zavala Pérez, Diego H., *op., cit.*, pp. 328- 329; Pérez Duarte y N., Alicia Elena "Patria potestad", *Instituto de Investigaciones Jurídicas, op., cit.*, pp. 2791- 2792; Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, Primer curso. Parte general. Personas. Familia, op., cit.*, p. 692; Jiménez García, Joel Francisco, "La patria potestad, Su actual concepción en el Código Civil para el Distrito Federal", *Revista de Derecho Privado*, México, IIJ/ UNAM, nueva época, año IV, núm. 12, septiembre- diciembre de 2005, pp. 22- 27; Gámez Perea, Claudio R., *Derecho familiar*, México, Laguna, 2007, pp. 856- 857; Estrada

- Se desempeña en base al interés superior del infante. El sujeto y el fin por el que la patria potestad existe es la niña, el niño y el adolescente, y debido a su minoría de edad y a la falta de aptitudes y capacidades para ejercer en autonomía el desempeño de sus propios intereses, surge la necesidad de poner a un sujeto protector de dichos intereses⁵².

El desempeño de la patria potestad se ha convertido en una función social en pro de los menores de edad.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sus primeras tesis dejó plasmada que “una de las características esenciales de la institución de la patria potestad es la de conformar un complejo funcional de derechos y obligaciones, dirigido a lograr la formación integral del infante a partir de la intervención de los padres que ejercen su derecho derivado de la relación natural paterno- filial, de proteger y educar a sus descendientes directos”.⁵³

- Realiza una función social trascendente: Vemos que la familia es el núcleo de la sociedad, y que mediante ella se pretende establecer una formación integral de seres humanos que logren mediante acciones una retribución a la sociedad, en pocas palabras, el estado vela por la familia porque es en ella donde se desarrolla el progresivo crecimiento y desarrollo de las nuevas generaciones para la formación de hombres y mujeres útiles, bajo un adecuado desempeño de la patria potestad⁵⁴. A raíz de la evolución y reconocimiento de derechos a nivel internacional y nacional, el Estado ha creado un interés prioritario en la protección de la familia y ha sentado como base al núcleo familiar, vemos que las normas que velan por esta protección

González, Martha Eréndira y Mendoza Martínez, Gerardo, *op., cit.*, pp. 40- 41; y, Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *op., cit.*, p. 268.

⁵² Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, Primer curso. Parte general. Personas. Familia, *op., cit.*, p. 693.

⁵³ Tesis 1ª. XCII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 298.

⁵⁴ Tesis I.5º. C.124 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2270; Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*. Primer curso. Parte general. Personas. Familia, *op., cit.*, p. 694.

integral en los diferentes aspectos de la vida del infante y adolescente están encaminadas a su pleno desarrollo y al ejercicio de sus derechos.⁵⁵

- Considerada de orden público: Aunque está concentrada en los integrantes de la familia, como los padres y los hijos, es de interés social, y por eso pasa a ser de orden público. La Suprema Corte, ha emitido al respecto un criterio aislado:

MENORES, SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO. Cuando se habla de derecho público, existe un objetivo claro que adquiere su sustento en la Constitución Federal, en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, y este consiste en implementar mecanismos eficaces de protección de los infantes y en forjar una sólida cultura jurídica respetuosa de los derechos humanos en torno al derecho familiar, y en especial del de los niños.⁵⁶

La ejecución de la patria potestad y su naturaleza jurídica tienen un carácter privado, pero se torna de interés público cuando el adecuado ejercicio de quienes desempeñan la patria potestad hace al individuo un mejor ser humano en base a una educación y cuidado reforzadas para que el correcto uso de sus capacidades y aptitudes aplicadas en sociedad conduzca a una mejoría⁵⁷, lográndose así previamente mediante la garantía de una vida digna, que les permita vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible; es por ello que el estado tiene ese interés en la preservación, creación, aplicación y regulación de normas que regulen a la familia y eso la convierte en un asunto de orden e interés público.⁵⁸

⁵⁵ Tesis 1ª. CXI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 236.

⁵⁶ Tesis I.5º. C.118 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2010, p. 2314.

⁵⁷ Estrada González, Martha Eréndira y Mendoza Martínez, Gerardo, *op., cit.*, p. 40; tesis XVII. 2º.25 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1417; y, tesis I.5º. C.117 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2271

⁵⁸ Tesis 1ª. XCI/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 299; y, Tesis 1ª. XCII/2005, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 298

Tanto el Estado como los miembros de la familia están obligados a generar las condiciones óptimas para que los niños y niñas puedan tener un crecimiento saludable y armonioso, en el ámbito físico y mental, dentro de lo que se encuentra el bienestar psico-emocional.⁵⁹

- Su limitación, suspensión o pérdida solo puede ser por medio de mandato judicial: La patria potestad es una institución creada en beneficio de los infantes y no de los progenitores, pues constituye una función encomendada a éstos en favor de sus hijos, dirigida a su protección, educación y formación integral. En esa lógica, la pérdida de la patria potestad no es una medida que tenga por objeto castigar a los progenitores, sino que pretende defender los intereses del infante en casos en que su bienestar se garantiza en mayor medida con la condena a su pérdida.⁶⁰

Es en base a lo anterior que la patria potestad solo puede restringirse a través de una resolución judicial, donde deberán de existir causales justificadas para la limitación, suspensión o pérdida de esta institución; no obstante, a través de un juicio podrán y deberán ser escuchadas todas las partes interesadas; el juzgador basándose en las pruebas aportadas, atendiendo a los principios rectores y al baraje internacional, en la circunstancia especial que concorra caso por caso deberá tomar una decisión que trascenderá no solo en los infantes sino en sus padres por igual⁶¹; dicho procedimiento proporciona seguridad jurídica a la hora de resolver, asegurando a los

⁵⁹ Tesis Aislada XXII.1o.A.C.2 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 52, marzo de 2018, Tomo IV, página 3434 ... “las normas que tutelan a la niñez de verdad logren generar las condiciones apropiadas para favorecer en mayor medida posible su desarrollo integral. En este sentido, sirven de apoyo los artículos 2, fracción III, segundo párrafo, 6, fracciones I, VI, IX y XII, 13, fracciones I, VII y IX, 15, 43 y 50, fracción XVI, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, de acuerdo con los cuales, debe asegurarse el ejercicio de los derechos de la niñez, bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad. Entre esos derechos, se encuentran: a) el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; b) la corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades para tutelar el ejercicio de los derechos de la infancia; c) el derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral; y, d) el derecho a la protección de la salud”.

⁶⁰ Tesis Aislada 1a. I/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 2, enero de 2014, Tomo II, página 1114.

⁶¹ Tesis 1ª. XCI/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 299.

miembros de la familia en este caso, a los padres e hijos que la decisión que se tomó por el juzgador es la más adecuada para el infante, priorizando sus necesidades y su interés superior.⁶²

Los juzgadores están facultados para evaluar las circunstancias de cada caso sometido a su consideración, para que, con el debido análisis de las constancias, adviertan cualquier situación que implique la pérdida de la patria potestad, aun cuando no se trate de alguna de las causales alegadas por las partes, lo que se justifica en la institución de la suplencia de la queja.⁶³

La pérdida de la patria potestad constituye una sanción cuya gravedad implica que sólo se decrete excepcionalmente, en tanto que no es una medida que tenga una finalidad admonitoria para los progenitores, sino que por medio de ella se busca la protección de los intereses del infante.⁶⁴ A juicio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la privación de la patria potestad se justifica por una falta grave de las obligaciones inherentes a la misma ya que, en definitiva, lo que importa es el bien de los hijos, cuyo interés es el único y exclusivo fundamento de la función en la que se configura la patria potestad.⁶⁵

- Los límites en el ejercicio de la patria potestad: Los titulares tienen libertades en cuanto a la forma en que ellos deciden ejercer los derechos y las facultades que se les confiere de la patria potestad, dicha libertad está condicionada a los límites que marca el cumplimiento de los deberes en su ejercicio.⁶⁶

⁶² Tesis 1ª. XCII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 298.

⁶³ Tesis Aislada I.15o.C.65 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 76, marzo de 2020, Tomo II, página 955

⁶⁴ Tesis Aislada I.5o.C.99 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 52, marzo de 2018, Tomo IV, página 3429

⁶⁵ Tesis jurisprudencial 1a./J. 63/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 37, diciembre de 2016, Tomo I, página 211

⁶⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia, op. cit.*, p. 693.

No sería posible que el ejercicio de la patria potestad estuviese exento de límite jurídico alguno o que no se limitara al cumplimiento de diversos deberes legales necesarios para el correcto desarrollo del infante; adoptando un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana.⁶⁷

En otro de los supuestos cuando se habla específicamente de la educación que imparten los progenitores o los cuidadores que ejercen la patria potestad, la tesis Aislada de nombre DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. LA LEY GENERAL RELATIVA RECONOCE LOS DERECHOS PARENTALES DE EDUCAR A LOS INFANTES DE EDAD, reconoce que son aquellos quienes deberán orientar, supervisar y, en su caso, restringir, las conductas y hábitos de niñas, niños y adolescentes, siempre que atiendan al interés superior de la niñez” e inclusive se les imponen la obligación a las autoridades federales y locales de dotarles de las herramientas para llevar a cabo su función⁶⁸; los padres u otros cuidadores tienen el derecho y el deber de educar o corregir a los hijos, dicha educación o corrección debe impartirse en un marco de respeto a la dignidad y los derechos de la niñez. La Convención sobre los Derechos del Niño, no puede prescribir detalladamente de qué manera los padres deben relacionarse con sus hijos u orientarlos; sin embargo, sí ofrece un marco de principios que sirve de guía para las relaciones dentro de la familia, porque los niños aprenden lo que hacen los adultos.⁶⁹

- Se rige por los principios de respeto y mutua consideración: Para que dentro de la familia impere un ambiente armonioso y se logre una convivencia pacífica entre ascendientes y descendientes debe de establecerse una

⁶⁷ Tesis Aislada 2a. CXLII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 38, enero de 2017, Tomo I, página 795

⁶⁸ Tesis Aislada 2a. CXXXVI/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, enero de 2017, Tomo I, página 793

⁶⁹ Tesis Aislada I.9o.P.174 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 50, enero de 2018, Tomo IV, página 2369

responsabilidad entre ambos de relacionarse de manera respetuosa y empática; por parte de los ascendientes deben actuar teniendo consideraciones de las necesidades individuales de los infantes y por otro lado los descendientes obedecer las reglas o mandatos establecidos por sus progenitores. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dispone:

ARTÍCULO 411.- En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos (sic), cualquiera que sea su estado, edad y condición.

Quienes detentan la patria potestad tienen la responsabilidad de relacionarse de manera armónica con sus hijos menores de edad, independientemente de que vivan o no bajo el mismo techo.

- Es imperativa: En quienes desempeñan la patria potestad no existe la libertad de decisión sobre si la ejercen o no, es una institución cuyas funciones son obligatorias para aquellos quienes la ejercitan, al menos hasta que el infante pueda desempeñarlas por el mismo en la mayoría de edad.
- Es imprescriptible: Cuando hablamos de derechos familiares, la prescripción no opera, exclusivamente en el ámbito de la relación con derechos reales y personales⁷⁰, entendiéndose esta como “un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley”.⁷¹

En ese tenor, los derechos y deberes que se derivan de la imposición de la patria potestad no prescriben, aunque pase el tiempo no se extinguen, a excepción que opere alguna de las causales establecidas en el código por el legislador.

- Es irrenunciable: No se puede renunciar a ejercer la patria potestad debido a que en todo momento se tiene que procurar proteger el bienestar del infante

⁷⁰ Jiménez García, Joel Francisco, op. Cit., p. 26

⁷¹ Artículo 1135 del Código Civil Federal, *Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 2021. Consultado en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf.htm>

que se encuentre en esa situación⁷², y el permitir que fuese renunciable su desempeño implicaría el abandono del deber de custodia de los infantes, y esto sería contrario a salvaguardar la protección de sus derechos.

A nivel local, esta regla la encontramos en el artículo 457 del Código Civil para el Estado de Tabasco, donde a la letra nos indica “No es renunciable el ejercicio de la patria potestad”.

El Alto Tribunal ha manifestado que:

La patria potestad es irrenunciable. Tal irrenunciabilidad es evidente y encuentra su fundamento en dos ideas cardinales: la primera es que la patria potestad no constituye un genuino y propio derecho subjetivo o poder jurídico que se atribuye al titular para la consecución o logro de su interés, sino que, por el contrario, constituye una función jurídica o potestad. Frente a los derechos subjetivos, las potestades son poderes jurídicos que se atribuyen a una persona, no para que se realice a través de ellos sus propios intereses, sino el interés de otra u otras personas. Confluyen, por ello, en la edad de potestad, junto al elemento de poder jurídico, un elemento de deber o de una autoridad en el ejercicio. La regla del artículo 6° del código civil (renunciabilidad de los derechos privados) es plenamente aplicable a los derechos subjetivos, pero, en cambio, no lo es aquellas situaciones de poder jurídico que deben ser incluidas dentro del marco técnico de las potestades. El segundo fundamento de la irrenunciabilidad de la patria potestad se encuentra en el hecho de que de renunciar sea esa potestad, ello se haría, indudablemente, contra el orden público y en perjuicio de tercero, entendido el orden público como el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas. Desde este punto de vista no cabe duda de que constituye un principio general de nuestro derecho del carácter total de la patria potestad. Por otra parte, la renuncia siempre se produciría en perjuicio de tercero, cuyo tercero qué es el hijo, a quién

⁷² Tesis Aislada I.6o.C.278 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVII, junio de 2003, página 1037

perjudica indudablemente el que el padre o la madre se liberen de aquellos deberes que la potestad paterna les impone.⁷³

- Es excusable: Quedó establecido que la patria potestad es irrenunciable, más, sin embargo, en la ley suele contemplarse algunos supuestos en los que, si se permite a las personas que ostentan la patria potestad excusarse del ejercicio de la misma por mandato judicial, los casos más comunes son los siguientes:
 - Que tengan sesenta años cumplidos
 - Que por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño.⁷⁴

Estas dos causas son consideradas como la regla general, que pueden ser expuestas por cualquiera de las personas a las que les corresponde el ejercicio de la patria potestad; por otro lado, hay que tomar en consideración que en otras entidades federativas como por ejemplo Yucatán, se agrega como causal el hecho de padecer una “precaria situación económica”, tal cual se enuncia en su artículo 348 del Código Civil para el Estado de Yucatán.

4. Sujetos sobre los que se ejerce la patria potestad

Nos referiremos al Código Civil Federal para determinar que personas son las que pueden estar sujetas a patria potestad, en específico el artículo 412 de dicho código nos menciona que: Los hijos menores de edad están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley.

En la gran mayoría de los Códigos civiles de los Estados, se ha tomado esta misma consideración en la tesitura de la redacción de lo que corresponde a quienes están sujetos a la patria potestad, tan es así que en nuestro código civil local lo encontramos plasmado textualmente en el artículo 418; visiblemente se muestra que las únicas personas que están sujetas a la patria potestad son aquellas que sean menores de edad.

⁷³ Tesis I. 13º. C 42 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 2109.

⁷⁴ Artículo 458 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

Ser menores de edad: El artículo 646 del Código Civil Federal establece que la mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos y a su par el artículo 647 nos menciona que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes⁷⁵; por consiguiente, si una persona no ha alcanzado los dieciocho años cumplidos puede estar sujeto a la patria potestad, conforme a la legislación civil, las personas que tienen una restricción a su personalidad jurídica son aquellos que presentan una minoría de edad.⁷⁶

No haberse emancipado: Hasta el año 2019 la emancipación en la República Mexicana era legal, y se le conocía como el “acto jurídico del cual se liberaba al infante de la patria potestad o de la tutela que ejercía sobre él sus progenitores, abuelos o ascendientes colaterales y le otorgaba la administración de sus bienes y el gobierno de su persona”⁷⁷. La emancipación se origina del matrimonio, cuando un menor de edad contraía nupcias se lograba emancipar, y mediante ese acto dejaba de estar sujeto a la patria potestad.

Fue debido al impulso de diversos organismos internacionales como la UNICEF y ONU mujeres, y de la sociedad civil, en unión de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes y siguiendo lo dispuesto en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el 13 de julio de 2016 se reformaron y derogaron diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal, entre ellos el 148⁷⁸, estableciendo que la

⁷⁵ Código Civil Federal, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 2021. Consultado en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf.htm>

⁷⁶ Artículo 23 del Código Civil Federal: “La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”.

⁷⁷ La palabra emancipación proviene del verbo latino emancipare, que significa “el que toma en sus manos”, y “soltar de la mano o sacar del poder a alguien”, Magallón Ibarra, Mario (coord.), *Compendio de términos de derechos civil*, México, Porrúa/UNAM, 2004, p. 225; De Pina, Rafael y De Piña Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, 37ª. Ed., México, Porrúa, 2008, p. 262

⁷⁸ Sandoval, Eduardo, “La derogación de la Emancipación”, Notaria 233 de la Ciudad de México, titular Ángel Gilberto Ándame López, Consultada en <https://notaria233.com/la-derogacion-de-la-emancipacion>

edad mínima para contraer matrimonio sería de 18 años cumplidos, con lo que quedaría prohibido a partir de esa fecha en la Ciudad de México.

A causa de la reforma del año 2016 se impulsó un movimiento, que logró que el decreto fuera publicado el 3 de junio de 2019 en el Diario Oficial de la Federación por el que se reformaron y se derogaron diversos artículos del Código Civil Federal⁷⁹ y así pasó de ser una modificación local a un mandato nacional donde se estipuló que para contraer matrimonio es requisito haber cumplido 18 años, quedando así establecido para el resto de la República Mexicana, únicamente Baja California con algunas excepciones, fue así como la emancipación quedó derogada en todo el territorio nacional.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL CUIDADO DE LOS INFANTES: PERSONAS QUE PUEDEN EJERCER LA PATRIA POTESTAD.

Los sujetos que la ley marca como las personas en las que puede incurrir el desempeño de la patria potestad son:

1. Los padres

Ha quedado establecido que “La patria potestad es un derecho fundado en la naturaleza de la relación paterno filial, reconocido y protegido por la ley, cuyo ejercicio corresponde, ante todo, a los padres del infante”.⁸⁰

Hoy en día, la patria potestad se configura como una función que se le encomienda a los padres en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial.⁸¹

Una de las características esenciales de la institución de la patria potestad va dirigida a lograr la formación integral del infante a partir de la intervención de los

⁷⁹ Decreto por el que se reforman y derogan diversas disposiciones del Código Civil Federal, en materia de prohibición del matrimonio infantil, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 2019. Consultado en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf.htm>

⁸⁰ Tesis Aislada VII.2o.C.92 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, mayo de 2005, página 1499

⁸¹ Tesis Jurisprudencial 1a./J. 42/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 19, junio de 2015, Tomo I, página 563

padres que ejercen su derecho derivado de la relación natural paterno-filial, de proteger y educar a sus descendientes directos.⁸²

Las personas que se encargan como titulares del ejercicio de la patria potestad son los padres, es por ello que se presume legalmente que esta institución en un primer contexto se le debe de asignar al padre y a la madre, salvo que exista algún factor que pruebe lo contrario.⁸³

En los inicios la patria potestad era individual, como vimos se le atribuía al progenitor hombre, puesto que era quien ejercía el poder sobre la familia considerada esta no solo como los hijos sino también sobre la mujer; en la actualidad por regla general, los padres conjuntamente son quienes ejercen el ejercicio de la patria potestad en consonancia, esto indudablemente con el paso del tiempo se ha visto benéfico para la familia gracias a la igualdad de derechos entre hombre y mujer, y en ponderación de los principios de corresponsabilidad parental y de coparentalidad que veremos en capítulos más adelante, puesto que el desempeño conjunto de ambos padres resulta lo más conveniente y adecuado para el infante.⁸⁴ Como se establece dentro de nuestro Estado, a modo de ejemplo, se transcribe a continuación:

Artículo 420 del Código Civil de Tabasco: La patria potestad se ejerce por el padre y la madre juntamente.

Solo a falta o impedimento de alguno de los progenitores compete al otro ejercer la patria potestad de manera unilateral⁸⁵, así queda estipulado en el artículo 414 del Código Civil Federal “La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro”.

⁸² Tesis Aislada 1a. XCII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXII, septiembre de 2005, página 298.

⁸³ Tesis 1ª.J. 82/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, enero de 2007, p. 204

⁸⁴ Tesis VI.2º.C 417 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1498.

⁸⁵ Tesis VI.2º. C.417 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1498

Cabe hacer mención una vez que quedo claro que la fuente de la patria potestad es la filiación, que aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio también se les aplica las mismas reglas, de manera que “los hijos nacidos fuera de matrimonio, menores de edad están bajo la patria potestad de ambos padres, y cuando estos no vivan juntos, de común acuerdo decidirán quien tendrá su custodia,⁸⁶ y cuando por alguna circunstancia no continuase ejerciendo uno de ellos la patria potestad, el otro será quien deba hacerlo”.

2. Abuelos

Habiendo precisado que los primeros sujetos capaces de ejercer la patria potestad son los padres, en un segundo plano cuando ambos progenitores estén imposibilitados por causas justificables de desempeñar las obligaciones que con ella deviene la institución de la patria potestad, pasaran a ser los abuelos quienes puedan acreditar este cargo, de manera que en ningún caso pueden ejercer la patria potestad, conjunta o simultáneamente, los padres y los abuelos.⁸⁷

Cuando aún vivan los abuelos por ambas líneas, será la autoridad judicial quien dictará si el o los infantes están mejor con los abuelos maternos o con los abuelos paternos, eso en base a las circunstancias específicas del caso ponderando los criterios que correspondan conforme a las pruebas aportadas y tomando siempre en consideración el interés superior del infante; con una unificación de criterios será la vía por la que se designará la patria potestad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido bajo la Tesis jurisprudencial un criterio que nos alude a que en el deber y el derecho de ejercer la patria potestad y la guarda y custodia; estos efectos, en primera instancia, recaen sobre los ascendientes directos en primer grado, esto es, en el padre o la madre, por lo que a falta de éstos corresponde, generalmente, a los ascendientes directos en segundo grado, es decir, a los abuelos en ambas líneas (materna o paterna). Lo

⁸⁶ En la legislación sustantiva civil, tanto federal como local, suele establecerse que en el caso de que el reconocimiento del menor no se haga en el mismo acto por ambos padres, sino de manera sucesiva, la custodia corresponderá al que primero lo haya reconocido. Cfr. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. I, Primera Parte- 1, enero a junio de 1988, p. 299

⁸⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, México, Porrúa, 2008, pp. 593-596; Tesis IV.3º. C.15 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, noviembre de 2003, p. 998.

único que habrá que determinar es la aptitud e idoneidad del ascendiente en primer o segundo grado, para cumplir con los deberes y las obligaciones para resguardar los derechos del infante.⁸⁸ Existe entre los ascendientes en segundo grado del infante el deber correlativo de velar por la seguridad e integridad corporal del citado infante, el cuidado de dirigir su educación, vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el de contribuir a la formación de su carácter.⁸⁹

A manera de ejemplo, de lo anteriormente citado, podemos encontrar plasmado en nuestra legislación local y federal lo señalado previamente:

Artículo 425 del Código Civil de Tabasco “Solamente por falta o impedimento del padre y de la madre, la patria potestad corresponde al abuelo y a la abuela paternos y maternos”.⁹⁰

Artículo 414 del Código Civil Federal “A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los infantes, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso”.⁹¹

Se puede concluir que solo mediante la falta o el impedimento de los progenitores en este caso el padre o la madre, la patria potestad podrá atribuírsele a los abuelos maternos o paternos sin sujeción a ningún orden, quedando establecido que deberán de ser los dos quienes la ostenten en caso de que se hallen con vida de modo conjunto.

⁸⁸ Tesis Aislada 1a. XXI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, enero de 2015, Tomo I, página 766 ... “Debe buscarse la mayor afinidad e identificación de los descendientes con sus ascendientes, para lo cual es necesario tomar en cuenta la edad, la plenitud y el mejor grado de preparación de los ascendientes, así como la estabilidad económica para satisfacer las necesidades alimentarias, y en sí las condiciones más favorables para el desarrollo del infante”.

⁸⁹ Tesis Aislada VII.2o.C.74 C, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*. Tomo XIV, agosto de 2001, página 1381

⁹⁰ Código Civil para el Estado de Tabasco, Última reforma mediante Decreto 079 de fecha 19 de octubre de 2022, publicado en el Periódico Oficial del Estado número 8362 Spto “K” de fecha 26 de octubre de 2022. Consultado en <https://congresotabasco.gob.mx/leyes/>

⁹¹ Código Civil Federal, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 2021. Consultado en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf.htm>

3. Adoptantes

La adopción es un acto jurídico en virtud del cual una persona, a la que se le conoce como adoptante, recibe como hijo a otra, denominada adoptado, generando entre ellos derechos y obligaciones.

En virtud de la adopción surgen entre adoptante y adoptado relaciones análogas a las que resultan de la filiación legítima,⁹² y es por ello que a aquel le corresponde ejercer la patria potestad sobre este.

Cuando se habla de una adopción simple, las obligaciones y sus efectos son apropiados de los sujetos que en ella intervienen, hablamos del adoptante y del adoptado, estos adquieren los derechos y las responsabilidades que derivarían de un padre y su hijo⁹³, en este supuesto el adoptante será el único que podrá ejercer la patria potestad sobre el adoptado.

En el caso de la adopción plena, el infante que será adoptado adquiere la personalidad de un hijo consanguíneo para todos los efectos legales, y gracias a ello, forma parte de la familia de los adoptantes y como en el anterior supuesto, adquiere los derechos y responsabilidades que el hijo de sangre⁹⁴; la única diferencia tangible en este supuesto es que a la muerte o cuando faltase el adoptante, serán los padres de este quienes pasarán a ejercer la patria potestad⁹⁵.

Respecto a lo plasmado, encontramos en nuestro código civil local el ejercicio de la patria potestad cuando se trata de hijos adoptivos en el artículo 421.

III. DERECHOS Y DEBERES INHERENTES A LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad como hemos venido señalando, representa un conjunto tanto de derechos como de deberes que se les son asignados a los ascendientes, quienes son los que tendrán las aptitudes para cumplir con las cargas que se les son impuestas en beneficio del infante para su protección y cuidado, siempre priorizando lo que sea mejor para preservar el interés superior de su menor de edad

⁹² De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, op. Cit., p. 61

⁹³ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*, 26ª. Ed., México, Porrúa, 1995, t. I, p. 456.

⁹⁴ Magallón Ibarra, Mario (Coord.), *Compendio de términos de derechos civil, op., cit.*, p.10

⁹⁵ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, op., cit., p. 269

descendiente; y, por ello, no se caracterizan por una situación de oposición, esto es, no son derechos oponibles a las obligaciones de otros.

Tanto los derechos como los deberes recaen en la misma persona, y por ello suele hablarse de derechos-deberes inherentes a la patria potestad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deja asentado dentro de su Novena Época que "El establecimiento y definición de los derechos derivados de la patria potestad no sólo se refiere al derecho del niño a convivir con ambos padres o su representación legal, sino también se refiere a la protección integral del infante en sus aspectos físico, moral y social, su guarda y su custodia, la administración de los bienes y el derecho de corrección",⁹⁶ y es en base a esto que de los derechos-deberes se encuentran:⁹⁷

1. *Guarda y custodia*

Entre los derechos inherentes a la patria potestad se encuentra, de manera destacada, el de guarda y custodia del infante el punto fundamental a considerar en el otorgamiento de la guarda y custodia es el interés superior del niño con la intención de que éste reciba afecto, cuidados, educación y las condiciones adecuadas para su desarrollo. Ahora bien, la idoneidad de una persona para ejercer la guarda y custodia de un menor de edad debe atender únicamente a la posibilidad de brindarle cuidado y protección.⁹⁸

La guarda y custodia, según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, implica, esencialmente, "la posesión, vigilancia, protección y cuidado del infante, y constituye una de las prerrogativas de la patria potestad", prerrogativa que "no se puede entender des vinculada de la posesión material de los hijos, porque

⁹⁶ Tesis Aislada 1a. CXI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVIII, diciembre de 2008, página 236

⁹⁷ Jiménez García, Joel Francisco, *op., cit.*, pp. 19-21; Gámez Perea, Claudio R., *op., cit.*, pp. 848-854; Lozano Ramírez, Raúl, *op., cit.*, pp. 267-270; Estrada González, Martha Eréndira y Mendoza Martínez, Gerardo, *op., cit.*, pp. 41-42; Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *op., cit.*, pp. 273-274; y, Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas Familia, op., cit.*, p. 698.

⁹⁸ Tesis Aislada VII.2o.C.218 C (10a.), *publicada en el Semanario Judicial de la Federación*, Libro 74, enero de 2020, Tomo III, página 2578

tal posesión es un medio insustituible para protegerlos, cultivarlos física y espiritualmente y procurarles la satisfacción de sus necesidades".⁹⁹

La guarda y custodia es una institución que describiremos a profundidad más adelante en otro capítulo, por el momento la analizaremos a grandes rasgos y de lo externado previamente podemos decir que a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales; y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos.¹⁰⁰

El ejercicio de la patria potestad o la tutela que los padres tienen legalmente sobre sus hijos menores de edad, son derechos innegables que les permiten decidir sobre su educación, seguridad física, psicológica y sexual y, a su vez, le impone responsabilidades inherentes a su bienestar.¹⁰¹ De esta forma, por regla general el ejercicio de la patria potestad trae aparejada la guarda y custodia del infante.

2. *Visita y convivencia*

Este derecho es creado e impuesto para proteger y preservar las relaciones que existen entre el infante y el progenitor que no ejerce la custodia, ya sea el padre o la madre, tendrán ambos el derecho de convivir con él y de visitarlo.¹⁰²

La convivencia de los infantes con sus padres y con la familia de ambos, permite el sano desarrollo de aquéllos, pues conlleva al conocimiento y trato directo que tienen los infantes con sus ascendientes y demás parientes a fin de lograr su cabal integración al núcleo familiar y obtener identidad plena al grupo social al que pertenecen. El derecho de visita y convivencia con sus progenitores debe catalogarse como un derecho fundamental del infante porque es tendente a proteger

⁹⁹ Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vols. 217- 228, Cuarta Parte, p. 133; y, Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, vols. 217- 228, Cuarta Parte, p. 250

¹⁰⁰ Tesis Aislada 1a. CLXIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 225

¹⁰¹ Tesis Aislada I.5o.C.145 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 2158

¹⁰² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op., cit.*, pp. 606-607

su interés superior, siendo éste por tanto de orden público y de interés social, y sólo se impedirá esa convivencia con alguno de sus padres cuando se estime razonadamente que resultaría más perjudicial que benéfico al infante.¹⁰³

Nuestro Código Civil local establece referente a la convivencia, lo siguiente:

ARTÍCULO 281, fracción V. Quienes ejerzan la patria potestad deben permitir el acercamiento constante de los infantes con sus ascendientes, salvo causa justificada y por razones de seguridad de los infantes. En consecuencia, evitarán cualquier acto de alienación parental.¹⁰⁴

El juzgador protegerá y hará respetar el derecho de convivencia de los padres, salvo que existan riesgos para la seguridad de los infantes.

Así, aunque el derecho-deber de vista y convivencia se estatuye a favor de los titulares de la patria potestad, su ejercicio se encamina, primordialmente, a la conservación de un entorno saludable y favorable para el pleno desarrollo personal y emocional del infante.

Por esta razón, el referido derecho se ha definido como "El régimen de convivencia o derecho de visita es un derecho fundamental de los infantes y debe tener siempre como eje rector, el principio de interés superior de éstos, el cual busca asegurar la continuidad de las relaciones personales entre los infantes y el progenitor no custodio, sus abuelos y otros parientes o allegados, desde luego, sin soslayar que este derecho no es absoluto, pero tampoco está sujeto a la decisión arbitraria de cualquiera de los padres, sino que debe atenderse al caso concreto

¹⁰³ Tesis jurisprudencial VI.2o.C. J/16 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 17, abril de 2015, Tomo II, página 1651... "Por lo que, ante tal situación, en aras de ese supremo derecho que tienen los niños a ser amados y respetados, sin condición alguna, por regla general sus progenitores deben ejercer tanto la guarda y custodia, como el derecho de visita y convivencia, en un ambiente de comprensión y respeto para con sus hijos, procurando en todo momento su pleno desarrollo físico y mental".

¹⁰⁴ Código Civil para el Estado de Tabasco, Última reforma mediante Decreto 079 de fecha 19 de octubre de 2022, publicado en el Periódico Oficial del Estado número 8362 Spto "K" de fecha 26 de octubre de 2022. Consultado en <https://congresotabasco.gob.mx/leyes/>

para determinarlo y puede estar limitado de forma temporal, espacial y modal, para asegurar su bienestar y su estabilidad emocional”.¹⁰⁵

A través del derecho-deber de visitas y convivencias se busca, por ende, que el infante se relacione e interactúe con sus familiares,¹⁰⁶ razón por la cual dicho derecho sólo puede limitarse, suspenderse o perderse en el supuesto de que su ejercicio sea perjudicial para el infante, y siempre a través de una resolución judicial que debe ser dictada tomando en cuenta la opinión del menor de edad.¹⁰⁷ Resulta ilustrativa al respecto, la tesis jurisprudencial que, en lo conducente, se transcribe a continuación:

“La convivencia de los infantes con sus padres y con la familia de ambos, permite el sano desarrollo de aquéllos, pues conlleva al conocimiento y trato directo que tienen los infantes con sus ascendientes y demás parientes a fin de lograr su cabal integración al núcleo familiar y obtener identidad plena al grupo social al que pertenecen. En tal virtud, el desarrollo normal de un menor de edad se produce en el entorno de éste y su armonía con la familia y grupo social al que pertenece, que le permite y otorga la posibilidad en atención a sus capacidades físicas y mentales, para su preparación a una vida independiente en sociedad, con la percepción de respeto en razón a los derechos que les asisten a los demás; lo cual se logra alcanzar cuando se garantizan sus derechos a la vida, integridad física y mental, salud, identidad, familia y fundamentalmente la convivencia con los padres, en tanto que ello no le resulte más perjudicial que benéfico”.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Tesis Aislada (IV Región) 2o.19 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 58, septiembre de 2018, Tomo III, página 2505

¹⁰⁶ Los tribunales de la Federación han colegiado que el derecho de visitas y convivencia no solamente vincula al menor con sus padres, sino que también rige en relación con sus parientes (abuelos, tíos, primos), allegados y amigos: Tesis I.5º.C 121 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2269

¹⁰⁷ Tesis I.5º.C 129 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2338; Tesis I.5º.C 130 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2338; Tesis I.5º.C 133 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2340; Tesis I.5º.C 138 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2339.

¹⁰⁸ Tesis Jurisprudencial VI.2o.C. J/16 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 17, abril de 2015, Tomo II, página 1651

El derecho de visitas y de convivencia puede ser limitado o suspendido por orden de autoridad judicial, siempre y cuando al darse resulte dañino para el infante,¹⁰⁹ hay casos en los que uno o ambos ascendientes no ejerzan la patria potestad sobre el infante, pero conservan el derecho de visita y de convivencia, por ello se dice que este derecho surge de la filiación misma y no de la institución de la patria potestad, al respecto la Suprema Corte se expresó con el siguiente criterio:

El derecho del padre a visitar a sus hijos es una función familiar, un derecho deber establecido fundamentalmente en beneficio de los hijos, y para éstos es un derecho de la personalidad; de manera que si bien quienes ejercen la patria potestad tienen diversas facultades y autoridad ante sus hijos para hacer efectivo el cuidado, protección y formación de éstos, entre ellas, la facultad de convivencia, el derecho del hijo a convivir con sus padres deriva simplemente de su condición de hijo; por ende, no puede estar supeditado a que su padre ejerza la patria potestad, salvo que ello sea contrario al interés del niño¹¹⁰.

3. Educación

Dentro de lo que respecta a los deberes que se encuentra en la patria potestad que tienen los ascendientes para con los infantes uno de ellos es la educación, que debe de brindárseles a los hijos para lograr su adecuado desarrollo intelectual de una manera conveniente y que dentro de aquella que decidan las partes se dé un progreso beneficioso para la niña, el niño o el adolescente, esto se considera un derecho para los ascendientes de poder decidir sobre la educación que se le impartirá a su hijo.

Partimos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en donde se reconoce dentro del artículo 26, fracción 3 que los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos;

¹⁰⁹ Tesis Aislada 1a. VI/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 13, mayo de 2022, Tomo IV, página 3520

¹¹⁰ Tesis Aislada I.4o.C.80 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, mayo de 2005, página 1454; de rubro: "DERECHO DE VISITAS. NO PUEDE ESTAR SUPEDITADO A QUE EL PROGENITOR EJERZA LA PATRIA POTESTAD, SALVO QUE ELLO SEA CONTRARIO AL INTERÉS DEL MENOR".

abundando un poco más en la narrativa, el citado artículo menciona sobre la educación lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.¹¹¹

Los artículos 57 y 76 de la Ley General de Los Derechos de las niñas, niños y adolescentes establece respectivamente, que quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia "tendrán derecho a intervenir en la educación que habrá de darse a niñas, niños y adolescentes", y que "deberán orientar, supervisar y, en su caso, restringir, las conductas y hábitos de niñas, niños y adolescentes, siempre que atiendan al interés superior de la niñez".¹¹²

4. Crianza

El ejercicio de la patria potestad es considerado un poder-facultad concedido a los ascendientes como medio para cumplir con sus deberes respecto a guarda, custodia, crianza, formación y administración de los bienes de sus descendientes.¹¹³

La crianza implica la facultad de instruirlos y dirigirlos, pero, a su vez, conlleva diversas obligaciones, como las que se establecen en el artículo 414 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, a saber:

¹¹¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

¹¹² Tesis Aislada 2a. CXXXVI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, enero de 2017, Tomo I, p. 793.

¹¹³ Tesis Aislada 1a. VI/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, mayo de 2022, Tomo IV, p. 3520.

- I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;
- II. Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades de desarrollo intelectual y escolares;
- III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de éstas por parte del infante, y
- IV. Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del infante.

La Suprema Corte de Justicia en su Tesis Aislada I.3o.C.333 C (10a.), menciona que es derecho de todo infante que en audiencia se les haga de su conocimiento con palabras que comprendan y dirigido a ellos, que tienen derecho a: i) ir a la escuela y aprender, que nadie los puede sacar de ésta (derecho a la educación); ii) sentir protección por ambos padres (deber de crianza); iii) recibir alimentos, jugar, dormir y a que no se les ponga a trabajar (nivel de vida mínimo); iv) ser queridos y no maltratados (derecho a la no violencia); y, v) no ser dañados moral o psicológicamente por alguno de sus padres, ni que alguno de ellos, le hable mal del otro (no violencia).¹¹⁴

La crianza se traduce como aquel deber de educar, guiar y orientar que ejercen los progenitores o aquellos que ostentan la patria potestad para con los infantes; procurando en todo momento inculcarles normas apropiadas de conducta y comportamiento para que contribuyan a su desarrollo, a su vez existe la necesidad de establecer límites que hay que fijar en todo momento para que los infantes crezcan respetando a sus prójimos, y reconociendo lo que es correcto y lo que no, esto podría ser mediante el buen ejemplo que se considera como una de las mejores maneras de educar y criar; dentro de estos requisitos podríamos abundar a la importancia que se tiene por parte de los progenitores de brindarles afecto, amor, protección y cuidado a sus hijos, para que en observancia de sus necesidades no solo físicas, sino también emocionales puedan satisfacerlas en la medida de lo posible.

¹¹⁴ Tesis Aislada I.3o.C.333 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 57, agosto de 2018, Tomo III, página 2864

5. Corrección

Aquellos que ejerzan la patria potestad tienen la facultad de corregir a los infantes, esto con el fin de poner dentro de los límites pertinentes y teniendo la medida adecuada, poder brindarles una educación y crianza correcta, basada en buenos valores. Tal cual queda establecido en el artículo 423 del Código Civil Federal¹¹⁵.

Abundando en lo que se ha mencionado sobre la facultad de corrección que se les confiere a los padres, el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 323 ter¹¹⁶, nos hace mención que: Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar. A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo con las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.

Aquel derecho o facultad para corregir, no debe ni puede implicar o justificar el maltrato de los infantes ya sea físico o psicológico, Lozano Ramírez señala al respecto que, "los padres no están facultados para cometer atrocidades con sus hijos y estos deben corregirlos con piedad, con generosidad; pero de ninguna manera están facultados para cometer brutalidades con personas indefensas que son fruto de su propia sangre".¹¹⁷

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado en sus tesis aisladas dos criterios que tomamos de importancia para lograr una mejor explicación de esta facultad, y ejemplificar no solo sus alcances sino también sus límites. Debe interpretarse de manera congruente y sistemática con las diversas disposiciones normativas de carácter internacional, federal y local que tienden a preservar los derechos de los niños, los cuales contienen, entre otras prerrogativas, el respeto a

¹¹⁵ Código Civil Federal, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 2021. Consultado en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf.htm>

¹¹⁶ Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el diario oficial de la federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto, todos de 1928, última reforma publicada en la G.O.C.D.M.X. el 10 de junio de 2022.

¹¹⁷ Lozano Ramírez, Raúl, *op., cit.*, p. 269.

su integridad, al ofrecerles una vida libre de violencia y es por ello que no se actualiza la causa de justificación del delito que se basa en el ejercicio del derecho de corrección, si quien ejerce la patria potestad o tiene bajo su custodia a un infante, a efecto de corregirlo, llega al extremo de ocasionarle una lesión.¹¹⁸

Los menores de edad deben gozar de una protección reforzada respecto de su integridad personal (psico-física) en orden a su sano desarrollo integral, que exige no justificar como método de corrección o disciplina, el uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocarles dolor, molestia, humillación, o cualquier otra forma violenta, cruel o degradante con ese fin.¹¹⁹

Hasta el momento de los derechos-deberes de los que gozan las partes que tienen en su poder la patria potestad de los infantes, el de la educación, la crianza y corregir en ningún sentido y bajo ninguna causal se pueden justificar su actuar bajo conductas violentas que perjudiquen los derechos de los menores de edad y que les ocasionen un daño en su desarrollo físico y mental; la facultad o el derecho si así se le quiere ver, tiene un carácter pedagógico, no punitivo.

6. *Suministro de alimentos*

Si bien el derecho-deber alimentario de los padres biológicos o adoptivos y, en su caso, de los abuelos o parientes consanguíneos, no es consecuencia directa de la patria potestad, sino del parentesco existente entre ellos, se tiene que, por regla general, es en los sujetos a quienes se atribuye el ejercicio de la patria potestad del infante en quienes, primordialmente, recae la obligación de proporcionarle alimentos, entendiéndose por tales "los satisfactores que, en virtud de un vínculo reconocido por la ley, una persona con capacidad económica debe proporcionar a otra que se encuentra en estado de necesidad, a efecto de que esta última cuente con lo necesario para subsistir y vivir con dignidad".¹²⁰

¹¹⁸ Tesis Aislada II.1o.P.151 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, marzo de 2010, página 3009... "en la actualidad existen diversos métodos para corregir mesuradamente a un menor, sin necesidad de ejercer violencia física en su contra."

¹¹⁹ Tesis Aislada 1a. XLIX/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 80, noviembre de 2020, Tomo I, p. 941.

¹²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Alimentos*, México, SCJN, 2010, serie Temas selectos de derecho familiar, núm. 1, p. 7

La obligación alimentaria que tienen los progenitores en relación con sus hijos surge como consecuencia de la patria potestad, esto es, como resultado de un mandato constitucional expreso que les vincula a procurar el mayor nivel de protección, educación y formación integral, siempre en el marco del principio del interés superior del infante y con la característica de que recae en cualquiera de los padres, es decir, es una obligación compartida sin distinción de género.¹²¹

Dentro del Código Civil local en el artículo 167 encontramos la obligación de alimentos, el legislador dejó plasmado en este número que, los alimentos de los cónyuges y de sus hijos serán a cargo de aquéllos, por partes iguales.

Pueden los cónyuges, por convenio, repartirse en otra proporción el pago de los alimentos. Si no llegan a un acuerdo y no estuviesen conformes con el cincuenta por ciento fijados por este artículo, la proporción que a cada uno de ellos corresponda en el pago de los alimentos dependerá de sus posibilidades económicas.¹²²

Otro numeral que encontramos dentro de nuestra legislación es el referente al artículo 280, fracción V, el cual nos dice que al admitir la demanda de divorcio necesario o antes, se adoptara la disposición de Señalar y asegurar los alimentos que debe dar el deudor alimentario al cónyuge acreedor y a los hijos. De manera más detallada dentro del mismo Código encontramos un capítulo II De los Alimentos que comienza del artículo 297 al 319, que nos detalla con mayor exactitud quienes pueden pedir los alimentos, las condiciones, las obligaciones, que comprende y cuando cesa esta obligación.

Tratándose de alimentos por concepto de educación, éstos duran hasta en tanto el acreedor obtenga su título y la cédula profesional correspondiente, a efecto de estar en posibilidad de obtener un trabajo remunerado con el que sea capaz de

¹²¹ Tesis Jurisprudencial 1a./J. 42/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, página 288...” ésta no termina cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, sino que se mantiene mientras éstos finalizan sus estudios y encuentran un trabajo que les permita independizarse económicamente”.

¹²² Código Civil para el Estado de Tabasco, Última reforma mediante Decreto 079 de fecha 19 de octubre de 2022, publicado en el Periódico Oficial del Estado número 8362 Spto “K” de fecha 26 de octubre de 2022. Consultado en <https://congresotabasco.gob.mx/leyes/>

satisfacer sus necesidades por sí mismo.¹²³ Se debe de tener presente en todo momento la necesidad de la cónyuge y de los hijos menores de edad de recibir alimentos, como prioritaria.

7. Representación legal del infante.

Hasta que las niñas, niños y adolescentes alcancen la mayoría de edad tienen restringida su personalidad,¹²⁴ tendrá que ser por medio de sus representantes legales que puedan ejercitar sus derechos o contraer obligaciones, según lo establece el artículo 23 del Código Civil Federal que, a modo ilustrativo, se transcribe enseguida:

Artículo 23. La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.¹²⁵

Se habla de la incapacidad natural y legal de los menores de edad que los limita para tomar parte en la participación jurídica, y es por eso la necesidad de que cuenten con representantes legales para hacer valer sus derechos y defenderlos, para en nombre de ellos celebrar actos jurídicos y en su representación comparecer en juicio; quienes ejercen la patria potestad son los que están capacitados de primera mano para ser los representantes legales de aquellos menores de edad quienes vendrían siendo sus hijos, puesto que son sus progenitores los más aptos para defender los derechos e intereses de los infantes en juicio.

Quienes ejercen la patria potestad del infante tienen, por tanto, la representación tanto judicial como extrajudicial de éste, pues al asumir la función

¹²³ Tesis Aislada VII.1o.C.59 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 72, noviembre de 2019, Tomo III, p. 2177.

¹²⁴ Tesis Aislada 1a. CXI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVIII, diciembre de 2008, p. 236.

¹²⁵ Código Civil Federal, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 2021. Consultado en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf.htm>

protectora del niño adquieren la responsabilidad de actuar en interés de él¹²⁶ y, por ende, su representación,¹²⁷ de modo que sólo en el caso de que las personas tengan un interés opuesto al del infante éste debe ser representado por un tutor nombrado por el juzgador.

Cuando un infante sea parte dentro de un juicio, es necesario que sea debidamente representado; en ese sentido, de acuerdo con la legislación civil, los progenitores, tutores o quienes ejerzan la patria potestad sobre los menores de edad son sus legítimos representantes.¹²⁸

Al estar en juego el interés superior del infante, su ámbito de protección no puede analizarse en un auto de trámite; además, la recurrente inadvierte que el quejoso promovió juicio de amparo por propio derecho y en representación de su hijo, por tanto, la admisión de la demanda de amparo se estima legal, con independencia de que la madre sea quien ejerza la custodia del niño, en atención a la teleología de las normas referidas a la suplencia de la queja deficiente.¹²⁹

Ahora bien, dicha representación, según la legislación y los criterios de interpretación emitidos por los tribunales de la Federación, trae aparejadas ciertas implicaciones, como, por ejemplo:

- El domicilio legal¹³⁰ del menor de edad es el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.
- El infante tiene que contar con el consentimiento de quienes ejercen sobre él la patria potestad para que pueda comparecer en juicio

¹²⁶ Se ha señalado que resulta legítimo, justo y jurídico que quienes sobre el menor ejercen la patria potestad intervengan en un juicio en favor de él, a pesar de que tenga nombrado un tutor judicial. Tesis II.2º.C 428 C, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1058.

¹²⁷ Cfr. Tesis XX. 1º. 101 L, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, abril de 2005, p. 1433

¹²⁸ Tesis Aislada II.3o.P.5 K (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Libro 10, septiembre de 2014, Tomo III, p. 2450.

¹²⁹ Tesis Aislada I.9o.P.42 P (11a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. Libro 13, mayo de 2022, Tomo V, p. 4605

¹³⁰ El artículo 30 del Código Civil Federal establece: "El domicilio legal de una persona física es el lugar donde la ley le fija su residencia para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente".

- El infante únicamente puede aceptar o rechazar donaciones a través de quienes detentan su patria potestad.¹³¹

8. Administración de los bienes del infante.

Las personas mayores de edad son las que pueden disponer y hacer uso de sus bienes, aquellos menores de edad sobre quienes se ejerce la patria potestad, por regla general no son aptos ni capaces para poder gozar de la disposición de los bienes que tuviesen hasta que cumplan la mayoría de edad.

A quienes detentan la patria potestad sobre el infante corresponde la administración legal de algunos de los bienes pertenecientes a éste, cuestión que se corrobora con el artículo 433 del Código Civil para el Estado de Tabasco, el cual, a manera de ejemplo, se transcribe enseguida:

Artículo 433. Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están sujetos a ella, y tienen la administración legal de los bienes que pertenecen a éstos, conforme a las prescripciones del presente Código. El que está sujeto a la patria potestad, es el administrador de los bienes que adquiera por su trabajo.¹³²

De los Efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes del hijo los podemos encontrar en el Código Civil para el Estado de Tabasco dentro de sus artículos 433 al 450.

La clasificación de los bienes queda establecida en la legislación civil y es la siguiente:

- Bienes que el infante adquiere por su trabajo.
- Bienes que el infante adquiere por cualquier otro título.

De esta manera, dependiendo del tipo de bienes de que se trate son distintos los efectos que sobre ellos tiene la patria potestad. Así, se tiene que los bienes que el infante adquiere por su trabajo pertenecen en propiedad, administración y

¹³¹ Tesis 1ª./J. 82/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, enero de 2007, p. 204.

¹³² Código Civil para el Estado de Tabasco, Última reforma mediante Decreto 079 de fecha 19 de octubre de 2022, publicado en el Periódico Oficial del Estado número 8362 Spto "K" de fecha 26 de octubre de 2022. Consultado en <https://congresotabasco.gob.mx/leyes/>

usufructo a él,¹³³ sin embargo, tratándose de los demás, la propiedad y la mitad del usufructo¹³⁴ son de él, pero la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen su patria potestad.

Los bienes que ostente el infante en propiedad que no sean producto de su trabajo tienen que ser administrados por aquellos en quienes recae la patria potestad, mediante disposición legal les corresponderá la mitad del usufructo de dichos bienes, a menos que el infante adquiera los bienes que se mencionan por medio de herencia, donación o legado; y que el donador o testador haya estipulado que el usufructo corresponda a la niña, niño o adolescente o a una persona distinta teniendo un fin determinado para ello.

El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejercen la patria potestad, entendiéndose por usufructo "el derecho real, de eficacia temporal que otorga al titular el disfrute de las utilidades que derivan del normal aprovechamiento de la cosa ajena, condicionado con la obligación de devolver, en el término fijado al efecto, la misma cosa o su equivalente"¹³⁵, lleva consigo el cumplimiento de los deberes alimentarios, y demás obligaciones impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, la cual únicamente es exigible cuando se ponen en peligro los bienes del infante, lo cual ocurre en casos como los siguientes:

- Cuando los que ejercen la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén en concurso.
- Cuando contraigan ulteriores nupcias.
- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa.

Debe tenerse presente que quien ejerce la patria potestad sobre el infante puede, en todo caso, renunciar al usufructo a que tiene derecho, considerándose dicha renuncia como una donación hecha a favor del niño¹³⁶ que trae como

¹³³ En términos del artículo 2278 del Código Civil Federal, los hijos sujetos a patria potestad únicamente pueden vender a sus padres los bienes que adquieran por su trabajo.

¹³⁴ En términos de lo dispuesto en el artículo 980 del Código Civil para el Distrito Federal, el usufructo es "el derecho real y temporal de disfrutar los bienes ajenos".

¹³⁵ De Pina, Rafael y De Piña Vara, Rafael, *op., cit.*, p. 492

¹³⁶ Artículo 436 del Código Civil para el Estado de Tabasco. - Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo haciéndolo constar por escrito o por cualquier otro medio que no deje lugar a duda.

consecuencia que se extinga el referido derecho real, derecho que, en todo caso, de no renunciarse, se extingue por la terminación o pérdida de la patria potestad. Ahora bien, por lo que hace a la administración de los bienes que el infante adquiere por cualquier título distinto a su trabajo, debe tenerse presente que aquélla no otorga a quienes la ejercen la facultad de disponer libremente de dichos bienes,¹³⁷ toda vez que dicha administración debe llevarse a cabo conforme a ciertos lineamientos establecidos en la propia legislación:

Ha quedado establecido que la patria potestad se ejerce de manera bilateral, con anterioridad la administración de los bienes debía llevarse a cabo de forma unilateral, lo que implicaba que recaía en una sola persona, en la actualidad, tal y como lo plasma nuestro Código Civil para el Estado de Tabasco en su artículo 443 será conjunta y serán los representantes legales del infante y los administradores de sus bienes con algunas limitantes que el mismo código establece.

IV. EL CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA EN LA DOCTRINA JURÍDICA

Con la información que se mostró en el apartado anterior, podemos visualizar que el concepto de patria potestad está íntimamente ligado al de guarda y custodia, ambos son conceptos que se complementan el uno con el otro; la guarda y custodia deriva de la patria potestad y consiste en los derechos y obligaciones que tienen los padres en relación con los hijos menores de edad llámense niñas, niños o adolescentes; más sin embargo en el tema en el que nos ocupa donde intervienen la separación o la ruptura del vínculo matrimonial debe ser de suma importancia distinguir entre ambos conceptos.

Si buscamos en nuestro Código Civil no encontraremos como tal una definición o estructura de lo que vendría siendo “guarda y custodia”, incluso podemos afirmar, que no existe una definición legal de los términos en cuestión. No obstante, vamos a recoger algunas de las definiciones doctrinales que se han ofrecido respecto al concepto de guarda y custodia.

¹³⁷Tesis XI. 2º. 156 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 1747.

1. ¿Cuál es el significado de guarda y custodia?: Normativamente y por doctrinarios

Etimológicamente, el término custodia nos permite deducir algunas de las características de su ejercicio, así, la Real Academia Española la define como “acción y efecto de custodiar” y, por tanto, “guardar con cuidado y vigilancia”¹³⁸. Debemos partir de una identidad total entre el concepto de “cuidado” de los padres con el de “guarda y custodia”.

Javier Martínez estima que “[...] la guarda y custodia es una figura de Derecho de familia que se integra dentro del contenido personal de la institución de la patria potestad y que entra en juego cuando los progenitores rompen su convivencia, siendo necesario precisar cuál de ellos quedará a cargo de los hijos menores de edad; además abarca la convivencia diaria, el cuidado, alimentación, educación, vigilancia, toma de decisiones, entre otros rubros”.¹³⁹

Guilarte Martín-Calero define la guarda como “aquella potestad que atribuye el derecho a convivir de forma habitual con los hijos menores de edad o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencionalmente o judicialmente (guarda compartida) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los infantes: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los infantes interviniendo su culpa o negligencia.”¹⁴⁰

Dentro del derecho de familia podemos encontrar que para el término por el que se conoce la designación monoparental de la custodia, a esta figura se le atribuyen dos elementos que determinan su naturaleza.

El primero de los elementos es lo que se denomina custodia legal, que implica el conjunto de derechos y obligaciones del padre o de la madre para hacer

¹³⁸ Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [16 de abril del 2021]

¹³⁹ Martínez Calvo Javier, *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.42.

¹⁴⁰ Guilarte Martín-Calero, C. “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial”, *Revista para el Análisis del Derecho*, InDret 2/2008, Barcelona 2008, pp.4, www.indret.com.

y tomar decisiones vitales que afectarán todos los aspectos de la vida del infante; el padre que consiga tener la custodia legal es al que se le atribuirá la autoridad para tomar las decisiones pertinentes en la vida del infante.

En cuanto a la custodia física, se señala que se refiere exclusivamente al tiempo (presencial o material) que se comparte o se dedica al infante directamente, mediante la participación de los padres en el cuidado del hijo. En lo que respecta a nuestro estado, en Tabasco la regla general es una custodia monoparental (a un solo progenitor), en este sentido, por disposición judicial cuando el juez decida que progenitor será el idóneo para ejercer la guarda y custodia del o de los infantes, inmediatamente se verá acreedor a estos dos tipos previamente mencionados; quedando en rezago el progenitor no custodio de su inclusión en la vida y las decisiones concernientes al desarrollo del infante.

La palabra “custodia” también define a su vez el derecho y deber de los progenitores de mantener al hijo en su hogar familiar, así como el derecho y deber de atender a las necesidades de su hijo y proporcionarle los cuidados que necesite cada día, y en este sentido el artículo 5 de la Convención de La Haya de 1980 desprende que el derecho de custodia comprende “aquel derecho que concierne al cuidado del infante, y a la decisión sobre el lugar de residencia”¹⁴¹.

Cuando ambos progenitores siguen en normal convivencia (cuando aún no se ha presentado una ruptura del vínculo matrimonial o una separación) ejerciendo en conjunto la patria potestad, esa convivencia habitual y cotidiana se entiende como la guarda y custodia del NNA (lo que vemos que ocurre no es una atribución misma de la figura separada del ejercicio de la patria potestad, sino más bien en consonancia).

La patria potestad como vimos previamente se suele desarrollar de manera conjunta entre los progenitores; cuando se admiten diversas situaciones de convivencia la custodia se separa de la patria potestad, y se torna un derecho

¹⁴¹ Marón García De Leonardo, María Teresa, “Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida”, *Revista de Derecho Patrimonial*, No. 22/2009, p. 1

independiente que suele tener otras funciones como los alimentos, la educación, el cuidado y la formación¹⁴².

Con lo cual podríamos definir la guarda y custodia de los hijos como la situación de convivencia mantenida entre un infante y su progenitor o sus progenitores y que tiene por objetivo el cuidado, la educación y la formación integral de aquél por parte de éste o de éstos.¹⁴³ Se podría entender como la función de vivir, cuidar y asistir a los hijos, pudiendo atribuirse (bien por acuerdo entre los progenitores o por el Juez) a uno de los progenitores, estableciendo un régimen de visitas para el otro no custodio o a ambos de forma compartida.

Tipos de ejercicio de guarda y custodia:

- a) Guarda y custodia exclusiva, unilateral o individual de uno de los progenitores:

Se atribuye la guarda y el cuidado del infante a uno solo de los progenitores, conviviendo de manera habitual con éste y atribuyéndose al otro progenitor un régimen de visitas. En este caso está claro que el tiempo de convivencia del infante con ambos progenitores no es equiparable, y su determinación depende del acuerdo mutuo al que lleguen entre sí los progenitores o de la decisión del Juez¹⁴⁴, teniendo además que abonar el progenitor no custodio en la mayoría de los casos una pensión a los infantes, conocida como pensión de alimentos.

Este sistema es el que tradicionalmente se ha venido utilizando y atribuyendo por acuerdo de los progenitores o por disposición de un tribunal cuando no exista acuerdo previamente o el acuerdo no garantice el interés superior del infante.

- b) Guarda y custodia compartida:

Se caracteriza por la atribución de la guarda y custodia de los infantes a ambos progenitores, existen diversos tipos de custodia compartida, la atribución de

¹⁴² Lathrop Gómez, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, 2008, p. 205.

¹⁴³ Ragel Sánchez, Luis Felipe, "La guarda y custodia de los hijos", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre del 2001, p.289.

¹⁴⁴ Artículo 366 del Código Civil para el Estado de Tabasco. -Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo, en el mismo acto convendrán cuál de los dos ejercerá la custodia del hijo y, en consecuencia, con quién de ellos habitará; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

la misma va a depender de las características particulares del nuevo sistema de familia tras la separación o divorcio, la reforma al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal que estableció por primera vez en la normativa la custodia compartida brindó una posibilidad extra de un nuevo régimen de atribución para el beneficio de los infantes. A lo largo de esta tesis abordaremos más de cerca la figura.

c) Guarda y custodia ejercida por una tercera persona:

Se encuentra regulado en el artículo 282 del Código Civil para el Estado de Tabasco, al establecer que “Antes de que se provea definitivamente sobre la custodia de los hijos, el Juez podrá acordar a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, así como del Ministerio Público, cualquier medida que se considere benéfica para los infantes, o inclusive disponer que éstos queden bajo el cuidado de cualquiera de los mencionados y cuando a su juicio y previos los estudios del caso, llegare a la convicción de que no es conveniente para los hijos permanecer al lado de ninguno de los progenitores”¹⁴⁵, y supone la atribución a un tercero de la guarda y custodia, lo cual suele acordarse muy ocasionalmente en nuestro sistema.

2. Una aproximación a la guarda y custodia compartida

Como hemos señalado, dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición precisa sobre lo que debemos entender como guarda y custodia, nos encontramos bajo el mismo supuesto cuando se trata del cuidado compartido; es por ello que nos remitiremos al artículo 3 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de la Generalitat Valenciana¹⁴⁶ viene a determinar qué por régimen de convivencia compartida debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores de edad,

¹⁴⁵ Código Civil para el Estado de Tabasco, Última reforma mediante Decreto 079 de fecha 19 de octubre de 2022, publicado en el Periódico Oficial del Estado número 8362 Spto “K” de fecha 26 de octubre de 2022. Consultado en <https://congresotabasco.gob.mx/leyes/>

¹⁴⁶ Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. BOE nº 98, 25/04/2011. Consultada en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7329>

y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores de edad, acordado voluntariamente, o en su defecto por decisión judicial.

Vemos entonces que la custodia compartida es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos, lo que significa que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos.

La psicóloga María José Catalán Frías señala que la guarda y custodia compartida es aquella en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria, del cuidado, atención y educación de los hijos.¹⁴⁷

3. ¿Cómo definimos la custodia compartida?

Sin embargo, no han faltado autores que consideran acertada la utilización del término “compartida” que emplea nuestro ordenamiento jurídico, ya que destacan que la custodia compartida supone la aplicación de los principios de corresponsabilidad y coparentalidad.

Así, por ejemplo, para Hernando Ramos, la opción por la custodia compartida implica reconocer que cada progenitor tiene los mismos derechos y deberes ante sus hijos y en ese sentido la define como “la asunción compartida de autoridad y responsabilidad de derechos y obligaciones entre los padres separados, en relación a todo cuanto concierna a los hijos comunes”¹⁴⁸. Y para Cruz Gallardo “la custodia compartida es un modelo de custodia que no consiste en un simple reparto de períodos de tiempo de convivencia de los hijos. Implica un proyecto educativo común, reflejado en la participación de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo menor de edad (principios de igualdad y responsabilidad material), poniendo fin a la figura del progenitor no custodio, mero receptor de los hijos en el domicilio los fines de semana y los períodos de vacaciones”¹⁴⁹

¹⁴⁷ Catalán Frías, María José, “La Custodia compartida”, *Revista Derecho y Criminología*, 2011, pp. 10-14

¹⁴⁸ García Gómez, Virginia, “Estudio sobre la custodia compartida”, *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, Núm. 1, 2016.

¹⁴⁹ Cruz Gallardo, Benardo, *Guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Madrid, La Ley, 2012.

Guilarte Martí-Calero, define la guarda como: “aquella potestad que atribuye el derecho a convivir de forma habitual con los hijos infantes o incapacitados, de forma permanente o de forma alterna”.¹⁵⁰

Pérez Ureña, mantiene que: “La guarda y custodia compartida es aquel modelo de guarda en el que ambos progenitores se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos infantes”.¹⁵¹

Ortuño Muñoz, define la custodia compartida como “Aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en la que, ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos”.¹⁵²

Para Víctor Ibáñez Valverde, el cuidado conjunto es definido como la conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos¹⁵³. El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con la disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis II.1o.11 C (10a.), define la guarda y custodia compartida como: “Aquella en la que ambos padres

¹⁵⁰ “hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor), bien de forma alterna o sucesiva en los periodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida alternativa) y abarca todas las obligaciones que se originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención, educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia”. Guilarte Martí-Calero, C. “La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial” en Revista para el Análisis del Derecho, en Indret 2/2008, Barcelona 2008, pp.4. www.indret.com. Consulta 06/01/2021

¹⁵¹ Pérez Ureña, A. “El interés del menor y la custodia compartida (comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, de 7 de noviembre de 2003. Publicada en la Revista de Derecho de Familia. Nª 24 de julio 2004, pág. 221 y 2229”, en *Revista de Derecho de Familia* nº 26, 2005 pp. 275

¹⁵² “basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y de distribuir de forma justa y proporcional la atención a las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro”. Ortuño Muñoz, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Edit. Civitas, Navarra 2006, p. 60.

¹⁵³ Ibáñez Valverde, V. (2004): “El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados”, *Boletín de derecho de familia*, año 4, Nª, 40 y 41, nov y dic 2004.

tienen la custodia legal y física de sus hijos, esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los infantes, en igualdad de condiciones”.¹⁵⁴

Por su parte, los tribunales españoles la definen como “una modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental, tras la crisis de la pareja, en la que tanto el padre como la madre están capacitados para establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y la colaboración” y que, además, “gira en torno a un mayor grado de implicación de ambos cónyuges en las cuestiones relativas al cuidado y educación de los hijos. Desde ese punto de vista y no desde el reparto temporal, es como se ha de contemplar la custodia compartida”.¹⁵⁵

4. Antecedentes Legales de la Guarda y Custodia Compartida en el ordenamiento Jurídico Mexicano.

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 estado en constante evolución conforme pasan los años y los tipos de familias van cambiando y aumentando de acuerdo con las permutas que se van presentando en la sociedad y en el propio derecho a lo largo del tiempo.

Cuando hablamos del derecho romano, durante esta época el padre de familia era la figura de autoridad a quien se le atribuía el control sobre todos los miembros; se decía que contaba con el derecho de privar de la vida a los hijos cuando alguno de estos cometía alguna falta. Con el paso del tiempo se le fue limitando esos derechos a esta figura del padre de familia y se empezó a tener la posibilidad de juzgar a la figura masculina, por infanticidio si privaba de la vida a alguno de sus hijos menores.

Se dejó de ver a los infantes como objetos y el reconocimiento de sus derechos se tornó un tema de prioridad a nivel mundial a medida que en la

¹⁵⁴ Tesis II.1o.11 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*. Decima Época. Libro 10, septiembre de 2014, Tomo III, página 2426

¹⁵⁵ Sentencia de la audiencia provincial de Barcelona de 9 de marzo de 2007.

actualidad en casos en donde se presente un exceso en el castigo a los hijos, se podrá juzgar al padre o a los padres por ello.

La custodia por muchos años se le atribuyó exclusivamente al padre debido a la creencia y afirmación que para criar y mantener en obediencia a los hijos se necesitaba que el cuidador legal fuese el padre hasta que estos cumplieran la mayoría de edad o se probara que era incapaz de tenerla, ya que su deber era mantener, proteger y educar a sus hijos y así quedó establecido por la ley; en cuanto a la madre, esta carecía de autoridad frente a sus hijos, solo le debía respeto y reverencia a su marido.

Gradualmente, la ley presentó modificaciones, se les reconocieron derechos a las madres para la crianza y educación de sus hijos, con la limitante de la edad, siempre y cuando estos fueran menores de siete años de edad. Posterior al año 1990, notamos mejores cambios en nuestra legislación, los criterios fueron cambiando a la par que la sociedad evolucionaba y se iban presentando mayores necesidades en los cuidados de la familia; es así como se regula la custodia de los hijos con preferencia hacia las madres y se les reconoce su lugar dentro de la familia como parte esencial de la misma, los derechos y obligaciones que por muchos años se le atribuyeron únicamente al padre, ahora se les concedió a las madres por igual en la crianza de sus hijos sin limitante en la edad.

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 durante la minoría de edad de los hijos; sin embargo, aun 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, guarda las proporciones, correspondería a lo estipulado actualmente por el artículo 282 del código vigente, cuando dice en su artículo 266:

“Cuando se admite la demanda de divorcio, o por causa de urgencia antes de admitirse, se adoptarán mientras dure el juicio las disposiciones: 3a. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de los dos”.

Lo que en ese entonces se plasmó en la ley, sigue estando vigente en nuestros Códigos, en especial cuando se habla del Código Civil para el Estado de Tabasco puesto que se puede atribuir el cuidado de los mejores a ambos progenitores durante el juicio de divorcio, pero una vez dictada la resolución, el progenitor a quien no se le atribuyó la guarda y custodia solo queda con el derecho de visitas y sigue 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 práctica de los propios roles de género asignados a hombres y mujeres, lo que describiremos como distribución genérica de actividades y/o trabajo. Es de relevancia poner especial hincapié al texto que explícitamente dice: la posibilidad de atribución de una custodia compartida será durante el tiempo que dure el juicio de divorcio como una medida de cuidado temporal de los hijos, y no da la posibilidad a los padres de poder acordar explícitamente este régimen para que se les aplique como el más idóneo para el continuar de la relación familiar pese a la ruptura o separación de los progenitores.

Esta preferencia subsiste en países del *common 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 períodos 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 y sobre esto se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia al mencionar que ambos progenitores son igual de idóneos para la crianza de sus hijos atribuyéndoseles a los dos las responsabilidades que como padres conlleva brindarles una adecuada educación, desarrollo y formación puesto que se está en el supuesto que tanto papá como mamá querrán siempre el bienestar para sus hijos; se trata de crear un plano respetando los principios de igualdad y no discriminación del hombre y la mujer ante la ley.

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 infantes, y en particular, respecto al derecho de convivencia de los hijos con sus progenitores; estamos en un tiempo en donde la igualdad es vista por todos los medios como lo deseable y el deber ser de la actualidad, donde tanto hombres como mujeres tienen las aptitudes y habilidades para poder desarrollar una crianza y educación integral y completa para sus hijos y por ende debe de considerarse deseable que ambos puedan acceder por ley a ella en igualdad de condiciones y con las mismas oportunidades.

5. La guarda y custodia con relación a los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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

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

La edad de los infantes, igualmente, junto con aspectos como los anteriores, pueden y han sido elementos que definen criterios para asignar la custodia, con preferencia a la madre y en algunos casos al padre, ya que se considera que las madres son mejores que los padres para cuidar a menores o a los hijos pequeños, lo que se toma en consideración para otorgar la custodia automáticamente a las madres, aspecto que no es acertado en todos los casos.

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

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

Los criterios de los tribunales y del legislador se manifiestan por una preferencia que podría ser discriminatoria a la luz del artículo 4o. constitucional, y que en nuestros días es cuestionada: Infantes, custodia de los. No es necesario tramitar incidente previo para entregarlos en guarda y custodia de su progenitora siempre y cuando aquéllos no rebasen los cinco o siete años (legislación del estado de jalisco).¹⁵⁶

El legislador, al parecer y corroborado el criterio por los tribunales civiles, señala habilidades y capacidades de las mujeres por encima de los hombres, madres y padres respectivamente, en cuanto a la crianza y cuidados de los hijos, pero no se señala cuáles son las razones de tal afirmación.

Sólo habrá que revisar el contenido del segundo párrafo de la fracción IV del artículo 280 de nuestro Código Civil vigente en el estado de Tabasco cuando establece: “Fijar las reglas para el cuidado de los hijos, oyendo el parecer de los consortes. Los hijos menores de siete años quedarán en poder de la madre, salvo que se ponga en peligro la salud física y mental de aquéllos”.

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 términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los infantes.¹⁵⁷

La sociedad nos va obligando a evolucionar en nuestros criterios como abogados en base a las transformaciones que se van dando por las necesidades que van apareciendo y la diversidad que al menos en el ámbito de la familia ha aparecido a lo largo de los años. En la actualidad no existen argumentos válidos

¹⁵⁶ Tesis I.9o.C.53 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. VIII, agosto de 1998, p. 845.

¹⁵⁷ “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” Tesis XX.2o.2 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. IX, febrero de 1999, p. 511.

que descalifiquen a un progenitor y sobrepongan al otro por encima de éste cuando ambos están en igualdad de condiciones y son ambos capaces y hábiles para el cuidado de sus hijos, hablando desde el aspecto en que siempre cuando se involucren infantes se debe de priorizar el interés superior de estos.

Aun 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 derechos. 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 igual consideración para obtener la custodia de sus hijos, pues lo que se protege a través de él es el interés superior y el bienestar del infante 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 infantes se limite y/o excluya la convivencia con uno de los progenitores.

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:

Este Tribunal Colegiado ha sostenido previamente 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 de edad o infantes hijos de las partes contendientes en relación con las citadas guarda y custodia, pues evidentemente ello repercutirá en su salud mental y física¹⁵⁸.

¹⁵⁸ "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" Tesis II.2o.C.J/17, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, mayo de 2004, página 1548

Lo anterior encaminado a sustentar en juicio la idoneidad de los progenitores para desempeñar por si solos la guarda y custodia de sus hijos o de manera conjunta, haciendo hincapié en la capacidad y competitividad que no solo la madre tiene para el cuidado de los hijos, también esta es atribuible al padre teniendo así la posibilidad de que cada uno de sus padres responda a sus intereses. El criterio de interpretación judicial que se realice por el juzgador debe de estar libre de estereotipos de género y tomar en cuenta las pautas que garanticen el interés superior de la niñez dentro del marco del Estado de Derecho.

6. La reforma del 2004 al Código Civil del Distrito Federal, donde se implementa la posibilidad de atribución de la guarda y custodia compartida

La guarda y custodia no es un tema de novedad, como se ha mencionado en párrafos anteriores, desde hace cientos de años el cuidado de los menores de edad es un tema para priorizar dentro de la familia cuando esta pasa por una separación de los progenitores. A medida que ha ido evolucionando el ser humano dentro de la sociedad se han ido resguardando cada vez más los derechos de los infantes a la par del de los adultos. Este tema es de relevancia por el desarrollo integral de los infantes y de las familias; en lo que respecta a esta tesis las reformas del año 2004¹⁵⁹ que se presentaron al Código Civil para el Distrito Federal en materia de custodia es el parteaguas a una nueva visión sobre el cuidado compartido en coparentalidad y en coparticipación, en donde ambos progenitores siguen presentes como referentes de apoyo y ejemplos para el total desarrollo del infante en su esfera física, psicológica y emocional, por eso se consideró como una figura digna de análisis y consideración.

“Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de éstos y aquellos, así

¹⁵⁹ Publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 6 de septiembre de 2004.

como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo”.¹⁶⁰

El fragmento previamente citado fue el texto jurídico que entró en vigor el 6 de Septiembre del 2004 mediante la reforma al artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal (actualmente Ciudad de México), asentando la procuración de la imposición del régimen de custodia compartida para ambos padres y a la par menciona la posibilidad de acceder a una custodia compartida posterior a los siete años cumplidos del menor (se pone esta limitante de edad, debido a que en el artículo 282 del mismo código se prevé que los menores de siete años deben de quedar al cuidado de la madre, por ser el progenitor idóneo para desempeñar la guarda y custodia; situación alarmante en la actualidad puesto que el derecho debe de ser progresivo y al poner una limitante en edades para los infantes se está cayendo en la regresión del mismo y se está transgrediendo los derechos de los progenitores por ser un estigma que deviene de la discriminación por razón de sexo y no se está juzgando lo relevante a cuestionar para el buen desarrollo de una crianza, las aptitudes, el desempeño y la disposición que pueda tener el padre o la madre).

Cabe decir que ese texto fue reformado en el año 2008, quedando en la actualidad asentado un mero inciso que a duras penas permite acceder a un cuidado compartido, quedando de la manera siguiente asentado en el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 282, apartado B, fracción 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.

Pasamos de “procurar” por la implementación del régimen de custodia compartida siendo esta la opción que permitía de manera plena e ilimitada a ambos padres seguir con el cuidado, formación y educación de sus hijos a “considerar compartir la custodia mediante convenio”, acción que una vez más vemos en

¹⁶⁰ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del código civil para el distrito federal, el código de procedimientos civiles para el distrito federal y del nuevo código penal para el distrito federal en materia de guarda, custodia y derecho de convivencia de los menores sujetos a patria potestad, artículo 283 reformado el 6 de septiembre del 2004.

retroceso de los derechos y alcances que la evolución del derecho de familia necesita con urgencia debido a las constantes transformaciones que presenciamos todos los días; lo rescatable lo podemos encontrar en el segundo párrafo del mismo artículo cuando nos remite al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles donde no cabe limitación alguna para ejecutar la escucha del o los infantes en juicio cuando se trate de salvaguardar su interés superior y además, pone sobre la mesa la posibilidad de una valoración psicológica para la toma de decisiones.

De los artículos que se hicieron mención en este apartado, recopilando y analizando cada uno de ellos, en especial los que mencionan explícitamente la figura que se aborda en cuestión en esta tesis uno da la entrada a optar por establecerla como medida provisional durante el desarrollo del juicio de guarda y custodia y el otro artículo la establece como la figura a optar por los progenitores para su atribución siempre que ambos consientan en ello, llegando a un acuerdo o convenio entre ellos durante el mismo juicio pudiendo ambos prevalecer en compartido con la custodia física y legal de los infantes, poniendo como bases los principios de igualdad, no discriminación, coparentalidad, corresponsabilidad parental y el más importante, estableciendo en cada decisión que involucre a los infantes su interés superior.

Cabe aclarar que también existe la posibilidad de imposición de la figura de custodia compartida por imposición judicial, lo que llevará al juez a juzgar cada caso por separado sin tener una regla general para la decisión de atribución de una figura u otra. Más adelante se verán las características a considerar por los jueces y los criterios que en otros países se han utilizado como guía en esta cuestión de decisión de atribución, puesto que no todas las familias resultan candidatas para la custodia compartida.

CAPITULO TERCERO

LA CUSTODIA COMPARTIDA UNA VISIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO

I. ANTECEDENTES LEGALES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA LEGISLACIÓN ESTATAL

En España se ha dado a conocer la custodia compartida dentro del derecho desde tiempos pasados¹⁶¹, hasta el día de hoy, se puede contar más de una década desde que llegó a ser admitida por los tribunales en determinados supuestos, viendo necesario plasmarla en la norma¹⁶², conocida como la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Dentro de la ley suprema que es la Carta Magna Española, encontramos la importante defensa de la familia dentro de sus principios como lo son: el aseguramiento y protección integral de los infantes por los poderes públicos, la asistencia que deben de prestar los progenitores para sus hijos junto con la protección de la familia.

1. Período anterior a las reformas al Código Civil Español de 1981

La regla general en aquellos años era que la atribución de la guarda y custodia quedaba designada al padre siendo exclusivamente de él la obligación del cuidado de los menores¹⁶³, una regla que, salvo durante el breve período de la II República

¹⁶¹ Domingo Monforte, José, De La Fuente Rubio, Pilar, Oliver Aznar, Gloria y Ubeda Bayo, Ana, "Derecho de familia...", cit., p. 17.

¹⁶² SAP de Barcelona de 10 de febrero de 2005, SAP de Madrid de 22 de febrero de 2005, SAP de Córdoba de 10 de marzo de 2005, SAP de Asturias de 31 de marzo de 2005, SAP de Navarra de 13 de abril de 2005, SAP de Baleares de 29 de junio de 2005, SAP de Valencia de 22 de julio de 2005 y SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2005 (dictada tras la entrada en vigor de la nueva ley, pero aplicando la legislación anterior).

¹⁶³ Zarraluqui Sánchez-Ezarrriaga, Luis, "Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados", Barcelona: Bosch, *Editores Hospitalet de Llobregat*, , 2013, p. 63; Lathrop Gómez, Fabiola, "Custodia compartida de los hijos...", cit., p. 82; Sillero Crovetto, Blanca, "Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida, Artículo 14, una perspectiva de género", *Boletín de información y análisis jurídico*, N° 35, 2010, p. 5; Barcia Lehmann, Rodrigo,

Española (art. 25 CE de 1931), se mantendría hasta la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Así se desprende de lo previsto en los Proyectos de Código Civil que se fueron sucediendo (Proyecto de Código Civil de 1821)¹⁶⁴ —art. 370—, Proyecto de Código Civil de 1836 —art. 189—, Proyecto de Código Civil de 1851 —art. 164—y Proyecto de Código Civil de 1869¹⁶⁵, en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870¹⁶⁶— art. 64— y en la redacción originaria del Código Civil de 1889¹⁶⁷.

Encontraremos discrepancia entre el anterior régimen legal y el actual en el momento de la atribución de la guarda y custodia que se ejercía como regla general a la madre debido a que constaba del ejercicio de la convivencia y del cuidado del menor; mientras que al padre se le atribuía la ejecución de la patria potestad de manera exclusiva, en los inicios separaban a estas figuras (la patria potestad de la guarda y custodia) dotando de poder en las decisiones concernientes a la vida en familia tanto de la madre como de los hijos a la autoridad y decisión del padre, mientras que la mujer solo servía para desempeñar el cuidado de los miembros de la familia lo que vendría siendo el padre y los hijos.

En nuestros días la guarda y custodia no se puede separar de la patria potestad, tanto el ejercicio como la titularidad de la patria potestad permanecen en ambos progenitores, a menos que se actualice alguna de las causas que den término al ejercicio de la patria potestad, aunque la atribución de la guarda y custodia compartida este establecida a alguno de los progenitores.

"Custodia Compartida de los hijos, Recensiones y comentarios", *Revista Ius et Praxis*, Año 18, No 2, 2012, pp. 441-474; Díez- Picaso, Luis, y Gullon Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos S.A, 2006, p. 265.

¹⁶⁴ El Proyecto de Código Civil de 1821 inició el movimiento codificador de España —vid. López Rendo Rodríguez, Carmen, "Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código Civil español", *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre, 2012, p. 297.

¹⁶⁵ En su exposición de motivos se previa que el ejercicio durante el matrimonio corresponde al padre mientras no se halle privado del ejercicio de los derechos civiles.

¹⁶⁶ La Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 tuvo una corta vigencia, fue derogada el 9 de febrero de 1875.

¹⁶⁷ En la Ley de 24 de abril de 1958 se modificaron algunos artículos del Código Civil, mas el tema de la titularidad de la patria potestad siguió rezagado, por lo que ésta seguía perteneciendo exclusivamente al padre.

La “doctrina de los años tiernos”¹⁶⁸ o “filosofía de la tierna edad”¹⁶⁹ destinadas a los infantes de poca edad, estaba expuesta a la idea limitada que establecía a la madre como la única capaz para el cuidado de los hijos, regla que se mantuvo hasta la aprobación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de modificación del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Lo que se estableció en los Códigos Civiles que fueron aconteciendo, marcaban diversos límites de edad. Por ejemplo:

- Los menores de tres años quedarán en compañía de la madre, estipulado dentro de los Proyecto de Código Civil de 1836 (artículo 189), en el Proyecto de Código Civil de 1851 (artículo 82), en el Proyecto de Código Civil de 1869¹⁷⁰, en la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870 (artículo 88.2) y en la redacción originaria del Código Civil de 1889 (artículos 70 y 73
- Se aumentó el límite de edad a los cinco años dentro de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 (artículo 17).
- Se elevó a los siete años dentro de la Ley de 24 de abril de 1958 (artículo 73).

Cuando los hijos llegaban a la edad que marcaba el código civil de acuerdo a la época en cuestión, el criterio a considerar para determinar la guarda y custodia era la culpabilidad entre los cónyuges, lo cual hacía que se privara al cónyuge culpable de la separación de poder optar por la obtención de la guarda y custodia y

¹⁶⁸ Guilarte Martín-Calero, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, p. 5; Catalán Frías, M^º José (et. al.), "Motivos Alegados por los Progenitores Varones al Solicitar la Custodia de sus hijos en los procedimientos contenciosos", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 19, 2009, p. 29; Fariña Rivera, Francisca, Seijo Martínez, María Dolores, Arce Fernández, Ramón, y Vázquez Figueiredo, María José, "Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 27, 2017, p. 107; y Marín Rullán, Marta, Dujo López, Víctor y Horcajo Gil, Pedro José, "Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 27, 2017, p. 116

¹⁶⁹ LAING KLAFF, Ramsay, "The Tender Years Doctrine: A Defense", *California Law Review*, Vol. 70, Issue 2, 1982, pp. 335-372.

¹⁷⁰ Artículo 108 del Proyecto de Código Civil de 1869, en él se plasmó un importante avance haciendo a un lado la taxatividad de imponer la guarda y custodia de los menores de tres años a cargo de la madre sino se llevaría a cabo siempre que el tribunal no dispusiese otra cosa, dando con ello un cierto margen de discrecionalidad al juez para apartarse de la citada regla.

se le atribuía en favor del cónyuge inocente. Como se establecía en diversos Proyectos de Código Civil, tales como:

- Proyecto de Código Civil de 1821¹⁷¹
- Proyecto de Código Civil de 1836¹⁷²
- Proyecto de Código Civil de 1851¹⁷³
- Proyecto de Código Civil de 1869¹⁷⁴
- Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870¹⁷⁵
- Redacción originaria del Código Civil de 1889¹⁷⁶
- Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932¹⁷⁷
- Ley de 24 de abril de 1958 que mantenía en este punto las mismas reglas que se recogían en la redacción originaria del Código Civil.

La modalidad de establecer una culpabilidad era considerada como un castigo para aquel progenitor que debido al error cometido se le negaba poder ejercer la custodia de sus hijos, a diferencia del progenitor inocente a quien se le premiaba con la atribución de esta guarda y custodia. En aquellos tiempos el divorcio en sí era tendiente a señalar y culpar, por lo que las medidas eran proporcionadas al sistema que se manejaba.

A partir de 1981, el Código Civil abandona ese criterio de culpabilidad y se basa en el principio del interés superior del menor como principal criterio a la hora de atribuir la guarda y custodia de los hijos menores.

En caso de ser ambos culpables, la regla general era el nombramiento de un tutor para que se hiciera cargo del menor: Proyecto de Código Civil de 1851¹⁷⁸, Proyecto de Código Civil de 1869¹⁷⁹, Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de

¹⁷¹ Artículo 348

¹⁷² Artículo 251

¹⁷³ Artículo 82

¹⁷⁴ Artículo 108

¹⁷⁵ Artículos 87.2 y 88.2

¹⁷⁶ Artículos 68, 70 y 73

¹⁷⁷ Artículo 17

¹⁷⁸ Artículo 82

¹⁷⁹ Artículo 108

1870¹⁸⁰, Código Civil de 1889¹⁸¹ y Ley de 24 de abril de 1958. Dentro de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 en su artículo 17 se previó que cuando los dos cónyuges fuesen culpables, sería el juez quien pudiera decidir sobre el destino del menor, otorgando a alguno de ellos la custodia o nombrando a un tutor, visualizando las causales de divorcio y lo que resulta mejor para el infante en términos de convivencia; fue así que se introdujo por vez primera el criterio de interés superior del infante.

Otra regla que se manejó en la legislación española fue la tendiente a la nulidad matrimonial, la cual consistía en que, si el menor alcanzaba el límite de edad indicado dentro del código civil que hacía referencia a obtener la “madurez”, la regla que se establecía era que si ambos progenitores resultaban inocentes (sin haber cometido ninguno algún error que pusiera fin al matrimonio), quedarían los hijos varones a cargo del padre y las hijas a cargo de la madre. Esta regla se recogió por vez primera en los Proyectos de Código Civil de 1851 en donde se plasmó que los varones mayores de tres años se dispondrían al cuidado del padre y las hijas al de la madre¹⁸² y en el Código Civil de 1869 se estipuló la misma medida¹⁸³, que fue recogida tiempo después por la Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870¹⁸⁴, por el Código Civil de 1889¹⁸⁵ y por la Ley de 24 de abril de 1958 en su artículo 70.

En el tema que nos ocupa, la guarda y custodia que predominaba y la única que se conocía era la monoparental o unilateral que se le atribuía a un solo progenitor. El cuidado compartido estaba brevemente establecido en ciertas normas como lo son:

El Proyecto de Código Civil de 1851¹⁸⁶

Proyecto de Código Civil de 1869¹⁸⁷ y

En la redacción originaria del Código Civil de 1989¹⁸⁸

¹⁸⁰ Artículos 87.2 y 88.2

¹⁸¹ Artículos 70 y 73

¹⁸² Artículo 94

¹⁸³ Artículo 125

¹⁸⁴ Artículo 97 y 98

¹⁸⁵ Artículo 70

¹⁸⁶ Artículo 81.3

¹⁸⁷ Artículo 107.2

¹⁸⁸ Artículo 68.3

La figura no tomo importancia dentro de las normas antes mencionadas puesto que la sociedad no reconocía como una posibilidad la acreditación de una custodia compartida por ser un tema culturalmente irrelevante y hasta esa fecha, la Corte no se había tomada a la tarea de establecer jurisprudencia al respecto por ser un tema pormenor sin tanta relevancia en sociedad.

Aunado a los cambios importantes que se fueron suscitando en el derecho familiar como ya se ha mencionado en párrafos anteriores conforme a los cambios sociales de trascendencia y a las necesidades de la mayoría, se comenzó a dar entrada a la autonomía de la voluntad de las partes para que pudieran consensuar qué progenitor quedaba a cargo de los menores: Aunque cierto es el hecho de que lo acontecido o plasmado en estos proyectos fue mero ímpetu de realizar un cambio, no hay que menos preciar que desde el año 1851 se precisó que los padres que estuviesen divorciados proveyesen, de común acuerdo, al cuidado y educación de los hijos, se guardará lo que dispongan¹⁸⁹, el artículo 110 del Proyecto de Código Civil de 1869 nos indicó que de considerarse por ambos progenitores la idoneidad de un cuidado compartido, este se pudiese acordar¹⁹⁰, dentro del Código Civil de 1889 en el artículo 68, se estipuló que ambos deberán compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo¹⁹¹ y la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 trajo consigo el conocido derecho de visitas, al quedar legalmente admitida la separación de los cónyuges ¹⁹², así como el derecho del

¹⁸⁹ Proyecto de Código Civil de 1851, Artículo 84.2

chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://webs.um.es/jal/leyes/1851-Proyecto.pdf

¹⁹⁰ Proyecto de ley del Libro primero del Código civil, presentado a las cortes el 19 de mayo de 1869 por el ministro Antonio Romero Ortiz, en Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes. sesión de 21 de mayo de 1869, apéndice 5 al número 79.

¹⁹¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889 Referencia: BOE-A-1889-4763

¹⁹² Artículo 16

padre no custodio a comunicarse y a las estancias con su hijo¹⁹³, posteriormente la Ley de 24 de abril de 1958 también recogió este derecho¹⁹⁴.

2. Reforma de 1981 al Código Civil Español: Avances significativos en tema de Derecho de Familia

Al pasar de los años se fueron creando normas que servían para regular el derecho de familia conforme a la realidad social que acontecía en esa época y para garantizar que estuviesen reguladas cuestiones tales como la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio¹⁹⁵ fueron un parte aguas para lo que sería hoy en día el contenido de la norma en materia de guarda y custodia y de relaciones familiares que es la que rige actualmente a la sociedad española.

La Ley 11/1981, modificó el contenido en materia de patria potestad, eliminó la regla general que establecía la atribución de la institución exclusivamente al varón, ya que en su artículo 156 se plasmó como regla quedando establecido para ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad; la reciente aprobación de la Constitución de 1978 ayudó a que se lograra este cambio porque en ella se recogió la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

Dentro del derecho a la igualdad que se menciona, está la afirmación al derecho de ambos padres a convivir con los infantes, establecido en el artículo 94 del Código Civil incluso aun cuando no ejercieran la patria potestad, regla establecida en el artículo 160 del mismo código; este derecho años después llevaría

¹⁹³ El artículo 20 de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932 disponía que el cónyuge que no tenga los hijos en su poder conservar el derecho de comunicar con ellos y vigilar su educación en la forma que determine el juez, quien adoptará las medidas necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos.

¹⁹⁴ Artículo 3.3, que pasaría a integrarse en el artículo 68 Código Civil.

¹⁹⁵ Además, se fueron sucediendo otras normas relevantes en materia de Derecho de familia, como la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, la Ley 35/1994, de 23 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de autorización del matrimonio por los Alcaldes, Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos.

a padres divorciados a crear asociaciones en impulsando el establecimiento de una custodia conjunta, pidiendo que se hiciera valido este derecho a relacionarse con sus hijos aun cuando se haya dado la separación o se haya llevado a cabo el divorcio, padres de familia responsables que velaban porque el niño siguiese creciendo en un entorno donde pudiese convivir con ambos progenitores, teniendo la influencia de los dos.

Respecto a la Ley 30/1981, es destacada por la introducción de la figura del divorcio pese a que se había admitido durante un breve lapso durante la II República Española, recibió el nombre de Ley del divorcio¹⁹⁶. En esta norma la disolución del matrimonio estaba supeditada a la concurrencia de alguna de las causas que preveía el artículo 86 del Código Civil¹⁹⁷. Otro beneficio aportado por la mencionada ley fue el refuerzo del criterio del interés superior del infante para la aplicación de la guarda y custodia establecido en el artículo 92 del Código Civil¹⁹⁸ en deterioro del criterio de culpabilidad reinante hasta la fecha¹⁹⁹, se dejó de vislumbrar la correcta atribución de la guarda y custodia dependiendo de las acciones de los padres y se

¹⁹⁶ Vid. Nanclares Valle, Javier, "La guarda y custodia de los hijos menores...", cit., p. 137.

¹⁹⁷ El artículo 86 del Código Civil recogía las siguientes causas de divorcio: 1. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio. 2. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia. 3. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos: a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos. b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación. 4. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges. 5.^a La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

¹⁹⁸ Guilarte Martín-Calero, Cristina, "La custodia compartida alternativa...", cit., p. 6; González-Espada Ramírez, S., *La guarda y la custodia compartida: Una nueva institución del derecho de familia en España*, Derecho de Familia, 2013, 43, p. 10.

¹⁹⁹ De Lasala Porta, Carmen, "El prejuicio de sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas", *Aequalitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 7, 2001, p. 14-19, <https://issuu.com/irelaaleman/docs/name31a394>

empezó a considerar más de cerca que era lo que en realidad resultaría más beneficioso para los menores que les ayudase para su desarrollo y crecimiento.

Otra cuestión de la que se hizo cargo el artículo 92 del Código Civil fue la inclusión de la regla de no separación de los hermanos en casos de guarda y custodia, salvo causa atribuible previamente justificada por el juzgador, se buscaba como fin eliminar la distribución de los hijos por razón de sexo que imperaba hasta esa época (como ya se ha mencionado en párrafos anteriores)²⁰⁰.

En cuanto a la posibilidad de adoptar un régimen de custodia compartida, aunque en la época no se hiciera referencia a la posibilidad de obtenerlo, la realidad era que tampoco estaba prohibida su petición, por lo que, a nuestro criterio, optar por la obtención de este régimen era admisible. No obstante, estaban aquellos que creían que del texto referente al artículo 159 del Código Civil²⁰¹ se podía llegar a interpretar que en aquellos casos donde los padres llegasen a un acuerdo, podría atribuírsele la guarda y custodia compartida²⁰², tan es así que el Fiscal General del Estado en 1995 empleo una instrucción en donde les hacía una recomendación a los fiscales de mantener oposición ante la aprobación de cláusulas de los convenios reguladores que contemplasen una custodia compartida²⁰³. Finalmente, el debate quedó cerrado con la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2001, de 15 de enero, en la que reconocía la legalidad del régimen de guarda y custodia compartida, pese a que no estaba expresamente previsto en la normativa. El fallo a favor de la custodia compartida fue un referente que visibilizó la necesidad de prever dicha figura en el marco legal, para poder garantizar una mayor seguridad jurídica.

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, aplicó el principio de no discriminación por razón de sexo para que se quitara la regla de cuidado de los menores de corta edad

²⁰⁰ López Rendo Rodríguez, Carmen, "Efectos personales del divorcio...", cit., p. 326.

²⁰¹ El art. 159 CC preveía que, a falta de acuerdo de los progenitores, el juez debía decidir con qué progenitor quedaban los hijos. Y es precisamente la expresión "a qué progenitor" la que dio lugar a la interpretación de que fuera de los casos de mutuo acuerdo no cabía la adopción de la guarda y custodia compartida.

²⁰² Porcel Gonzales, Isabel, *Guarda y Custodia Compartida de los hijos. comentarios a la ley 15/2005, de 8 de julio, por lo que se modifica el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación o divorcio*, España, Licenciatura en Derecho, Universidad Abat Oliba CEU, 2011, p. 35.

²⁰³ Romero Coloma, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", *Diario La Ley*, N°. 7504, pp. 8-14.

a cargo de la madre y así se lograra reconocer la igualdad de ambos progenitores para asumir la titularidad de la guarda y custodia; fue así que se le dio más peso al principio del interés superior del infante como criterio indispensable en todos los casos de guarda y custodia²⁰⁴, fue hasta ese momento que ambos progenitores podían acceder en igualdad de condiciones a la guarda y custodia de sus hijos menores, sin limitantes en la edad de los hijos o por preferencias hacia alguno ²⁰⁵. El texto marcaba la posibilidad e igualdad para ambos progenitores, más sin embargo la práctica y las tradiciones siguieron pesando más que las reformas en materia de derecho familiar, y por ello se siguió estipulando la custodia en favor de la madre de manera casi general²⁰⁶. Se tuvo la oportunidad de implementar en el código la custodia compartida, mas sin embargo siguió en rezago²⁰⁷.

La Ley que sigue es la 15/2005 de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, esta ley en el tema que nos acontece fue la que dio la apertura y dejó plasmada en el Código Civil Español la posibilidad de acceso a la figura de la que se está haciendo el análisis legal en la presente tesis de investigación, puesto que para ellos representó un impacto en su Derecho de familia²⁰⁸. Eliminó la exigencia de solicitar causal para que procediese el divorcio, así fue como se eliminó la figura del divorcio

²⁰⁴ Picotó Novales, Teresa, *La custodia compartida a debate*, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, p. 59.

²⁰⁵ Goiriena Lekue, Agurtzane, "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Aequalitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 16, 2005, p. 56; Tamayo-Haya, Silvia, "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista de Derecho de Familia*, 2008, p. 51.

²⁰⁶ Pérez Conesa, Carmen, "¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales", *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 1, Nº 8, diciembre, 2011, p. 26; García Rubio, María Paz y Otero Crespo, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 8, febrero 2006, p. 76; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial por convivencia marital del usuario con otra persona", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2019. p. 587.

²⁰⁷ González Vicente, Pilar, "Condicionantes para la adopción de la guarda y custodia compartida", *Iuris, Actualidad y práctica del derecho*, Nº 111, 2006, p. 28.

²⁰⁸ Linacero de la Fuente, María, "Leyes de familia y constitución: ley 13/2005, de 1 de julio y ley 15/2005, de 8 de julio", *Revista de derecho privado*, Nº 90, Mes 2, 2006, p. 34.

causal que estaba vigente desde la ley 30/1981 de 7 de julio²⁰⁹. La Ley en mención logró ampliar la libertad de los cónyuges para que pudiera solicitarse dicha disolución sin tener una causa justificable o castigable, por lo que se dio paso a un sistema objetivo²¹⁰, es procedente el divorcio con la petición unilateral de uno de los dos cónyuges, habiendo transcurrido un plazo de convivencia conyugal de al menos tres meses²¹¹, lo que se le denominó como "divorcio exprés"²¹².

Como hice mención en el párrafo anterior, esta Ley 15/2005, de 8 de julio trae consigo importantes temas, aunado al comentado en el párrafo anterior, se presenta la creación de un fondo de Garantía de Pensiones²¹³ y el establecimiento del deber de responsabilidad doméstica extensivo a ambos cónyuges o dicho de otro modo la guarda y custodia compartida, quedando establecida en los artículos 92.5, 6 y 8 del Código Civil²¹⁴. La consideración de inclusión de dicha figura en la normativa civil se debió al aumento en jurisprudencias en la materia donde en ellas se vieron plasmados los beneficios que el régimen de la custodia compartida podía presentar en las familias en determinados supuestos; así como la insistencia y perseverancia de las asociaciones de padres separados que desde su creación venían pidiendo la instauración de este régimen de custodia. La influencia de los países del entorno se vio presente, en especial por la Ley francesa 305/2002 de 4

²⁰⁹ Martínez De Aguirre Aldaz, Carlos "Documento de trabajo sobre el matrimonio: El divorcio exprés", En García Cantero, Gabriel, *et. al.*, *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2007, p. 50.

²¹⁰ Campo Izquierdo, Ángel Luis, "Guarda y Custodia Compartida ¿se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", *Diario La ley*, Nº 7206, España, 2009, pp. 20-43.

²¹¹ Cuando se acredite un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los descendientes, el plazo de tres meses no resultará exigible —art. 81.1. 2º Código Civil.

²¹² Serrano Castro, Francisco, "Hacia un nuevo modelo de corresponsabilidad parental", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, noviembre 2010, p. 24; García Garnica, María del Carmen, "Menores y crisis matrimonial", en: *Derecho y familia en el siglo XXI* —eds. Herrera Campos, Ramón y Barrientos Ruíz, Miguel Ángel, Volumen II, Editorial Universidad de Almería, 2011, p. 993.

²¹³ LEY 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, entrando en vigor el 10 de Julio de 2005, BOE-A-2005-11864.

²¹⁴ Callizo López, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 30, 2012, p. 20.

de marzo, de reforma de la patria potestad que llevo al legislador español a tomar especial interés por la figura.

El cambio fue significativo para el sistema jurídico español, aunque en la práctica tardó en tomar trascendencia para que se empezara a vislumbrar por la obtención de este régimen²¹⁵, sin embargo, se logró el cometido eliminando la autorregulación de una guarda y custodia monoparental y se abrió el catálogo de opciones a una custodia compartida²¹⁶, las peticiones por los progenitores comenzaron a presentarse con mas frecuencia y de ese modo los juzgadores observaron que es una figura perfectamente atribuible a ciertas familias²¹⁷ a como lo estipuló en la Exposición de Motivos²¹⁸ de la presente ley.

Abundando a las ventajas que se presentaron en esta época, se previo la posibilidad de otorgarle a los progenitores la decisión en conjunto de decidir acerca de la ejecución de la patria potestad, si esta se iba a realizar en su totalidad por los dos o parcialmente por uno solo de ellos, estipulándose de esta manera en el artículo 92.4 del Código Civil²¹⁹.

²¹⁵ Tamayo Haya, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 83, núm. 700, 2007, p. 686.

²¹⁶ Dolors Viñas, Maestre, "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda", *InDret* 3, 2012, p.4. Consultado en <https://indret.com/medidas-relativas-a-los-hijos-menores-en-caso-de-ruptura-especial-referencia-a-la-guarda/>

²¹⁷ Martínez De Aguirre Aldaz, Carlos, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV.: Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés: *La Ley 2/2010*, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar, El Justicia de Aragón, 2010, p. 168.

²¹⁸ El objeto de esta reforma legislativa es procurar la mejor realización del beneficio e interés del infante, y hacer que ambos progenitores perciban que su responsabilidad para con ellos continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de la potestad. Otro punto por tocar que merece la pena destacar es que introdujo por primera vez la mediación familiar como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

²¹⁹ La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, señala expresamente que se pretende reforzar «(...) la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien a ambos de forma compartida. También el juez puede adoptar una decisión con ese contenido».

3. *Introducción de la custodia compartida en el marco jurídico actual de España*

El marco jurídico en donde encontramos la figura de la guarda y custodia dentro del Código Civil español nos refiere al capítulo IX de su título IV y en el capítulo I de su título VII. Aparte del código civil, encontraremos otras normas que también prevén dentro de sus artículos la figura de nuestro estudio, tales como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOPIVG) o la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Regulación en el código civil. El artículo 92 del Código Civil Español es aquel en donde se plasman en sus fracciones de la quinta a la décima características referentes a la custodia compartida las cuales son vitales conocer para poder entender un poco más cómo funciona este régimen dentro de las familias, a continuación, las apreciaremos textualmente:

“5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio

Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, del Fiscal o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de las personas menores de edad para asegurar su interés superior.

10. El Juez adoptará, al acordar fundadamente el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación, las cautelas necesarias, procedentes y adecuadas para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos”.²²⁰

La redacción deja mucho a desear, puede ser mejorable en muchos aspectos, como agregar las modalidades de atribución de la custodia compartida por tiempo de estadía con cada uno de los progenitores, lo relativo a los gastos a ejercer cada uno de los padres, la vivienda a ocupar, los criterios a considerar para la atribución de la custodia compartida, entre otros.

Otras leyes que conforman el marco legal de la guarda y custodia compartida. La Ley de Enjuiciamiento Civil²²¹ contiene elementos importantes para la atribución de la guarda y custodia. En el artículo 769. 3 encontramos lo concerniente a la competencia judicial la cual será el juzgado de primera instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores el que designe el tipo de guarda y custodia²²², artículo 770 nos establece que las demandas de separación y divorcio se sustanciarán por los trámites del juicio verbal de acuerdo a lo estipulado en el código civil ²²³, artículo 774 que habla sobre las medidas definitivas en relación con los

²²⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889, Referencia: BOE-A-1889-4763

²²¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado «BOE» núm. 7, de 08 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-323

²²² En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

²²³ Procedimiento contencioso de ruptura matrimonial. Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777 (la separación o divorcio son solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro), las de nulidad del matrimonio y las demás que se

hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía, disolución del régimen económico²²⁴ y artículo 775 que recoge la modificación de las medidas definitivas siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas²²⁵.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, cuyo artículo 44²²⁶ agregó un nuevo criterio, el cual prevé que aquellos supuestos donde la competencia para resolver las cuestiones relativas a la nulidad, separación o divorcio corresponderá a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Respecto a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²²⁷, destacan sus artículos 2 que recoge el principio básico: el interés superior del infante y el artículo 9 que establece el reconocido, más no siempre ejercido derecho del menor a ser oído.

formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción.

²²⁴ Artículo 774, fracción 3. El tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad.

²²⁵ Artículo 775, Modificación de las medidas definitivas: 1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o hijos con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas, 2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777 y 3. Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773.

²²⁶ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Jefatura del Estado «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004 Referencia: BOE-A-2004-21760

²²⁷ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado «BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996 Referencia: BOE-A-1996-1069.

Por último, al referirnos a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²²⁸, buscó eliminar todo tipo de discriminación por razón de sexo y fortificar la igualdad entre mujeres y hombres.

4. Evolución jurisprudencial de la custodia compartida por los tribunales españoles

En esta sección se proseguirá a realizar analizar y estudiar las interpretaciones que han dado los tribunales españoles de los regímenes de custodia previstos en el Código Civil. La custodia exclusiva seguía siendo el régimen tradicional aplicable, y en estos supuestos la atribución se le hacía a la madre, más sin embargo se tendía a darle mas visibilidad a la figura de la custodia conjunta²²⁹.

l) Período previo al establecimiento de la Ley 15/2005

En este período, como ya se ha hablado previamente, aunque pudiese darse el caso del establecimiento de una custodia compartida en la norma derivada de la interpretación de la ley, en la practica la guarda y custodia seguía atribuyéndose de manera exclusiva o unilateral, en favor de la madre²³⁰, salvo algunas excepciones en las que se asignaba al padre, solo en casos donde incurriera la madre en circunstancias excepcionales, por ejemplo, el padecimiento de un trastorno psíquico²³¹.

Los tribunales tenían criterios propios, que en ocasiones compartían sobre la exclusión del régimen de custodia conjunta, por mencionar algunos, como que representaba una situación irregular²³², que no había sido contemplada por el

²²⁸ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Jefatura del Estado «BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2007 Referencia: BOE-A-2007-6115.

²²⁹ Si atendemos a los últimos datos disponibles por el Instituto Nacional de Estadística, correspondientes al año 2016, podemos observar que la custodia se atribuye a la madre en el 66,2% de los casos, al padre en el 5%, y se establece la custodia compartida en el 28,3% de los supuestos — fuente: www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf

²³⁰ A modo de ejemplo encontramos lo estipulado en las SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005, SAP de Córdoba de 10 de marzo de 2005, SAP de Madrid de 16 de marzo de 2005, SAP de Navarra de 13 de abril de 2005, SAP de Madrid de 5 de julio de 2005, SAP de Castellón de 13 de julio de 2005, SAP de Valencia de 21 de julio de 2005 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2005.

²³¹ SAP de Málaga de 14 de julio de 2005—, o el escaso tiempo con el que contaba para atender las necesidades de los menores —SAP de Huelva de 15 de septiembre del 2000 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2003—.

²³²SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003.

legislador²³³, que estaba condenada al fracaso si no era solicitada de común acuerdo por ambos progenitores²³⁴, la existencia de cierta conflictividad entre los padres²³⁵, el padecimiento de desequilibrios psicológicos por parte de ambos progenitores²³⁶, el hecho de haber sido informada negativamente por los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia²³⁷, la corta edad de los menores²³⁸ o el argumento al que más frecuentemente se recurría: que no resultaba beneficioso para la estabilidad de los menores²³⁹

No obstante, lo anterior, también encontramos algunos pronunciamientos favorables al establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida en la época de los ochenta y los noventa²⁴⁰ y posterior al inicio del nuevo milenio²⁴¹.

II) Periodo posterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005

Posterior a la entrada en vigor de la Ley 15/2005, los tribunales eran renuentes para establecer un régimen de guarda y custodia compartida si no existía un acuerdo entre ambos progenitores²⁴². Aun a pesar del avance que supuso la reforma legislativa de 2005, la apertura de la sociedad en cuanto a la petición de este nuevo régimen aun eran mínimos puesto que los tribunales seguían

²³³SAP de Valencia de 13 de febrero de 2003, SAP de Córdoba de 14 de julio de 2003, SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de enero de 2004, SAP de La Rioja de 30 de enero de 2004 y SAP de Madrid de 18 de noviembre de 2004.

²³⁴ SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005 y SAP de Madrid de 5 de julio de 2005. Incluso se llegó a rechazar la custodia compartida en supuestos en los que los progenitores habían solicitado de común acuerdo el establecimiento de dicho régimen. Vid. SAP de Murcia de 10 de mayo de 2002 y de 15 de diciembre de 2002.

²³⁵ SAP de Barcelona de 9 de junio de 2004 y SAP de Madrid de 9 de julio de 2004.

²³⁶ SAP de Castellón de 13 de julio de 2005.

²³⁷ SAP de Valencia de 21 de julio de 2005.

²³⁸ SAP de Málaga de 16 de julio de 2003.

²³⁹ SAP de Baleares de 13 de abril de 2004 y SAP de Valladolid de 13 de julio de 2004.

²⁴⁰ SAP de Madrid de 20 de abril de 1999, SAP de Valencia de 22 de abril 1999 y SAP de Valencia de 14 de junio de 1999.

²⁴¹ SAP de Asturias de 27 de enero de 2005, SAP de Barcelona de 10 de febrero de 2005, SAP de Madrid de 22 de febrero de 2005, SAP de Valencia de 1 de marzo de 2005, SAP de Asturias de 31 de marzo de 2005, SAP de Barcelona de 22 de junio de 2005, SAP de Valencia de 22 de julio de 2005, SAP de Baleares de 29 de junio de 2005 y SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2005 (dictada tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005, pero aplicando la legislación anterior).

²⁴² STS de 22 de julio de 2011 y STS de 10 de enero de 2012. Vid. También: SAP de Murcia de 22 de enero de 2008, SAP de Barcelona de 25 de abril de 2008, SAP de Barcelona de 24 de julio de 2008, SAP de A Coruña de 30 de julio de 2008, SAP de Barcelona de 28 de julio de 2009 y SAP de Barcelona de 24 de noviembre de 2010.

estancados en la aplicación del régimen exclusivo y por ende mostraban renuencia a su aceptación²⁴³.

A inicios de la entrada en vigor del régimen de custodia compartida, hubo argumentos que lo excluían debido a que argumentaban que venía a contrarias a la protección del interés superior del infante²⁴⁴, tenía que ser utilizado de manera excepcional²⁴⁵ y que centrándose en el cambio constante de domicilio representaba un perjuicio para los infantes porque rompería con las costumbres establecidas dentro de las familias²⁴⁶.

No hubo un cambio significativo en los papeles de igualdad entre hombres y mujeres, puesto que se siguió atribuyendo casi de manera automática la custodia exclusiva a la madre²⁴⁷ y en los supuestos en donde no era preferente, se debía sociedades en donde se menospreciaba el papel de la mujer, otorgándose de lleno la patria potestad y el cuidado al padre de familia²⁴⁸.

El cambio era inevitable y solo bastaba tiempo para que la postura de los tribunales fuese cambiando y con ella fueran apareciendo progresivamente pronunciamientos que favorecían por parte de los tribunales al régimen de custodia conjunta²⁴⁹. Así, a pesar de que la jurisprudencia española a lo largo del recorrido

²⁴³ El Instituto Nacional de Estadística, recopiló los primeros datos correspondientes al año 2007, en donde podemos observar que la custodia se atribuye a la madre en el 85,5% de los casos, al padre en el 4,8%, y se establece la custodia compartida en el 9,7% de los supuestos — fuente: www.ine.es/prensa/np516.pdf

²⁴⁴ SAP de Valencia de 25 de enero de 2007, SAP de Málaga de 1 de marzo de 2007, SAP de Barcelona de 8 de marzo de 2007, SAP de Huelva de 30 de marzo de 2007, SAP de Valencia de 18 de junio de 2007, SAP de Madrid de 13 de septiembre de 2013, SAP de Valencia de 27 de septiembre de 2007 y SAP de Madrid de 24 de octubre de 2007.

²⁴⁵ SAP de Valencia de 27 de marzo de 2007, SAP de Huelva de 30 de marzo de 2007, SAP de Baleares de 27 de abril de 2007, SAP de Barcelona de 27 de abril de 2007, SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2007, SAP de Madrid de 1 de junio de 2007, SAP de Valencia de 26 de febrero de 2008 y SAP de Córdoba de 26 de noviembre de 2008.

²⁴⁶ SAP de Madrid de 11 de abril de 2007.

²⁴⁷ Molins García-Atance, Emilio y Ferrer Andrés, Manuel, "Dos años de custodia compartida en Aragón", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012, p. 310.

²⁴⁸ Tena Piazuelo, Isaac, "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 1, núm. 1, abril, 2011, p. 82.

²⁴⁹ STS de 17 de diciembre de 2013, STS de 25 de abril de 2014, STS de 24 de octubre de 2014, STS de 18 de noviembre de 2014, STS de 16 de febrero de 2015 y STS de 26 de junio de 2015. En términos semejantes se han pronunciado algunas Audiencias Provinciales: SAP de Barcelona de 14

histórico que hemos abarcado había posicionado a la atribución de la custodia compartida con carácter excepcional²⁵⁰, dicha excepcionalidad está siendo superada progresivamente²⁵¹. Las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009, donde se pretende quitarle la etiqueta de un régimen “excepcional” a la custodia conjunta, y dar apertura a que se considere normal e incluso deseable, haciendo efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre y cuando la situación no ponga en riesgo la vida y estabilidad del menor²⁵² y la sentencia de 22 de julio de 2011 donde el Tribunal Supremo dispone que la excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo ocho, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo, que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro²⁵³.

Por tanto, el Tribunal Supremo defiende que la expresión excepcionalmente se refiere a la ausencia de acuerdo de los progenitores, no a que el régimen de custodia compartida sea en sí mismo excepcional, o lo que es lo mismo, que la regla

de mayo de 2008: «(...) nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de sus hijos, pues a fin de cuentas esta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar, minimizándose así los efectos más negativos de la ruptura de la unidad familiar en la medida en que los hijos se pueden sentir más seguros arropados por ambos progenitores», SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2007: «(...) nada hay mejor para los hijos que poder conseguir que ambos progenitores, padre y madre, en igualdad de condiciones y respetándose mutuamente, ejerzan de forma compartida la custodia de los hijos, pues a fin de cuentas ésta sería la situación ideal y más parecida a la convivencia familiar», SAP de A Coruña de 3 de diciembre de 2015, SAP de Asturias de 4 de diciembre de 2015 y SAP de Zamora de 23 de noviembre de 2016.

²⁵⁰ SAP de Málaga de 12 de febrero de 2008, SAP de León de 22 de febrero de 2008, SAP de Valencia de 26 de febrero de 2008 y SAP de Córdoba de 26 de noviembre de 2008.

²⁵¹ La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia han venido limitando los supuestos de guarda y custodia compartida a los acordados por las partes con homologación judicial y al supuesto excepcional del artículo 92.8 del Código Civil. Sin embargo, a partir de la TS de 8 de octubre de 2009, se ha venido consolidando una jurisprudencia que defiende una interpretación extensiva de esta excepcionalidad.

²⁵² En este mismo sentido: STS de 29 de abril de 2013, de 19 de julio de 2013, de 25 de noviembre de 2013, de 16 de febrero de 2015, de 9 de septiembre de 2015, de 14 de octubre de 2015, de 21 de octubre de 2015, de 11 de febrero de 2016, de 9 de marzo de 2016 y de 6 de abril de 2018, entre otras.

²⁵³ En este mismo sentido se pronuncia también las STS de 19 de abril y de 25 de mayo de 2012 (entre otras).

general es el acuerdo de los progenitores y la excepción el establecimiento judicial del régimen de guarda y custodia. En el mismo sentido se pronuncia Beltrá Cabello:

“La excepcionalidad a que se refiere el artículo 92 del Código Civil viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla”.²⁵⁴ Sin embargo, también hay quien considera que la interpretación que ha hecho la jurisprudencia de la expresión «excepcionalmente» es contraria a la ley.²⁵⁵

El Tribunal Supremo conforme se va reconociendo y aplicando el régimen de custodia conjunta, en aras de vislumbrar las ventajas que ha presentado en las familias donde se ha atribuido, considera que debe de ser el régimen de guarda y custodia más deseable; tan es así que, en cuanto a la toma de decisiones de los tribunales de las audiencias provinciales, que se resisten a la apertura del nuevo régimen, hace un llamado de atención, aperturandolos a guiarse por los artículos relativos a la custodia compartida y solo excluir aquellos casos que las circunstancias desaconsejen su procedencia.²⁵⁶ El tribunal Supremo cambia su postura ante la custodia monoparental como la deseable, y otorga a la custodia conjunta el carácter de preferente ²⁵⁷, dando a entender que deberá adoptarse en

²⁵⁴ Beltrá Cabello, Carlos, "Disolución del matrimonio. Efectos para los hijos. (Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2012)", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, núm. 147, abril-2013, p. 11; Olivares Huertas, Manuel, "Ejercicio de corresponsabilidad parental, mejor opción que custodia compartida", en: Venegas Medina, María del Mar y Becerril Ruiz, Diego (Coords), *La custodia compartida en España*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 16.

²⁵⁵ López Romero, Pedro Manuel y Alonso Espinosa, Francisco José, "Custodia compartida e interés superior del menor", *Diario La Ley*, Nº 8556, España, 2011, p.186.

²⁵⁶ Tal es el caso del 29 de marzo de 2016, donde la STS llama la atención a la Audiencia Provincial de Madrid por seguir pronunciándose a favor del régimen de guarda y custodia unilateral, siendo que no existían circunstancias negativas o en contravención que impidiesen la atribución de una custodia compartida «La sentencia, ciertamente, desconoce, como si no existiera, la doctrina de esta Sala y pone en evidente riesgo la seguridad jurídica de un sistema necesitado de una solución homogénea por parte de los Tribunales a asuntos similares».

²⁵⁷ O'callaghan Muñoz, Xavier, "Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, p. 9.

todos aquellos supuestos en los que no exista ningún impedimento para su correcto desarrollo.²⁵⁸

5. Criterios implementados por el Tribunal Supremo a considerar para la obtención de la custodia compartida

El Tribunal Supremo ha establecido dentro de varias sentencias un listado de criterios a ponderar para decidir el régimen de la guarda y custodia compartida cuando se den las características que hagan que la figura sea la óptima cuando del interés superior del menor se habla. Explícitamente los criterios son los siguientes:

- La edad del menor, opinión y arraigo social (escolar y familiar de los menores).
- La relación que los padres mantengan entre sí y la vinculación con sus hijos.
- La dedicación de los progenitores al cuidado de los hijos durante la convivencia.
- El cumplimiento de sus deberes en relación con ellos.
- La aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores.
- La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de éstos.
- La ubicación de sus residencias habituales.
- Los apoyos con los que cuenten.
- El número de hijos, procurando que los hermanos se mantengan juntos.

6. Circunstancias que excluyen a la custodia compartida

Conforme con el art. 92.7 CC no procederá la custodia compartida:

“Cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con

²⁵⁸ Si atendemos a los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2009 (en el que comienza esta nueva tendencia jurisprudencial) se estableció la custodia compartida en un 9,7% de los casos, fuente: www.ine.es/prensa/np613.pdf, mientras que, en los últimos datos disponibles, correspondientes al año 2016, el porcentaje se eleva a un 28,3%, fuente: www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf

ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas”.²⁵⁹

El término “estar incurso” ha suscitado importantes críticas en la doctrina²⁶⁰. Consideramos que si se aplica la norma de manera estricta a como se asentó en el código civil esta vulnera el principio de presunción de inocencia, debido a que la legislación no pide una sentencia firme; el hecho de que con tan solo la existencia de una querrela o denuncia se le prive a una persona de sus derechos paternales, es un tema que vulnera derechos no solo en el ámbito familiar sino también personal en cada individuo como ser humano, puesto que se pueden dar denuncias falsas de hechos que jamás sucedieron obrando el acusador de mala fe con el fin de perjudicar a la otra parte en la obtención de la custodia.

II. LEGISLACIÓN AUTONÓMICA: LAS 5 COMUNIDADES AUTÓNOMAS QUE LEGISLARON EN MATERIA DE CUSTODIA COMPARTIDA

A raíz de la mayor implicación por parte de muchos padres, en específico del progenitor paterno que posterior a la ruptura matrimonial o de la pareja ha venido a demostrar un interés mayor por tener un papel más protagónico que implique una convivencia más profunda y cercana con sus hijos, dejando a un lado el conformismo con el régimen de visitas.

²⁵⁹ Código Civil de la legislación española. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Última modificación el 16 de diciembre de 2021.

²⁶⁰ Castillejo Manzanares, R. Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Edit. La Ley, Madrid 2007, p. 365. Al respecto llama la atención sobre la invitación que supone para el progenitor que no desee la guarda y custodia compartida a realizar denuncias falsas respecto a estos hechos, con la finalidad de cortar la pretensión procesal. Además, señala que esta medida es innecesaria por cuanto, en ningún caso se podría atribuir al padre o la madre la guarda y custodia del menor cuando estuviéramos en las situaciones delictuales descritas en la norma; es más, con buen criterio el art. 65 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre establece que el juez podrá suspender «el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera». Todo ello, sin perjuicio de que, condenado, se le pudiera imponer como pena la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

Cinco han sido las Comunidades autónomas que se han dado a la tarea de regular sobre los temas acordes con el principio de igualdad de los progenitores, el interés del menor y la guarda y custodia, que es el tema que nos ocupa en la presente tesis, estas comunidades son: Aragón, Cataluña, Navarra, la Comunidad Valenciana y, recientemente, el País Vasco. Se mencionaron en orden cronológico conforme han ido incursionando de manera positiva y cambiando la regulación que se tenía en cada una de ellas respecto de la ruptura matrimonial o de pareja y abriéndose camino a una regulación propia asemejada en la influencia de países de su entorno y no tanto en la regulación estatal. Todas ellas se han movido en una misma línea, si bien con diferentes matices, algunos de singular importancia como seguidamente expondré, dando lugar a un variado mapa legislativo.

De este modo, su promulgación ha significado una progresiva diferenciación de los ordenamientos jurídicos españoles que, en cierta medida se ha considerado antitética a la armonización y convergencia a la que parece tener el Derecho de familia a nivel europeo²⁶¹.

La entrada en vigor de las leyes en Aragón, Navarra, Cataluña, Valencia y País Vasco ha tenido como consecuencia inmediata el desplazamiento en cada uno de los territorios donde son de aplicación, y en los supuestos en que lo sea, del régimen legal previsto en los Capítulos IX y X del Título IV del Libro I del CC que, comprendiendo los arts. 90 a 106, regulan las medidas y efectos comunes a los procesos de nulidad, separación y divorcio.

En el Derecho estatal, con la reforma del CC del año 2005, se modificó el art. 92 en materia de guarda y custodia de los hijos, introduciendo explícitamente la posibilidad del establecimiento de la custodia compartida, si bien dejando intactos, artículos como el relativo a la atribución de la vivienda familiar (art. 96 CC), alimentos de los hijos (art. 93 CC) y otros, lo que ocasiona situaciones que dejan en estado de desprotección a alguna de las dos partes y en alguna de las ocasiones puede presentarse injusta.

²⁶¹ En este sentido, la *Commission European Family Law* trabaja con el objetivo de elaborar Principios europeos de Derecho de familia que puedan servir a los legisladores europeos para armonizar y modernizar su Derecho de familia. González Beilfuss, C., "El Derecho de familia desde una perspectiva europea", *Revista Valenciana D'Estudis Autonòmics*, núm. 54, 2010, pp. 79-81.

El legislador autonómico se ha dado a la tarea de reformar todo el conjunto de efectos que se siguen de la ruptura de la convivencia de los progenitores, regulando aspectos como la fijación de la pensión del menor, atribución del domicilio familiar²⁶², etc. Con eso se ha logrado tener un diseño final que nos muestra las condiciones de vida en las que vivirá la familia después de la ruptura, tanto los hijos como los progenitores dependiendo de la opción de guarda y custodia que se acuerde o que se asigne.

1. El Régimen de Convivencia Compartida como sistema de preferencia en el Derecho Autonómico

Las leyes autonómicas han ido a la par de la evolución de la potestad conjunta; en el derecho extranjero encontramos una cierta inclinación por el establecimiento de un régimen de custodia compartida, siendo este el modelo general en Europa debido a la responsabilidad parental conjunta que fomenta las relaciones personales de ambos progenitores con sus hijos en donde se respetan los vínculos que tiene el menor con ambos.

Aragón y la anterior ley Valenciana²⁶³ establecían como regla general el modelo de custodia compartida, guiando a los juzgadores a optar por este régimen y dificultando el establecimiento de una custodia individual, lo que limitaba la adecuada protección del interés superior del menor en concordancia con las circunstancias específicas de cada caso, priorizando un régimen por encima del otro. Esta es la línea en la que se han pronunciado, entre otros, autores como González Del Pozo²⁶⁴. Cabe mencionar que el establecimiento de un sistema de preferencia que, en ocasiones, puede llevar a soluciones injustas y poco garantistas.

²⁶² Con la excepción de la Ley Foral Navarra que no contempla la regulación de la atribución del domicilio familiar.

²⁶³ La Ley valenciana 5/2011 fue declarada inconstitucional por el TC en su Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre.

²⁶⁴ González Del Pozo, J.P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley*, núm. 7537, 2010, p. 9.

No obstante, y a pesar de la preferencia legal establecida, ello no va a suponer la aplicación automática de la misma²⁶⁵. En relación con la preferencia mencionada en algunas legislaciones, la jurisprudencia española es unánime al mencionar que no debe de existir una regla a seguir, se tiene que dejar al juzgador ponderar la idoneidad de cada régimen y decidir conforme al interés superior del menor cuál de ellos hará que se cubran las necesidades y los intereses del menor. Para ello, habrá de atender a diversos factores que faciliten la motivación de la decisión judicial, abstrayéndose de tratamientos igualitarios que pueden dar lugar a medidas no acordes con el verdadero interés de la familia.

2. Del reconocimiento expreso de la preferencia: el caso de Aragón y la Comunidad Valenciana (actualmente declarada inconstitucional)

Dentro de la legislación aragonesa, encontraremos el tema del cuidado de los infantes en el artículo 80 del código aragonés. En dicho artículo se estableció en su primer párrafo del apartado 1, que cada uno de los progenitores ya sea de manera conjunta o por separado, puedan solicitar al juez que el régimen de cuidado sea desempeñado de manera compartida por ambos o en su caso por uno solo de ellos; a su vez en el apartado segundo se establece que a falta de pacto de los progenitores, será el juez quien adoptará de manera preferente la custodia compartida salvaguardando el interés superior de los hijos, a no ser que la custodia individual resulte la más beneficiosa para ellos.²⁶⁶

²⁶⁵ Así lo refieren, entre otras, las sentencias AP Valencia 20 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100347); 16 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100345).

²⁶⁶ Del análisis realizado se puede concluir que la jurisprudencia del TSJ Aragón, recogida por la SAP Zaragoza 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100441), hace una apuesta fuerte por el régimen de custodia compartida, si bien ello no va a presuponer una negación del sistema de custodia individual, puesto que por encima de todo se encuentra el interés del menor. La SAP Zaragoza 25 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100060), recoge la jurisprudencia del TSJ Aragón sobre esta cuestión refiriendo que en reciente sentencia de 25 de julio de 2013 se optó por un régimen de custodia en favor de la madre y amplio régimen de visitas para el padre, al entenderse que la custodia compartida no sería beneficiosa para el menor pues en los informes psicosociales emitidos se recomendaba el individual, habida cuenta que aquel era reacio a compartir tiempo con su familia paterna extensa, y había otros condicionamientos de horarios laborales del padre y de espacio en su vivienda que jugaban en contra del régimen compartido. En la sentencia 8 febrero 2012, se destacaba por el TSJA que en las sentencias sobre esta materia el criterio preferente establecido por el legislador aragonés debía ser el de la custodia compartida, tal como dispone el artículo 80.2 CDFA, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo,

Así, el art. 80.2 del texto aragonés establece que, “se considera la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez debe adoptar de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto, salvo en los supuestos en que la custodia individual fuera lo más conveniente”²⁶⁷. Con esta posición a favor de la custodia compartida, se pretende primar por el interés de los hijos y en base a eso impulsar la igualdad entre los progenitores; es así que la custodia compartida se fundamenta en dos derechos básicos: “por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar”.²⁶⁸

Lo plasmado en el texto da la apertura al juzgador a tomar la medida que mejor crea conveniente para la obtención de la custodia compartida, pese a que los progenitores previamente hayan acordado entre si un régimen individual, bajo la discrecionalidad del juzgador, si él ponderando las pruebas aportadas en el caso en concreto considera a bien aplicar una custodia compartida previendo lo estipulado en el llamado pacto de relaciones familiares que debe presentar cada progenitor, el único principio al que debe atender y que le vincula, es el interés superior del menor²⁶⁹. Sin embargo, si el juez decide rechazar la voluntad de los padres, estaría vulnerando el derecho a la libertad de estos de poder elegir el régimen de custodia que consideren sea el más adecuado para cubrir las necesidades de sus hijos. Por lo tanto, en los supuestos en los que haya acuerdo por parte de los progenitores, el Juez debe ceñirse a dicha voluntad, y ello salvo que situaciones excepcionales en donde pudieran derivarse consecuencias dañosas para los menores.

De lo anterior se desprende que el juez, a excepción de que exista un acuerdo o pacto entre las partes, podrá acordar la custodia compartida o la

como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

²⁶⁷ Preámbulo IV de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo.

²⁶⁸ Preámbulo III de la Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo.

²⁶⁹ En este sentido, la SAP Zaragoza 29 mayo 2012 (Tol 2.555.903), refiere que la custodia compartida es el sistema prioritario en ese Derecho Foral, pero éste cederá cuando, como en el caso enjuiciado, la individual resulte más conveniente para los menores (Art. 80 del Código de Derecho Foral de Aragón).

individual, aunque la demande uno sólo de los progenitores y que la oposición de un progenitor a la custodia compartida (art. 80.5 Código aragonés), no será causa suficiente para considerar que no procede adoptar el régimen de custodia compartida solicitado por el otro²⁷⁰.

La obligación del juez de procurar siempre que la toma de sus decisiones vaya encaminadas a priorizar el interés superior del infante como obligación dentro del sistema legal. Según González Del Pozo²⁷¹, a manera de ejemplo enunciaremos lo establecido en la legislación valenciana (actualmente declarada inconstitucional), que toma lo establecido de la aragonesa, dándole preferencia legal a la custodia compartida por ser más nominal o teórica que real, ya que, en el deber ser de las responsabilidades correspondientes a la discrecionalidad del juez es que no debe de existir una preferencia por un cierto régimen de custodia, o primar uno por encima de otro, sino que, atribuir el que más convenga para el interés y beneficio de los hijos en el caso concreto planteado”.

A tal efecto, autores como González Del Pozo Y Castilla Barea²⁷², han cuestionado esta preferencia en cuanto a la atribución de la modalidad de custodia compartida en el texto aragonés, si bien el razonamiento sería aplicable al resto de normas. Se puede observar que aun considerando la custodia compartida como una opción ideal las normas autonómicas no descartan la custodia individual, concurrirán a las circunstancias y factores que estimen cada una de las leyes, de manera que no deberá existir la imposición judicialmente de una custodia compartida general, puesto que deberá de valorarse para la toma de esa decisión la edad de los hijos, el arraigo social y familiar, la opinión de éstos siempre que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de catorce años, la aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, y cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

²⁷⁰ González Del Pozo, J.P.: “Análisis crítico de las medidas”, *cit.*, p.5.

²⁷¹ González Del Pozo, J. P.: “Análisis crítico de las medidas”, *cit.*, p. 8.

²⁷² González Del Pozo, J.P.: “Análisis crítico de las medidas”, *cit.*, p. 9. En igual sentido, Castilla Barea, M.: “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2010, p. 32.

En el caso de la norma valenciana, la regla general viene recogida en el art. 5.2 de la ley, que establece que salvo que otra cosa hayan acordado los progenitores, el Juez “atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”; este supuesto en la legislación estatal e incluso local representaba un motivo para la denegación de la custodia compartida, el hecho de existir malas relaciones entre los progenitores se decía que dificultaba potencialmente un régimen de este tipo.

Así lo refiere igualmente la sentencia del TSJ Comunidad Valenciana 6 septiembre 2013, que declaró como doctrina a los efectos de la interpretación que debía darse del art. 5 de la ley valenciana que el mantener el régimen de custodia individual requiere de que subsistan las circunstancias iniciales que dieron pie a la obtención del mismo, puesto que bajo esas causales se priorizó en la aplicación el interés superior del menor, aunado a la existencia de informes expresamente requeridos en la norma legal; sin dicha concurrencia no cabría el mantenimiento de un régimen monoparental, debido a que no existirían factores a considerar idóneos que establezcan una atribución justificada de un régimen unilateral.

El criterio que recoge la doctrina legal del Tribunal en la referida sentencia es que, de la interpretación del art. 5.4 de la Ley 5/2011, se desprende que para acordar el régimen de custodia monoparental es necesario que existan informes que lo justifiquen en aplicación del principio de primacía del interés superior del menor²⁷³.

En los supuestos en los que no exista informe, la reciente STSJ Comunidad Valenciana 23 julio 2015²⁷⁴ sienta como doctrina jurisprudencial que “La aplicación de la primacía del interés superior del menor para fundamentar una decisión de

²⁷³ Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, Artículo 5, fracción 4.- La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores.

²⁷⁴ Véase la STSJ Comunidad Valenciana 23 julio 2015 (Id Cendoj: 46250310012015100009).

custodia monoparental sin la concurrencia de informes periciales, deberá estar fundada en los factores descritos en el art. 5.3 de la derogada Ley 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Así, la ley valenciana regulaba el régimen de guarda y custodia compartida como mecanismo idóneo para el cumplimiento de la obligación derivada de la patria potestad de los progenitores de tener a los hijos menores en su compañía cuando aquellos no conviven²⁷⁵.

En este sentido, para Reyes López²⁷⁶ la ley valenciana “suponía un impulso en pro de la plasmación y del reconocimiento fáctico del principio de igualdad entre los progenitores, al mismo tiempo que una voluntad efectiva encaminada a elegir para el menor la situación que resulte más adecuada para que sufra en la menor medida de lo posible la ruptura de sus progenitores”.

El Tribunal Constitucional Español no reconoce a la Comunidad Valenciana el derecho a legislar en materia civil que por el contrario si reconoce a otras seis Comunidades autónomas, y es por ello que en el 2016 la Ley 5/2011 antes mencionada de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven fue declarada inconstitucional; más sin embargo dentro de sus resoluciones en materia civil, la comunidad Valenciana seguirá tomando en cuenta dentro de sus regímenes la custodia compartida partiendo de la Resolución 2079 del Consejo de Europa de fecha 15 de octubre en donde se recomendó a los Estado la necesidad de adaptar a sus legislaciones en cuanto al desarrollo de la corresponsabilidad familiar (una de las bases de la custodia compartida).

Al margen y además de lo anterior, hay que traer a colación la Ley valenciana 12/2008 de Protección Integral de la infancia y la adolescencia, de plena aplicación, y en donde se consagra en su art. 28 el principio de coparentalidad. Se

²⁷⁵ En este sentido se ha señalado que lo que más y mejor puede contribuir al desarrollo psíquico, emocional, afectivo, social de un menor, es poder relacionarse con sus dos progenitores, no viéndose privado de estar con ninguno de ellos. Así lo refiere Garriga Gorina, M.: “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008, p. 4.

²⁷⁶ Reyes López, M.J.: “La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana”, en: *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 18.

trata de una ley que se encuentra en vigor, y que, por lo tanto, se podría tomar como fundamento para la petición de la custodia compartida.

Con la norma aragonesa, se produce un cambio de criterio respecto al imperante hasta la fecha, al establecer “un sistema equilibrado y compartido en el desempeño de la autoridad parental en todas las esferas de la vida del infante afectado, siempre compatible y guiado, en todos los extremos, por el principio fundamental del interés del infante, de igualdad entre los progenitores, y con el derecho de cada menor de poder convivir con ambos”²⁷⁷.

3. La guarda y custodia compartida como modelo preferible en el Código civil de Cataluña

Por su parte, el Código Civil Catalán, dentro de su Libro Segundo ha regulado la organización familiar post separación de la pareja en temas de custodia atribuyéndole a la compartida el carácter de ser el régimen “deseable y preferido, pero no preferente siempre y, en cualquier caso, sometida al interés del menor que debe primar sobre cualquier otro interés en juego”²⁷⁸. Los tribunales cuando emiten su sentencia aplicando el régimen de cuidado individual o el compartido deberán de realizar una aplicación extremadamente cuidadosa, asumiendo la carga de acreditar y probar las condiciones con las que cuenta cada progenitor para asumir el régimen que se está pidiendo conforme a las necesidades y el reparto de funciones que se ha de cubrir dentro de la nueva realidad familiar, lo que se pide es que se ponderen punto por punto todos los intereses por cubrir hacia los hijos y considerando su superior interés se decida la atribución del régimen idóneo aportando en concreto datos sobre vinculaciones afectivas, acuerdos, aptitudes, actitudes, situación de domicilios, residencia adecuada, horarios y actividades de los hijos, tiempo libre, tiempo dedicado de pasado a los hijos, tareas desarrolladas, opinión de los menores, y de los progenitores, etc., a cuyos efectos deben suministrarse las oportunas pruebas.

²⁷⁷ Reyes López, M.J.: La nueva regulación de las relaciones familiares, *cit.*, p. 23.

²⁷⁸ Entre otras, las sentencias AP Barcelona 30 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100285); 27 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100078).

Por ello, la legislación catalana, a diferencia de lo previsto en la aragonesa, no establece expresamente la preferencia por la custodia compartida²⁷⁹, y si bien la jurisprudencia sí que se refiere a ella como preferible²⁸⁰, esta falta de reconocimiento expreso ha dado lugar a diversas interpretaciones, de ahí que se haya criticado la redacción del art. 233.9 Código catalán al no establecer de forma clara, contundente y sin dudas el carácter preferente de la custodia compartida²⁸¹.

En concreto del artículo 233-10.2²⁸² del texto catalán, observamos el otorgamiento de la custodia individual con carácter excepcional cuando no existe un pacto entre los progenitores por no haber acordado un modelo de corresponsabilidad parental compartido a través de un plan de parentalidad tal y como lo marca el Código Civil Catalán, cuya incorporación al proceso judicial es fundamental. Como se ha dicho párrafos anteriores, el juez será quien decida cuál de los dos progenitores o los dos en conjunto, asuma el cuidado de los infantes, en esta tarea, el Juez atenderá a una serie de factores previamente establecidos en la ley,²⁸³ y a modo de ejemplo, enunciaremos algunos criterios para determinar el

²⁷⁹ Código Civil de Cataluña, artículo 233-8. Responsabilidad parental. 1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.

²⁸⁰ SAP Barcelona 8 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100233). La Sala refiere que el Código Civil Catalán no establece ni impone la modalidad de guarda compartida como modelo preferente, aunque sí preferido. En él, la manera de ejercer la responsabilidad parental después de la ruptura está condicionada por el interés del menor. El art. 233-8 del mismo Código, determina que la nulidad, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que mantienen el carácter de compartido y en la medida que sea posible se han de ejercer conjuntamente, exige en el apartado tercero que la autoridad judicial en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores ha de atender de manera prioritaria al interés del menor.

²⁸¹ De Torres Perea, J.M.: "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, p. 49. Véase también el Código Civil de Cataluña <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>

²⁸² La autoridad judicial, si no existe acuerdo o si este no se ha aprobado, debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales, de acuerdo con el artículo 233-8.1. Sin embargo, la autoridad judicial puede disponer que la guarda se ejerza de modo individual si conviene más al interés del hijo.

²⁸³ Según el art. 233-11 Código catalán, estos criterios son: 1. La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de sus padres, así como las relaciones con las demás personas que conviven en los respectivos hogares; 2. La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de sus hijos y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo a su edad; 3. La actitud de cooperación de los padres entre ellos a fin de asegurar la estabilidad de los hijos y garantizar las relaciones de

régimen y la manera de ejercer la guarda y custodia que se encuentran positivados en el artículo 233-11:²⁸⁴

- a) La vinculación afectiva entre los hijos e hijas y cada uno de los progenitores, y también las relaciones con las otras personas que conviven en los hogares respectivos.
- b) La aptitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los hijos e hijas y la posibilidad de procurarles un entorno adecuado, de acuerdo con su edad.
- c) La actitud de cada uno de los progenitores para cooperar con el otro con el fin de asegurar la máxima estabilidad a los hijos e hijas, especialmente para garantizar adecuadamente las relaciones de estos con los dos progenitores.
- d) El tiempo que cada uno de los progenitores había dedicado a la atención de los hijos e hijas antes de la ruptura y las tareas que efectivamente ejercía para procurarles el bienestar.
- e) La opinión expresada por los hijos e hijas.
- f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento.
- g) La situación de los domicilios de los progenitores, y los horarios y las actividades de los hijos e hijas y de los progenitores.

A pesar de la inconstitucionalidad de la Ley previamente mencionada, nosotros consideramos que los criterios anteriormente citados son de utilidad y merecen ser previstos por todos los juzgadores antes de considerar que régimen de custodia será el más adecuado; por eso, aunque la Ley ya no esté en uso, estos criterios deberían de prevalecer entre las obligaciones de observancia en materia de familia en casos de guarda y custodia.

En la norma catalana, en palabras de Maza Domingo, “todo se dice de manera más difusa, pues refiere que las responsabilidades parentales mantienen

estos con los dos progenitores; 4. El tiempo de dedicación de cada uno de los progenitores hacia sus hijos antes de la ruptura y las tareas que ejercían para procurarles el bienestar; 5. La opinión de los hijos; 6. Los acuerdos en previsión de la ruptura adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; 7. La situación de los domicilios de los padres, así como los horarios y actividades de estos y de los hijos.

²⁸⁴ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, artículo 233-11, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>

un carácter compartido y, en la medida de lo posible, se han de ejercer conjuntamente”²⁸⁵; de lo anterior no se señala textualmente la preferencia, pero se puede intuir la misma. Por lo tanto, y aunque no conste expresamente reconocido, del texto catalán se desprende que la opción preferente para el legislador catalán es también la guarda y custodia compartida²⁸⁶. La jurisprudencia nos marca que el criterio que avala la estabilidad de los hijos tras el divorcio o la separación es el ejercicio conjunto de la custodia; aunado a eso debemos de aplicar la doctrina a cada caso en concreto, por ende, el juez deberá indagar sobre la idoneidad con la que cuenta cada progenitor para adaptarse al régimen de guarda que se designe.²⁸⁷

En este sentido a manera de conclusión, la invocación general a la jurisprudencia y legislación vigentes, específicamente los artículos 233- 8.1 y 233-10.2 del Código Civil Catalán que favorecen las fórmulas de coparentalidad, y del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental deben de ir a la par de la realización de un examen del caso en concreto para que el modelo de guarda que se prefiera sea aquel que mejore tutele el interés del menor, de acuerdo con la sentencia 20 diciembre 2010.²⁸⁸

4. De la falta de concreción en la ley navarra en cuanto a la preferencia por un sistema u otro

Por lo que se refiere a la Ley navarra 3/2011, de 17 de marzo, aunque en su exposición de motivos se haga la manifestación de una corresponsabilidad y de la posibilidad de atribución de la custodia compartida, no pasa más allá de quedar en intenciones; si bien en el Código Civil Navarro se regulan las dos modalidades de custodia, no existe una preferencia o una atribución de “regla general” hacia ninguna de ellas de modo especial, en este supuesto tácitamente se deja la decisión a manos del juez. El Juez tendrá plena libertad a la hora de adoptar la modalidad

²⁸⁵ Maza Domingo, J.: Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 112, 2011.

²⁸⁶ Así lo refiere Villagrasa Alcaide, C.: “Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental”. Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

²⁸⁷ SAP Barcelona 4 febrero 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100070).

²⁸⁸ STSJ Cataluña 20 diciembre 2010 (Id Cendoj: 08019310012010100079).

individual o compartida, sin que se precise que la soliciten ambos cónyuges de común acuerdo, pero sí al menos, uno de ellos (art. 3.2).

El texto final, en la línea con lo que prevé el Anteproyecto de Ley estatal sobre el ejercicio de la corresponsabilidad familiar, recoge que la custodia compartida no debe prevalecer sobre la individual, sino que ambos regímenes deben quedar en pie de igualdad²⁸⁹. El Juez tendrá plena libertad a la hora de adoptar la modalidad individual o compartida, sin que se precise que la soliciten ambos cónyuges de común acuerdo, pero sí al menos, uno de ellos. No obstante, partiendo de su exposición de motivos de la insuficiencia del CC para garantizar la igualdad de los padres, apuesta, "en línea con la realidad social actual", porque la custodia compartida no sea algo excepcional.

El sistema adoptado por la ley navarra no otorga al modelo basado en la custodia compartida carácter preferente, aunque tampoco lo rechaza, por lo que, en realidad, lo somete a una decisión judicial, sin imponer al Juez ningún criterio al respecto, a excepción claro está, de salvaguardar el interés del menor.²⁹⁰

El art. 3.1 de la ley foral referido a la guarda y custodia de los hijos prevé que:

“En el supuesto de ruptura de la convivencia y en defecto de pacto de relaciones familiares pactado por los progenitores, cada uno de los padres por separado, o ambos de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos menores o incapacitados sea ejercida por ambos o por uno de ellos”.²⁹¹

²⁸⁹ Ello conllevó a que se cambiara incluso el nombre originario de la ley que dejó de llamarse ley de custodia compartida para denominarse ley sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

²⁹⁰ Sabater Bayle, E.: “Ley Foral Navarra 3/2011 de 17 de marzo de custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres”. Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

²⁹¹ Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, Sobre Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, Artículo 3, Fracción 2. Véase en <http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=12244#:~:text=de%20los%20hijos.-,1.,o%20por%20uno%20de%20ellos>

Se ve pues como su art. 3.2²⁹², no se establece la preferencia legal de ninguna modalidad de custodia, confiriéndole al Juez amplia potestad para que decida por una modalidad u otra, sin establecer la preferencia de ninguna. Al igual que se prevé en el resto de las legislaciones autonómicas, se desecha el informe favorable del Ministerio Fiscal que venía previsto en el art. 92.8 Código Civil Estatal y permite al Juez, en el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, acordar la guarda y custodia compartida o la individual, oído el Ministerio Público y previos los dictámenes que sea necesario recabar.

Concluye el art. 3.4 de la ley navarra que “la decisión buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego, considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados y asegurando la igualdad de los padres en sus relaciones con los hijos en todo lo que vaya en beneficio de esto”.

La prioridad, al igual que en el resto de las legislaciones, será el interés de los hijos, así como conciliar las querencias de los padres. El hecho de conseguir ambos progenitores la custodia compartida quedará sometida a la decisión del juzgador, la resolución debe atenerse a respetar el principio del interés superior del menor considerando para ello las circunstancias que presente el caso, sin tener que preferir sobre un régimen.

Para autores como Conde Pumpido²⁹³, éste sería el modelo idóneo pues se trata de una regulación en la que no se da preferencia a una u otra modalidad de custodia, sino que las coloca a un nivel de total igualdad, de forma que en cada caso concreto sea el juez, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta siempre como principio preferente el del interés del menor, el que adopte una u otra solución en relación con lo que se considere más adecuado y beneficioso para los menores objeto de cada procedimiento.

²⁹² En el caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los padres, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la custodia individual, oído el Ministerio Fiscal y previos los dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.

²⁹³ Conde-Pumpido García, J.L.: “Ley valenciana de custodia compartida”, *Revista de trabajo, economía y sociedad del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana*, núm. 62, 2011.

5. La custodia compartida como modalidad más adecuada en la Ley Vasca.

Por último, el sistema adoptado por la Ley vasca 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores no otorga al modelo basado en la custodia compartida carácter preferente, aunque tampoco lo rechaza, por lo que, en realidad, lo somete a una decisión judicial, siempre previa petición de parte, sin imponer al Juez ningún criterio al respecto, a excepción claro está, de salvaguardar el interés del menor.

En la norma vasca la regla general viene recogida en el artículo 9 fracción 3, que establece que el Juez “a petición de parte, adoptará la custodia compartida siempre que no sea perjudicial para el interés de los y las menores...”. Para sustentar lo planteado, en la fracción 2 del artículo 9, refiere que “la oposición a la custodia compartida de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ambos no serán obstáculo ni motivo suficiente para no otorgar la custodia compartida en interés del menor”²⁹⁴. Todo ello, junto al alegato realizado en la Exposición de motivos de la ley en términos de que considera “la custodia compartida como régimen más adecuado en los casos de separación o divorcio...”, hace que la ley se decante claramente por esta modalidad de custodia, si bien con el condicionante de que deba ser solicitada dicha modalidad de custodia por uno de los progenitores.

6. Doctrina Jurisprudencial contra el automatismo en cuanto a la aplicación de la Guarda y Custodia Compartida como modalidad preferente.

El reconocimiento legal de la eficacia de la custodia compartida ha figurado en los diversos pronunciamientos jurisprudenciales que se han ido creando tras haber entrado en vigor cada una de las leyes autonómicas que vimos con anterioridad. Aunado a la aceptación que tuvo la institución de la custodia compartida en el sistema foral, las Audiencias Provinciales se han mostrado a favor de la aplicación del régimen compartido, mostrando que existen muchas ventajas

²⁹⁴ Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, publicada en «BOE» núm. 176, de 24 de julio de 2015. Véase en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8275#:~:text=La%20ley%20vasca%20de%20relaciones,la%20promoci%C3%B3n%20de%20la%20igualdad

de su aplicación siempre y cuando dicha modalidad no sea aplicada de forma automática, sino que atienda a las circunstancias particulares de cada caso.

Esta es la tendencia seguida por la jurisprudencia de las diversas Audiencias. Así, la SAP Zaragoza 19 junio 2012²⁹⁵, entre otras²⁹⁶, refiere que “ a raíz de la constante evolución social, de acuerdo a los diversos tipos de familia que han ido surgiendo con el pasar de los años, la ley reconoce la preferencia legal por la custodia compartida, puesto que la considera como el régimen que más beneficios trae para proteger el interés superior del menor y respeta a la par los derechos de los progenitores y garantiza el establecimiento de una corresponsabilidad parental, al estar establecida como regla general, la única manera en la que se podrá dar la atribución de la custodia unilateral será porque el juez opte por la aplicación de este régimen en consideración de ser el más idóneo con el que se pondera el interés superior del infante, debiendo justificar adecuadamente esta opción; esta posibilidad nos da a entender que el hecho de que la custodia compartida sea la que en mayor medida se prefiera, no quiere decir que opere de manera automática en todos los casos, sino que en los supuestos donde alguno de los progenitores solicite la custodia monoparental, deberá realizarse el necesario estudio de las circunstancias concurrentes en el caso en cuestión, apegándose a los criterios y factores que señala la norma que hay que considerarse en casos de guarda y custodia, respetando en todo momento los principios básicos en el derecho familiar y siempre tomando la mejor decisión para los menores hijos en beneficio de ellos considerando su interés superior.

El TSJ Cataluña²⁹⁷ también se ha pronunciado en términos de que no puede afirmarse que la custodia compartida constituya una solución única que valga para todos los casos, debiendo atenderse como único criterio a tener en cuenta el interés superior del menor en cada supuesto.

²⁹⁵ SAP Zaragoza 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100255)

²⁹⁶ De entre las más representativas, las sentencias AP Zaragoza de 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100254); 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100176); 21 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100066).

²⁹⁷ STSJ Cataluña 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019310012012100063).

El legislador autonómico ha instituido la presunción *iuris tantum* cuando en los códigos civiles forales sustenta la inclusión de la custodia compartida como el régimen de convivencia más beneficioso para el menor, en donde los progenitores que ya no conviven juntos tienen la posibilidad de contar con un contacto entre ellos similar al que tenían antes de la separación o el divorcio, pues uno de los propósitos de esta institución es lograr ejercer un derecho-deber de patria potestad en donde incumba a ambos progenitores, logrando que el entorno familiar que el menor conocía cuando existía la unión familiar sea lo más parecido en cuestiones de convivencia y comunicación. El Juez no deberá esforzarse en razonar que la custodia compartida es el régimen de guarda más beneficioso para el menor, sino que, presumiendo la idoneidad de éste, razonar por qué en el caso concreto resulta más conveniente para el interés del menor ese sistema de custodia individual, en el supuesto de que lo haya solicitado alguna de las partes o el Ministerio Fiscal.²⁹⁸

²⁹⁸ González Del Pozo, J.P.: “Análisis crítico de las medidas”, *cit.*, p. 3.

CAPITULO CUARTO

MARCO NORMATIVO DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

I. INSTRUMENTOS A NIVEL INTERNACIONAL QUE ADOPTAN Y PROTEGEN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL INFANTE

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano principal de la Organización de los Estados Americanos (en adelante "OEA") encargado de promover y proteger los derechos humanos en el hemisferio. Los derechos humanos de la niñez han sido un tema de especial interés para la Comisión a través de los años. En tal sentido, durante su 100° período ordinario de sesiones, celebrado en Washington D.C. del 24 de septiembre al 13 de octubre de 1998, la Comisión decidió crear la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez a la cual le encomendó el estudio y la promoción de actividades que permitan evaluar la situación de los derechos humanos de los niños y las niñas en los Estados Miembros de la OEA, y proponer medidas efectivas a los Estados Miembros para que adecuen su normativa interna y sus prácticas a fin de respetar y garantizar el goce y el ejercicio de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en la región.

Es así como la Comisión y la Relatoría, a través del sistema de peticiones y casos, medidas cautelares, audiencias, visitas e informes, han prestado especial atención a la situación de los niños en las Américas. En las últimas décadas ha habido un cambio profundo en los marcos normativos, las políticas públicas y en la forma de prestar servicios sociales a la infancia y a la familia, especialmente a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, a pesar de estas importantes transformaciones, persisten las dificultades y los retos en traducir a la realidad los principios del derecho internacional de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en los marcos normativos. Adicionalmente, existe todavía la necesidad en los Estados de la región de profundizar algunos temas en los marcos legislativos, con el fin de adecuarlos a los principios y estándares exigidos por el derecho internacional de los derechos

humanos, especialmente en relación con los derechos y obligaciones contenidos en el artículo 19 de la Convención Americana y el artículo VII de la Declaración Americana.

1. *Convención Americana de 1969 (Pacto de San José)*

La creación de este convenio se debe teóricamente al reconocimiento del respeto y la garantía necesaria para tutelar los derechos básicos de las personas. Para la protección y defensa de los derechos humanos que se encuentran tutelados dentro de este convenio, se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la cual México es Estado Parte desde el 24 de marzo de 1981, quedando como obligación el reconocimiento de la competencia contenciosa de dicha Corte el 16 de diciembre de 1998. La escuela se ha referido y ha dado un reconocimiento explícito a este Convenio como el instrumento regional básico y fundamental en materia de derechos humanos²⁹⁹.

La Convención hace el reconocimiento de los derechos en dos planos; el primero se denomina “derechos para todos”³⁰⁰ de alcance general, y un segundo plano que almacena derechos específicos, aquellos que se refieren a los niños, adolescentes o menores.

Por su parte, uno de los temas que aborda esta investigación se centra en la familia, la cual dentro de este instrumento internacional es reconocida como el núcleo central de protección, por lo tanto, se vela por garantizar el derecho que tienen los menores de vivir en familia; esta convención³⁰¹ dentro de sus artículos protege la figura de la que se habla en cuestión, al definir a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual debe de ser protegida por la

²⁹⁹ González Espinosa, Óscar, *Los derechos humanos de la Infancia*, 3ª. Ed., México, Oxford, 2013, pp. 182-183.

³⁰⁰ García Ramírez, Sergio, *Los derechos fundamentales en el marco de los tratados internacionales*, 4ª. Ed., México, Planeta, 2009, pp. 55.

³⁰¹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. El presente instrumento internacional fue adoptado en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969; el mismo fue aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, lo cual consta en el Diario Oficial de la Federación del 9 de enero de 1981. Dicho instrumento entró en vigor en el ámbito internacional el 18 de julio de 1978, pero para el Estado mexicano no fue sino hasta el 24 de marzo de 1981, previa su adhesión en esa misma fecha y su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

sociedad y el Estado. Este instrumento internacional a la par de otros que tocan derechos humanos dentro de su constructo, reconoce que toda persona tiene derecho a desarrollar una vida familiar libre de injerencias ilegítimas, el estado es quien está obligado a hacer valer este derecho y a respetarlo y protegerlo contra los ataques abusivos a su honra, reputación, vida privada y familiar que puedan sufrir las personas dentro de una familia; esto lo encontramos desglosados y detallados dentro de su articulado 11 y 17.

Los estados deben promover acciones apropiadas para apoyar a las familias, encaminadas a salvaguardar la unión familiar y evitar en gran medida la separación de los menores de sus progenitores; el derecho internacional de los derechos humanos obliga a los estados partes a favorecer de la manera más amplia el fortalecimiento y desarrollo familiar como una de las medidas que brindará una adecuada protección a las niñas, niños y adolescentes mediante la implementación de políticas públicas, programas y servicios de apoyo a las familias. Así se cumplirá con lo previsto en el artículo 19 de la CADH “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”³⁰². La Comisión y la Corte han sido claras en señalar que los niños y las niñas “poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”³⁰³.

³⁰² Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54, 55 y 60; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 244; Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152; y especialmente: Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147 y Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164; Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 408; y Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 184; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 124, 163-164, y 171; Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 126 y 134.

³⁰³ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 54.

En opinión de González Espinosa, el precitado artículo debe ser objeto de una interpretación “dinámica y evolutiva”³⁰⁴, con la finalidad de que todos los tratados de derechos humanos adopten esta premisa dentro de su contenido, de manera que es bien conocido la inclusión de los niños, adolescentes y menores en la mayoría de ellos.

Los niños son personas en crecimiento, cuyo desarrollo progresivo en todas sus facetas a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social está en constante evolución y aunque son titulares de derechos como todo ser humano, depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos ya que algunos de ellos se encuentran limitados por su minoría de edad y es ahí el requerimiento de esa protección especial que el derecho internacional de los derechos humanos les brinda en base a las diferencias en sus posibilidades de acceso al ejercicio pleno de todos sus derechos³⁰⁵.

Los menores necesitan de los adultos para que sean ellos quienes puedan asegurar que las niñas, los niños y adolescentes reciban la atención y cuidados pertinentes y se garanticen sus derechos fundamentales. Se da una situación de dependencia y se ven limitadas las aptitudes y capacidades de los menores y es por ello por lo que el derecho internacional de los derechos humanos ubica a los Estados en una posición de garante de carácter reforzado, lo cual implica la adopción de una serie de medidas de distinto tipo y contenido dirigidas a la niñez³⁰⁶.

³⁰⁴ García Ramírez, Sergio, Los derechos fundamentales en el marco... *op., cit.*, p. 184.

³⁰⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 51.

La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. En el prólogo de la “Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas” se menciona expresamente esta concepción de la protección especial a la niñez. Además, se encuentra reconocida en la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, en el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en el “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, así como también se menciona en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y organizaciones internacionales con mandato en materia de niñez. Los instrumentos internacionales especializados antecesores a la Convención sobre los Derechos del niño reflejan también el concepto de protección especial, así, la “Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño” y la “Declaración de los Derechos del Niño” de 1959.

³⁰⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56 y 60; Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala.

Conforme la niña y niño van creciendo y se van desarrollando, la dependencia hacia los adultos se va modificando conforme el crecimiento, el grado de madurez que vayan alcanzando y su progresiva autonomía personal; es ahí cuando los deberes y responsabilidades de la familia, la comunidad y el Estado hacia el niño pasan a un segundo plano y de acuerdo a su nivel de desarrollo adoptará decisiones sobre sí mismo y sobre el ejercicio de sus derechos³⁰⁷. Esta lógica es consecuente con la visión del niño como sujeto titular de derechos, que deben ser respetados y promovidos en su integralidad, dejándose así atrás la concepción del niño entendido como simple objeto y recipiente de asistencia y atención. En palabras de la Corte:

“Existe en el derecho internacional de los derechos humanos el reconocimiento del derecho del niño a vivir en su familia y a ser cuidado y criado por sus progenitores en el seno de la misma³⁰⁸. La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen independientemente de la composición y la forma de constitución de ésta. A su vez, los progenitores tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, que deben ser respetados y garantizados por los Estados³⁰⁹ que se hallan obligados a favorecer, de la manera más amplia posible, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar

Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 164; Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrafo 184.

³⁰⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “[e]n el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal”. Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párrafo 129. Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 84 y 85 y Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 17.

³⁰⁸ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 54.

³⁰⁹ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 71, 72, 73 y 76

como medida de protección del niño³¹⁰. Se debe de priorizar el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y cuidado del niño”.

2. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 1989

La Corte y la Comisión han señalado que el concepto de *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como por las decisiones adoptadas por los órganos de derechos humanos internacionales³¹¹. En ese sentido, la Corte ha subrayado que el *corpus juris* en materia de los derechos de la niñez es el resultado de los importantes desarrollos que ha experimentado el derecho internacional de los derechos humanos en este campo y que destaca la creación y adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas la cual le otorga el reconocimiento a las niñas, niños y adolescentes como sujetos titulares de derechos, de su dignidad como personas, así como de la especial protección de la que son merecedores por su condición de desarrollo.

La concepción que tiene este Convenio respecto al menor no lo concibe como un sujeto pasivo al que hay que proteger, ni como una carga para la sociedad, sino por el contrario, lo dibuja como un ser humano al que se le atribuye un papel activo por desempeñar en la sociedad en la que vive y en la que debe crecer; un ser humano al que se debe respetar su dignidad y al que se le reconoce la necesidad de asegurar “su bienestar y su desarrollo”.³¹²

Este instrumento internacional ha dado una de las transformaciones más significativas en temas de niñas, niños y adolescentes; ya que fue con su entrada

³¹⁰ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 66; Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 125; y Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212, párr. 157. CIDH, Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010, párr. 105.

³¹¹ CIDH. La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de derechos humanos (segunda edición), OEA/Ser.L/V/II.133 Doc.34, 29 octubre 2008, párr. 39; CIDH. *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II., doc. 78, 13 julio 2011, párr. 16.

³¹² Durán Ayago, Antonia, *La protección internacional del menor desamparado régimen jurídico*, España, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, 2004, p. 168.

en vigor hace más de tres décadas que se dio el reconocimiento del niño y la niña como sujetos titulares de derechos, brindándoles una protección reforzada en todas las esferas de su vida cuando de ejercer sus derechos se trate debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento. El presente instrumento internacional fue adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989, mismo que fue aprobado por el Senado de la República el 19 de junio de 1990, lo cual consta en el Diario Oficial de la Federación del 31 de julio de 1990³¹³.

Con la entrada en vigor y la ratificación que hizo el estado mexicano de la CDN se obligó a diseñar políticas públicas, programas y servicios con el fin de implementar en ellos el ejercicio, disfrute y vigencia de todos los derechos, para todas las niñas, niños y adolescentes y que sus intervenciones fuesen de forma integral, coordinada y complementaria, con el fin de garantizar de modo efectivo la promoción y protección de los derechos de las niñas y los niños a la luz de la perspectiva holística de los derechos de la infancia integrados dentro del marco normativo mexicano; es por ello la existencia de los Sistemas Nacionales de Promoción y Protección de Derechos del Niño.

Los ordenamientos que hemos visto tanto la CDN y Convención Americana, le atribuyen a la familia el papel principal de esta sociedad como grupo fundamental de la misma y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros. Se les asigna a los progenitores el cuidado, bienestar y protección de los NNA como ya se ha mencionado previamente, para que puedan crecer en un ambiente seguro para su desarrollo, es en cuanto a que uno de los papeles de la CDN le establece al Estado la obligación de promoción y apoyo a las familias para que puedan cumplir las responsabilidades parentales de una manera compartida y

³¹³ Convención sobre los derechos del niño, fue adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989, mismo que fue aprobado por el Senado de la República el 19 de junio de 1990, lo cual consta en el Diario Oficial de la Federación del 31 de julio de 1990. Dicho instrumento entró en vigor en el ámbito internacional el 2 de septiembre de 1990, pero para el Estado mexicano no fue sino hasta el 21 de octubre de 1990, previa su ratificación el 21 de septiembre de 1990 y su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

lo más equitativamente posible en el desarrollo de la crianza de los hijos y cumplir con la efectiva protección de sus derechos.

Corresponde a los padres hacer que sus hijos crezcan en un ambiente de paz, amor, comprensión, entendimiento y felicidad; ser educado para que crezca con dignidad, tolerancia y que aprenda a ser solidario e igualitario dentro de su libertad. De lo anterior se desprende que corresponde a los padres tener la responsabilidad en la crianza y el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño, debiendo priorizar con cada actuar el interés superior del niño y su bienestar.

El derecho a la familia se relaciona estrechamente con la efectiva vigencia de todos los derechos del niño debido al lugar que ocupa la familia en la vida del niño y su rol de protección, cuidado y crianza. En el período correspondiente a los primeros años de vida del niño, cuando la dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal, es particularmente importante.

La CDN relaciona la relatoría de sus artículos a priorizar el principio del interés superior del niño establecido en su artículo 3, más cuando se habla del tema de familia destaca dos elementos: 1. El reconocimiento que se le pueden dar a los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables legalmente del NNA que no pasen por encima de los derechos del menor y 2. La responsabilidad de los Estados de velar por la protección y el cuidado que sean necesarios para el bienestar del niño. La realización del interés superior del niño debe considerarse a la luz de la autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones que le afecten y en el ejercicio de sus derechos.

Todo el embalaje jurídico que protege los derechos de los NNA contenido en este instrumento internacional es de gran importancia y tiene que ser tomado en cuenta en cada decisión en donde se vean involucrados menores; mientras que en nuestro tema en cuestión sobre la guarda y custodia compartida, aunque no haya un apartado en específico que regule esta figura dentro de algún artículo, nos referiremos a los artículos que establecen criterios importantes sobre la familia, el

cuidado de los menores, el derecho a ser escuchados y el elemento más importante todo lo que brinde la protección más amplia para el menor, en ese listado encontramos los artículos 3°, 5°, 7°, 9°, 12°, 14°, 16°, 18°, 19°, 20°, 21° y 27°, donde enseguida analizaremos brevemente la importancia de cada uno.

- Artículo 3°: Todas las medidas que se adopten por el estado siempre y cuando en ellas se vean inmiscuidos menores de edad la consideración primordial que se atenderá para tomar estas medidas será el interés superior del infante.
- Artículo 5°: Las responsabilidades parentales en la crianza de los hijos, y al deber de parte de los Estados de respetar el ejercicio de las funciones parentales.
- Artículo 7°: Derecho a la identidad de todos los NNA.
- Artículo 9°: El infante no será separado de sus padres contra la voluntad de estos, a excepción que la ley considere pertinente la separación atendiendo siempre al interés superior del infante.
- Artículo 12°: Se deberá respetar el derecho de los NNA a ser escuchados, pudiendo expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten.
- Artículo 14°: Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) de modo conforme a la evolución de sus facultades.
- Artículo 16°: Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación
- Artículo 18°: Las obligaciones del Estado de apoyo y asistencia a los progenitores y a la familia en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales en cuanto a formación y progreso de los infantes actuando siempre en base al interés superior del infante de acuerdo al caso en concreto.

- Artículo 19: El Estado debe de contar con medidas capaces y apropiadas en todas las esferas que repercutan en la vida del menor para brindarle protección 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.
- Artículo 27: Se reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; los padres u otras personas encargadas del niño serán los responsables de proporcionarles dentro de las posibilidades con las que cuenten económicamente ese nivel de vida adecuado para el desarrollo del NNA.

Ahora bien, una vez que hemos abarcado aquellos artículos que dentro de la Convención tocan el cuidado y protección del menor, es de importancia hacer notar que el principio del interés superior del menor hace su aparición dentro del ordenamiento jurídico mexicano a raíz del reconocimiento de la presente Convención, una vez que es reconocida por nuestro país como instrumento internacional obligatorio; lo que se busca con la aceptación y ratificación de la CDN es velar porque las acciones que desarrolle el Estado en donde intervengan NNA sean encaminadas a brindarles una mejor vida bajo la protección de todos sus derechos.

Se puede rescatar de todo lo mencionado tres puntos de vital importancia, los cuales giran en torno al tema de la presente tesis; 1) La familia es considerada como un derecho humano de todo individuo, 2) La vida en familia funciona como vínculo interpersonal para impulsar el crecimiento y así poder desarrollar condiciones adecuadas dentro del seno familiar, las cuales darán la pauta a desarrollar un estilo de vida de la cual derive el bienestar y, 3) Lo anterior es un efecto del derecho de todos los NNA a vivir una vida con la influencia de sus padres, bajo el cuidado y atención de ambos, buscando siempre su protección.

El núcleo de toda sociedad es la familia y los NNA tienen derecho a que se les proteja y a vivir en ella (el derecho a que se preserven sus relaciones familiares,

esto es, que su vida se desarrolle en el lugar, en los términos y en las condiciones en que de manera cotidiana se desplegaba, salvo causa justificada atendiendo a lo más benéfico para el NNA). Por ende, la separación de NNA de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.

3. Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño

Tomando en consideración otro instrumento internacional que apoye nuestra postura y hable sobre la importancia de la familia y la preservación de los vínculos familiares aun y cuando la relación entre progenitores haya llegado a su fin y tenga como base el interés superior del menor, encontramos dos Observaciones Generales que ha realizado el Comité de los Derechos del niño, las que analizaremos a continuación.

La Observación General No.7, denominada “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, destaca como la primera infancia es la etapa más importante del menor, se puede afirmar que si es llevada de la mano de una buena relación familiar y una convivencia constante y fluida de los progenitores con su hijo, esto llevará a la niña o niño a tener una formación integral y saludable a lo largo de su desarrollo, por lo que esta observación invita a la sociedad y al estado a proteger a la familia debido a que es la base y guía para aquellos pequeños que están atravesando esta primera infancia. A lo cual señala:

Los niños pequeños son portadores de derechos tal y como se menciona en la CDN el niño es aquel ser humano menor de 18 años, salvo que por ley le sea aplicable otra edad para poder alcanzar la mayoría de edad³¹⁴; cuentan con todos los derechos consagrados en la Convención y de acuerdo a su desarrollo y evolución es como van adquiriendo el ejercicio progresivo de sus derechos.

³¹⁴ Comité de los Derechos del Niño. Comentario General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006. párrafo 3.

La primera infancia es un período esencial para la realización de los derechos del niño; los niños pequeños crean vínculos emocionales fuertes con sus padres u otros cuidadores, de los que necesitan recibir cuidado, atención, orientación y protección, que se ofrezcan de maneras que sean respetuosas con su individualidad y con sus capacidades cada vez mayores, que se les brinde protección y cuidado pero a su par se les dote de cierta autonomía para poder descubrir el mundo y con ello ir adquiriendo nuevos conocimientos sobre su persona, porque los primeros años de los niños pequeños son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su identidad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes. Las experiencias de crecimiento y desarrollo de los niños pequeños varían de acuerdo con su naturaleza individual, sexo, condiciones de vida, organización familiar, estructuras de atención y sistemas educativos³¹⁵; a la par están influidas por creencias culturales acerca de cuáles son sus necesidades y trato idóneo y acerca de la función activa que desempeñan en la familia y la comunidad

El artículo 3 se refiere al interés superior del menor, el cual ha quedado claro que es el eje por seguir, la fórmula a utilizar para tomar una decisión en donde se involucren NNA, por ser el principio que ponderará en todo momento que la decisión que se designe sea la más adecuada para la niña, el niño o el adolescente, cuidando y protegiendo en todo momento su desarrollo y más aún cuando hablamos de la etapa de la primera infancia. Los niños pequeños necesitan autoridades responsables que los puedan representar y les garanticen el goce de sus derechos en base a su interés superior, ya que toda medida que se tome en nombre del menor repercutirá en su bienestar; es por este motivo que nosotros creemos que, aunque los niños pequeños no hayan alcanzado una madurez plena, se les debe de escuchar en todo momento desde que ellos sean capaces de emitir una opinión.

El principio del interés superior del niño como su nombre lo dice, está destinado a proteger los derechos que aplican para todas las niñas, niños y adolescentes, demandando que se tomen acciones activas para promover el respeto, protección y bienestar de todas aquellas personas que tengan la responsabilidad cotidiana de velar por la realización de los derechos del niño

³¹⁵ Comité de los Derechos del Niño. Comentario General No. 7, *op. cit.*, párrafo 6.

Tenemos que el interés superior de los niños dentro de esta observación se divide en dos secciones; la primera será la división que encuadra a los menores como individuos en donde se tocan las decisiones que son adoptadas en relación con la educación, atención y representación de los NNA, a la par de optar porque se les permita ser escuchados siempre que sean capaces de expresar sus opiniones o preferencias. El Estado velará porque se les brinde a los menores una representación independientemente por alguien que actúe en favor de su interés superior; la segunda sección será aquella de los niños pequeños como grupo o colectivo, en donde toda innovación de la legislación y las políticas, decisión administrativa y judicial y provisión de servicios que afecten a los niños deben tener en cuenta el principio del interés superior del niño³¹⁶.

La familia siendo el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, los padres debido a nuestro tema desempeñan la función principal puesto que ofrecen a los niños pequeños atención, comprensión, cuidado y desarrollo y a su par se incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras variedades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos e interés superior del niño³¹⁷.

Se les brinda a los padres la responsabilidad de que intervengan en beneficio de los menores considerando en sus actuaciones el interés superior del niño, serán estos quienes orienten y dirijan al o los menores en una dirección apropiada para que ejerzan sus derechos que se encuentran reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, sin alguna distinción de edad (niños pequeños y mayores). Por otro lado, los recién nacidos y los bebés son dependientes en su totalidad de otros, pero esto no quiere decir que no gocen de derechos, sino que, por el contrario, son activos sociales necesitados de protección y cuidado por parte de sus padres u otros cuidadores que son las figuras encargadas de vigilar su crecimiento, bienestar y por priorizar su supervivencia.

En circunstancias normales donde los NNA viven con sus padres, logran formar vínculos fuertes y mutuos con sus progenitores o tutores y estas relaciones

³¹⁶ Comité de los Derechos del Niño. Comentario General No. 7, *op. cit.*, párrafo 13.

³¹⁷ Comité de los Derechos del Niño. Comentario General No. 7, *op. cit.*, párrafo 15.

ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención coherentes; mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal, y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente y es mediante esta forma que los padres (y otros cuidadores) son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos³¹⁸.

La Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño, denominada "sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".

En esta observación analizaremos de donde deviene este principio que se convierte en norma y en el deber se aplicar en todos los casos inherentes en donde participen NNA, como el interés superior es el que primará siempre cuando se trate de tomar decisiones que afecten la esfera personal, social y cultural del menor y en el tema en cuestión sobre la guarda y custodia compartida, la obtención de dicha figura siempre se dará priorizando el mayor beneficio para el menor.

El "interés superior del niño" no es un concepto nuevo. En efecto, es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)), así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales. El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que "lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". En la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño³¹⁹.

³¹⁸ Comité de los Derechos del Niño. Comentario General No. 7, *op. cit.*, párrafo 16.

³¹⁹ Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62 período de sesiones, párrafos 2 y 4.

Cuando hablamos del “interés superior del menor” se generaliza su aplicación a todos las niñas, niños y adolescentes, mas no quiere decir que la decisión que se tomó para un niño en particular se deba de tomar como regla general para los siguientes menores. Lo que el artículo 3, párrafo 1, quiere decir es que el interés superior del niño debe ser evaluado individualmente³²⁰. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable y debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños.

Los tribunales civiles deben de basar el fallo de sus sentencias sobre el interés superior del niño en todas y cada una de las situaciones y decisiones que lleguen a las salas civiles, y tienen que quedar demostradas dentro de las resoluciones porque se ha llegado a ese fallo y que se ha hecho efectivo la ponderación del principio mencionado. Hay que recordar que la vida del NNA se verá afectada o beneficiada por el veredicto que dicte la autoridad judicial.

El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres). Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. En la guarda y custodia los padres tienden a priorizar sus necesidades y deseos por sobre las de los NNA, y en base a ello van encaminadas las decisiones que toman sobre el cuidado del menor y es aquí cuando se debe de ponderar el derecho del niño como consideración primordial, lo que significa que los intereses del niño tienen máxima

³²⁰ Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior, op. *cit.*, párrafo 24.

prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño³²¹.

Sobre la base de esas consideraciones preliminares, el Comité estima que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son los siguientes³²²: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, cuidado, protección y seguridad del niño, situación de vulnerabilidad, el derecho del niño a la salud, el derecho del niño a la educación.

La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan, así se establece con claridad en la Observación general N.º 12 del Comité.

Las capacidades de entendimiento y habla del menor se van desarrollando conforme crece, pero es de conocimiento general que los niños van absorbiendo información que escuchan de sus progenitores y van adoptando características en su actuar que observan de sus padres, siendo ellos su marco de referencia y cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación de la información en consejos que beneficien para el desarrollo del menor a medida que el niño madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior.

Los niños comparten entre si necesidades universales básicas, a todas las niñas, niños y adolescentes se les reconocen los mismos derechos por igual, aunque no sean un grupo análogo, y por esta distinción en cuanto a sexo, orientación sexual, origen nacional, religión, identidad y personalidad que puede tener cada menor, se debe de tener en cuenta la diversidad existente al evaluar cada caso en concreto y adoptar las decisiones de acuerdo con su interés superior.

³²¹ Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior, op. cit., párrafo 39.

³²² Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior, op. cit., párrafo 52.

El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención en su artículo 8 y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño; en el marco de la protección de los derechos de identidad del menor, la cultura no puede arraigar tradiciones ni valores justificándolos como medios para negar el acceso a derechos que se garantizan en la Convención.³²³

La preservación de la familia está protegida por la Convención en su artículo 16, donde establece que el Estado será el encargado de proporcionar a la sociedad apoyo para que los padres puedan cumplir cabalmente con las obligaciones parentales, dotándoles de los medios necesarios para aumentar sus capacidades en el cuidado y crianza del NNA; estableciendo que de no poderse llevar a cabo la preservación de la familia en donde se encuentren menores al considerar el tema de guarda y custodia, la Convención considera tácitamente que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular³²⁴. La preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones familiar post separación es uno de los propósitos de la custodia compartida debido a la subsistencia de la convivencia de los progenitores con los hijos de una forma inclusiva donde el menor podrá seguir teniendo en armonía una relación padre/madre e hijo, rodeada/o de atención, cuidado, afecto, escucha, entendimiento y amor.

Se procura con esta figura el bienestar del niño, en un sentido amplio, abarcando sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad. Los niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana, y ese vínculo, si es adecuado, debe mantenerse a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable³²⁵.

Como se ha venido diciendo, cuando se da una decisión y en ella se justifica la existencia del interés superior del menor, se debió de haber atendido a las

³²³ Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior, op. cit., párrafo 57.

³²⁴ Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior, op. cit., párrafo 67.

³²⁵ Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior, op. cit., párrafo 71.

características particulares del caso y a las necesidades primordiales del menor en cuestión, debido a que puede resultar contraproducente tomar una decisión justificándola en el interés superior del menor basándose en una regla general como en el caso de la concesión de la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso. La conservación del entorno familiar engloba la preservación de las relaciones del niño en un sentido amplio y esas relaciones abarcan a la familia ampliada, como los abuelos, los tíos, los amigos, la escuela y el entorno en general, y son particularmente importantes cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes³²⁶.

El interés superior de un niño en una situación concreta de vulnerabilidad no será el mismo que el de todos los niños en la misma situación de vulnerabilidad. En el caso concerniente a la guarda y custodia compartida, se pueden presentar casos de violencia doméstica en donde uno de los dos progenitores y el o los menores se encuentren en una situación de vulnerabilidad y es entonces cuando las autoridades deben de evaluar la condición única y particular de la situación y en base a una evaluación individualizada de lo que se muestra en el historial del NNA tomar una decisión en base al interés superior del menor para resguardar su vida y su integridad.

II. INSTRUMENTOS NACIONALES QUE ADOPTAN Y PROTEGEN LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA TOMANDO COMO CONSIDERACIÓN EL INTERÉS SUPERIOR DEL INFANTE.

1. Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

La ley en primer contexto nos brinda una definición de ¿Quiénes se consideran niñas, niños y adolescentes en México?, a lo que en su artículo 5 nos menciona que estos son los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años. Para efectos de los tratados

³²⁶ Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior, *op. cit.*, párrafo 70.

internacionales y la mayoría de edad, son niños los menores de dieciocho años de edad.

Niñas, niños y adolescentes deberán disfrutar de una vida plena en condiciones acordes a su dignidad y en condiciones que garanticen su desarrollo integral. En todas las medidas concernientes a niñas, niños y adolescentes que tomen los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos, se tomará en cuenta, como consideración primordial, el interés superior de la niñez. Dichas autoridades elaborarán los mecanismos necesarios para garantizar este principio.

La Ley General de los Derechos de Niñas, niños y adolescentes en primer contexto nos brinda una definición de ¿Quiénes se consideran niñas, niños y adolescentes en México?, a lo que en su artículo 5 nos menciona que estos son los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años. Para efectos de los tratados internacionales y la mayoría de edad, son niños los menores de dieciocho años.

Niñas, niños y adolescentes deberán disfrutar de una vida plena en condiciones acordes a su dignidad y en condiciones que garanticen su desarrollo integral. En todas las medidas concernientes a niñas, niños y adolescentes que tomen los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos, se tomará en cuenta, como consideración primordial, el interés superior de la niñez. Dichas autoridades elaborarán los mecanismos necesarios para garantizar este principio.

En México, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA) es la norma que contiene en su capítulo cuarto el derecho a vivir en familia, la guarda y custodia compartida garantiza una adecuada continuación de los vínculos familiares posterior al divorcio o separación de los progenitores, un entorno familiar en donde seguirá existiendo las relaciones entre padres e hijos y esto viene actuando como la base de esta tesis que engloba en este derecho el desarrollo y ejecución de los derechos fundamentales de los NNA. Éste comprende:

No se puede privar a las niñas, niños y adolescentes de la convivencia con quienes ejerzan la patria potestad o de sus tutores sin razón previamente justificada

y ordenada mediante una orden que emita la autoridad competente, donde se tendrá que asentar los motivos por los cuales se ordena la separación y que dicha medida es concernida garantizando el interés superior del menor, 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. Los NNA gozan del derecho a participar en todos los asuntos en donde se vean involucrados; se podrá escuchar en juicio la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez³²⁷.

Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia, en un entorno de cuidado, amor, comprensión y libre de violencia, que les permita desarrollarse de manera plena e integral. Los vínculos que se construyen entre ellas/ellos y sus madres o padres, son esenciales para que alcancen su máximo potencial y crezcan en las mejores condiciones posibles que les permitan hacer realidad sus proyectos de vida; es por ello que uno de los derechos fundamentales cuando de familia y desarrollo del menor se habla es el derecho a mantener relaciones personales, contacto directo y regular con ambos progenitores/as, aún en el caso de separación o divorcio; salvo que se demuestre que es contrario a su bienestar y seguridad cuando exista pruebas de violencia.

La LGDNNA establece una serie de obligaciones que le corresponde atender a los que ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes, nos parece de importancia enunciar las que vienen de la mano con la preservación de las relaciones paternofiliales que devienen de la obtención de una custodia compartida, las cuales son:

- Proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida suficientes para su sano desarrollo.
- Garantizar sus derechos alimentarios, el libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio de sus derechos (los derechos alimentarios comprenden esencialmente la satisfacción de las necesidades de alimentación y nutrición,

³²⁷ Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, publicada en el diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, Última reforma incorporada el 28 de abril de 2022

habitación, educación, vestido, atención médica y psicológica preventiva integrada a la salud, asistencia médica y recreación³²⁸).

- Considerar la opinión y preferencia de las niñas, niños y adolescentes para la toma de decisiones que les conciernan de manera directa conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.
- Asegurar un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad
- Brindar cuidado y atención; los protejan contra toda forma de abuso; los traten con respeto a su dignidad y orienten, a fin de que conozcan sus derechos, aprendan a defenderlos y a respetar los de otras personas.

De los puntos expuestos las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, coadyuvarán con los que ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia de las niñas, niños y adolescentes para que las obligaciones plasmadas en esta Ley se adopten mediante medidas apropiadas que las hagan valer.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a recibir orientación, educación, cuidado y crianza de su madre y de su padre; 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 hijas(os), por lo que la decisión sobre quién detendrá el cuidado de los infantes debe excluir todo tipo de prejuicios de género que consideran a las mujeres como “más aptas” para el cuidado de niñas, niños y adolescentes en comparación con los hombres, sino que debe valorarse cuál es el ambiente más propicio para su desarrollo integral³²⁹.

Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano y sustentable, y en condiciones que permitan su desarrollo, bienestar,

³²⁸ Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, publicada en el diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, Última reforma incorporada el 28 de abril de 2022, artículo 103, fracción I.

³²⁹ 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.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Primera Sala, Libro VIII, mayo de 2012, Tomo 1, p. 1112, tesis aislada (constitucional).

crecimiento saludable y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, ético, cultural y social. La figura de la custodia compartida es un parte aguas a poder garantizar en varios de los casos este deseado desarrollo del menor, debido a que su fin es preservar las relaciones familiares, la convivencia en gran medida igualitaria entre los progenitores y sus hijos/as creando un tiempo de calidad bajo la presencia constante de ambos padres en la vida del menor, entablar un ambiente de respeto y acuerdos familiares priorizando en la toma de las decisiones lo más adecuado para los menores y seguir recibiendo a la par las tradiciones y costumbres que ambas familias le puedan brindar al menor.

2. Ley de los Derechos de niñas, niños y adolescentes en Tabasco

La Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco, fue publicada el 23 de diciembre de 2015, misma que se concatena con la Ley General de carácter Nacional, donde obliga al Estado a reconocer a Niñas, Niños y Adolescentes como titulares de derechos humanos, a garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de sus derechos establecidos dentro de la presente ley, los cuales a la par podemos encontrar en el instrumento internacional garante en materia de derechos humanos abordado al inicio de este capítulo la “Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño 1989”.

Sin ser repetitivos con lo mencionado en la Ley General, esta Ley Estatal perteneciente a nuestro Estado también reconoce en su capítulo cuarto el derecho del niño a vivir en familia, derecho que en todo momento busca priorizar el interés superior del menor, debido a que en circunstancias normales y deseables la familia será el entorno idóneo en el que deberá de vivir el menor para lograr un sano desarrollo físico, psicológico y emocional.

En los procesos del ámbito familiar, el Estado debe garantizar la integridad física, mental y emocional de los infantes que por diversas razones se encuentran en estado de vulnerabilidad³³⁰. Así también, el Estado debe tener como meta solucionar las controversias que se suscitan por la aplicación de las normas del

³³⁰ Reglamento Interior del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Tabasco, publicado en el P.O. 7810 sup. “c” de fecha 12 de julio de 2017. 1ra. Reforma en el sup. Al p.o. 7950 de fecha 14 de noviembre de 2018.

derecho sustantivo, es decir, cuando se genere un litigio en el ámbito familiar, las partes que lo conforman tienen que basar los hechos en afirmaciones y ser probadas frente a la autoridad judicial para que sea el juzgador quien tome la decisión sobre lo planteado de conformidad con el derecho aplicable³³¹.

Cuando hablamos de autoridades dentro de las leyes nos referimos a todas aquellas personas que desempeñan cargos como servidores públicos, que son asignadas por el Estado Federal o a nivel estatal para cumplir con las normas que establece nuestra constitución y las leyes de los Estados para con ello garantizar el bienestar y la seguridad social. Dentro de esta Ley de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes para el Estado de Tabasco las autoridades del Estado deberán considerar, de manera primordial, el interés superior de la niñez en la toma de decisiones, sobre una cuestión debatida que involucre derechos de niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector; ante el tema de competencia de esta tesis las autoridades encargadas de velar por este bienestar de los NNA serán los juzgadores en materia familiar quienes deberán estar inmersos en el conocimiento de todos los derechos de los que los infantes gozan para en base a ellos y a las observaciones particulares de los casos que se presenten en el juicio puedan juzgar de forma eficaz otorgando en sus resoluciones la decisión que mayor favoreció el interés superior del menor.

Las niñas, niños y adolescentes deben de ser considerados en todo momento sujetos de derechos, y serán las autoridades de las que se hable de las que deban hacer que los encargados de estos infantes en aras de la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia hagan que tales derechos puedan ser ejercidos y protegidos por medios prácticos y efectivos a través del actuar de todas las instancias del Estado, las cuales deberán tomar en cuenta el carácter integral de los derechos humanos.

Los juzgadores que en este caso serán la autoridad encargada de velar por el beneficio de los menores mediante la impartición de justicia al dictar una

³³¹ Fix-Zamudio, Héctor, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p.1034.

sentencia que otorgue el cuidado conjunto a los padres o en su caso la custodia unilateral a uno de ellos en consideración con lo que sea más benéfico para el infante en lo individual o en lo colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones que ello tenga, a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales, en su caso. En todas las medidas concernientes a niñas, niños y adolescentes que tomen los órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas y órganos legislativos del Estado de Tabasco, se tomará en cuenta, como consideración primordial, el interés superior de la niñez. Dichas autoridades elaborarán los mecanismos necesarios para garantizar este principio tal y como se menciona en el artículo diecisiete de la presente Ley³³².

En la aplicación de la presente Ley se tomarán en cuenta las condiciones particulares de niñas, niños y adolescentes en los diferentes grupos de población, a fin de proteger el ejercicio igualitario de todos sus derechos, tal y como lo señala el artículo noveno³³³.

Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La única manera en la que los menores de edad puedan ser privados de este derecho que se plasma en todos los instrumentos nacionales e internacionales, es cuando se juzgue mediante autoridad competente que la separación del infante será lo mejor para su desarrollo y que no afectará a ninguna esfera ni física, psicológica o emocional de su vida debido a que se está protegiendo con dicha decisión sus derechos; la autoridad tiene como obligación exponer en la resolución 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. 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.

³³² Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Tabasco, publicada el 23 de diciembre del 2015, Última reforma mediante Decreto 089 de fecha 11 de mayo de 2017, artículo 17.

³³³ Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para el Estado de Tabasco, op. cit., artículo 9.

En todos los casos se tendrá en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez. Por lo anterior, cuando un niño o un adolescente se encuentra inmerso en una litis, los jueces tienen como principal actuación ponderar sus derechos, como el de ser protegido contra todo sufrimiento físico o psicológico en caso de impartición de justicia. Ante ello es necesario saber si el niño o el adolescente se encuentra satisfecho con la forma en que vive, viste, se alimenta, recibe educación y servicios de salud, para que, de llegar a existir inconformidad alguna, el juzgador se pronuncie a favor de que se cumplan todos y cada uno de los derechos humanos de los menores, garantizados por la Ley, la constitución y la Convención³³⁴.

Los operadores jurídicos deberán en un principio, buscar los mecanismos de protección para que el juzgador no se limite solo a “querer” escuchar al menor para conocer su versión sobre la litis, sino para establecer la urgencia de la escucha, observando como prioridad la necesidad del niño³³⁵.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un pronunciamiento al respecto, el cual señala que antes de citar a un niño a audiencia el juzgador debe ponderar, a través de los medios que resulten necesarios (técnicos -científicos), la pertinencia de ello, considerando su edad, madurez, estado emocional y cualquier otra condición específica del niño, que le permita evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma y, por ende, determinar que el infante está en condiciones de expresar su opinión³³⁶.

Cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o sostener esa comunicación constante y directa con sus familiares. Es claro que existe una necesidad de que niñas, niños y adolescentes mantengan relaciones personales y de trato directo en la misma medida con ambos padres, como se ha hablado en el capítulo del derecho comparado, esta figura representa cambios importantes en lo que viene siendo las relaciones físicas y emocionales que el NNA establece con los

³³⁴ Castillo Santiago, Rolando y Hernández Domínguez, Enma Estela, *El interés superior del menor en el derecho procesal mexicano*, Editorial Tirant lo Blanch, Mexico, 2019, p. 191.

³³⁵ *Ibidem*, p. 192.

³³⁶ SCJN, amparo 386/2013, propuesto por la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, diciembre 2013.

que lo rodean, no solo en el aspecto familiar en donde se ve incluido en la vida de ambos padres creando un sentimiento de permanencia y aceptación, sino que al igual eso influencia la forma en la que el niño se desenvolverá en su entorno escolar y al pasar de los años las posibilidades que podrá tener en lo laboral (si se es criado en un ambiente en donde se priorice la comunicación, los acuerdos y el entendimiento, el NNA crecerá con buenos referentes de comportamiento a la par de aptitudes fuertes y distintivas que pondrá en práctica en su vida).

3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El primer párrafo del artículo 4o. de nuestra Constitución, establece: "La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia". A partir de esta afirmación que se asienta en nuestra carta magna, podemos afirmar que la familia es una de las bases de nuestra sociedad, por lo tanto, su estudio jurídico es indispensable dentro del derecho constitucional, quedando plasmado como se ha visto dentro del capítulo I De los Derechos Humanos y sus garantías.

El progreso del derecho de familia interrelacionado con las normas constitucionales, como lo son los derechos fundamentales y el derecho internacional de los derechos humanos, ha permeado la posibilidad de contar con mejoras específicas en el ámbito de la dogmática y la interpretación constitucional en las relaciones familiares plasmándolo en reformas legales para el beneficio de los miembros de las familias; a eso podemos definirle como constitucionalización del derecho de familia.

La constitucionalización del derecho familiar, uno de sus ejes con la cual opera no es la defensa de la inmunidad en los derechos de los padres, sino en el respeto del derecho a la vida familiar, que funge como fondo en la toma de decisiones de los juzgadores, y que al mismo tiempo otorga al Estado el cargo de brindar protección a los NNA y a sus derechos.

Hemos de apreciar la relación entre el derecho de familia y la constitución, en tres elementos:

- I) Una progresiva precisión en torno a las nociones implícitas en las normas constitucionales relacionadas con la vida familiar;

II) La incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos (que incluyen disposiciones pertinentes para la regulación de la vida privada y familiar) y a los que se ha reconocido jerarquía constitucional; y

III) El desarrollo de jurisprudencia en la materia, emanada de los órganos nacionales competentes para llevar a cabo el control de constitucionalidad (sea este difuso, concentrado o mixto).³³⁷

La familia es un concepto que, antes de ser jurídico, es sobre todo sociológico. Desde esa perspectiva, Anthony Giddens explica que una familia "es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos"³³⁸. Debemos de poder tener una visión más allá del conocimiento de lo que venía manejándose como la regla general conocida como "la familia nuclear" donde dos adultos con hijos propios o adoptados coexistían viviendo juntos dentro de un hogar y dar paso a la adaptación de una "familia extensa", en la cual, "además de la pareja casada y sus hijos, conviven otros parientes, bien en el mismo hogar, en contacto íntimo y continuo".

Ingrid Brena distingue pautas de organización de la familia que han impactado en el derecho, dentro de ellas podemos encontrar la inclusión en temas de familia del pluralismo jurídico dando cabida a la coexistencia de múltiples posibilidades en los modelos de familia y a la par, el Estado tiene una participación subsidiaria con los integrantes de las familias, cuando estos no efectúan sus deberes de protección entre ellos ³³⁹.

³³⁷ Esborraz, D., "El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones", *Revista de Derecho Privado*. No. 29, diciembre de 2015, pp. 15-55.

³³⁸ Brena, Ingrid lo explica con las siguientes palabras: "La familia no es, desde luego, una creación jurídica, sino un hecho biológico, derivado de la procreación reconocido, diseñado social y culturalmente, al que se le han atribuido diversas funciones políticas, económicas, religiosas y morales", *Personas y familia. Mexicana*, 2a ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2004, Enciclopedia Jurídica L XII, p. 743. Una exposición de la visión tradicional de la familia puede encontrarse en Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso. Parte general Personas, Familia*, 21a. ed., México, Porrúa, 2002.

³³⁹ *Ibidem*, p. 752

Tradicionalmente el ordenamiento jurídico ha organizado a la familia en cuanto realidad social en la que confluyen derechos y deberes con base en el matrimonio, reprimiendo o ignorando a quienes no se plegaran a esa forma de convivencia.³⁴⁰

Con relación al mandato constitucional del artículo 4o. que se está comentando, es importante destacar el hecho de que la Constitución no concibe la formación de la familia a través del matrimonio; es decir, no es un requisito constitucional el haber celebrado el contrato de matrimonio para poder disfrutar de la protección al núcleo familiar. De ahí deriva, entre otras cosas, la prohibición de cualquier medida discriminatoria para las parejas o las familias extramatrimoniales; cabe recordar que el artículo 1ero constitucional, en su párrafo tercero, prohíbe la discriminación por razón de "estado civil". Por lo tanto, la legislación ordinaria deberá, en línea de principio, reconocer los mismos derechos y obligaciones a los cónyuges y a los meros convivientes.

Cuando el artículo 4° toca el interés superior del menor en su párrafo 9 a raíz de la reforma en el año 2011 sobre derechos humanos, estableciendo: "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"³⁴¹; resulta de interés conocer cómo se fue dando el reconocimiento de los derechos de NNA en la Constitución.

Fue mediante un acontecimiento internacional donde en el año 1979 se proclamó el Año Internacional del Niño por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuando se proclamó que: "Es deber de los padres preservar el derecho de

³⁴⁰ "Durante mucho tiempo se ha presentado a la familia como una realidad convivencial fundada en el matrimonio, indisoluble y heterosexual, encerrado en la serie dad de la finalidad reproductora. Este parecía ser el único espacio en la ley para el sexo protegido. Sus alternativas; la norma penal para castigarlo o la negación y el silencio", Sánchez Martínez, M. Olga, "Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58. Madrid, enero-abril de 2000, p. 45.

³⁴¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Última reforma publicada DOF 28-05-2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas"; que México al siguiente año vio la necesidad de implementar una reforma, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 1980 y es aquí cuando se hace por primera vez mención en la constitución sobre los derechos de los infantes.

Cuando México firma y ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, se reforma nuevamente el artículo 4º constitucional, y se incluyen los conceptos de niñas y niños y se establece la obligación de los padres, los tutores, custodios y del Estado para velar por la protección y cumplimiento de los derechos de los menores consagrados en la presente convención; a la par se menciona en esta reforma la dignidad de la niñez.

Con la inclusión de la Convención en nuestra constitución, la siguiente reforma que se presentó en materia de NNA, fue la que modificó al artículo primero constitucional, haciendo mención a la jerarquía de los tratados de derechos humanos. Cuando se ponen a estos instrumentos jurídicos internacionales a la par de nuestra Constitución y con la inclusión que ya había hasta el momento en el régimen jurídico de los derechos humanos de las personas menores de edad, se da un gran avance en nuestro país ya que la protección de sus derechos se ve plasmada en ordenamientos nacionales e internacionales.

Por su parte, el artículo 73 faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de infancia: XXIX-P. Expedir leyes en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos, así como en materia de formación y desarrollo integral de la juventud, cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte³⁴². La adición a esta reforma resultó de vital relevancia al dotar de autoridad al Congreso de la Unión para legislar en temas de NNA, cubriendo de esa manera una laguna que se venía presentando en años anteriores que causaba un impedimento para poder dar

³⁴² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Última reforma publicada DOF 28-05-2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

cumplimiento y aplicar en su totalidad la Convención sobre los Derechos del Niño en México.

El interés superior de los menores implica que su desarrollo y el ejercicio de sus derechos deben de considerarse como base para la elaboración de normas que sean aplicadas en la vida de estos. Con esto las autoridades tienen el deber de asegurar y garantizar que en todos los ámbitos de la vida que conciernan a las niñas, niños y adolescentes se cuente con el disfrute de todos sus derechos humanos, con vital importancia en aquellos que permiten su óptimo desarrollo en lo que respecta a sus necesidades básicas dentro de las que podemos encontrar la alimentación, vivienda, salud física y mental, educación, sano esparcimiento y el derecho con el que cuentan de vivir en familia teniendo como influencia a sus dos progenitores; factores que en conjunto lograrán un desarrollo integral.

4. Código Civil para el Estado de Veracruz

Veracruz es uno de los estados de la República Mexicana que ya contempla dentro de su Código Civil la figura que se discute en esta tesis “guarda y custodia compartida”, lo que a nuestro parecer resulta el código civil más completo dentro de nuestro país que abunda sobre el tema en cuestión, aunque con ciertas limitantes, es sin duda el que vio la necesidad en las familias de dar conocer la posibilidad de obtención de esta figura velando por el derecho de los NNA a la continua convivencia con sus padres aun pese a su separación.

La custodia compartida se plasma en el artículo 345 BIS³⁴³: “Cuando ambos padres lo acuerden mediante el convenio de divorcio respectivo, o cuando los progenitores lo soliciten durante la tramitación del juicio o aún después de dictada la sentencia, el órgano jurisdiccional competente, atendiendo al interés superior del menor, podrá otorgarles la custodia compartida. Esta custodia podrá acordarse en periodos equivalentes de una semana, un mes, por semestre, o en aquellos periodos que determinen el padre o la madre de conformidad con sus posibilidades,

³⁴³ Código civil para el estado de Veracruz, publicado el 15 de septiembre de 1932, Última reforma integrada el 7 de octubre de 2020, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/gobiernos.htm>

valorando las especiales circunstancias de cada caso y considerando lo más adecuado para la edad de las hijas o los hijos”.

Algunos criterios que el órgano jurisdiccional deberá considerar para otorgar la custodia compartida serán:

- I. Que entre los padres se mantenga siempre el respeto y se promueva éste y el aprecio por las hijas y los hijos hacia cada uno de ellos;
- II. Que ambos padres tengan claro el papel de cada uno en la crianza y desarrollo de los menores, durante y después de los acuerdos a los que lleguen y que sean confirmados por la autoridad judicial competente;
- III. Que exista la posibilidad de llegar a acuerdos entre los padres es un elemento esencial, ya sea sin o con auxilio de ayuda externa, a través de un medio alternativo, como la mediación;
- IV. Que ambos padres mantengan una alta autoestima, flexibilidad y apertura al apoyo y la ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio y sus causas;
- V. Que ambos progenitores garanticen condiciones semejantes de vida a las hijas o hijos, durante los lapsos correspondientes, como el de radicar dentro de la misma ciudad en lugares cuya distancia del centro escolar no afecte el cumplimiento de sus deberes educativos, frecuentar los espacios de esparcimiento del menor, y aquellas que impliquen las mejores condiciones equivalentes a su desarrollo emocional y afectivo; y
- VI. Aquellas otras que, a juicio del órgano jurisdiccional, estime convenientes.

En la custodia compartida, cada progenitor podrá absorber todas las obligaciones derivadas del sustento económico de los hijos e hijas durante los periodos de asignación, o cualquier otra variante acordada por el padre o la madre decretada por el órgano jurisdiccional, siempre y cuando existan las condiciones necesarias para este efecto. Las labores del hogar y el cuidado de las hijas y los hijos se considerarán equiparables al trabajo formal de aquel progenitor que aporta económicamente al hogar. En igualdad de circunstancias deberán tener igualdad de obligaciones, a fin de no causar perjuicios a los menores y compartir el cumplimiento de sus deberes, atendiendo al bienestar del descendiente.

Realizamos una consulta a transparencia para determinar cuántas sentencias y convenios se han dado en materia de guarda y custodia compartida desde el año 2018 hasta el año 2021, para conocer si la implementación de dicha figura dentro del código civil si ha dado frutos y las familias a la par de los juzgadores la han considerado como la idónea y necesaria en cumplimiento con la protección de todos los derechos de los menores, siendo esta figura la más adecuada en la ponderación del interés superior del menor.

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México.

**SENTENCIAS y CONVENIOS EMITIDOS SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN
JUZGADOS FAMILIARES DEL AÑO 2018 al 2021.**

Juzgados de Primera Instancia en materia Familiar.	2018	2019	2020	2021
Acayucan 4º	0	0	0	1 Convenio
Coatepec 4º	0	0	0	0
Coatzacoalcos 8º	0	0	0	0
Coatzacoalcos 10º	1 Sentencia	1 Sentencia	2 Sentencias	1 Sentencia
Coatzacoalcos 12º	0	0	0	0
Minatitlán				
Coatzacoalcos 16º	0	0	0	0
Córdoba 4º	3 Convenios	3 Convenios	4 Convenios	0
Córdoba 6º	0	0	0	0
Jalacingo 4o.	0	0	0	0
Misantla 6o.	0	0	0	0
Orizaba 8o	1 Sentencia – 4 Convenios	1 Sentencia – 12 Convenios	1 Sentencia – 12 Convenios	3 Convenios
Pánuco 4o.	4 Sentencias – 1 Convenio	1 Sentencia – 3 Convenios	2 Convenios	0
Papantla 4o.	1 Sentencia – 1 Convenio	6 Convenios	1 Sentencia – 1 Convenio	2 Convenios
Poza Rica 6o.	0	11 Sentencias-11 Convenios	5 Sentencias-6 Convenios	1 Sentencia
Poza Rica 8o.	0	0	0	0
Poza Rica 10o.	0	0	0	0
San Andrés Tuxtla 4o.	0	0	0	1 Convenio
Veracruz 14o.	0	0	0	0
Xalapa 6o	0	0	0	0
Xalapa 8o	1	0	0	0
Xalapa 10º	0	0	0	0
Xalapa 12º	0	0	0	0
Total:	8 Sentencias, 9 Convenios	14 Sentencias, 35 Convenios	9 Sentencias, 25 Convenios	2 Sentencias, 7 Convenios

0 = cero reportado por el juzgado ninguna resolución o sentencia emitida por el juzgado.
 Convenio = acuerdo (resolución) entre las partes en donde se concilio la guarda y custodia compartida.
 Sentencia = emitida por el juez en donde resuelve la guarda y custodia compartida.

Tabla proporcionada por el Poder Judicial del Estado de Veracruz a través de una consulta realizada al Órgano de Transparencia del Estado de Veracruz.

5. Código Civil para la Ciudad de México, (en ese entonces Distrito Federal)

En capítulos anteriores, en específico en el Segundo a lo que respecta sobre la reforma del 2004 al Código Civil del Distrito Federal, donde se implementa la posibilidad de atribución de la guarda y custodia compartida, se abordó información de relevancia sobre el tema central de esta investigación, por lo que nos abstendremos a proporcionar información que no se haya cubierto en ese apartado previo.

En nuestro país, cada una de las entidades federativas regula en su legislación local los criterios para determinar a quien se le debe asignar la guarda y custodia de los infantes en caso de divorcio o separación de los padres, los criterios son variables y no existe una regla general a considerar a nivel nacional, por lo que cada entidad federativa legisla de acuerdo con sus necesidades sociales.

En el artículo 416 encontramos la posibilidad de acuerdo que pueda surgir entre las partes en materia de guarda y custodia, debiendo así cumplir los dos progenitores con sus obligaciones en la formación y enseñanza de sus hijos y en el segundo párrafo del mismo artículo menciona la importancia de priorizar el interés superior del infante ante la toma de esta decisión que devendrá el futuro de los menores; se conoce que en temas relativos a niñas, niños y adolescentes hay que atender caso por caso, considerando las particularidades de cada uno, las necesidades de cada familia, y lo mejor para cada niña, niño y adolescente. Se torna contradictorio y preocupante el retroceso judicial, puesto que en el 2004 se visibilizó la posibilidad de optar por un régimen nuevo para las familias que podría traer consigo mejoras en las relaciones de las nuevas figuras de familia y años posteriores se vea cortado ese progreso que se vislumbraba con la inclusión de la custodia compartida en post del interés superior del menor.

Siendo el interés superior del menor la consideración más importante en todos los asuntos que tengan que ver con menores de edad, entendiéndose este como el englobamiento de los ejes rectores en la vida de los NNA que hay que procurar y proteger para que puedan crecer y desarrollarse plenamente sin ninguna limitante. Un principio tan importante para la infancia debe tener lugar dentro del Código Civil y es en el artículo 416 Ter del Distrito Federal (actualmente Ciudad de

México) que nos describe que el interés superior del menor es aquel que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;

III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;

IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo con su edad y madurez psicoemocional; y

V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

Este artículo encuadra todo lo que se pretende proteger con la inclusión de la figura de la guarda y custodia compartida como potencial figura idónea para el mantenimiento de las relaciones familiares pese a la ruptura de la pareja y posterior separación. El interés superior del menor contiene todos aquellos aspectos que forman la vida del menor para que se logre su desarrollo personal como son: la salud tanto física como mental, aspectos en realidad de importancia puesto que de aquí dependen el éxito de todos los demás a mencionar como la adecuada educación, el que se desarrolle dentro de un ambiente de paz y respeto se puede vislumbrar con facilidad debido a que una de las características que se mencionan en capítulos posteriores de la custodia compartida es esa necesidad de los progenitores de crear una convivencia entre ellos aun cuando se hayan separado en donde se establezca el diálogo con respeto y se logren acuerdos en beneficio de los menores; el ejemplo que puedan ver los NNA en cuanto al respeto y comunicación estable en la relación de sus progenitores será un desarrollador de la personalidad y de la responsabilidad personal y social que el menor desarrollará en sí con los años dentro de su crecimiento.

III. LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL ESTADO DE TABASCO. SU REGULACIÓN LEGAL Y LA VALORACIÓN DE LOS JUECES DE FAMILIA

Dentro del Estado de Tabasco la figura de la custodia la encontramos presente en nuestro Código Civil en el artículo 424, el cual hace mención que si se separan los padres que vivían juntos al hacer el reconocimiento, convendrán quién de los dos ejercerá la custodia del hijo, y en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, continuará ejerciéndola el progenitor que designe el Juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo; cómo se puede observar hace referencia a un solo progenitor el cual será quien ostente la custodia exclusiva del o los menores, dejando tanto al otro progenitor, como al menor privado de su derecho de convivencia mutua y constante; para que con ella se alcance el adecuado y total desarrollo del menor; pues se ha observado que la convivencia del niño o niña con sus dos progenitores trae consigo beneficios en el crecimiento de este.

Con las transformaciones que ha sufrido la sociedad en la búsqueda de la igualdad de oportunidades se han realizado estudios que nos indican que ambos sexos (mujeres y hombres) están totalmente capacitados para el cuidado de los hijos, y que no existe ninguna razón concreta para elegir a un sexo por encima del otro; debiendo erradicarse en la actualidad la idea que el hombre no está capacitado para el cuidado, alimentación, educación y formación integral de sus hijos, idea que defiende el protocolo N° 7 al Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales hechos en Estrasburgo; cuyo artículo 5 declara expresamente que: “los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de responsabilidades civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos”.

Uno de los propósitos de esta tesis es examinar la custodia compartida, y para ello se requirió de una consulta a transparencia y de la aplicación de un cuestionario, con el objetivo de conocer a profundidad si este régimen es utilizado por los juzgadores aunque no se encuentre reconocido dentro de nuestro código civil; después de investigar mediante el derecho comparado y otros estudios realizados por sabios del derecho, hemos observado como la implementación de la guarda y custodia compartida representa un beneficio en potencia para el desarrollo de los menores pese a la separación de la familia por el acto de un divorcio o por la

ruptura del vínculo entre los progenitores para que puedan seguir llevando una vida lo más parecida a la familiar. Es de importancia estas dos herramientas con las que contamos y los resultados que arrojaron, para así, al final de la investigación poder concluir si es necesario o no que la figura cuente con un espacio que la regule dentro de nuestro ordenamiento jurídico estatal por ser de importancia para el derecho familiar de las familias tabasqueñas.

Realizamos una consulta a transparencia para determinar cuántas sentencias y convenios se han dado en materia de guarda y custodia compartida desde el año 2018 hasta el año 2021, para conocer si se da el uso de este régimen dentro del Estado a pesar de no estar explícitamente reconocido dentro de nuestro código civil, queriendo vislumbrar si las familias acuden a un convenio pidiendo una custodia compartida o si el operador jurídico la ha considerado dentro de sus actuaciones.

Número de oficio	Unidad administrativa	Información proporcionada
8127	Juzgado Primero Familiar	2019: 0
		2020: 2 acuerdos (convenios)
		2021: 0
6724	Juzgado Segundo Familiar	2019-2021: 0
10211	Juzgado Tercero Familiar	2019: 0
		2020: 0
		2021: 1 sentencia, la cual señala no ha adquirido autoridad de cosa juzgada y 1 acuerdo.
9683	Juzgado Cuarto Familiar	2019-2021: 0
7948 y 7950	Juzgado Quinto Familiar	2019: 0 sentencias y 1 convenio
		2020: 0 sentencias y 3 convenios
		2021: 0 sentencias y 3 convenios
7194	Juzgado Sexto Familiar	2019: 0 acuerdos
		2020: 0
		2021: 1 convenio
6210	Juzgado Séptimo Familiar	2019: 0
		2020: 0 sentencias y 2 convenios
		2021: 0 sentencias y 4 convenios
Total:		2019: 0
		2020: 0 sentencias y 7 convenios
		2021: 1 sentencia, 1 acuerdo y 8 convenios

Tabla de resultados obtenida de una consulta a transparencia emitida por los siete juzgados familiares en el Municipio de Centro, del año 2019 al 2021.

La valoración de los Jueces del Orden familiar en relación al Interés superior del menor. No solo en la CPEUM o en la Convención sobre los Derechos del Niño, podemos encontrar una clara responsabilidad establecida hacia los jueces y toda autoridad competente para conocer y tratar temas de NNA en la preservación y protección de la infancia, respetando los derechos humanos que nuestra Carta Magna reconoce y protege a la par de los diversos tratados internacionales³⁴⁴. A su par tenemos otros instrumentos nacionales e internacionales a los cuales los jueces deben de recurrir en materia de NNA:

- La Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes
- Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes que tiene cada uno de los 32 estados de la Republica.
- La Convención Americana, mejor conocida como Pacto de San José
- La comisión Interamericana de Derechos Humanos
- Las Observaciones generales del Comité de los derechos del niño.
- Entre otros instrumentos vinculantes que su objetivo sea la protección de los derechos de los infantes.

Otro de los logros a destacar que trajo consigo la reforma del 2011, viene siendo el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes³⁴⁵, que trasciende su competencia a los temas de familia donde se vean involucrados menores de edad, con la finalidad de

³⁴⁴ Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes. Previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los Tratados Internacionales y en las demás leyes aplicables, esenciales de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada el 4 de diciembre de 2014, en la cual reconoce a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos y, en su artículo 13, de manera enunciativa y no limitativa.

³⁴⁵ ...pretende ser una herramienta para las y los impartidores que coadyuve en la garantía del derecho de acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes, no olvidando que la garantía de aquel abre la vía judicial para la garantía de otros derechos humanos. Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, publicado en su segunda edición en 2014, por la SCJN, <https://www.scjn.gob.mx/registro/formulario/protocolo-nna>

poder cubrir la protección de todos los derechos humanos que se les son reconocidos a los NNA:

- Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo;
- Derecho de prioridad;
- Derecho a la identidad;
- Derecho a vivir en familia;
- Derecho a la igualdad sustantiva;
- Derecho a no ser discriminado;
- Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral;
- Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal;
- Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social
- Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad
- Derecho a la educación;
- Derecho al descanso y al esparcimiento;
- Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura;
- Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información:
- Derecho de participación;
- Derecho de asociación y reunión;
- Derecho a la intimidad;
- Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso;
- Derechos de niñas, niños y adolescentes migrantes;
- Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e Internet.

1. El actuar de los jueces mexicanos conforme a las reglas en el protocolo de actuación

En temas de familia, en especial cuando se ven inmiscuidos niñas, niños y adolescentes una de las labores de los jueces es preservar la dignidad de estos

durante los juicios; la protección primordial de derechos se verá enfocada en los menores, dictando las medidas necesarias para garantizar esta actuación, así como enfocarse en la escucha activa de los NNA en el proceso, la implicación directa y personal de los operadores jurídicos dentro de las audiencias y la consideración de todas las pruebas expuestas con la posibilidad de ordenar de oficio la realización de nuevas pruebas especializadas para poder dar la claridad necesaria en algún punto en específico dentro del caso cuando se requiera reunir más información; todo esto con la finalidad de poder dictar la sentencia pertinente en aras de cubrir con los puntos expuestos, entre otros, el interés superior del menor.

Los adultos aun con su capacidad de raciocinio y entendimiento, no siempre tienen conocimiento de cómo se llevan a cabo todo los procesos jurisdiccionales en sus etapas, se entiende ante esta situación que los menores de edad deben de contar con un apoyo inminente en la explicación de la información sobre los procedimientos en los que se ven participes con un lenguaje que pueda ser digerible y de fácil entendimiento de acuerdo sus capacidades cognitivas, de modo que al sentirse participes previo aviso de su inclusión en el procedimiento, ayudará a que los menores puedan lograr una comunicación con el operador jurídico más fluida, libres de factores de estrés y/o desorientación, debido a que la situación en la que participan pudiese llegar a ser de mucha tensión para ellos. Se deberá contar con especialistas para ejercer la labor de intervención previa al procedimiento de audiencia con el menor en participación del juzgador, externándole el papel que funge cada uno en el procedimiento y a la par de los mecanismos de apoyo y las medidas de protección que tienen para su uso los menores de requerirlo.

Es de importancia en todo momento la seguridad y privacidad del menor de edad, se priorizará para que las actuaciones sean privadas, llevándose a cabo en un lugar cerrado que este habilitado con las condiciones óptimas que los niños requieren o en una oficina con las mismas características, solo se podrá permitir la entrada a las personas que por ley o derecho deban de acompañar al NNA durante ese proceso, con el impedimento de poder participar de manera directa mediante actos o palabras, esto con la finalidad de evitar cualquier tipo de intimidación o intervención del adulto hacia el menor.

El ambiente en donde el menor pasará el tiempo previo a entrar a la sala de audiencia denominado “sala de espera” debe de ser un lugar en donde se sienta en calma, sea cómodo, este limpio y sea agradable; en este punto se le deberá permitir al menor estar en compañía de una persona de confianza que le designará el juzgador, la labor de esta persona consistirá en brindarle la información pertinente sobre lo que sucederá después que pase a la diligencia y contará como apoyo para serenar y calmar al menor de requerirlo.

El sitio donde se lleve a cabo la diligencia debe de ser privado y simple, no estar decorado con figuras o cuadros que causen distractores hacia los NNA, debe de ser un lugar que no cause intimidación alguna, contar con total visibilidad del proceso que se está llevando a cabo para que pueda haber transparencia, contar con materiales de apoyo infantil que faciliten al menor el entendimiento en un lenguaje apto de acuerdo a sus capacidades y efectuar dicha interacción con los menores en asientos que permitan estar al mismo nivel que ellos, esto les permitirá sentirse a la par sin que se muestre una figura de autoridad impositiva que pueda intimidar al menor.

La temporalidad de la participación del menor en los procesos, dentro del protocolo que se ha mencionado en este apartado, dentro del capítulo III, se encuentra estipulada la participación que deberá tener el menor dentro del juicio y la temporalidad que este deberá permanecer en la diligencia, si bien es cierto, no se establece

En materia familia cuando un NNA participe en un proceso judicial es competencia de la autoridad competente prepararlo previo a que entre a brindar su opinión dentro de la diligencia pertinente; brindándole la información como la concerniente a que dentro se les permite hacer preguntas si no entendieron algo, hablar o guardar silencio dependerá de ellos; pero si deciden externar su opinión se les deberá hacer de su conocimiento que a todo lo que digan se le tomara valor y credibilidad, que no deben de sentir culpa por lo que vayan a externar, que cuenten todo lo que han vivido sin miedo a equivocarse porque en este proceso no hay respuestas incorrectas y se le escuchará en todo momento y que no por decir lo que

ha pasado, su sentir o sus pensamientos se verán merecedores a un castigo, y que tienen la posibilidad de adicionar información cuando lo deseen.

La duración de las actuaciones o diligencias en donde el NNA participe se procurará que duren lo menos posible, evitando que el menor esté presente mayor parte del tiempo que fue requerido; el Juez deberá velar por que las ampliaciones de declaraciones hechas por niños se desarrollen con el propósito de indagar información específica y adicional y no únicamente con la finalidad de agotar una actuación de manera rutinaria, procurando que la primera diligencia del día que se desahogue sea la del menor.

El objetivo de la prueba pericial consiste en el análisis que se realice por uno o más especialistas o expertos sobre determinados hechos o aspectos técnicos, artísticos o científicos relacionados con una controversia, cuya clarificación resulta necesaria para la decisión del juzgador, mediante la emisión de una opinión fundada³⁴⁶ y de manera posterior el perito entrega el informe que elaboro de la información recabada de acuerdo con lo dispuesto por la ley. La pericial en psicología para temas de guarda y custodia es de vital importancia, con ella podemos analizar patrones de personalidad y evaluar la adaptación del infante pre y post ruptura, aunque no resulten pruebas indispensables para la toma de decisión del juzgador, si son material de apoyo para dirimir entre el régimen idóneo para el infante.

2. Medidas de protección, valoración y contenido de las resoluciones

Con las resoluciones emanadas de convenciones, declaraciones y normatividad a las que se han llegado por debatir y brindar una posible solución favorable ante el eventual problema que las origino por temas de complejidad y vistos como políticamente delicados; ha existido la posibilidad de gestionar mecanismos internacionales, los cuales puedan garantizar la protección de los derechos humanos mediante el establecimiento de medidas adoptadas para ello dentro de sus instrumentos e involucrando a los Estados la salvaguarda y respeto de los mismos.

³⁴⁶ Tesis I. 1°. A.E. 146 A (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. IV, mayo de 2016, p. 2840.

En México contamos con mecanismos convencionales, cuya creación se debe a instrucciones que se han plasmado en resoluciones dentro de procedimientos instituidos en tratados internacionales de derechos humanos, se entiende que por su proceso de creación gozan de un mayor estatus; mientras tanto, los mecanismos extra convencionales son los que tratan de proteger de igual manera las vulneraciones a derechos humanos pero que su creación no tiene ninguna relación con instrumentos jurídicos internacionales, generalmente se ve involucrada en su creación la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Encontramos tres tipos de mecanismos convencionales: Los mecanismos contenciosos, los mecanismos no contenciosos y los mecanismos cuasi-contenciosos, en función del órgano internacional al que se traslada la queja y del carácter que su decisión adopta. Si se trata de un Tribunal internacional que emite una sentencia, estamos ante un mecanismo contencioso; si por el contrario simplemente se trata de conocer la opinión de un órgano internacional distinto de un tribunal, estamos ante un mecanismo no contencioso; y si finalmente se trata de que un órgano internacional emita su opinión sobre una situación proponiendo algún tipo de arreglo, estamos ante un mecanismo cuasi-contencioso.³⁴⁷

Los mecanismos contenciosos, podría decirse que su característica distintiva será la resolución de una controversia por un Tribunal Internacional. Son aquellos cuya aplicación conoce la Corte Internacional de Justicia, y está recogido con carácter obligatorio, por lo que se entiende que no es necesario una declaración expresa del Estado Parte aceptando la jurisdicción contenciosa de la Corte.

En los distintos juzgados de Tabasco se rigen de acuerdo con lo establecido en la norma sustancial y procesal del estado de Tabasco, de manera vinculante y no obligatoria. También se toma en consideración la jurisprudencia emitida por la SCJN, los lineamientos descritos en el Protocolo de Actuación para Quienes Imparten justicia en Casos que Involucren Niñas, Niños y Adolescentes y los Códigos, sustantivo y adjetivo que estén vigentes en el Estado.

³⁴⁷ Informe Especial de Naciones Unidas en favor de la Infancia, realizado del 8 al 10 de mayo de 2002, disponible en: https://www.unicef.org/spanish/specialsession/docs_new/documents/events_protecting_children_sp.pdf

Cuando se habla que el Estado garantizará la protección de los derechos del menor, en la materia que nos compete será a través de los juzgadores y de las instituciones de justicia, otorgando máxima protección a los menores de edad, brindándoles una impartición de justicia a la brevedad y con la prontitud apenas se cuente con los conocimientos de que un menor de edad se encuentre incurso en un juicio, puesto que pudiese ser que de existir una demora el menor se vea involucrado en una vulneración a sus derechos.

Instrumento de análisis cualitativo dirigido a los jueces locales como objeto de escrutinio a la elección del régimen de guarda y custodia adecuado. Teniendo el objetivo de analizar en la práctica la aplicación del interés superior en la toma de decisiones sobre los regímenes de guarda y custodia en los casos resueltos por los jueces, se elaboró un instrumento de análisis cualitativo mediante la elaboración de un cuestionario estructurado con preguntas dirigidas a los juzgadores del Estado, que tuviesen participación directa en la resolución de situaciones jurídicas en las que se vea involucrado un menor. A la brevedad se detallará como está estructurado y la forma de realización del trabajo.

3. Instrumento de medición: preguntas descriptivas

Para el diseño del cuestionario, se utilizó el método de análisis, extraído del planteamiento del problema y el objetivo general, el cual consiste en analizar los criterios para la obtención de la guarda y custodia compartida como régimen que garantiza el interés superior del infante, diseminando textos de relevancia, utilizando palabras clave que posteriormente se tornaron la base de la creación de cada objetivo específico en el presente trabajo de investigación, la búsqueda e interpretación de conceptos del derecho procesal civil aplicándolos a personas que conocen de las problemáticas en la población familiar tabasqueña que con la ayuda del Estado logran salvaguardar y hacer valer los derechos que nuestra Constitución y los tratados internacionales en materia de niñas, niños y adolescentes ofrecen a nuestro país y del cual México forma parte.

A. Importancia e interés del tema de investigación “La guarda y custodia compartida como figura garante en la ponderación del Interés Superior del Infante en Tabasco”

Está claro que el Estado considera a la familia como la base de la sociedad, y que es necesaria su protección y cuidado, a la par dentro de este derecho se encuentran inmiscuidos las niñas, niños y adolescentes quienes son las personas en quienes recae el peso de la separación o disolución del vínculo matrimonial, al verse afectados en su esfera habitual de cotidianidad en una entorno familiar de papá y mamá para verse en la encrucijada de la continuidad de su relación en la mayoría de los casos solo con uno de sus progenitores, siendo el otro mero espectador de la vida de su menor hijo; la figura de la custodia compartida viene a brindar una medida optativa y de mejora a esa relación post separación por la que atraviesan los NNA, brindando con ella la posibilidad de continuidad bajo el cuidado, educación y crianza de ambos progenitores salvaguardando en todo momento los principios de corresponsabilidad parental, coparentalidad y el más importante, el interés superior del menor. Para ello la metodología que se empleo va acorde a los objetivos específicos que se plantea esta investigación, con la finalidad de dar respuesta a cuándo y en qué casos, bajo qué características y supuestos la aplicación del régimen de cuidado conjunto representa el más apto para la ponderación del interés superior del menor, tomando en consideración la jurisprudencia establecida por la SCJN y los tratados internacionales que engloban la protección del entorno familiar.

B. Alcance geográfico o escenario de la investigación

Dentro del municipio de Centro, en el Estado de Tabasco, entidad federativa de México, existen seis juzgados especializados en asuntos de orden familiar, cuyas funciones se rigen por la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Tabasco³⁴⁸; es preciso señalar que algunos jueces se mostraron inconformes con la aplicación de dicho cuestionario y fueron renuentes a realizar la contestación del mismo, por lo que las muestras que se obtuvieron son aportadas de 2 jueces que si se

³⁴⁸ Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Tabasco, Periódico Oficial del 11 de diciembre de 1991

mostraron con la disposición de cooperar en la investigación, haciendo aportaciones valiosas y de importancia para la contribución de nuestro trabajo, mismas que se verán incorporadas en el apartado de conclusiones.

C. Unidad de análisis

La unidad de análisis se determinó como meso-social, la cual consiste en detectar la institución a la cual se aplicará el instrumento de medición, representada por los jueces familiares del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco; el criterio de selección de la muestra para poder responder el instrumento de medición consistió en que los informantes fueran profesionistas jurídicos e impartidores de justicia con conocimientos extensos en derechos de niñas, niños y adolescentes.

D. Documentos primarios para el análisis de contenido

Son aquellos Instrumentos en los que basamos la aplicación de la metodología para análisis, los cuales son válidos para aplicación de preguntas abiertas que sean concisas, claras y vayan acorde a los contextos de investigación y de las variables antes expuestas. Los resultados del análisis de contenido revelan características representativas de la realidad social y la naturaleza del contexto en el que se está desarrollando el tema en cuestión, es decir, la guarda y custodia compartida como figura que pondera el interés superior del infante en Tabasco, como se titula la investigación.

Para el análisis de contenido, recurrimos a directrices que se explicarán en el desarrollo, a modo de conocer en que consiste cada una y para que parte del instrumento de medición la implementamos³⁴⁹.

- a) Descriptivos: engloban la descripción de procesos, contextos y situaciones: Determinar los elementos considerados por el juzgador al momento de otorgar la guarda y custodia.
- b) Interpretativos: Explicación de nuevos conceptos a partir de los ya existentes con la finalidad de afirmar conocimientos, identificar problemáticas y clarificarlas; así como comprender teorías: Identificar el impacto de la custodia compartida dentro

³⁴⁹ Pérez Serrano, G., Investigación Cualitativa, Madrid, Ediciones la Muralla, 1994, p. 292.

del derecho de familia para conocer los criterios que utilizan los juzgadores al otorgarla.

c) Verificación teórica: Comprobar si los sujetos a quienes se les fue aplicado el instrumento de recolección de datos distinguiendo de derechos fundamentales, principios que rigen estos derechos de niñas, niños y adolescentes en los diversos ordenamientos: Aplicando en el dictado de sus resoluciones los instrumentos nacionales e internacionales que resguardan la protección de la familia y priorizan en todos los casos donde se vean involucrados NNA que las medidas que se adopten sean encaminadas a garantizar el interés superior de estos.

E. Representación de aspectos teóricos, metodológicos y analíticos

Del análisis del instrumento aplicado cualitativamente, se obtuvieron los resultados que se interpretan de la siguiente manera:

El instrumento de medición que se usó es un cuestionario que consta de 19 preguntas divididas en 4 segmentos de la A-D dependiendo del título de cada segmento fueron las preguntas que se elaboraron para darle contestación al tema abordado; se cubrieron las dimensiones, variables e indicadores, los cuales consisten en:

- a) Instrumento de medición elaborado para contestar preguntas abiertas, dirigido a jueces que desempeñan actividades judiciales en juicios donde se resuelven asuntos que involucran derechos de niñas, niños y adolescentes; para ello se realizaron seis entrevistas, pero solo se contó con la colaboración asertiva de dos jueces para su contestación, Caso 1 y Caso 2.
- b) Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes de los Estados Unidos Mexicanos.
- c) Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, emitido por la SCJN de los Estados Unidos Mexicanos.
- d) Código Civil para el Estado de Tabasco
- e) Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco

Para la realización de dicho estudio nos dirigimos a los jueces familiares, por ser ellos los responsables en la toma de decisiones acerca del futuro de los menores. El objetivo de la entrevista era que nos pudieran externar su actuar ante los casos que les llegan sobre guarda y custodia, cuáles son los elementos del caso

en concreto que consideran importantes cubrir para que a un menor se le sea garantizado su interés superior, si han optado por un régimen de custodia compartida y cuáles son los criterios que han utilizado para adoptar este régimen como el más idóneo ante el caso en concreto. De la realización del cuestionario se concluyó que no todos los operadores jurídicos aplican los mismos criterios, evalúan de distinta manera las características de los casos y las fuentes jurídicas a las que recurren son heterogéneas, más sin embargo ambos atienden a los tratados internacionales que protegen los derechos de las NNA.

a) Elementos considerados por el juzgador al momento de otorgar la guarda y custodia.

A la pregunta: ¿En qué consiste la guarda y custodia?, se halló que la mayoría de los jueces determina que la guarda y custodia se define como la facultad que se le otorga a uno de los padres para que cumpla con las obligaciones de cuidado, atención y asistencia del menor.

En cuanto a la pregunta: ¿Qué tipos de guarda y custodia se pueden otorgar?, las respuestas obtenidas coinciden en que se puede convenir entre las partes o se puede decretar por la autoridad judicial la guarda y custodia unilateral, en donde uno de los padres asume el rol de padre o madre custodio o bien, se puede optar por la guarda y custodia compartida en donde se les asigna a ambos la custodia física y legal del menor.

Por otro lado, cuando se realizó la pregunta: ¿Qué elementos considera al momento de otorgar la guarda y custodia de un menor?, las respuestas fueron variables, debido a que cada uno le da mayor o menor importancia a ciertos elementos en específico, sin embargo, los que se acordaron en ambas respuestas fueron que los jueces cuentan con facultades para poder investigar y conocer más acerca de la situación real de los menores pese a las pruebas que se aporten por las partes, y que tienen que desempeñar esas facultades en cada caso que les llegue para velar por el bienestar de las NNA; una manera es ordenando trabajos sociales para conocer las condiciones de vida, reputación y situación de las partes, la escucha de los menores y la realización de valoraciones psicológicas a todos los miembros de la familia, es decir, a los progenitores y a los menores; así como a las

nuevas parejas de los padres (de haberlas), todo esto con el objetivo de asegurarse los juzgadores que el menor vive dentro de un entorno libre de violencia, alienación parental y con el fin de conocer más acerca de los sentimientos, deseos y vida de la niña, niño o adolescente.

De la respuesta realizada: ¿Existe variación en los elementos a considerar de acuerdo con el tipo de guarda y custodia? ¿Por qué?, se vislumbró que se debe tener un enfoque integral ante todas las características que se presentan en el desarrollo de la vida del menor como su edad, el domicilio, la educación, la estabilidad que le han dado sus padres, los aspectos psicológicos, la crianza que ha recibido por parte de ambos progenitores, el trato que le han dado sus padres, entre otros. No siempre es el juzgador quien designa el régimen el cual han de seguir, a veces las partes llegan a acuerdos, en otras ocasiones el menor a partir de los 14 años decide con que progenitor vivir o si continua con una custodia compartida.

En respuesta a la pregunta: ¿Cuáles son los derechos fundamentales que se deben proteger a las niñas, niños y adolescentes ante la petición de una guarda y custodia?, la respuesta en común que se logró fue todos aquellos que se encuentran previstos en la constitución, Tratados y convenios, y leyes secundarias, que a manera de listado se pueden destacar los siguientes: la vida, supervivencia y desarrollo, derecho a la familia, derecho a la educación, derecho de convivir con el padre no custodio, derecho a crecer en un entorno adecuado, derecho a la identidad, derecho a ser escuchado y a externar su opinión en el asunto libremente, derecho a no ser re victimizado, entre otros.

b) Impacto de la custodia compartida dentro del derecho de familia para conocer los criterios que utilizan los juzgadores al otorgarla.

Cuando se realizó la pregunta: ¿Qué tan frecuente se sentencia a custodia compartida dentro del juzgado de su adscripción?, ambos respondieron que la designación de la custodia compartida era poco frecuente, uno de ellos comentó que durante todo el año solo asignó dos casos.

Siguiendo con las preguntas: ¿Qué ha escuchado de otros países en cuanto a la implementación de esta figura en el derecho de familia?, se tiene conocimiento

de la regulación de la figura en otros países e incluso de la toma de dicha como la regla principal y que la custodia individual pasa a ser la de carácter excepcional.

Para dar contestación a la pregunta: ¿Qué elementos considera al momento de otorgar la custodia conjunta de un infante?, la respuesta que se logró de común acuerdo fue atender a la localización de la vivienda de ambos progenitores, en específico a la cercanía que tuviesen entre sí para que esto no afectase al traslado del menor al colegio y pudiese seguir haciendo su vida escolar; otro factor importante a considerar es la opinión del menor, si él o ella quieren seguir viendo y conviviendo con ambos padres para que con esto se logre garantizar una estabilidad y un equilibrio en todos los aspectos de su vida. Por otro lado, al preguntar a los encuestados: ¿Utiliza de manera análoga antecedentes jurisprudenciales de otros países para determinar la guarda y custodia compartida?, hubo una negativa a dicha pregunta, exponiendo que no son vinculantes en nuestro país las jurisprudencias que pueda externar otro tribunal.

En respuesta a la pregunta: ¿Qué beneficios genera a las familias el otorgamiento de la guarda y custodia compartida?, se analizó que los beneficios son para el menor, pues ambos padres estarán presentes en su vida diaria y mantendrá un vínculo afectivo fortalecido con ambos, lo que sin duda representa beneficios en el desarrollo del infante.

c) Identificar en la legislación Estatal la necesidad de reconocimiento de la guarda y custodia compartida.

A la pregunta: ¿Considera que el marco jurídico nacional es factible en la protección de la familia y los menores de edad?, los operadores jurídicos consideran que el marco jurídico si protege a la familia y a los menores de edad, debido a que con el pasar de los años se ha dado una unificación de criterios en la materia y se han abarcado y adoptado instrumentos internacionales para el mejoramiento del sistema jurídico interno que beneficia a los menores en todas las esferas de su vida.

Al contestar la pregunta: ¿Existe algún vacío jurídico en la legislación del Estado que considere se pueda subsanar para mayor protección de la familia y los menores de edad?, la constitucionalización del derecho de familia brinda un panorama amplio en el acceso a todos los instrumentos jurídicos nacionales e

internacionales que brindan protección a la familia, pero sobre todo a los infantes; aunado a esto, la discrecionalidad del juez y sus facultades le hacen posible el interesarse en cubrir o suplir las deficiencias de hecho y de derecho atendiendo en cada caso al interés superior del menor.

Se consideró óptimo juntar las dos preguntas siguientes debido a que la respuesta para ambas fue la misma por los jueces al hablar sobre: ¿Qué criterios jurisprudenciales toma en consideración al momento de emitir alguna sentencia o resolución referente a la familia? Y ¿Qué criterios jurisprudenciales toma en consideración al momento de emitir alguna sentencia o resolución referente a menores de edad?, al contestar estas preguntas los operadores jurídicos no dieron una guía a seguir o un listado a considerar para poder implementarse en los casos de guarda y custodia, se limitaron a hacer mención de que se tienen que considerar los criterios que soporten el caso concreto.

Por otro lado, al responder: ¿Qué instrumentos internacionales utiliza para sustentar sus resoluciones en los casos de familia donde intervienen menores de edad?, los más utilizados son la Convención de los Derechos del Niño, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Convención Americana Sobre Obligaciones Alimentarias, entre otros.

d) Analizar cómo los principios rectores son indispensables al momento de considerar preponderante el principio del interés superior del infante

Por último, ¿Cómo se puede determinar que sea valorado el máximo bienestar de los menores cuando se disputa la guarda y custodia de un menor?, No existe una regla como tal, pero sin duda escuchar al menor, investigar a través de trabajos sociales y vecinos, calificar que no haya indicios de violencia, y en especial cómo se siente el menor de convivir, ver o estar con sus padres o terceras personas (nuevas parejas) todos los factores humanos, sociales, personales, entre otros.

¿Qué principios consideraría o incluiría usted al momento de determinar la guarda y custodia compartida?, El interés superior del infante, su escucha y participación, las pruebas que revelen su estabilidad y bienestar, cómo se realizan las convivencias y sano esparcimiento fuera del tiempo escolar o en viajes, entre otros.

Para cerrar el cuestionario aplicado, se realizó la siguiente pregunta: ¿Qué opina sobre la implementación en el Estado del cuidado conjunto dentro de nuestro ordenamiento jurídico?, se hizo hincapié en que dentro de nuestro Estado no se encuentra regulada la guarda y custodia compartida dentro de nuestro Código Civil, y que si bien, el juez tiene la posibilidad de implementarla, es de importancia que se encuentre reglamentada dando visibilidad a la figura dentro de nuestra legislación local, así como, estableciéndose características a considerar y criterios que se pueden seguir para una buena obtención en la praxis, viéndose de primera mano que el régimen vaya acorde al interés superior del menor.

CAPITULO QUINTO

LA CUSTODIA COMPARTIDA: PRINCIPIOS, CRITERIOS Y ELEMENTOS A VALORAR PARA SU IMPLEMENTACIÓN O NEGATIVA.

I. PRINCIPIOS RECTORES DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. *Igualdad entre los padres*

Este principio tiene su consagración en el ámbito internacional en la Convención sobre Derechos del Niño donde se sostiene que no puede existir distinción alguna en contra del niño, así como también respecto de los padres³⁵⁰, es decir, consagra el principio de no discriminación también para los progenitores, lo cual toma de base el principio de igualdad entre estos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵¹, además de consagrar este principio, establece que deben efectuarse acciones apropiadas tendientes a asegurar la igualdad entre los cónyuges, tanto durante el matrimonio como en su disolución, por lo cual, la ley no debería establecer diferencias arbitrarias entre estos, aunque el vínculo matrimonial se disuelva.

Este principio se ve reflejado también en la progresiva equiparación de la mujer en el mercado laboral donde ha se abierto camino y el hombre participa más activamente en la vida doméstica, “los roles parentales se han modificado y la función instrumental y expresiva parecerían estar más compartidas por ambos padres”³⁵² existiendo una conciliación entre la vida familiar y laboral de ambos

³⁵⁰ Art. 2.1 Convención sobre Derechos del niño: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales.”

³⁵¹ Art 23 n°4 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de 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”.

³⁵² Nydia Aylwen y María Isabel Solé, *Percepción del rol paterno en familias de estrato bajo, Escuela de trabajo social de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Santiago, Chile, 1989, p.4.

sexos, por consiguiente, no existe una justificación para un sistema monoparental debido a que los cambios sociales que se han producido posicionan al hombre y a la mujer en igualdad de condiciones para ejercer el cuidado, la crianza y la mantención del menor.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4° en su primer párrafo se consagra este principio cuando menciona la igualdad del hombre y la mujer ante la ley, en donde esta deberá proteger la organización y el desarrollo de la familia, siendo la misma las bases de la sociedad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha sumado a establecer criterios a considerar por los juzgadores ante la imposición de una resolución a favor de uno u otro progenitor o de ambos, como acontece en este caso; y ha mencionado en su tesis aislada denominada, GUARDA Y CUSTODIA. LA REGLA GENERAL ES QUE LOS PROGENITORES SON APTOS A MENOS QUE SE DEMUESTRE LA EXISTENCIA DE UN RIESGO PROBABLE Y FUNDADO PARA LOS NIÑOS Y NIÑAS INVOLUCRADOS³⁵³ deja claro que en la realidad ambos progenitores son igual de competentes para tener a su cuidado a sus hijos e hijas, de existir alguna condición que limite este cuidado debe de demostrarse y solo si por esa situación en específico se ven afectados los derechos y la esfera jurídica de los NNA podrá cuestionarse la idoneidad en su capacidad de cuidado.

Conforme pasa el tiempo, los menores irán creciendo y se observará una progresiva individualización del niño a través de la importante y necesaria presencia de ambos padres. Aquí ambos progenitores deberán estar presentes en la vida del NNA, debido a que cada uno desarrolla un papel fundamental de modos diferentes, aquí puede influir muchos factores como la edad y las necesidades que presenten los menores; es por ello por lo que se debe de hacer posible la convivencia y precisar en todo momento la presencia efectiva de ambos padres para que con ello se logre un proceso de maduración exitoso en los hijos.

El principio de igualdad entre hombres y mujeres, en particular hablando de guarda y custodia, madres y padres no deberían de manejarse bajo estereotipos

³⁵³ Tesis 1a. XLVII/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 55, junio de 2018, Tomo II, p. 964

asignados por roles sociales y culturales, en los casos de guarda y custodia el interés superior de los menores debe de atender soluciones benéficas para los NNA y claramente cuando nos basamos en la asignación de la custodia en roles de genero eso no será posible.

Las normas que otorgan preferencia a la madre en la determinación de la guarda y custodia de los hijos menores conviene interpretarlas de conformidad con el principio del interés superior del menor y bajo el principio de igualdad, de modo que el juzgador, realizando un análisis de razonabilidad independiente de estereotipos, logre establecer cuál será la situación que brinde un mayor beneficio para los menores.

2. El principio de no separación de los hermanos

Este principio tiene como fundamental consideración la permanencia del vínculo fraternal de los hermanos posterior a la separación de los progenitores mediante la continua convivencia de los hermanos por el importante desarrollo afectivo y emocional que representa de una manera positiva en el crecimiento del menor. A manera de ejemplo en los casos dentro de nuestro país de guarda y custodia se considera este principio para la persistencia de una evolución prioritaria tanto física como psicológica y emocional en las relaciones de los NNA con su entorno familiar, pese a que en nuestro estado no se ha reconocido la figura del cuidado compartido, dicho principio se da en el otorgamiento de una custodia unilateral.

En cuestiones de derecho comparado, remontándonos a la legislación española y foral que es la que ya hemos analizado en capítulos anteriores, el citado principio pretende mantener y favorecer la vinculación entre los hermanos. Sin embargo, se ha afirmado por los Tribunales que el principio de no separar a los hermanos que encontramos en el artículo 92, apartado 5 del Código Civil Español, no es un mandato imperioso o absoluto, o una prescripción forzosa, el sentido se encamina más a una recomendación, el legislador al plasmarlo en el mencionado artículo dejó a consideración de la autoridad judicial la “procuración” de no separar a los hermanos que quedará condicionada a las concretas circunstancias del caso.

Cabe aclarar que este principio no es equiparable al del interés superior del menor, quedando como obligación en todo momento de la ponderación de este por

sobre otros principios o derechos, sino como algo deseable o conveniente a considerar para la aplicación de la guarda y custodia. Es verdad que se existirán situaciones concretas en donde la separación de los hermanos pueda y deba producirse, en este sentido dicha decisión si irá encaminada a ponderar en ella el superior interés de los menores; ya que no es de cumplimiento absoluto, sino que está condicionado a la realidad propia de cada de familia.

En palabras del Tribunal supremo, "los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos"³⁵⁴.

Aunque se pretenda no separar a los hermanos para que estos crezcan y se desarrollen juntos, cierto es que hay circunstancias en las que la separación de los hermanos resulte lo más conveniente³⁵⁵. Por ejemplo, podría ser apta la separación cuando la diferencia de edad entre los hermanos sea de gran diferencia³⁵⁶, en aquellos casos donde manifiesten de viva voz su deseo por vivir separados³⁵⁷,

³⁵⁴ STS 530/2015, 25 de septiembre de 2015, *Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil*, ponente Eduardo Baena Ruiz, ECLI ES:TS:2015:3890.

³⁵⁵ Castillo Martínez, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores: especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actualidad civil*, Nº 15, 2007, pp. 1738-1755.

³⁵⁶ SAP de Murcia de 14 de octubre de 2003 (Ar. JUR 2003\276360)., SAP de Córdoba de 26 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\128515). y SAP de Huesca de 10 de marzo de 2015 (Ar. JUR 2015\99674).

³⁵⁷ SAP de Barcelona de 10 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\178861)., SAP de Zaragoza de 8 de marzo de 2011 (Ar. JUR 2011\270953). y SAP de Navarra de 28 de septiembre de 2012 (Ar. AC 2013\1378).

cuando su realidad consista en una convivencia separada entre los hermanos³⁵⁸ o cuando existía una incompatibilidad fraternal³⁵⁹ o paterno-filial grave³⁶⁰.

El principio que inspira los temas de menores dentro del Código Civil de cualquier legislación y en el que se basa la materia de guarda y custodia de NNA es la prevalencia primordial de su propio interés, y en cuanto las circunstancias especiales del caso lo hagan posible y sea compatible, la aplicación dentro del mismo de la no separación de los hermanos.

3. Principio del interés superior del infante

Es doctrina consolidada en la Suprema Corte que el interés superior del menor debe prevalecer en cualquier contienda judicial donde se vean involucrados los derechos de los niños³⁶¹.

El interés superior del niño encuentra su fundamento en la Constitución Federal, así como en diversos instrumentos internacionales. En efecto, en la reforma constitucional de 12 de octubre de 2011, se incorporó expresamente el interés superior de la niñez en el artículo 4º constitucional³⁶².

³⁵⁸ SAP de la Rioja de 28 de enero de 2004 (Ar. JUR 2004\80997). "... resultaría más perjudicial para el interés de las menores quebrar esta convivencia actual" y SAP de Zaragoza de 23 de julio de 2012 (Ar. JUR 2012\287820).

³⁵⁹ SAP de A Coruña de 6 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\95375)

³⁶⁰ Arch Marín, Mila y Jarce Esparcia, Adolfo José, "Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto", *Revista de derecho de familia*, N° 41, 2008, pág. 29

³⁶¹ tesis aislada P. XXV/2015 (10a.), Pleno, décima época, libro 22, tomo I, septiembre de 2015, página 236, registro 2009999, de rubro: "Interés superior del menor. Obligaciones que, para su protección, derivan para el estado mexicano, tratándose de procedimientos jurisdiccionales."; tesis aislada 1a. LXXXIII/2015 (10a.), *Primera Sala, décima época*, libro 15, tomo II, febrero de 2015, página 1397, registro 2008546, de rubro: "Interés superior del menor como elemento de interpretación en el ámbito jurisdiccional"; tesis aislada 1a. LXXXII/2015 (10a.), *Primera Sala, décima época*, libro 15, tomo II, febrero de 2015, página 1398, registro 2008547, de rubro: "Interés superior del menor. Constituye un principio rector de todas las actuaciones de los poderes públicos relacionados con menores."; y la tesis jurisprudencial 1a./J. 18/2014 (10a.), *Primera Sala, décima época*, libro 4, tomo I, marzo de 2014, página 406, registro 2006011, de rubro: "Interés superior del niño. Función en el ámbito jurisdiccional".

³⁶² Artículo 4º de la CPEUM. 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.

Del mismo modo, el interés superior es uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos del niño. Es mencionado en varios instrumentos normativos, e invocado por los órganos internacionales encargados de aplicar dichas normas. En este sentido, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño nos menciona la consideración primordial es atender al interés superior del menor³⁶³.

Por su parte, el Comité para los Derechos del Niño ha señalado que “el principio del interés superior del niño se debe de emplear en todos aquellos casos donde se vean afectados niñas, niños y adolescentes y emplear medidas activas en la protección de sus derechos para promover un crecimiento, supervivencia y bienestar para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño”³⁶⁴.

En el ámbito nacional, la Suprema Corte ha enfatizado en varios precedentes la importancia del interés superior del infante en la interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los derechos del niño³⁶⁵.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en la tesis 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.)³⁶⁶, el interés superior del infante es un principio vinculante en tres dimensiones dentro de nuestro ordenamiento jurídico: a) representa un derecho sustantivo esto es que debe de ser considerado de manera primordial puesto que se encuentra en contravención con otros principios o derechos de terceras personas; b) es un principio jurídico interpretativo fundamental, se deberá de atender a la que mejor interpretación, la que satisfaga los derechos y libertades del menor en consideración con su interés superior; y, c) simboliza una norma de procedimiento, cuando se tome una decisión que vaya a afectar intereses de varios

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

³⁶³ “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”.

³⁶⁴ Observación General N° 7 (2005), párrafo 13.

³⁶⁵ Tesis jurisprudencial 1a./J. 25/2012 (9a.), *Primera Sala, novena época*, libro XV, tomo 1, marzo de 2012, página 334, registro 159897, de rubro: “Interés superior del menor. Su concepto”.

³⁶⁶ Tesis aislada 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), *Primera Sala, décima época*, libro 25, tomo I, diciembre de 2015, página 256, registro 2010602.

menores, deberá detallarse las posibles consecuencias que atraerá la toma de esa decisión.

El interés superior del menor ordena a los jueces en la impartición de justicia la suplencia de la deficiencia de la queja en las decisiones que se tomen en donde se involucren menores y se puedan ver afectados sus derechos e intereses, es una posibilidad que se llegue a modificar cuestiones ajenas a los agravios que presentaron las partes en el proceso, esto representa una oportunidad procesal en torno a garantizar los intereses de los menores cuando las pretensiones de las partes resulten insuficientes para ello³⁶⁷.

La Primera Sala de la SCJN estableció en un Amparo Directo que, para la toma de decisiones en materia de guarda y custodia, al atribuir el régimen de convivencias de los menores con sus padres debe de existir un modelo de riesgo, en el cual deberá tomarse la decisión que genere menor daño a los menores³⁶⁸. De conformidad con el interés superior del niño, no es necesario que el daño se lleve a cabo para que el riesgo pueda verse tangible, basta que el juzgador juzgando los parámetros que cada caso en concreto anuncia, confirme la existencia de un riesgo potencial futuro; basta con que la circunstancia misma “aumente el riesgo” de que los bienes o derechos del menor se vean afectados o aumente las posibilidades de que ocurra el evento³⁶⁹.

La Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño señala que este principio se funda en el reconocimiento mismo de la dignidad del niño. Igualmente, ha reiterado en diversas jurisprudencias que la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la

³⁶⁷ Tesis jurisprudencial 1a./J. 191/2005, *Primera Sala, novena época*, tomo XXIII, mayo de 2006, página 167, registro 175053, de rubro: “Menores de edad o incapaces. Procede la suplencia de la queja, en toda su amplitud, sin que obste la naturaleza de los derechos cuestionados ni el carácter del promovente.”

³⁶⁸ Dicho criterio se ve reflejado en el Amparo Directo en revisión resueltos por la Primera Sala 2710/2017

³⁶⁹ Dicho criterio se ve reflejado en los Amparos Directos en Revisión resueltos por esta Primera Sala: 3466/2013 resuelto el 7 de mayo de 2014; 1222/2014, resuelto el 15 de octubre de 2014; 2534/2014 resuelto el 4 de febrero de 2015; y 4122/2015, resuelto el 2 de marzo de 2016.

interpretación de todos los demás derechos de la CRC cuando el caso se refiera a menores de edad³⁷⁰.

La Primera Sala de la Suprema Corte, reconoce que el interés superior del menor tiene rango constitucional, en lo que respecta a la interpretación y exposición de motivos de la reforma al artículo 4^o³⁷¹, así como a los criterios de los órganos internacionales encargados de la aplicación de la Convención, especialmente las resoluciones de la Corte IDH, el Comité de la Convención y su mención en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes³⁷². A partir de la reforma al artículo 1^o. constitucional y, posteriormente, del artículo 4^o., ha quedado plenamente definida la jerarquía de este principio³⁷³.

La misma sala argumenta que el principio tiene una doble función: justificativa, es usado para justificar todos los derechos que protegen a las niñas, niños y adolescentes y directiva, puesto que orienta y encamina a elaborar normas que encuadren en ellas los derechos e intereses de los menores. En base a lo anterior, se engloba la creación legislativa de normas y leyes y de políticas públicas, programas y acciones en específico llevadas a cabo por las autoridades

³⁷⁰ Corte IDH. Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212; Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 408; Corte IDH. Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

³⁷¹ Por ejemplo, en la resolución al Amparo Directo en Revisión 1187/2010. Sentencia definitiva 1 de septiembre de 2010. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/detallepub.aspx?asuntoid=118366> (3 de enero del 2022) señala lo siguiente: "El interés superior del niño es un principio de rango constitucional implícito en la regulación de los derechos de los menores previstos en el artículo 4^o. Esta interpretación encuentra respaldo en un argumento teleológico: en el dictamen de la reforma constitucional que dio lugar al actual texto del artículo 4^o., se reconoce expresamente que uno de los objetivos del órgano reformador de la Constitución era adecuar el marco normativo interno a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país en materia de protección de los derechos del niño".

³⁷² La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reconoce en el artículo 3: "Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes: A. El del interés superior de la infancia".

³⁷³ Castillo Santiago, Rolando y Hernández Domínguez, Enma Estela, *El interés superior del menor...* p. 78.

administrativas; como el estudio, la interpretación y la puesta en práctica del derecho por parte de los juzgadores³⁷⁴.

Asimismo, en dichos precedentes se ha sostenido que el principio de interés superior ordena a todas las autoridades estatales que se implementen medidas reforzadas para brindar una protección a los derechos del niño, protegiéndose con mayor intensidad ante cualquier otro derecho que derive de otro tipo de titulares, por su condición de incapaz³⁷⁵.

Este principio goza de reconocimiento internacional universal y ha adquirido el carácter de norma de Derecho Internacional general. En el ordenamiento jurídico anglosajón recibe el nombre de “*best interests of the child*” o “*the welfare of the child*”, entre los hispanohablantes lo conocemos como el principio del “interés superior del menor” y en el modelo francés se refiere a “*l’intérêt supérieur de l’enfant*”. Sea cual sea el ordenamiento jurídico que se consulte, este principio es parte integral de la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y en cuanto al tema que nos compete el criterio que debe presidir cualquier medida que se adopte sobre la guarda y custodia de los hijos menores, es el de la supremacía del interés del infante, de modo que esta normativa se ha visto influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores plasmando en numerosos instrumentos³⁷⁶.

³⁷⁴ Amparo Directo en Revisión 1187/2010, supra nota 26. Amparo Directo en Revisión 2539/2010. Sentencia definitiva 26 de enero de 2011. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=122334> (3 de enero del 2022).

³⁷⁵ Tesis 1ª./J. 20/2011 (9.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, No vena época, septiembre de 2015, cit. nota 26.

³⁷⁶ El principio del interés superior del menor está recogido en numerosas disposiciones internacionales: Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 —principios segundo y séptimo—, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 —arts. 23.4 y 24.1—, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre 1966 —art. 10—, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 —arts. 5 b) y 16 d) y f)—, Exposición de Motivos del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, Exposición de Motivos de la Resolución de 29 de mayo de 1987 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 20 de noviembre de 1989 —arts. 3.1, 5, 8, 9.1 y 3, 18.1, 20, 21, 37 c) y 40— y Observación General nº 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño —art. 3.1—.

Finalmente, el Comité de los Derechos del Niño ha configurado una doctrina muy importante sobre el interés superior del niño a través de sus Observaciones Generales.

Así, en la ya citada Observación General nº 7 establecida en el 2005, sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, el Comité de Derechos del Niño animaba a los Estados parte a reconocer que los niños pequeños gozan de todos los derechos garantizados por esa convención y que la primera infancia es un período decisivo para la realización de esos derechos. Se trata especialmente del interés superior del niño en el art. 13. 3 cuando menciona que será la consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños y dicho principio aparece en repetidas ocasiones en la Convención en los artículos 9, 18, 20 y 21 relativos a la primera infancia.

La frase "interés superior del niño" aparece en los artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, así como en el artículo 4º. constitucional y el artículo 18 en lo relativo a la justicia para adolescentes. Otras leyes mexicanas, en especial la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, resaltan la importancia de este principio.

En el tema de guarda y custodia compartida, el autor Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, consideró que el interés superior del infante presenta una dimensión positiva y negativa³⁷⁷. Lo positivo deviene del bienestar emocional con influencia de lo material³⁷⁸, la parte emocional a que hace referencia está relacionado con sus necesidades psicológicas, familiares, educativas, sociales, etc.³⁷⁹; y lo material es

³⁷⁷ Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, "La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, Nº 2005, 2005, p. 3

³⁷⁸ Jiménez Linares, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial", en: Herrera Campos, Ramón (Coord), *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. 24, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000, p. 877; Goiriena Lekue, Agurtzane, "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 16, 2005, pág. 54 y Martínez Calvo, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015, pág. 5.

³⁷⁹ Lora, Laura Noemí, "Discurso jurídico sobre el interés superior del niño", *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Ediciones Suarez, 2006,

en cuanto a la solvencia económica de los progenitores³⁸⁰. Evidentemente para que lo emocional tenga más peso sobre las relaciones entre padres e hijos, las necesidades básicas deberán de estar cubiertas de forma digna.

Podemos definir que el interés superior del menor es poner la suma de distintos factores que brindan una protección amplia e integral en las esferas del menor, de manera física, emocional y psicológica que protegen sus necesidades ante las circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño. El interés de los hijos menores debe primar por encima de todo, consagrándose como principio universal.

4. Principio de Corresponsabilidad Parental

El autor Villagrasa Alcaide ha preferido denominar "responsabilidad coparental"³⁸¹ a este principio, y su principal característica se centra en la igualdad de derechos y en el reparto equitativo de las obligaciones de los progenitores en lo referente al cuidado de sus hijos menores³⁸², es decir se debe de dar una intervención igualitaria de ambos progenitores en las decisiones cotidianas de la vida del menor como la salud, su cuidado, la educación, su sano esparcimiento en actividades recreativas, la vivienda (que incluye el tiempo de convivencia que tendrá con cada progenitor), y en conclusión todo lo que se refiere a los alimentos de los que tiene derecho el NNA. Se dice que la efectividad de este principio es mayor cuando el infante se

p. 488; y Conde-Pumpido García, José Luis, "Ley Valenciana de Custodia Compartida", *Revista de treball, economia i societat*, Nº 62, 2011, pág. 3.

³⁸⁰ Ivars Ruiz, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007, p. 95.

³⁸¹ Villagrasa Alcaide, Carlos, "La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades", en: Picontó Novales, Teresa (Ed.), *La Custodia Compartida a Debate*, Madrid, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 56, Dykinson, 2012, p. 83.

³⁸² Lathrop Gómez, Fabiola, "Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas", *La Ley*, 7206, 2009, tomo 3, p. 2031; Torío López, Susana, "Hacia la corresponsabilidad familiar: Construir lo cotidiano. Un programa de educación parental", *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, Vol. 28, N.º 1, 2010, p. 94; Cruz Gallardo, Bernardo, "La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales", *La Ley, Madrid*, 2012, 1ª ed., p. 42; González-Espada Ramírez, Silviana, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia en España*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013 (trabajo final de Máster en Derecho de Familia), p. 43.

relaciona con sus padres, siendo de forma alternada entre la convivencia con uno y otro o sucesiva como lo comparte el cuidado compartido³⁸³.

El principio de corresponsabilidad ha sido recogido por la normativa internacional, principalmente a través de 3 instrumentos de los que México forma parte: la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979³⁸⁴, la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) de 20 de noviembre 1989³⁸⁵ y el Convenio de la Haya 19 de octubre de 1996³⁸⁶, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

El principio de corresponsabilidad que se presenta en los padres de los menores debido al cambio social en donde se reconoce a ambos progenitores en igualdad de responsabilidades sobre los hijos. Este principio es aplicable para todos los supuestos en donde haya una unión y un matrimonio³⁸⁷, ya que el principio de corresponsabilidad parental no nace del matrimonio o de la ruptura de éste, sino del vínculo filial³⁸⁸. Para el desarrollo de esta tesis el principio se consideró bajo la figura

³⁸³ Marín García De Leonardo, María Teresa, "Una visión crítica de la regulación de la guarda y custodia compartida", en: *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín* —coords. Atienza Navarro, María Luisa, Evangelio Llorca, Beatriz; Mas Badia, María Dolores; y Montes Rodríguez, María Pilar—, Universidad De Valencia, 2009, p. 583 y Meco Tébar, Fabiola, "Drogodependencia y custodia compartida: ¿Un maridaje conveniente?", *Revista española de drogodependencias*, N° 1, 2015, p. 93.

³⁸⁴ En síntesis, dicho instrumento internacional da reconocimiento por parte de los Estados de una responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos y que los Estados partes deben de garantizar a ambos progenitores los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil.

³⁸⁵ En la CDN señala que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño y priorizarán el interés superior del infante; ambos tienen la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño.

³⁸⁶ En su artículo 1.2 establece que la expresión "responsabilidad parental" comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño.

³⁸⁷ Picontó Novales, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado", en: Picontó Novales, Teresa (Ed.), *La Custodia Compartida a Debate*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", N° 56, Dykinson, Madrid, 2012, p. 48.

³⁸⁸ Lathrop Gómez, Fabiola, "Custodia compartida y corresponsabilidad parental...", cit., p. 2035.

de separación y divorcio, debido a que son estos dos supuestos en los que actúa la figura de la guarda y custodia compartida.

En México, las relaciones parentales se regulan en el plano constitucional en los párrafos noveno, décimo y decimoprimeros del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la siguiente forma:

- 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 ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.
- El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

De los párrafos mencionados del artículo 4º constitucional, no observamos de manera tácita el señalamiento de relaciones paterno-filiales reconocidas en México, pero su estructura puede acercarse a un modelo de corresponsabilidad parental, aunque de una manera muy limitada. Ello, porque establece una relación triádica jurídico-constitucional entre niñas, niños y adolescentes, padres/adultos responsables y el Estado mexicano³⁸⁹. En ella, la titularidad de los derechos ahí reconocidos corresponde a los NNA, frente a quienes los padres o adultos responsables tienen obligaciones, y paralelamente se les dota de facultades para exigir su cumplimiento a terceros en el marco del principio de interés superior de la infancia.

La Primera Sala expresamente reconoció que el artículo 4o. se relaciona con el artículo 1o. de la CPEUM, cuando establece las bases del principio de corresponsabilidad parental, mismo que, a decir de la SCJN, "permite que ambos progenitores puedan tener parte activa en las labores de educación, crianza y desarrollo de los infantes, aun cuando estén separados".³⁹⁰

³⁸⁹ Espejo Y. N. e Ibarra O. A., *La Constitucionalización del Derecho de Familia*, SCJN, México, 2019. Disponible en: «<https://bit.ly/3e21tDh>».

³⁹⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 392/2018, párr. 68.

En el Amparo Directo en Revisión 392/2018, la Corte destacó que, tanto al momento de determinar la guarda y custodia luego de la separación, como al establecer un régimen de visitas o la asignación directa y regular de las convivencias, quien juzga siempre deberá tener en cuenta el principio de corresponsabilidad parental, pues ello "asegura la igualdad en las obligaciones de crianza".³⁹¹

A. La responsabilidad parental en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Con el objetivo de articular una política integral en materia de derechos de la niñez, en el año de 2014 el Congreso de la Unión expidió la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), la cual reconoce un amplio catálogo de derechos y establece un sistema integral de protección a la infancia mediante la distribución de competencias, facultades y obligaciones concurrentes entre la Federación, entidades federativas y municipios.

Las leyes generales surgen de cláusulas constitucionales que obligan al Congreso de la Unión a dictarlas, por lo que poseen una jerarquía jurídica superior en relación con ordenamientos federales o estatales, y constituyen "una plataforma mínima"³⁹² obligatoria con base en la cual los gobiernos locales deben crear normas internas conforme a sus diversas realidades y necesidades.

La LGDNNA inicia su artículo 1o. planteando como objetivos el reconocimiento de NNA como titulares de derechos humanos y la garantía de su pleno ejercicio, respeto, promoción y protección. Con ello, adopta el nuevo paradigma de infancia contenido en los artículos 5 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues configura a NNA como plenos sujetos de derecho y capaces, a quienes se debe garantizar un cuidado y asistencia especiales en forma tal que no se les afecte en sus derechos³⁹³.

³⁹¹ SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 392/2018, párr. 69.

³⁹² SCJN, Pleno, Tesis jurisprudencial P./J. 5/2010, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXI, febrero de 2010, p. 2322.

³⁹³ Cillero, M., "La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo", en Tratado del Menor, La protección Jurídica a la Infancia y Adolescencia, Chile: Thomson-Reuters Aranzadi, 2016, pp. 94-96

La LGDNNA se destaca por contener un apartado especial (título tercero) que regula las relaciones jurídicas entre padres/adultos responsables y NNA, detallando las obligaciones de crianza y el apoyo que al respecto deberá brindarles el Estado. La figura que adoptan los padres dentro de la LGDNNA es de "orientación y dirección", el objetivo es lograr que progresivamente los menores ejerzan conforme van logrando su autonomía progresiva todos los derechos que les son reconocidos por la CDN. Es entonces que se reconoce dentro de la convención la responsabilidad de los padres, y ya no se habla de una potestad o facultad, pues como señala Fabiola Lathrop en referencia al artículo 5 de la CDN, "la dirección y guía parentales apropiadas deben reconocer que todos los derechos de los NNA son sinérgicos, y que entre el padre y/o la madre y el hijo/a existe una relación de interdependencia."

Esta característica ha sido identificada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³⁹⁴ en los artículos 57 y 76 de la LGDNNA, señalando que ahí se establecen expresamente los derechos parentales para educar y formar a NNA, juntamente con la obligación del Estado de proporcionarles herramientas para llevar a cabo adecuadamente su función.

Se concluye que la LGDNNA expresamente no menciona el termino corresponsabilidad parental, de lo señalado se desprende que puede existir la propuesta de un tipo de cuidado y crianza de los menores, adjudicándose todas las características de la responsabilidad parental; por lo que no hay impedimento lógico y legal para este modelo de corresponsabilidad parental familiar no se implemente en las legislaciones de cada entidad federativa.

B. La adjudicación de las relaciones parentales en los tribunales locales y la aplicación del modelo de la responsabilidad parental

Los juzgadores en cuestiones de guarda y custodia se dan a la tarea de adjudicar las relaciones familiares con la responsabilidad parental en cada uno de los casos que se conocen en materia familiar, puesto que no hay un referente en el marco jurídico al cual acudir que toque parámetros especializados. Es por ello que la SCJN

³⁹⁴ SCJN, Segunda Sala, Tesis 2a. CXXXVI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, Tomo I, enero de 2017, p. 793.

plasmó: En cumplimiento al ejercicio obligatorio del control de convencionalidad y constitucionalidad, ya sea mediante una interpretación conforme en sentido amplio o en sentido estricto de la legislación familiar, o incluso con la inaplicación de preceptos locales que resulten incompatibles con sus características esenciales cuando el caso lo amerite.³⁹⁵

C. La regulación jurisdiccional de la responsabilidad parental en la doctrina de la SCJN

El nuevo modelo de crianza establecido por los artículos 5 y 18 de la CDN fue examinado por primera vez por la Primera Sala de la SCJN en la sentencia pronunciada en el amparo directo en revisión 348/2012.³⁹⁶ En ella se determinó que con la introducción en el texto constitucional del interés superior de NNA, se debía dejar atrás la antigua concepción que se le atribuyó a la patria potestad dotándola de “un poder absoluto” sobre los hijos, pasando a ser una concepción que se le encomienda a los padres en beneficio de los hijos, con el fin único de brindarles protección, educación y formación integral a sus hijos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno filial”.³⁹⁷ Es así como la patria potestad pasa de ser de carácter sancionadora o punitiva a optar por ser una figura que brinda protección y cuidado en pro de los intereses de los NNA.

5. Principio de Coparentalidad

Zarraluqui Navarro señala que:

"la separación o el divorcio del matrimonio nunca pueden conllevar una separación de los hijos, y es absolutamente injusto que, por este hecho, los menores tengan que prescindir de tener una relación habitual con uno

³⁹⁵ SCJN, Primera Sala, Tesis 1a./J. 4/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Libro 27, febrero de 2016, p. 430.

³⁹⁶ Este precedente judicial finalmente integraría la jurisprudencia por reiteración de criterios 1a./J. 50/2016 (10a.), que apareció publicada en la página 398 de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* correspondiente al mes de octubre de 2016 título y subtítulo: "Privación de la Patria Potestad. Su función como medida protectora del interés superior del menor".

³⁹⁷ Véase la página 59 de la ejecutoria dictada dentro del Amparo Directo en Revisión 348/2012.

de sus progenitores, puesto que esto les perjudica enormemente en su desarrollo³⁹⁸".

El interés superior del infante exige, siempre y cuando sea para mejoría del infante, que este practique una relación y dialogo frecuente con ambos padres³⁹⁹, en la psicología se ha comprobado que el que los hijos mantengan un contacto continuo y estable con ambos progenitores después de haberse dado la ruptura familiar, por el sentido de permanencia que siguen desarrollando con papá y mamá⁴⁰⁰. De lo anterior expuesto el principio de coparentalidad es sobre todo un derecho del propio hijo⁴⁰¹.

En el marco normativo, textualmente el principio de coparentalidad no lo encontraremos plasmado en algún ordenamiento jurídico ni de índole nacional o internacional; sin embargo, en la interpretación que se le de a los instrumentos internacionales en su apartado de derechos de familia se podrán encontrar reconocidos algunos artículos donde se prevé este principio como rector.

Es por ello que en la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en los artículos 7.1 se reconoce el derecho que tiene el menor de ser cuidado por ambos progenitores y en el artículo 9.3 se menciona que el menor tiene derecho de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, pese a que se llegue a dar el supuesto de separación del

³⁹⁸ Zarraluqui Navarro, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 65.

³⁹⁹ Delgado Del Río, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 247; Rosales, Juan Carlos, "Desigualdad y exilio en la custodia de los hijos", en: García Garnica, María de Carmen (Dir.), *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 247; y De Torres Perea, José Manuel, "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, 2011, p. 15.

⁴⁰⁰ Arch Marín, Mila, "El síndrome de alienación parental desde la perspectiva de la psicología forense", en: García Garnica, María de Carmen (Dir.), *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1ª ed., p. 123.

⁴⁰¹ Tamayo Haya, Silvia, "El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista de derecho de familia*, Nº 41, 2008, p. 58; Macías Castillo, Agustín, "Guarda y custodia compartida: «deslocalización» de los hijos como efecto legal inherente al divorcio", *Actualidad civil*, Nº 12, 2010, p. 1464; Zarraluqui Sánchez Eznarriaga, Luis, Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja..., cit., p. 393; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 746, 2014, p. 3290.

menor con uno o ambos progenitores; en cualquiera de los dos artículos mencionados entra la excepción de suspender dichos derechos cuando la relación con ambos progenitores resulte perjudicial o contraria al interés del NNA.

Este principio consiste en garantizar la continuación de las relaciones afectivas, de comunicación y de cuidado del menor con ambos progenitores no obstante la crisis familiar, principio similar a la corresponsabilidad, los podemos diferenciar por la carga que se les impone a los progenitores en el actuar con la vida del menor; la corresponsabilidad habla de la responsabilidad u obligación implícita e inherente que tienen los padres con sus hijos por ser sus padres, la coparentalidad va encaminada al contacto directo de cada progenitor con el niño pero en concordancia, para que así ambos puedan seguir orientando al menor en su desarrollo y llenándolo de afecto.

En la sociedad no solo se tiene la idea, sino que se torna en un entorno social con certeza de que la figura del padre o madre que no ostenta el cuidado personal del menor termina alejándose, cediendo e invalidando sus obligaciones como progenitor que devienen de esa patria potestad; esto se torna por la falta de relación en cotidianidad que tendría el padre o madre rezagado y atrae perjuicios para el menor y para el progenitor relegado.

En primer lugar, para el menor debido a toda la carga psicológica que de por sí trae una ruptura familiar, sumarle la idea de perder la cotidianidad que tenía en su relación con uno de sus padres es un perjuicio aún mayor para el hijo, lo cual puede traer problemas en su desarrollo social, afectivo y moral.⁴⁰²

En segundo lugar, estudios recientes establecen que el menor se puede ver afectado por el Síndrome de Alienación Parental, el cual es un trastorno en donde el menor de forma reiterada comienza a difamar, insultar y rechazar a uno de sus progenitores sin justificación aparente, esto ocurre en situaciones en que el otro progenitor realiza una manipulación en las ideas del menor y en la percepción que tiene este hacia la imagen de su padre o madre, según sea el caso, utilizando

⁴⁰² Montalvo Reyna, Jaime; Espinosa Salcido, María Rosario y Pérez Arredondo, Angélica "Análisis del ciclo vital de la estructura familiar y sus principales problemas en algunas familias mexicanas", *Alternativas en Psicología. Revista Semestral*, Tercera Época. Año XVII. Número 28. Febrero-Julio 2013.

diversas estrategias para desprestigiar a ese progenitor, trasladándole al NNA su resentimiento contra el ex cónyuge o pareja sentimental de manera consciente o inconsciente y trae como consecuencia serios perjuicios para la relación entre padre/madre e hijo, y además perjuicios al interés superior del menor y al progenitor afectado.⁴⁰³

Por consiguiente, la figura de la custodia monoparental trae aparejados algunos problemas en torno a la mejor forma de relación del hijo con uno de sus padres, en este desarrollo del tema optaremos por decir que la custodia compartida es la figura que representa una solución más favorable para mejorar la relación e interacción entre padres y madres e hijos, debido a que es el régimen que mayor se asemeja a la relación de normalidad familiar previa a la ruptura, de manera que no se interrumpa la estabilidad que tenía el menor en su vida y no se vea afectado su desarrollo personal como la figura paterna o materna que no ostenta el cuidado personal.

Existen ordenamientos, como el de España, que no solo prevén lo que sucede con la relación entre padres e hijos, sino que consideran que el contacto con los demás familiares extensos como los abuelos, los tíos, los primos es importante y que estas figuras familiares al igual que el progenitor que no ostenta la custodia se ven relegadas, esto trae consecuencias en el menor debido a que también son personas importantes y hay que proteger sus relaciones. Específicamente en su Art. 160 del Código Civil Español⁴⁰⁴ donde sostiene que no se puede impedir las relaciones entre estos sin justificación concreta.

⁴⁰³ Muñoz Ortega, María Liliana; Gómez -Alaya, Paola Andrea y otros, "Pensamientos y sentimientos reportados por los niños ante la separación de sus padres", *Periódicos electrónicos en Psicología*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2008. http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-92672008000200004

⁴⁰⁴ Art. 160 Código Civil Español: "Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial.

La restricción de la convivencia entre abuelos y otros parientes allegados y los infantes solo podrá negarse najo justa causa. En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias.

II. CRITERIOS A CONSIDERAR PARA LA ASIGNACIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Para determinar la procedencia de una custodia compartida, se están utilizando por los juzgadores criterios tales como:

- La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales para desempeñar una buena crianza.
- Los deseos manifestados por los menores, una vez que se les ha escuchado y consultado con especialistas acerca de lo externado por la NNA sobre sus deseos, necesidades y preferencias.
- El número de hijos, debido a que como se vio, es importante garantizar el principio de no separación de los hermanos de la esfera de convivencia diaria.
- El tiempo del que disponga cada progenitor para poder hacer cumplimiento de sus deberes en relación con los hijos, aquí es fundamental que, si el progenitor se encuentra trabajando, disponga de tiempo suficiente que le permita hacerse cargo de las obligaciones de cuidado, crianza, educación, protección e interpersonales que tiene con el menor.
- El respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; el mantener entre los integrantes de la familia un trato cordial y respetuoso, estableciendo un entorno de paz en la medida de lo posible será de mucha ayuda para el crecimiento de los menores, representará una guía a seguir en las relaciones personales que estos tengan con las personas que les rodean desde la infancia hasta su edad adulta.
- Los acuerdos adoptados por los progenitores se deben de establecer reglas y estas ser respetadas por los padres.
- La ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros.
- El resultado de los informes exigidos legalmente, en este punto será el juez quien de acuerdo con su criterio mandará a recabar mediante especialistas en cada materia los informes pertinentes para esclarecer todos los puntos

sobre la vida del menor de acuerdo con su entorno social, familiar, escolar, extraescolar, así como a su sentir dentro de la familia.

- En definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Estos criterios deben atender, según ya se ha indicado, a la protección del interés del menor, a garantizarle un adecuado desarrollo, crecimiento, cuidado y educación.

Se ha visto y analizado que en nuestra legislación se carecen de criterios plasmados en los Códigos Civiles o en algún otro ordenamiento jurídico que indiquen cuáles serán las características a considerar dentro de las familias para la atribución de la custodia compartida; ante esta falta de información nos remitimos al país de España, el cual ya analizamos en nuestro derecho comparado capítulos anteriores y nos indica el Alto Tribunal, que no serán criterios los que a continuación se enunciarán y por lo tanto, debido a esto no tendrían que presentarse en el caso en concreto de la familia entorpecer la concesión de la custodia compartida:

- a) La posible “deslocalización” del menor, por entender que los cambios de domicilio son una consecuencia inherente a la guarda y custodia compartida, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos⁴⁰⁵.
- b) Las relaciones entre los progenitores por sí solas no son relevantes para determinar la guarda y custodia compartida, solo lo serán cuando afecten perjudicialmente el interés del menor⁴⁰⁶. El hecho de no ser fáciles las relaciones entre los progenitores esto no sería motivo suficiente para rechazar la guarda y custodia compartida, porque aquí lo que se estaría

⁴⁰⁵ SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 11 Mar. 2010, rec. 54/2008 (LA LEY 5294/2010) y de 7 julio 2011, rec. 1221/2010 (LA LEY 111554/2011). STS, Civil, Sección 1ª, 30 diciembre 2015, rec. 183/2015 (ROJ: STS 5804/2015).

⁴⁰⁶ El Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 22 julio 2011, rec. 813/2009 (LA LEY 119736/2011), declaró que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor. También SSTS, Sala Primera, de lo Civil, 9 Mar. 2012, rec. 113/2010 (LA LEY 31826/2012) y 7 junio 2013, rec. 1128/2012 (LA LEY 65217/2013).

preservando son los intereses de los padres y no del menor; y ha quedado claro que en toda situación en donde se involucren infantes su interés superior será el que se deberá de procurar; en este sentido lo que compete a los progenitores es llegar a un común acuerdo por el beneficio de sus hijos, logrando así una mayor colaboración a fin de que los efectos de la crisis matrimonial afecten lo menos posible a los hijos y la situación familiar se resuelva en un marco de normalidad. Por tanto, la existencia de desencuentros propios de la crisis matrimonial no justifica “per se” que se desautorice este tipo de régimen de guarda y custodia; solo de existir prueba de un perjuicio para el NNA.⁴⁰⁷

- c) La conflictividad de los progenitores. Cualquier grado de conflictividad no excluye la guarda y custodia compartida; en este sentido se difiere ya que, habría que ver ese grado de conflictividad que presentan los progenitores para poder en base a ello considerar poder optar por la obtención de la custodia compartida, debido a que si es muy notorio y difícil de resolver los problemas que se presenten entre los progenitores sería imposible el buen mantenimiento de todo lo que conlleva una custodia compartida, aunado de existir dentro de estos conflictos algún tipo de violencia, puesto que no habría una armonía y la comunicación que es necesaria en todo momento sería insostenible.

Para la adopción del sistema de custodia compartida es necesario que los padres cuenten con una mínima capacidad de diálogo, es decir que puedan ser capaces entre ellos de entablar una buena y estable comunicación, para que no se perjudique el interés del menor. Las comunicaciones solo por mensajes o a través de los niños no son un medio idóneo, aunque a consideración de los padres sea la vía ideal de comunicación sana, ya que el no poder tener la capacidad de interrelacionarse a través de un diálogo respetuoso podría hacer que este sistema no funcione, debe de sobresalir un dialogo cordial y la posibilidad de acuerdos⁴⁰⁸. La falta de diálogo entre los progenitores (que también se comunicaban con

⁴⁰⁷ STS, Civil, Sección 1ª, 27 junio 2016, rec. 3698/2015 (ROJ: STS 3145/2016).

⁴⁰⁸ STS, Civil, Sección 1ª, 9 marzo 2016, rec. 1849/2014 (ROJ: STS 1159/2016).

mensajes de texto “SMS”) hace desaconsejable el régimen de custodia compartida dado que “en este sistema de custodia es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, en beneficio del menor”⁴⁰⁹.

Los acuerdos pueden llegar a tener fallas en el proceso y es posible que se tenga que volver a convenir nuevos supuestos acorde a la situación actual en la que se desarrolle la familia, y para ello se necesita la adopción de actitudes y conductas benéficas entre los padres que favorezcan al menor, para que con ello no se vea perturbado su desarrollo emocional y se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad⁴¹⁰.

El régimen de guarda y custodia compartida debe ser “el normal e incluso deseable”, porque de esta manera el derecho de los NNA de relacionarse con ambos progenitores se vuelve certero ya que como se plasmó se ejercen los principios de corresponsabilidad parental y coparentalidad. Lo que se quiere lograr con este régimen es acercarlo al estilo y manera de convivencia existente en la familia antes de que se suscitase la ruptura matrimonial, pudiendo ambos padres participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”.⁴¹¹

Existen dos supuestos deseables para la obtención de la custodia compartida, el primero vendría siendo a petición conjunta de ambos progenitores y el segundo a instancia de una de las partes ya sea el padre o la madre; es necesaria la petición de alguno de los progenitores, pues de no existir ésta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en el interés de los menores y en ese sentido no puede ni debe adoptarse de oficio.⁴¹²

⁴⁰⁹ STS, Civil, Sección 1ª, 21 Sept. 2016, rec. 3282/2015 (ROJ: STS 4099/2016).

⁴¹⁰ STS, Civil, Sección 1ª, 13 abril 2016, rec. 1473/2015 (ROJ: STS 1638/2016).

⁴¹¹ STS, Civil, Sección 1ª, 2 Julio 2014, rec. 1937/2013 (ROJ: STS 2650/2014).

⁴¹² STC número 185/2012, de 17 de octubre de 2012 (LA LEY 153054/2012).

1. Las relaciones personales de los progenitores entre sí y con sus hijos

A. La conflictividad entre los progenitores para el dialogo

La institución de la guarda y custodia compartida sobre los hijos menores requiere que concorra una determinada aptitud, en este caso positiva y armónica en ambos progenitores para asumir una coparentalidad responsable.

Cuando hablamos de tener que compartir nos estamos predisponiendo psicológicamente a que otra persona disponga de lo que yo tengo, en este caso ambos progenitores para compartir la educación, el cuidado y el cariño de los hijos, necesitan de un importante grado de consenso, respeto y colaboración. Cuando no existe un acuerdo entre los padres, será muy difícil llegar a tener éxito en una guarda y custodia compartida, ya que presenta elevadas posibilidades de inestabilidad en el tiempo; los problemas podrían acrecentarse o derivar nuevos y al final eso repercutirá de forma negativa en los hijos.

Por lo que respecta al legislador, como ya hemos reiterado, ningún Código Civil dentro de la República Mexicana que encuadre y contemple esta figura ofrece una lista de criterios que permitan al Juez determinar, en cada caso concreto, qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para optar por uno u otro régimen de custodia. Sin embargo, el legislador autonómico en lo que respecta a las normas forales del país de España, ha regulado la materia, y ha establecido una lista de criterios y entre ellos figura las relaciones entre los progenitores.

Expresamente se establecen como factores a tener en cuenta para determinar la modalidad de custodia más conveniente, la relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de respetar los derechos del otro, cooperar entre sí y de garantizar la relación de los hijos con ambos y con sus familias extensas.⁴¹³ Mientras que el legislador catalán pondera la aptitud de los progenitores para cooperar con el otro con el fin de asegurar la estabilidad de los hijos⁴¹⁴.

⁴¹³ Art. 3.2 b) Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres. Art. 3.3 b) Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convivan.

⁴¹⁴ Art. 233-11 b) y c) de la Ley catalana 25/2010, de 29 de julio, por la que se modificaba el Libro II del Código Civil de Cataluña.

Uno de los motivos por los que la doctrina jurisprudencial española ha denegado la petición de guarda compartida efectuada en el marco de un proceso judicial es, precisamente, la conflictividad entre los progenitores⁴¹⁵. La ausencia de buenas relaciones entre ellos se ha presentado, como ya hemos indicado anteriormente, como un obstáculo, a veces, insalvable⁴¹⁶.

Para que podamos hablar de una exitosa implantación de la custodia compartida como régimen favorable en la ponderación del interés superior del menor, debe de existir un bajo nivel de conflicto y hostilidad entre los padres del menor y tener una comunicación fluida, tener madurez y la capacidad de comprensión recíproca entre ellos, como el establecimiento de acuerdos en la forma de educación y crianza de los hijos para que se establezca un único y común proyecto, hará que el régimen de custodia compartida sea exitoso.

Compartimos la postura que nos menciona que: “La guarda y custodia compartida sólo es posible en aquellos supuestos en los que la relación entre los progenitores es fluida, permanente, periódica, pacífica, cordial, provocando todo ello la permanente comunicación, el diálogo y contacto de ambos con el fin de buscar en todo momento consensos y acuerdos que determinen el óptimo desarrollo integral de los menores en todos los ámbitos⁴¹⁷”.

Es cierto que las decisiones que se tomen hoy entre los padres tienen que ir encaminadas de cara al futuro de sus hijos, lo que exige que entre ellos exista una

⁴¹⁵ SAP Logroño, Civil, Sección 1ª, 15 noviembre 2013, rec. 245/2013 (ROJ: SAP LO 597/2013). SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 10 octubre 2014, rec. 99/2014 (ROJ: SAP CS 1147/2014). Para la SAP León, Civil, Sección 2ª, 30 enero 2015, rec. 389/2014 (ROJ: SAP LE 98/2015), para la custodia compartida es aconsejable que no concurra una situación de conflicto y hostilidad entre los progenitores sino un buen grado de cooperación.

⁴¹⁶ Para la SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 19 Feb. 2015, rec. 273/2014 (ROJ: SAP BU 88/2015), la conflictividad entre los progenitores evidencia la incapacidad de estos para tomar decisiones y actuar de forma conjunta en interés del menor. Dicha sentencia considera que la mutua colaboración de los progenitores es imprescindible en un ámbito de custodia compartida para que esta pueda desarrollarse con normalidad, evitando perjuicios a los hijos. La SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 1 marzo 2016, rec. 261/2015 (ROJ: SAP B 2544/2016) desestimó el sistema de guarda compartida debido a que las profundas desavenencias existentes entre los progenitores estaban repercutiendo gravemente en los menores.

⁴¹⁷ SSAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 15 diciembre 2015, rec. 1506/2015 (ROJ: SAP M 17617/2015), 22 abril 2016, rec. 995/2015 (ROJ: SAP M 5919/2016) y 7 junio 2016, rec. 1155/2015 (ROJ: SAP M 7385/2016).

relación viable, basada en el respeto y en la colaboración mutua; dejando a un lado sus diferencias y anteponiendo el bienestar, beneficio e interés de sus menores hijos.

El interés del menor exige un “compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar⁴¹⁸”. Este sistema de guarda requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos, sin embargo, hay que tener en cuenta que la base de todos los asuntos en donde intervengan menores de edad es la protección de sus derechos ante los de terceros, para que así se le pueda brindar una garantía integral en la esfera de la ponderación del interés superior del menor; aunque es deseado el grado de buena comunicación y entendimiento entre los progenitores el que no se encuentre garantizado en su totalidad o hayan momentos de desacuerdos esto no tiene que tomarse como una predisposición para la obtención de esta institución como lo es la custodia compartida.

Se ha manifestado, en este sentido, que la conflictividad entre los progenitores es frecuente en el momento de la ruptura y, a veces, puede prolongarse en el tiempo, e incluso, indefinidamente. Añadiendo que la misma debe ser controlada por los padres “evitando su prolongación o afectación a los niños buscando los puntos de consenso necesarios por sí o con ayuda de terceros o incluso, en caso extremo, acudiendo al auxilio jurisdiccional para adoptar decisiones si existe discrepancia en el ejercicio de la responsabilidad parental⁴¹⁹”.

La conflictividad dependiendo del grado en el que se dé puede llegar a afectar aquellas funciones más habituales y comunes relacionadas con el ejercicio de la guarda como la compra de ropa, gestión de las actividades extraescolares, gestión de las visitas al médico, entre otros; pues bien, una solución ante ello puede ser optar por la distribución de estas actividades entre los padres mediante un plan de parentalidad⁴²⁰. Y cuando hablemos de cuestiones más trascendentales también

⁴¹⁸ SSTS, Civil, Sección 1ª, 19 Julio 2013, rec. 2964/2012 (ROJ: STS 4082/2013), 2 Julio 2014, rec. 1937/2013 (ROJ: STS 2650/2014).

⁴¹⁹ SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 15 mayo 2015, rec. 800/2013 (ROJ: SAP B 5072/2015).

⁴²⁰ SAP Ourense, Civil, Sección 1ª, 17 junio 2016, rec. 103/2016 (ROJ: SAP OU 440/2016).

existe conflictividad, es posible adaptar una distribución de funciones de la potestad parental. Y si la conflictividad surge en el momento de los cambios de la guarda o en interpretaciones sobre este aspecto, la solución podría ser modificada y adaptada a fin de evitar tales conflictos⁴²¹.

Concluyendo que el hecho de que se deba de extremar el celo tanto en la forma de las comunicaciones como, en el momento y razón de la toma de decisiones no ha de frustrar el régimen convivencial compartido, no se precisa tácitamente de qué manera los desacuerdos de los padres resultarán un factor que contravenga el interés superior de los menores; afirmando que solo una conflictividad extrema, especialmente cuando existan malos tratos, sería causa de denegación de una guarda y custodia compartida o que por la gravedad de los conflictos se logre su transmisión a los menores y la afectación de su desarrollo pudiera declararse que su interés está en la guarda individual por uno u otro progenitor o incluso en la guarda a través de terceras personas⁴²².

Estas resoluciones han manifestado que, si bien es cierto que el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos requiere de un cierto grado de consenso entre los progenitores, esta exigencia no puede extremarse hasta el punto de hacer depender el otorgamiento de la custodia compartida o, en su caso, el mantenimiento de esta, de una armonía prácticamente imposible de obtener tras cualquier crisis matrimonial⁴²³. La conflictividad entre los progenitores no debe llevarnos a un rechazo total y absoluto de la custodia compartida. Estamos de acuerdo en que es necesaria la existencia de buena relación o de una relación “normalizada” entre los progenitores, pero no solo para el establecimiento del régimen de custodia compartida, sino para el establecimiento de cualquier tipo de medidas en las situaciones de crisis del matrimonio.

⁴²¹ SAP Girona, Civil, Sección 1ª, 8 julio 2015, rec. 192/2015 (ROJ: SAP GI 847/2015).

⁴²² SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, y 2 julio 2015, rec. 1209/2013 (ROJ: SAP B 9678/2015).

⁴²³ Para la SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 2 octubre 2013, rec. 225/2013 (ROJ: SAP CA 1252/2013) la falta de comunicación en situaciones de crisis matrimoniales, no constituye un obstáculo insalvable para los progenitores, sino que puede y debe ser superado

B. La relación de los progenitores con los hijos

La dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado de los hijos antes e incluso después de la ruptura, la estrecha relación en cuanto a vínculos emocionales que mantenía cada progenitor con los menores y las relaciones interpersonales entre ellos, son criterios concluyentes a la hora de tomar la decisión sobre el modelo de guarda y custodia.

La doctrina jurisprudencial española que se ha estudiado como referente a la incursión en el tema de guarda y custodia compartida mantiene que la base común de todos los criterios favorables para la asignación de una custodia compartida, es la estabilidad del menor en cada caso concreto; con esto la manera de vivir y la organización familiar llevada hasta el momento en el que se solicita por petición de ambos o a instancia de una parte la custodia compartida, para que en la medida de lo posible la dinámica familiar se realice conforme a los años que la familia se mantuvo unida, con preservación de los intereses del menor, para lo que resulta indispensable un mínimo de capacidad de comunicación y cierta coherencia en los estilos educativos⁴²⁴.

El “cuidador primario”, es una figura que se da cuando se tiene en cuenta cómo se ha organizado la familia antes de la ruptura y el tiempo o cuidados proferidos por cada progenitor a sus hijos y también las posibilidades de organización en el futuro⁴²⁵.

Los criterios del cuidador primario y el de la continuidad, no deben de actuar como impedimento para que se acuerde entre las partes otro modelo de guarda y custodia; es posible que después de la separación se pueda adoptar una nueva organización familiar, siempre y cuando se acredite que esta nueva distribución resulta beneficiosa para el o los menores y que con ello se conserve su estabilidad emocional y psicológica, porque es esta la base de su cotidianidad y del

⁴²⁴ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 2 junio 2016, rec. 656/2015 (ROJ: SAP B 5969/2016).

⁴²⁵ SAP Segovia, Civil, Sección 1ª, 26 junio 2012, rec. 207/2012 (ROJ: SAP SG 245/2012). Para la SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 23 Julio 2013, rec. 643/2012 (ROJ: SAP B 7810/2013), mantuvo la guarda materna en cuanto entendió que se daba prioridad al criterio del cuidador primario, que implicaba para los hijos un cambio menos drástico en su quehacer diario y por tanto se ajustaba más al interés de los menores. SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 2 nov. 2015, rec. 1009/2014 (ROJ: SAP B 10895/2015).

desenvolvimiento diario dentro de su estilo de vida. En los fundamentos que consideran y externan los jueces en las resoluciones que dictan acerca de la guarda y custodia, fundamentan que el hecho de implicación en la crianza y educación de un progenitor con el otro aunque no haya sido en igualdad de condiciones antes de la separación, esto no se presentará como motivo de exclusión tacita de la guarda y custodia compartida, el juzgador puede a consideración y bajo las pruebas obtenidas vislumbrar el compromiso, actitud y aptitudes con las que cuenta el progenitor para implicarse en las funciones de la guarda y custodia⁴²⁶.

Las niñas, los niños y los adolescentes son el centro de protección y el fin que engloba la guarda y custodia, esta figura existe por ellos y por ende los progenitores deben de salvaguardar un desarrollo integral de la personalidad del menor, preservando los vínculos afectivos del menor con ambos padres y con las familias extensas de cada uno garantizando la convivencia con ellos, brindarles una educación integral y en conjunto previamente planeada y acordada por ambos, mostrarles afecto y cuidado diario, y en lo que respecta a lo material cerciorarse que no le falte nada en cuanto a vestimenta y alimentos; en definitiva exige tener en cuenta las mejores condiciones para el pleno desarrollo integral del hijo menor de edad.

C. La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores

La atribución de una guarda y custodia compartida requiere de esmero y vigilancia continua de la atención, cuidado y educación de los hijos, por ello cuando se establece el régimen de cuidado compartido es necesario que se compruebe que los padres son capaces y están en la total disposición de encargarse de sus hijos, cubriendo en totalidad las necesidades y atenciones que pueda requerir el menor al estar bajo su cuidado, debiendo ser estas en igualdad de condiciones⁴²⁷. Aunado a lo anterior la posibilidad de cada progenitor de poder disponer de tiempo necesario para mantener contacto directo con sus hijos en el periodo bajo el cual se

⁴²⁶ SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 27 junio 2013, rec. 56/2013 (ROJ: SAP A 2646/2013). SAP Palencia, Civil, Sección 1ª, 20 octubre 2015, rec. 212/2015 (ROJ: SAP P 286/2015).

⁴²⁷ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 19 Feb. 2014, rec. 85/2013 (ROJ: SAP NA 88/2014), Sección 3ª, 21 enero 2016, rec. 610/2015 (ROJ: SAP NA 210/2016).

encuentren a su cuidado, será un factor de gran importancia a la hora de optar por un régimen u otro de custodia.

Este factor como la mayoría de los que se han venido mencionando está ligado al derecho que tienen los hijos a un contacto directo con sus progenitores, por ello, es indispensable que haya en la medida de lo posible una mayor disponibilidad de trato directo y de conciliación familiar y laboral por parte de la madre y del padre; estos dos parámetros que se abordan en este apartado son indispensables a la hora de determinar el régimen de custodia más adecuado para los hijos menores de edad⁴²⁸.

La menor posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de uno de los progenitores ha causado un detrimento y representa un problema en la posibilidad de mantener una atención directa con los menores. Cuando se argumenta y prueba que uno de los progenitores no cuenta con la disponibilidad suficiente para poder estar con sus hijos, esto ha fundamentado la denegación⁴²⁹ de la custodia compartida porque se entiende que no es bueno ni sano para el bienestar de los hijos que el padre o la madre los deje al cuidado de terceras personas la mayoría del tiempo cuando en una primera instancia tendría que ser él o ella quien procure estar al pendiente del NNA.

Abundando en el tema, se han dado caso en los que si se ha establecido una custodia compartida cuando se ha justificado la ayuda de los abuelos en ciertas situaciones donde se requiera⁴³⁰ e inclusive en situaciones en donde al progenitor se le presentaban dificultades para conciliar la vida familiar y laboral; contando con una red de apoyo familiar que le permitía resolver esta problemática⁴³¹. Cabe

⁴²⁸ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 1 abr. 2015, rec. 881/2014 (ROJ: SAP NA 999/2015).

⁴²⁹ SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 4 mayo 2012, rec. 333/2011 (ROJ: SAP NA 505/2012), 23 dic. 2014, rec. 697/2014 (ROJ: SAP NA 1209/2014), 9 marzo 2015, rec. 370/2014 (ROJ: SAP NA 123/2015).

⁴³⁰ STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 28 Sept. 2012, rec. 14/2012 (ROJ: STSJ AR 1121/2012). La SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 22 Julio 2014, rec. 54/2014 (ROJ: SAP Z 1416/2014), tomo en consideración la flexibilidad horaria y el apoyo que le prestan sus padres y familiares para atender a su hija en aquellos momentos en que por sus obligaciones laborales no puede hacerlo.

⁴³¹ SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 24 febrero 2015, rec. 425/2014 (ROJ: SAP Z 306/2015). Sin embargo, para la SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 10 diciembre 2014, rec. 85/2014 (ROJ: SAP TE 147/2014) el horario laboral del padre no fue un obstáculo para enervar la preferencia legal del régimen de custodia compartida, pues contaba con el apoyo de una familia extensa.

mencionar que el régimen de cuidado compartido, aunque se haya decretado puede ser modificado por el juzgador, cuando advierta que las causas por las que se dictaminó a favor del interés superior del menor han sido cambiadas, y en ocasiones ha modificado el régimen atribuido a custodia individual en favor de la madre, debido a la excesiva dedicación laboral del padre, delegando con ello a los abuelos paternos un constante cuidado del menor⁴³².

Lo importante es que cada uno de los progenitores pueda organizarse y crear una distribución de su tiempo laboral, para que con esta reorganización y acomodo de los horarios pueda cada uno prestarles la vital importancia a las atenciones, cuidados y a la educación de su hijo en el tiempo que conviva con él o ella, pasando a ser ellos quienes de forma primordial se encarguen de sus hijos⁴³³. Cuando se logra esta concordancia por parte de los padres y se logra un equitativo reparto del tiempo laboral, y aun así se cuenta con un apoyo normal de la familia extensa, se entiende que es beneficiosa porque potencia las relaciones de los menores con su entorno familiar, lo que no obstaculiza la custodia compartida.

Es necesario determinar hasta qué punto los progenitores pueden implicarse, como consecuencia de su situación laboral, en la crianza de sus hijos. No tiene sentido establecer un régimen de custodia compartida si uno de los progenitores, por razones de índole laboral, no puede ejercer su autoridad parental ni cumplir con sus funciones.

2. La proximidad de los domicilios entre progenitores

El debate principal que se aborda bajo este criterio es ¿Cuál es la distancia máxima que se puede permitir o considerar aceptable para que pueda otorgarse favorable la custodia conjunta?⁴³⁴. No entra a discusión que, si ambos progenitores viven en la misma ciudad, no habría imposibilidad alguna para atribuir el régimen de custodia

⁴³² SAP Alicante, Civil Sección 4 del 01 de julio de 2015, rec. 225/2015 (ROJ: SAP A 1725/2015)

⁴³³ SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 3ª, 27 Julio 2015, rec. 3251/2015 (ROJ: SAP SS 877/2015).

⁴³⁴ Serrano Molina, Alberto, "La guarda compartida ¿una regulación necesaria?", en: Lasarte Álvarez, Carlos (Coord.), *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, Jornadas Internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia, Nº 27-29, junio 2005, El Derecho, Madrid, 2005, pág. 740.

compartida, debido a que se podría desarrollar con total normalidad⁴³⁵, razón por la cual cuando ambos progenitores residen dentro del mismo Estado es factible la determinación a favor de un cuidado compartido.

Abundando en la jurisprudencia española, país que ha abordado y discutido la institución de la custodia compartida, ha señalado que la existencia de residencias cercanas o geográficamente compatibles⁴³⁶, garantiza la estabilidad del entorno de los menores. Estimándose de forma negativa, la concesión de la custodia compartida cuando hay una distancia, más o menos importante, entre los domicilios de ambos progenitores⁴³⁷. Los cambios continuos de domicilios entre cada progenitor cuando las distancias entre ellos son de varios cientos de kilómetros, no favorece la adaptación del menor, por el contrario, puede mermar de forma negativa en su estado emocional y puede verse afectado su desarrollo y rendimiento académico⁴³⁸; es aconsejable que los menores tengan un lugar fijo de permanencia, con normas, hábitos y rutinas diarias, favoreciendo con ello la estabilidad de los menores en sus quehaceres cotidianos, implicando el mantenimiento del colegio, amistades y ocio del menor, del médico, de las actividades extraescolares y la convivencia con la familia extensa de ambos padres.

En otros países tal es el caso de España, permite la existencia de un modelo en donde los hijos menores son los que viven en el domicilio particular en donde han habitado toda su vida y son los progenitores los que deberán de mudarse a

⁴³⁵ Guilarte Martín-Calero, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010, pág. 16; y Pinto Andrade, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial española: los criterios y factores para su atribución", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Nº 9, junio-diciembre, 2015, pág. 163

⁴³⁶ SAP Alicante, Sección 6ª, 8 May. 2006, rec. 105/2006 (LA LEY 112709/2006). SAP A Coruña, Sección 5ª, 17 abril. 2008, rec. 442/2007 (LA LEY 149616/2008). Para la SAP Navarra, Sección 2ª, 4 julio 2008, rec. 173/2007 (LA LEY 202378/2008), la proximidad de los domicilios de los padres garantiza la estabilidad del entorno de los menores. SAP Lleida, Sección 2ª, 10 Mar. 2011, rec. 208/2010 (LA LEY 49000/2011). STS, Civil, Sección 1ª, 7 Julio 2011, rec. 1221/2010 (ROJ: STS 4824/2011). SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 14 octubre 2014, rec. 72/2014 (ROJ: SAP CA 1574/2014). SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 24 Sept. 2015, rec. 448/2014 (ROJ: SAP TF 2216/2015).

⁴³⁷ STS de 3 de marzo de 2016 (Ar. RJ 2016\2184). <https://vlex.es/vid/631448002>, STS de 19 octubre de 2017 (Ar. RJ 2017\4484), <https://vlex.es/vid/695995009>

⁴³⁸ STS de 10 enero de 2018 (Ar. RJ 2018\74), <https://vlex.es/vid/701690109>

domicilios separados, turnando su estadía según el tiempo que les corresponda en el domicilio familiar, a este modelo se le ha atribuido el nombre de “casa nido”⁴³⁹.

En lo que respecta a nuestra cultura el poder lograr que este modelo sea posible en nuestra sociedad vendría aparejado de más problemas que ventajas y soluciones y estaría destinado al fracaso; puesto que necesitan ambos padres tener una muy buena solvencia económica para poder solventar los gastos que ello implicaría y tener un nivel alto de organización y de mutuo entendimiento, comunicación y respeto. A la par otro factor o característica de este modelo es la tolerancia recíproca del desarrollo natural de las nuevas relaciones de pareja de quienes fueron pareja, porque de la alternancia de propiedad se derivaría compartir todo lo material que en ella hubiese.⁴⁴⁰

Se ha otorgado la custodia compartida en casos donde los domicilios de los progenitores estaban localizados en poblaciones diversas pero vecinas, la justificación se dio debido a que resultaba compensado el traslado con las ventajas de que los hijos estén con ambos progenitores”.⁴⁴¹

Cuando la residencia de cada uno de los progenitores es en países diferentes, no se otorga la custodia compartida⁴⁴². Esta postura es razonable porque se prevén los perjuicios que tan largo traslado y cambio de cultura, costumbres, sistema educativo, idioma, clima, entre otros, podría traer al menor y se trata en este caso de evitar que la niña, el niño y el adolescente pase por ello.

El arraigo social y familiar de los hijos, es otra de las características que se deben de tener en cuenta para en la medida de lo posible y atendiendo al caso en concreto, tratar de que los domicilios del menor se queden en la misma localidad en dónde se desarrolló durante sus años de vida su entorno social, familiar y educativo.

⁴³⁹ SSAP Santa Cruz de Tenerife Civil, Sección 1ª, 21 enero 2016, rec. 312/2015 (ROJ: SAP TF 1056/2016), 4 Feb. 2016, rec. 398/2015 (ROJ: SAP TF 1098/2016) y 26 mayo 2016, rec. 658/2015 (ROJ: SAP TF 1483/2016).

⁴⁴⁰ SAP Baleares, Civil, Sección 4ª, 23 junio 2016, rec. 194/2016 (ROJ: SAP IB 1186/2016).

⁴⁴¹ SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 11 dic. 2013, rec. 803/2013

⁴⁴² SAP de Baleares de 23 enero de 2018 (Ar. JUR 2018\64737) y SAP de Tarragona de 2 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\85484).

Normalmente, cuanto más tiempo haya vivido el menor en una zona mayor será el arraigo social y familiar de este.⁴⁴³

3. Las aptitudes de los padres, su capacidad e idoneidad para la custodia compartida

Debemos de tener en cuenta la actitud de los progenitores al momento de procurarle a sus hijos un entorno estable y en condiciones adecuadas para que ello garantice su bienestar; contar con la plena capacidad y estar en disposición de asumir tal responsabilidad tuitiva.

Este criterio viene de la mano de la idoneidad de los progenitores para el ejercicio de la guarda y custodia. Debemos entender que, en este apartado se visualizan las habilidades parentales de ambos para atender al cuidado del menor, y brindarles lo necesario, garantizando un crecimiento armónico e integral de su personalidad⁴⁴⁴.

Cierto es que, la aptitud parental es una condición ineludible, pero eso no la convierte en condición única y suficiente para que en base a los resultados favorables de las aptitudes de ambos progenitores atendiendo a ese único hecho se les atribuya la custodia compartida, lo es el *bonum filii*; tal presupuesto no será suficiente si se percibe que tal régimen es contrario o pudiera ser contrario al interés del menor.⁴⁴⁵

Se han dado casos en donde se ha atribuido el régimen de custodia exclusiva cuando en el caso en concreto no han resultado acreditadas cualidades optimas de coparentalidad en los progenitores (compromiso, implicación, responsabilidad, respeto, comunicación) características necesarias para que pueda resultar beneficioso el régimen de guarda y custodia compartida, y al carecer alguno de los dos progenitores de estas peculiaridades, el juzgador ha negado la atribución de la custodia compartida⁴⁴⁶.

⁴⁴³ SAP Guadalajara, Civil, Sección 1ª, 25 nov. 2014, rec. 132/2014 (ROJ: SAP GU 488/2014).

⁴⁴⁴ SAP Santa Cruz de Tenerife, Civil, Sección 1ª, 14 nov. 2012, rec. 60/2012 (ROJ: SAP TF 2423/2012).

⁴⁴⁵ SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 17 Julio 2013, rec. 74/2013 (ROJ: SAP CS 733/2013).

⁴⁴⁶ SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 18 mayo 2016, rec. 608/2015 (ROJ: SAP B 4930/2016).

Para la concesión de la custodia compartida, entre otros aspectos que ya se han ido mencionando a lo largo de esta investigación, se exige la existencia de modelos educativos semejantes o compatibles entre los padres para su consideración, esto para representará el reflejo de una buena comunicación y asistencia sana entre ellos, con el fin de elaborar pautas de conducta hacia los hijos⁴⁴⁷. Se aconseja que exista en los progenitores un proyecto común en lo referente a la educación y formación de los hijos y que se desarrolle dentro de un marco de entendimiento y flexibilidad⁴⁴⁸.

Sin embargo, se ha manifestado que aun y cuando las familias estuviesen unidas los padres en algún momento de la vida del menor tendrán conflictos por la educación de los hijos, chocando entre sí en ideas, creencias y pensamientos pues no siempre es posible estar de acuerdo en todo lo acordado por una de las partes; es por eso que se considera que en ocasiones atendiendo al caso en concreto y a las características familiares esas discrepancias educativas entre los progenitores no siempre afectaran negativamente a los menores en su desarrollo o que les impedirán una normal relación familiar con cada uno de los padres.⁴⁴⁹

4. La capacidad económica y los medios materiales que aportará cada progenitor

Con el régimen de custodia compartida es normal que tanto el padre como la madre se hagan cargo de los gastos frecuentes del infante durante el tiempo que permanezca en la compañía de cada uno. Esta opción de alimentos a simple vista parece la ideal cuando el tiempo que permanece el menor con cada progenitor es equitativo en la medida de lo posible y ambos gozan de recursos económicos semejantes⁴⁵⁰.

Algunos progenitores optan por abrir una cuenta bancaria común en donde ambos van depositando los montos pertenecientes a los gastos comunes del infante

⁴⁴⁷ SSAP Sevilla, Civil, Sección 2ª, 23 enero 2015, rec. 3010/2014 (ROJ: SAP SE 209/2015) y 2 diciembre 2015, rec. 1932/2015 (ROJ: SAP SE 3574/2015).

⁴⁴⁸ SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 15 mayo 2012, rec. 39/2012 (ROJ: SAP BU 536/2012).

⁴⁴⁹ SAP Málaga, Civil, Sección 6ª, 7 enero 2015, rec. 979/2013 (ROJ: SAP MA 370/2015).

⁴⁵⁰ STS de 19 de julio de 2013 (Ar. RJ 2013\5002); STSJ de Aragón de 15 diciembre de 2011 (Ar. RJ 2012\55); SAP de Castellón de 3 de octubre de 2014 (Ar. JUR 2015\56255); SAP de Ávila de 1 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\67850).

dentro del domicilio, que se usa para ayudar en los gastos del infante⁴⁵¹. Los depósitos se realizan de una manera equitativa siempre y cuando ambos dispongan de una cantidad de dinero semejante y de la misma forma, la permanencia temporal de los hijos sea de forma similar por ambos lados ó se aporta a la cuenta en base a la proporción que puedan dar conforme a los recursos económicos que perciba cada uno. Se coincide en la conveniencia de que la titularidad de la cuenta tenga carácter mancomunado⁴⁵², por lo que se entiende que ambos podrán disponer y hacer uso del saldo. Aunado a lo anterior, se debe mencionar que esa misma cuenta puede y será utilizada para cubrir los gastos extraordinarios, en caso de ser estrictamente necesario y ambas partes pactaran de ello⁴⁵³.

Es acertado cuestionarse sobre los medios materiales necesarios que deben de tener cada uno de los progenitores para poder llevar a cabo una guarda y custodia compartida de manera óptima, pudiéndoles brindar a sus hijos un nivel de vida similar al que tenían cuando se encontraban en familia; o si al carecer de ellos acarrearía como consecuencia la negación de una custodia compartida porque se pudiese considerar una causal de inaptitud.

Hasta el momento no ha quedado establecido en ninguna ley o código que la solvencia económica igualitaria entre progenitores tiene que ser un requisito fundamental para la atribución de una custodia compartida⁴⁵⁴. Encontramos pensamientos de doctrinarios que comparten el hecho que una persona este pasando por una mala situación económica en la actualidad, no debe demeritar su posibilidad como progenitor competente para la designación de una custodia

⁴⁵¹ SAP de Cádiz de 3 de octubre de 2012 (Ar. JUR 2013\7303); SAP de Valencia de 14 de octubre de 2013 (Ar. JUR 2013\351228).

⁴⁵² De Verda Beamonte, José Ramón, "La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven", XIII Jornadas IDADFE: Crisis de pareja y custodia de los hijos menores, UNED de Calatayud, 2014, pág. 59.; y Morera Villar, Beatriz, Guarda y custodia compartida, Universitat de Valencia, 2014. Tesis Doctoral inédita, pág. 151. goo.gl/giqZG2 (fecha última consulta: 23/03/2022); También consultar: SAP de Valencia de 24 de junio de 2014 (Ar. JUR 2014\255732), SAP de Valencia de 22 de septiembre de 2014 (Ar. JUR 2014\271978). y SAP de Valencia de 19 de mayo de 2015 (Ar. JUR 2015\168164).

⁴⁵³ Guilarte Martín-Calero, Cristina, "La custodia compartida alternativa: Un estudio doctrinal y jurisprudencial", Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Nº 2, 2008; pp.24-25.

⁴⁵⁴ Talavera Sánchez, Irma, "La nueva regulación de la guarda y custodia", Gaceta Jurídica de HispaColem, Nº 6, 2007, pág. 5.

conjunta, expresan que no es argumento suficiente para excluirle del ejercicio de la guarda y custodia⁴⁵⁵; la insuficiencia de recursos económicos para atender al infante puede ser subsanada con el otorgamiento de una pensión alimenticia (bajo el principio de proporcionalidad) a cargo del otro progenitor que en ese momento es la persona que económicamente se encuentra estable⁴⁵⁶.

En estas circunstancias debemos de atender al área psíquica y emocional del infante, lo material cobra valor en un segundo plano, porque bien es cierto que aun cuenta con estabilidad económica por parte de uno de sus progenitores en ese momento exacto de su crecimiento.

Como una manera de aportación a los gastos de los menores se ha visto a bien compensar la situación de desventaja en la que queda aquel progenitor que, pese a ser propietario o copropietario de una vivienda, se vea en la situación de ser privado del uso de ella por motivo de la ruptura matrimonial. Mediante el contar esta “cesión del uso” de la propiedad aquel progenitor que no disfrute de ella cuando la

⁴⁵⁵ Clavijo Suntura, Joel Harry, "¿El patrimonio de la sociedad conyugal condiciona la aplicación de la custodia compartida en situaciones de crisis matrimoniales?", en: Reflexiones sobre derecho privado patrimonial — coords. González-Orús, Martín; Charro, Fernando; Miranda Mendoza, Eduardo; Sosa Olán, Henry; Vaquero Pinto, María José; y Ávila De La Torre, Alfredo—, Vol. 3, 2012, p. 89; Meco Tébar, Fabiola, "La cuantificación y distribución de la pensión alimenticia en el régimen de custodia compartida", Actualidad Jurídica Iberoamericana, Nº 3, 2015, p. 186; y De Torres Perea, José Manuel, "La custodia compartida", en: Prácticum familia 2016 — coord. Aranda Rodríguez, Remedios, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pág. 650

⁴⁵⁶ Martínez De Aguirre Aldaz, Carlos, "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en: La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar, Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, 2010, pág. 156; Viñas Maestre, Dolors, "La concesión de más custodias compartidas responde a una realidad social", Iuris: Actualidad y práctica del derecho, noviembre 2010, pág. 14; Serrano García, José Antonio, "La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia", Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, 2012, p. 240 y "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos...", cit., p. 54; Morera Villar, Beatriz, Guarda y custodia...", cit., pp. 151-152; Tena Piazuelo, Isaac, La prestación de "alimentos" a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda: doctrina y jurisprudencia, Aranzadi Thomson Reuters, 2015. p. 98; Solé Resina, Judith, "La guarda y custodia tras la ruptura", en: Custodia compartida: derechos de los hijos y de los padres —Gete-Alonso Y Calera, María del Carmen y Solé Resina, Judith—, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 1ª ed., p. 139; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, "Estudio comparativo...", cit., p. 19; y Morillas Fernández, Marta, "Régimen jurídico de la custodia compartida: el interés del menor", en: La custodia compartida en España —coords. Venegas Medina, María del Mar y Becerril Ruiz, Diego—, Dykinson, Madrid, 2017, p. 99.

vivienda pertenezca en todo o en parte a él o ella, se tomará como una contribución en especie a los gastos de los menores⁴⁵⁷

Se trata de un requisito que hay que atender junto con los demás criterios que hemos enlistado, por ser un elemento que tiene que ofrecer a los menores un mejoramiento en su calidad de vida, siempre brindando un entorno en equilibrio y bienestar.⁴⁵⁸

5. La voluntad de los hijos y la edad en la que se encuentran

A. La voluntad de los hijos

Una de las consecuencias relevantes del principio del *favor filii* es que el Juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, deseos y necesidades de manera personal, si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años según se señala en la mayoría de los códigos civiles siendo la edad en donde la capacidad del menor ya se encuentra más desarrollada y es capaz de poder tomar una decisión consciente para su bienestar.

Pensamos que es muy importante, que el juzgador tenga en consideración la opinión de los menores, pues tienen sus propios deseos y sentimientos que no pueden ser dejados de lado, sino que deben ser tenidos en cuenta cuando lo que se busca es su propio interés. Siempre, claro está, que los hijos tengan suficiente juicio y capacidad de decisión naturalmente, que sus deseos respondan a una

⁴⁵⁷ Serrano García, José Antonio, "La contribución a los gastos de crianza y educación de los hijos de padres separados, en particular en la custodia compartida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 35, 2014, pág. 53; y Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, "La reducción de la pensión de alimentos por alteración sustancial de las circunstancias", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 742, 2014, pág. 624 y "Estudio comparativo de la normativa estatal y autonómica en materia de guarda y custodia compartida", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016, pág.19; SAP de Barcelona de 30 de enero de 2014 (Ar. JUR 2014\52820).

⁴⁵⁸ SAP Girona, Sección 2ª, 9 Feb. 2000, rec. 494/1999 (LA LEY 34197/2000). SAP Las Palmas, Sección 4ª, 17 May. 2004, rec. 226/2004 (LA LEY 115552/2004). La SAP Barcelona, Sección 12ª, 17 May. 2011, rec. 146/2010 (LA LEY 171985/2011), hace referencia a que ambos progenitores poseen "medios materiales para sustentar con entera dignidad al menor". SAP Madrid, Sección 22ª, 19 Feb. 2013, rec. 107/2012 (LA LEY 26076/2013). SAP Cuenca, Civil, Sección 1ª, 15 Julio 2015, rec. 14/2015 (ROJ: SAP CU 340/2015).

voluntad autónoma, firme y decidida, ajena a inducciones o influencias y a inclinaciones efímeras.

La audiencia a los menores de 12 años no depende de lo que el Tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación. La decisión de la no admisión o la no práctica de la exploración debe ser motivada por el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución del menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juzgador que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a los menores.

En cualquier caso, hemos de decir que la audiencia o exploración de los menores constituye una diligencia a través de la cual se satisface el derecho del menor a ser oído sin que pueda equipararse este derecho al derecho de tomar la decisión. El derecho a ser oído no equivale al derecho a decidir sobre el conflicto familiar por lo que se ha recomendado no hacer recaer el peso de la decisión en el menor, sino que su voluntad deber ser valorada juntamente con otros factores que permitan determinar qué es lo más beneficioso para el mismo.

Aunque el resultado de la exploración al menor no tenga un carácter vinculante para el juzgador en orden a la atribución de la custodia de los hijos, sí en cambio resulta siempre útil en cuanto puede proporcionar una valiosa información al respecto. Los Tribunales han considerado que el deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general del interés preponderante de los hijos.

Los jueces en específico en asuntos sobre guarda y custodia, donde el futuro del menor depende de su discrecionalidad, bajo su actuar de acuerdo a sus competencias, tienen la obligación de indagar cual es el ambiente que resultará más beneficioso para el continuo desarrollo del menor; se tendrá que vislumbrar los procesos de crecimiento a futuro no solo viendo el presente o a corto plazo; con la ayuda de las pruebas aportadas y recabadas que brinden las partes involucradas, más las que el operador jurídico pida para cerciorarse sobre las condiciones de vida

del menor en el plano físico, psicológico y emocional y tomando en cuenta a manera de apoyo los deseos de la niña, niño o adolescente sin necesidad de coincidir o estar de acuerdo con lo externado, sino cumpliendo con el principio de escucha, tomará la decisión que proteja el interés superior del infante.

En ocasiones, una resolución judicial se ha inclinado por la custodia compartida, a pesar de haberse manifestado la voluntad decidida de un menor por continuar con una custodia exclusiva, sin cuestionar que la misma había sido libremente prestada y sin responder a influencias ajenas ni que buscará un ambiente más permisivo, y ello porque se argumentaba que el menor no había experimentado el régimen de convivencia compartida, régimen que se consideraba el más favorable para el desarrollo integral del menor y que solo había de ceder cuando existieran razones de peso que evidenciaran que la adopción del mismo no sería lo mejor para el menor.⁴⁵⁹

B. La edad de los hijos

Ni la doctrina ni la jurisprudencia ni los psicólogos han conseguido llegar a un acuerdo sobre cómo influye la edad en el interés de los menores al objeto de determinar el régimen de guarda y custodia más conveniente para los mismos.

Por lo que respecta a la edad de los hijos, aunque para la jurisprudencia no ha sido determinante en la elección de uno u otro modelo de guarda y custodia, sí que en algunos casos la corta edad de los hijos ha servido para fundar la procedencia de una custodia compartida⁴⁶⁰ y en otros casos, para excluirla.

⁴⁵⁹ SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 15 dic.2014, rec 240/2014 (ROJ: SAP A 4192/2014).

⁴⁶⁰ Para la SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 8 Julio 2005, rec. 415/2005 (ROJ: SAP M 8632/2005), ha manifestado que desde un ámbito estrictamente objetivo, no es causa para definir y resolver sobre la custodia la corta edad de los hijos. La SAP Sevilla, Sección 2ª, 18 abril 2011, rec. 7806/2010 (LA LEY 193432/2011) concedió la guarda y custodia compartida, entendiendo que dicho sistema permitía proteger mejor el superior interés de los dos hijos, ambos dependientes de terceros, uno por su retraso mental severo, y el otro por su corta edad. SAP Castellón, Sección 2ª, 25 mayo 2011, rec. 139/2010 (LA LEY 148449/2011). Para la STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, 9 abril 2012, rec. 29/2011 (LA LEY 53059/2012) la opinión de los dos menores, manifestada libremente, evidenciaba el deseo de ambos hermanos de poder vivir tanto con su padre como con su madre, lo que constituía un dato esencial que, debía ser claramente valorado a favor del establecimiento de la custodia compartida. La SAP Toledo, Sección 1ª, 25 junio 2013, rec. 252/2012 (LA LEY 105217/2013) ha manifestado que la corta edad de los menores les permite mejor adaptación al sistema, los cambios de rutinas y hábitos los provoca el mismo sistema de custodia compartida. Para

Se ha manifestado por algunos Tribunales que es criterio usual cuando se trata de menores de corta edad, que la guarda y custodia de los mismos se atribuya a la madre, pero que la corta edad de los hijos no es suficiente, *per se*, para efectuar la atribución de la custodia a la madre, pues deben de valorarse otras circunstancias, y es el conjunto de todo ello lo que debe de alumbrar el criterio de atribución como forma de concretar en cada caso el principio rector del interés superior del menor.

No obstante, lo anterior, tradicionalmente, la doctrina jurisprudencial española ha entendido que la corta edad de los hijos desaconsejaba la custodia compartida, decantándose por la guarda y custodia a la madre siempre que no se acreditara la existencia de otras circunstancias en la actuación o conducta de ésta que pudieran perjudicar el desarrollo físico, moral e intelectual de los hijos. En este sentido alegaban que los hijos de corta edad tenían una mayor vinculación con la madre dada la trascendencia de los primeros años en la personalidad de los niños, y que por ley natural se desarrollaba en su primera etapa por medio de una relación madre e hijos. Además, se destacaba que, durante la infancia, los menores necesitaban la máxima estabilidad posible, pudiendo la custodia compartida producir alteraciones que afectaran a su vida normal.

Al respecto se ha manifestado, y estamos de acuerdo, que una de las principales necesidades de los menores de corta edad, es la estabilidad en sus condiciones y hábitos cotidianos de vida que garantice su bienestar, requiriendo de un cuidador primario que les proporcione seguridad en el mantenimiento de dichas condiciones. Por dicho motivo, no resultan recomendables para los menores de corta edad los sistemas de custodia que implican estancias alternas. Añadiéndose que la alternancia de estancia entre los progenitores responde más a las necesidades, deseos y formas de estructuración del tiempo de los adultos que a las de los propios menores, no garantizando dichas condiciones la estabilidad en la vida cotidiana de los menores de esta edad; pudiendo, incluso, interferir en su adaptación a su situación familiar, provocándoles malestar y sufrimiento.

la SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 4 noviembre 2014, rec. 686/2014 (ROJ: SAP V 5130/2014), a opción de la custodia compartida es la mejor opción pese a la corta edad de los hijos.

Esta postura ha sido llamada por algún sector la “doctrina de los primeros años” o “tierna infancia” que se basa principalmente en la lactancia y en la teoría del progenitor natural, que dan preferencia al niño en sus primeros meses de vida⁴⁶¹.

Como ya hemos dicho, los partidarios de esta postura encuentran su apoyo legal en el principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño, donde se establece expresamente que, salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

Así, el Comité de los Derechos del Niño, concretamente en la Observación General nº 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia⁸¹⁶ propone que una definición adecuada de la primera infancia sería el período comprendido desde el nacimiento hasta los 8 años.

Sin embargo, consideran que la situación cambia cuando el niño ya puede tomar sus propias decisiones porque es cuando puede darse cuenta de lo que le aporta la presencia de cada uno de sus padres. Recomiendan, la guarda y custodia compartida cuando los menores tienen edad suficiente, sin indicar cuál es esta, para que no pierdan la relación que están acostumbrados a mantener con cada uno de sus progenitores.

Cuanto más que si en verdad la lactancia fuera incompatible con el contacto personal entre padre e hijo, habría que significar que el beneficio que le reporta aquella no compensa el perjuicio inherente a la pérdida del otro progenitor. Entendiendo conveniente fijar como fecha para el cambio de guarda y custodia aquella en que la lactancia materna termine. Se establece un plazo temporal con posibilidad a cambio posterior a los dos años, una vez que la niña o el niño termine esta etapa se puede dar la posibilidad de ampliación en los tiempos convenidos para cada progenitor de acuerdo con lo que resulte mejor para el menor.

Afirman que la corta edad de los menores no es relevante, a estos efectos, especialmente cuando tanto el padre como la madre tienen una plena idoneidad

⁴⁶¹ Cfr. Aguilar Cuenca, J.M. Con mamá y papá. Edit. Almuzara 2006, pp.91-95. Zanón Masdeu, L. Guarda y custodia de los hijos. Edit. Bosch. Barcelona, 1996, ha afirmado que “si bien el interés o beneficio de los hijos puede perfectamente no estar relacionado con la edad, lo cierto es que los hijos de corta edad tienen una mayor vinculación con la madre dada la trascendencia de los primeros años en la personalidad de los niños, y que por ley natural se desarrolla en su primera etapa por medio de una relación madre e hijos”, p.46

para su cuidado. La edad de los menores no puede convertirse en un impedimento para que un padre no pueda ejercer debidamente sus funciones parentales. Añadiendo que impedir que un padre pueda ejercer sus funciones parentales respecto de un niño de corta edad es contrario al principio de igualdad que consagra la Constitución y que también es contrario a los derechos de los niños a relacionarse adecuadamente con sus progenitores. Concluyendo que, por tanto, se debe partir del criterio de que tanto el padre como la madre tienen capacidad para cuidar a sus hijos, incluso los de muy corta edad.

III. ELEMENTOS DE VALORACIÓN PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. El derecho del infante a ser escuchado

La opinión del infante es un elemento previsto tanto por las normas nacionales⁴⁶² e internacionales⁴⁶³, y México adhiriéndose a estas normas de carácter internacional agrega este derecho a la lista de criterios y elementos que debe seguir el juez.

Tradicionalmente se han utilizado dos criterios para determinar cuándo debe escucharse al menor: la suficiencia de juicio o madurez que se identifica con la capacidad natural del menor de entender y querer y el cumplimiento de una determinada edad estableciéndose con carácter general en doce años. La principal diferencia entre uno y otro es que, mientras el cumplimiento de una edad concreta es un dato objetivo, la suficiencia de juicio es un criterio de carácter subjetivo. Ello implica que el juez debe valorar en cada supuesto la capacidad de juicio del menor con el fin de determinar si cuenta con la suficiente madurez para formar y expresar

⁴⁶² Art. 4º Constitucional, Art. 41 apartado A) de la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes; Art. 27, fracción 1, Art. 71 y Art. 73 de La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; Art. 265, 3er párrafo, Art. 283; Art. 426 Código Civil del Estado de Tabasco; art. 35 Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en Tabasco.

⁴⁶³ Observación General N° 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, Comité de los derechos del niño, 51º período de sesiones Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009; art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, dispone toda persona tiene derecho a que su causa sea oída.

su propia opinión. Como se trata de una tarea que trasciende de lo estrictamente jurídico, resulta fundamental que el juez se apoye en otros profesionales para llevarla a cabo, como psicólogos o pedagogos.⁴⁶⁴

Es menester de los órganos que imparten justicia, hacer valer al infante que cuente con suficiente juicio y solicite ser oído, que este derecho se lleve a cabo dentro de la audiencia⁴⁶⁵, pues el art. 265 del Código Civil vigente en nuestro Estado exige el cumplimiento de este derecho a excepción de que la comparecencia del infante resulte perjudicial para su interés.

Ahora bien, los mayores problemas se plantean en aquellos supuestos en los que el menor no solicita comparecer ante el tribunal. En este sentido, el artículo 426 del Código Civil de nuestro Estado dispone que decidirá el Juez, oyendo a los ascendientes y al menor si ha cumplido doce años. La resolución del Juez debe dictarse atendiendo a lo que sea más conveniente a los intereses del menor.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que hacer valer el derecho del menor a ser escuchado no solo se puede ejercitar mediante mecanismos formales como los que realizan personas adultas, llámense declaraciones de manera oral o escrita, también, existen y se deben de implementar metodologías pedagógicas y didácticas que brinden condiciones adecuadas al niño, niña o adolescente para alcanzar ese objetivo, inclusive, comunicándole la decisión en forma clara y asertiva⁴⁶⁶.

El comité de los Derechos del Niño en su Observación General No. 12 abunda en el tema, considerando que el menor de edad debe de ejercer ese

⁴⁶⁴ Pérez Vega, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos...", cit., p. 685; Tamayo Haya, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 693 y "El interés del menor...", cit., p. 74; Goiriena Lekue, Argurtzane, "La suficiencia de juicio del menor...", cit., p. 1103; Callizo López, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar...", cit., p. 29; Navas Navarro, Susana, "Menores, guarda compartida y plan de parentalidad...", cit., p. 51; y Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, "La audiencia del menor...", cit., p. 8.

⁴⁶⁵ Núñez Zorrilla, Carmen, "El interés superior del menor...", cit., p. 86.

⁴⁶⁶ Tesis Aislada 1a. LI/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 80, noviembre de 2020, Tomo I, página 951. "Justicia con perspectiva de infancia. Debe garantizarse el derecho de los menores de edad a ser escuchados en el procedimiento jurisdiccional que involucre sus derechos, también en la primera etapa de la infancia, promoviendo formas adecuadas de interacción, libre opinión y comunicación clara y asertiva de la decisión".

derecho en los procesos jurisdiccionales que los involucren y que la decisión que ahí se emita pueda afectar su esfera jurídica; por eso es importante la valoración de su opinión de acuerdo con su edad y a su madurez.

La niña, niño o adolescente se encuentran en una etapa de desarrollo de su autonomía, acorde a las etapas de su crecimiento físico, mental y emocional, hasta lograr la mayoría de edad. Para que pueda ser participe en el proceso e intervenga como parte, externando su opinión y esta pueda ser atendida, las normas, reglamentos y leyes se basan en la edad y madurez para que con base en la aptitud que presente pueda formarse su propio juicio.

Solo mediante una evaluación casuística del caso en concreto atendiendo a cada menor de edad se podría lograr establecer una relación válida entre la edad y el grado de desarrollo madurativo del menor con base a su edad, pero para ello se tendría que medir (la edad, su desarrollo físico e intelectual, sus habilidades cognitivas, su estado emocional, su experiencia de vida, su entorno, la información que posee sobre las cosas respecto de las cuales opina, etcétera) ; aspectos que lo determinan en el desarrollo progresivo de su autonomía, y dan pauta a la formación de sus opiniones sobre la realidad que vive.⁴⁶⁷

2. Los informes psicológicos

En la búsqueda del interés del menor, la autoridad judicial debe asesorarse de un informe imparcial y objetivo emitido por profesionales en la materia.

Algunas Audiencias Provinciales han destacado la especial importancia de los informes psicosociales, manifestando en ellos, previa constatación de los hechos concurrentes y la necesaria exposición razonada del método y factores tenidos en cuenta se analiza por expertos profesionales la conveniencia o no de la adopción de las medidas guarda y custodia. Así, han acordado⁴⁶⁸ o denegado el

⁴⁶⁷ Amparo Directo en Revisión 8577/2019, Ciudad de México. Acuerdo de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la sesión virtual del día tres de junio de dos mil veinte.

⁴⁶⁸ SAP Cáceres, Sección 1ª, 16 junio 2006, rec. 271/2006 (LA LEY 96606/2006). SAP Sevilla, Sección 2ª, 14 octubre 2010, rec. 7880/2009 (LA LEY 277924/2010). SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 11 abril 2011, rec. 668/2010 (LA LEY 78649/2011). La SAP Granada, Sección 5ª, 15 abril 2011, rec. 18/2011 (LA LEY 171315/2011), mantuvo la custodia compartida de la hija a favor de ambos cónyuges, puesto que informe psicosocial concluyó que la estabilidad de la menor aconseja

régimen de guarda y custodia compartida atendiendo al informe emitido por el gabinete psicosocial adscrito al Juzgado, por su criterio objetivo e imparcial.

No es de carácter obligatorio o impositivo la realización de un informe hecho por especialista, sin embargo, resultaría de utilidad o conveniente para sustentar lo manifestado por él infante⁴⁶⁹, pueden presentar una utilidad cuando se quiere tener más conocimiento de la situación y relación familiar de lo que se puede alcanzar a percibir a simple vista.

Se les nombra profesionales cualificados o expertos a las personas especialistas que elaboraran esos informes; aunque es desconocido el porqué de esa cualificación⁴⁷⁰, cabe entender que se está refiriendo a la necesidad de que los profesionales que intervengan cuenten con formación especializada. El encargado de elaborar el dictamen en la mayoría de los casos es un psicólogo o un trabajador social⁴⁷¹, aunque con el uso de la expresión especialistas debidamente cualificados da a entender que puede hacerse extensivo a otros profesionales y dentro de ellos pueden incluirse los informes médicos⁴⁷², psiquiatras, pedagogos, terapeutas, educadores, etc.⁴⁷³. Como una herramienta para hacer más integral estos informes

la custodia compartida por su buena vinculación afectiva con los progenitores y su deseo de convivir con ambos. SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, 22 Ene. 2013, rec. 198/2012 (LA LEY 38824/2013). SAP Valencia, Civil, Sección 10ª, 16 Julio 2013, rec. 225/2013 (ROJ: SAP V 3307/2013). SAP Alicante, Civil, Sección 9ª, 12 Feb. 2014, rec. 535/2013 (ROJ: SAP A 217/2014). SAP Guipúzcoa, Civil, Sección 2ª, 26 Sept. 2014, rec. Rec. 2135/2014 (ROJ: SAP SS 704/2014). SAP Murcia, Civil, Sección 4ª, 5 Feb. 2015, rec. 864/2014 (ROJ: SAP MU 264/2015).

⁴⁶⁹ Ivars Ruiz, Joaquín, *La guarda y custodia compartida...*, cit., p. 115; y Marín García de Leonardo, María Teresa, "Una visión crítica...", cit., p. 586 y "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1449

⁴⁷⁰ Saravia González, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 214.

⁴⁷¹ Aguilar Cuenca, José Manuel, S.A.P., *Síndrome de Alienación Parental*, Almuzara, 2004, p. 26; Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 44; Rodríguez Domínguez, Carlos y Jarne Esparcia, Adolfo, "Valoración del Informe Pericial sobre la Custodia de Menores en Sentencias Judiciales: Estudio comparativo entre informes privados y oficiales", *Escritos de Psicología*, Vol. 8, Nº 3, 2015, p. 14; y Roda Roda, Dionisio, "La prueba pericial en los procedimientos de familia: Peritos, testigos peritos, procedencia, práctica y valoración", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, Nº 50, 2016, pp. 21-22.

⁴⁷² Langa Muela, Adrián, *Custodia compartida en Aragón. Análisis de los artículos 75 a 84 del Código de Derecho Foral de Aragón, de las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia de los progenitores con hijos comunes a cargo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2012, pp. 64-65.

⁴⁷³ Montero Aroca, Juan, *Guarda y custodia de los hijos: (la aplicación práctica del artículo 92 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 217; Martínez Rodríguez, Nieves, "El menor en las situaciones de crisis familiar: la atribución de su guarda y custodia", en: Martínez Gallego, Eva María

y fiables, la persona que elabore estos informes sería necesario que contara aunado a su profesión una especialidad o diplomados que acrediten su experticia en materia de familia e infantes⁴⁷⁴.

Como una medida para asegurar el correcto cumplimiento de la guarda y custodia compartida, sería idóneo la realización periódica de estos dictámenes para acreditar que el régimen fue el correcto⁴⁷⁵. Para que el dictamen o informe emitido pueda ser utilizado dentro del juicio, es de vital importancia la ratificación del juez de dicho documento, de este modo el especialista que lo haya elaborado podrá explicar el contenido del mismo y ser sometidos a las pertinentes preguntas de aclaración que les formulen las partes o el propio juez⁴⁷⁶.

(Coord.), *Menores: Instituciones de protección y responsabilidad*, Fundación Diagrama: Colección Estudios Sociales, Murcia, 2004, p. 133; Tamayo Haya, Silvia, "La custodia compartida...", cit., p. 697; Tirado Estrada, Jesús José, "Especialización de la jurisdicción de familia. Términos para el debate e implantación", en: Saravia González, Ana María y García Criado, Juan José (Dirs.), *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Estudios de Derecho Judicial, Nº 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 367; Ivars Ruiz, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2007, p. 115; López Ordinales, Julio Jesús, "Custodia compartida. Cuestiones procesales", en: Saravia González, Ana María y García Criado, Juan José (Dirs.), *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Estudios de Derecho Judicial, Nº 147, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 293; Cruz Gallardo, Bernardo, *La guarda y custodia de los hijos...*, cit., p. 109; y López Contreras, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 13, Nº1, 2015, p. 65.

⁴⁷⁴Tirado Estrada, Jesús José, "Especialización de la jurisdicción de familia...", cit., p. 367; y López Contreras, Rony Eulalio, "Interés superior de los niños y niñas...", cit., p. 67.

⁴⁷⁵ Simón Gil, Marta, "Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia", en: *Custodia compartida y protección de menores —Tapia Parreño, José Jaime—*, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 192; y Clavijo Suntura, Joel Harry, *El interés del menor en la custodia compartida*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009. Tesis doctoral inédita. goo.gl/oTyyLu (fecha última consulta: 10/03/2022).

⁴⁷⁶ Zarraluqui Sánchez-Ezarrriaga, Luis, "El menor en las crisis matrimoniales...", cit., p. 47 y Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja..., cit., p. 1179; Langa Muela, Adrián, *Custodia compartida en Aragón*, cit., p. 66; Rodríguez Domínguez, Carlos y Jarne Esparcia, Adolfo, "Valoración del Informe Pericial sobre la Custodia de Menores en Sentencias Judiciales: Estudio comparativo entre informes privados y oficiales", *Escritos de Psicología*, Vol. 8, Nº 3, 2015, pp. 21-22.

La estructura del dictamen debe atender a dos partes, la primera en donde se pondrán los datos objetivos y la segunda en donde plasmará el especialista su diagnóstico o conclusiones⁴⁷⁷.

A la hora de realizar su informe, los profesionales podrán acudir a diferentes técnicas⁴⁷⁸

Aunque para la designación del modelo de guarda y custodia se haya hecho a petición de ambas partes, como al igual en el procedimiento contencioso, podrá hacerse uso de los informes siempre y cuando el juez lo estime necesario para comprobar que las medidas acordadas resultan convenientes para el interés superior del menor⁴⁷⁹ o bien cuando las partes lo aporten voluntariamente⁴⁸⁰. En cuanto al contenido, ¿Qué debe llevar?, el informe debe contener información relevante sobre el ejercicio de la patria potestad y el régimen de guarda y custodia. A tal efecto, deberían analizarse cuestiones tales como la aptitud de los progenitores, sus condiciones de vida o la existencia de conflictividad entre ellos⁴⁸¹, incluyendo si existen indicios de violencia de género⁴⁸², y es relevante y de importancia marcar si el menor tiene necesidades específicas que hay que cubrir con cuidados minuciosos, etc.⁴⁸³. Por último, cuando el dictamen se elabore por

⁴⁷⁷ López Ordinales, Julio Jesús, "Custodia compartida...", cit., p. 293; SIMÓN GIL, Marta, "Aportaciones del trabajo social...", cit., p. 193; y Hernández Escobar, Ana, "Guarda y custodia compartida y periciales de los trabajadores sociales", *La Toga*, Nº 185, 2012, p. 58.

⁴⁷⁸ Por ejemplo, a la observación de manera directa o indirecta, las entrevistas que podrán ser individuales o grupales, las visitas domiciliarias, el análisis documental, etc... Simón Gil, Marta, "Aportaciones del trabajo social a la pericial de familia", en: Tapia Parreño, José Jaime, *Custodia compartida y protección de menores*, Cuadernos de Derecho Judicial, Nº II (2009), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, p. 187.

⁴⁷⁹ Soriano Ibáñez, Benito, "Los procesos de familia...", cit., p. 27.

⁴⁸⁰ Zarraluqui Navarro, Luis, "La guarda y custodia compartida...", cit., p. 62.

⁴⁸¹ Arch Marín, Mila, "Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia", *Papeles del Psicólogo: revista del Colegio Oficial de Psicólogos*, Vol. 31, Nº 2, 2010 (Ejemplar dedicado a: Rol profesional del psicólogo educativo; psicología de la educación en I+D+i), p.186.

⁴⁸² Paz Rodríguez, Juan Ignacio, "La prueba pericial", *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid, 2009.p. 1.

⁴⁸³ Ramírez González, Marta, *Cuando los padres se separan. Alternativas de custodia para los hijos [Guía práctica]*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2003, p. 41; y Saravia González, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 215.

encargo judicial, el juez será específico en que puntos a considerar requiere que abarque el informe solicitado.⁴⁸⁴

3. *Supuestos de improcedencia para la obtención del régimen custodia compartida.*

A lo largo de esta investigación se ha hablado del acceso al régimen custodia conjunta y como esta representa beneficios en gran medida para el entorno y relación familiar posterior a la separación, sobre todo en el menor y en las relaciones de convivencia, educación, pertenencia, cuidado, crianza y emocionales que sostiene con cada uno de sus padres; sin embargo, como se ha visto a lo largo de la información aportada no solo se tiene que atender al interés superior del menor para la toma de decisión del operador jurídico sobre el régimen de guarda y custodia más idóneo, sino que, también el juez tiene que analizar las características intrínsecas del caso en concreto y del entorno familiar antes de darse la disolución del mismo .

Es por eso que en este apartado encontraremos dos supuestos que representan las condiciones por excelencia en donde bajo ningún motivo puede alguna familia acceder a la figura de custodia compartida mientras la situación familiar encuadre dentro de alguno de estos supuestos, esto debiéndose a que hay que atender en todo momento a cuidar la integridad, persona, desarrollo físico y psicológico del menor, evitándole un entorno de daños y perjuicios, en todos los casos de guarda y custodia, el centro de todo es la niña, el niño o adolescente.

A. Cualquiera de los padres esté incurso en un procedimiento penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos.

Lo que debemos entender exactamente por estar incurso en un proceso penales que cada vez más nos encontramos ante una redacción bastante imprecisa y abierta a diversas interpretaciones, lo que puede incluso comprometer la seguridad

⁴⁸⁴ Rodríguez Domínguez, Carlos, Carbonell Sánchez, Xabier y Jarne Esparcia, Adolfo, "Revisión conceptual del peritaje psicológico en relación a la Custodia de Menores en Cataluña", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 24, 2014, p. 20.

jurídica.⁴⁸⁵ Y la exclusión de la guarda y custodia en estos supuestos es una regla taxativa que no admite excepciones⁴⁸⁶, así ha sido interpretado por la mayoría de las resoluciones judiciales.⁴⁸⁷

• Cuando exista un proceso penal en contra de alguno de los progenitores que estén solicitando la custodia compartida, y este haya iniciado antes del juicio familiar o durante el mismo, podría considerarse como un criterio para excluir la atribución a favor de aquel ante quien obre dicho proceso.

Cuando con posterioridad a la designación del régimen de custodia compartida se establezca la existencia de violencia de un progenitor a otro o de un progenitor hacia el infante, podrá ser motivo para solicitar de manera inmediata el cambio de régimen, puesto que este hecho vulnera en todo sentido el interés superior del infante.

Encontramos coincidencia dentro de la doctrina cuando se sostiene que no basta con la interposición de una mera denuncia o querrela⁴⁸⁸, para que se adecue este supuesto al caso de guarda y custodia que se esté presentando es un factor necesario que el juez considere procedente la querrela que presente el cónyuge o pareja agredido o violentado y ordene las correspondientes diligencias (solo en este actuar se sabrá que existen indicios suficientes de la posible comisión del delito del que se le esté acusando). No entraría dentro de la lógica denegar la custodia compartida a todo aquel que se vea acusado de un delito sin que pueda previamente demostrar su inocencia, ante esto estaríamos violentando el principio de presunción de inocencia y privando injusta y erróneamente a un menor del cuidado, cariño, atención y educación de uno de sus progenitores. Otros estudiosos han investigado

⁴⁸⁵ Clavijo Suntura, Joel Harry, *El interés del menor en la custodia compartida*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009. Tesis doctoral inédita. goo.gl/oTyyLu (fecha última consulta: 06/03/2022); ÁLVAREZ GARCÍA, Manuel Damián, "Custodia Compartida", *La Toga*, nº 181, enero-marzo, 2011, p. 14.

⁴⁸⁶ Ruiz De La Cuesta Fernández, Soledad, "La atribución de la custodia compartida...", cit., p. 10

⁴⁸⁷ STS de 4 de febrero de 2016, STS de 25 de abril de 2016 y STS de 26 de mayo de 2016

⁴⁸⁸ Saravia González, Ana María, "Guarda y custodia compartida...", cit., p. 229 y 232; Lathrop Gómez, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 422; Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis, *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja...*, cit., p. 1386, Bonachera Villegas, Raquel, "La atribución de la guarda y custodia compartida", *Práctica de Tribunales*, Nº 108, 2014, p. 2.

el tema y han puesto de manifiesto que esta medida puede generar “un incentivo perverso para que el cónyuge que no desee la custodia compartida interponga falsas querellas con el fin de evitar que el otro progenitor pueda acceder a pedir una custodia compartida y el juez la acuerde”⁴⁸⁹.

Se ha hablado de sabotaje, de medidas alternas para evitar la obtención de la custodia, de alteración de la realidad sacada de contexto cuando se hacen este tipo de acusaciones hacia uno de los progenitores; es por ello que para que este supuesto de improcedencia o aplicación del régimen de custodia compartida pueda aceptarse para denegar la misma, se tiene que estar bajo indicios fundados y racionales de criminalidad; el hecho de existir una denuncia contra el cónyuge o pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, daño o amenaza dentro de las relaciones de pareja o bien, de uno de los progenitores hacia su hijo. La resolución de un juez fundada y motivada será el único medio admisible para poder comprobar que existen actos apremiantes de criminalidad por parte de una de las partes hacia su familia y poder así excluirle la posibilidad de obtención de la figura de custodia compartida.

Por algunos juzgadores, la instrucción de unas diligencias previas por un supuesto delito de malos tratos y la adopción de una medida de alejamiento hace inviable la concesión del régimen de custodia compartida mientras exista un procedimiento abierto de esa clase.

⁴⁸⁹ Alascio Carrasco, Laura y MARÍN GARCÍA, Ignacio, "Juntos, pero no revueltos: la custodia compartida en el nuevo art. 92 CC", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 3, 2007, p. 14. Vid. también en términos semejantes: Aguilar Cuenca, José Manuel, S.A.P..., cit., p. 41 y Aguilar Cuenca, José Manuel, Con mamá y con papá, Almuzara, 2006, p. 23; Rodríguez Arredondo, M^a Paz, "Padres de primera y segunda categoría: los puntos de encuentro familiar", en: García Garnica, María de Carmen (Dir.), *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, 1^a ed., p. 225; Marín García De Leonardo, María Teresa, "Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida...", cit., p. 1453; Bellod Fernández De Palencia, Elena, "Hijos menores, custodia compartida e individual, vivienda familiar y gastos de los hijos", en: Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar? —coords. Bayod López, María del Carmen y Serrano García, José Antonio—, Institución Fernando el Católico, 2013, p. 328; Liñán García, Ángeles, "El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, Nº 32, 2013, p. 23; y Herranz González, Agustina, "Revisión jurisprudencial de la guarda y custodia compartida e interés del menor: novedades en torno a la futura ley de corresponsabilidad parental", *Revista de Derecho UNED*, Nº 14, 2014, p. 319.

Se consideraría lógico y prudente que para aplicar la prohibición se exigiera que el presunto autor hubiera sido condenado⁴⁹⁰, o, al menos, que existieran datos sólidos que acreditasen la veracidad de la denuncia interpuesta⁴⁹¹. En caso contrario, se vería violentado uno de los derechos fundamentales, el de presunción de inocencia y bajo esa premisa vulneraríamos los derechos de los menores que han sido previamente señalados y los privaríamos de la compañía de uno de sus progenitores.

B. Existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

En este apartado se pueden dar dos supuestos para que se niegue la guarda y custodia compartida de los hijos: cuando exista violencia de género (cuando la violencia proviene del hombre contra la mujer) y cuando se aluda a la existencia de

⁴⁹⁰ Hernando Ramos, Susana, "La intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de guarda y custodia. Especial referencia a la guarda y custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, N° 2010, 2010, p. 14; Echeverría Guevara, Karen Lissette, *La Guarda y Custodia Compartida de los Hijos*, Editorial de la Universidad de Granada, 2011. Tesis Doctoral inédita. goo.gl/w6QCv4 (fecha última consulta: 06/03/2022).; López-Rendo Rodríguez, Carmen, "Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código Civil español", *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre, 2012, p. 332; y Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, "Violencia de género...", cit., p. 8. La propuesta de Código Civil presentada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil también aboga en su artículo 219-7.5 porque se exija que exista sentencia condenatoria firme —vid. Cabezuelo Arenas, Ana Laura, "Capítulo IX: Los efectos de la nulidad, separación y divorcio", *Propuesta de Código Civil* —coord. Marín López, Manuel Jesús—, 2017, p. 39 <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php> (fecha última consulta: 13/04/2022).

⁴⁹¹ González Martínez, Eugenia Lucía, "La custodia compartida, síndrome de alienación parental e interés del menor", I curso de experto en Derecho de Familia organizado por la Universidad de Internacional de Andalucía en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga, 2009. (Trabajo de investigación). p. 41; y Martínez Calvo, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia...", cit., p. 10.

violencia doméstica (la violencia puede provenir de ambos, tanto hombre como mujer)⁴⁹² o contra cualquier miembro de la familia⁴⁹³.

Dentro de nuestro CC del Estado, en el artículo 403 Bis encontramos que se entiende como violencia familiar:

“El acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar, o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica y sexual a la víctima, dentro o fuera del domicilio familiar, cuyo agresor tenga o haya tenido con ella relación de matrimonio, concubinato o de hecho; de parentesco por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; de parentesco colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, de adoptante o adoptado; o de tutor”⁴⁹⁴.

Los niños son víctimas indirectas en muchas ocasiones de las situaciones de violencia de género que sufren dentro de su hogar, esto traspasa las barreras físicas de la agresión transversal del padre hacia la madre dejando secuelas de impacto sobre el desarrollo y comportamiento del menor hacia sus relaciones futuras, visibilizando y normalizando la violencia, aunque sea en menor medida.

⁴⁹² Castillejo Manzanares, Raquel, *Guarda y custodia de los hijos menores...*, cit., p. 355; Lathrop Gómez, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos...*, cit., p. 423; Verdera Izquierdo, Beatriz, "Estado actual de la guarda y custodia y el régimen de visitas ante supuestos de violencia de género", en: *Logros y retos: Actas del III congreso universitario nacional de investigación y género* —coord. Vázquez Bermudez, Isabel, 2011, p. 2050; y López Azcona, Aurora, "Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa", *Revista de derecho civil aragonés*, Nº 20, 2014, p. 147 y "El tratamiento en derecho español de la custodia de los hijos menores en las crisis de pareja: la novedosa opción del legislador aragonés por la custodia compartida", *Revista Boliviana de derecho*, Nº 19, 2015, p. 229.

⁴⁹³ En este sentido, tal y como lo prevé el artículo 208 Bis del Código Penal para el Estado de Tabasco, se entiende por violencia familiar, al acto abusivo de poder, dirigido a someter o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica o sexual a la víctima, dentro o fuera del domicilio familiar, o incurra en una omisión grave que atente contra su integridad física, psíquica o ambas; siempre y cuando el agresor tenga o haya tenido con ella relación de matrimonio, concubinato o de hecho, de parentesco por consanguinidad en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, de parentesco colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, de adoptante o adoptado, o de tutor. También: Pérez Vega, Ángeles, "La guarda y custodia compartida de los hijos sometidos a patria potestad", *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña*, Nº 9, 2005, p. 689; y Sánchez Hernández, Ángel, "La guarda de hecho en nuestro Código Civil", *Revista jurídica del notariado*, Nº 94, 2015, p. 704.

⁴⁹⁴ Código Civil para el Estado de Tabasco, artículo 403 Bis.

Cuando exista condena por un delito de violencia doméstica o de género, es indiscutible la negativa directa del régimen de custodia conjunta que debe de ordenar el operador jurídico, debido a que, se presenta una inevitable repercusión en los hijos causándoles un daño irremediable en sus vidas de manera que puede originar secuelas de daños psicológicos y emocionales, aparte de los abusos físicos que lleguen a presentar por estar presente dentro de un entorno donde exista violencia; las niñas, niños y adolescentes serán siempre víctimas, directas o indirectas que requerirán de una protección ampliada en este tipo de casos.

Lo permisible en todos los casos serán las disputas causadas entre la dificultad para llegar a conciliar ideas, criterios, creencias u opiniones de ambos progenitores en la crianza de sus hijos que no llegarán a más que meras discusiones de pareja, dentro de lo que podría ser lo permisible para la lógica conflictividad, somos seres humanos y no siempre tenemos las capacidades de primera mano para arreglar conflictos de manera pertinente y sin querer interponer nuestro querer, sin embargo, lo que jamás será justificable será el uso de cualquier tipo de violencia en las relaciones familiares.

También debemos añadir que existe la posibilidad de poder pedir el cambio de régimen de custodia unilateral a compartida una vez que la persona haya cumplido la condena establecida por el juez, previos diagnósticos y análisis realizados por expertos que dictaminen que no existe grado de peligrosidad del progenitor para la familia (en este caso el menor) y que cambiaron las circunstancias para bien posterior a su salida del centro de reinserción social: para ello se debe de comprobar la existencia de una solvencia económica suficiente para el y su hijo, contar con un trabajo estable, llevar un régimen de terapias, entre otras pruebas que sirvan para cerciorarse que el menor podrá estar en un entorno idóneo y fuera de violencia.

Finalmente, la valoración o ponderación de todos los criterios mencionados en este capítulo, según las circunstancias del caso, se compone de las piezas fundamentales para determinar si la guarda y custodia compartida constituye el sistema de guarda más beneficioso para el menor en el caso concreto. Pues es la suma de todos esos criterios, como queremos demostrar, lo que protege, garantiza

y configura el interés superior del menor y a los mismos se han de atender para determinar el régimen de custodia más adecuado para el hijo, sin preferencia de un régimen sobre otro.

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México.

CONCLUSIONES

Durante el desarrollo de la investigación se logró estudiar y analizar la figura de la guarda y custodia compartida, las ventajas y beneficios que brinda a las familias, sobre todo a los infantes pese a una ruptura del vínculo matrimonial o separación de sus padres. Es un régimen que dentro de nuestro Estado no se encuentra contemplado en nuestro Código Civil a pesar de contener principios y características que permiten una mejor relación de los progenitores con sus hijos y ayuda al desarrollo pleno del infante en todas las etapas, mediante el ejercicio de las funciones parentales como la corresponsabilidad y la coparentalidad de la mano de ser un régimen que dadas las circunstancias específicas de cada caso, puede ser el que mejor proteja el interés superior del infante; debido a que los padres no dejan de ser padres, sino que, deben de seguir presentes en las vidas de sus hijos de manera constante y participativa dentro de la crianza, educación, desarrollo evolutivo bajo una adecuada formación de valores y la continua muestra de amor.

Se alcanzó el objetivo general de la investigación que consistió en analizar los principios, las características y criterios que la figura de guarda y custodia compartida otorgada por acuerdo entre las partes o por disposición del juzgador trae a las familias tabasqueñas, para vislumbrar los aspectos positivos y negativos y discernir si esta figura brinda la solución más adecuada para garantizar el interés superior del infante porque como vimos es una figura que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Dentro de la investigación se obtuvieron buenos comentarios al respecto de la obtención del régimen en las familias y como atendiendo al caso en concreto, considerando todas las características y atendiendo a la jurisprudencia y a los criterios se puede aplicar la guarda y custodia compartida en beneficio del infante.

Primera. La guarda y custodia es una institución que su origen se desprende de la patria potestad, ya que encontramos que el deber de los padres es procurar por sus hijos y mantenerlos en compañía de ellos para su protección. Encontraremos que estas dos figuras se distinguen en el momento que se da la separación de los concubinos o la ruptura del vínculo matrimonial y por ende se ve quebrantada la convivencia habitual de los infantes con sus padres, y es aquí

cuando se decidirá el modelo ideal de guarda y custodia en base al caso en concreto considerando las características propias de la familia y priorizando el interés superior del infante.

En base al mayor beneficio del infante, el modelo de atribución puede ser el de custodia compartida, porque es el que fomenta los principios de corresponsabilidad parental, coparentalidad y el ya mencionado interés superior del infante, puesto que conlleva un reparto equitativo de responsabilidades y derechos para el padre y la madre en atención al cuidado, salud, convivencia, educación, compañía, toma de decisiones, tiempo de calidad y recreación y fomenta el continuo crecimiento de inclusión en las familias extensas. Es decir, lo que busca es evitar un daño mayor al infante por el cambio de hábitos familiares tan repentinos, tratando en la medida de lo posible asimilar los nuevos roles a desempeñar por separado de papá y mamá, siendo que previamente y hasta ese momento el niño contaba con la figura unida de la familia.

La custodia compartida viene a representar una mejora en la relación de ambos progenitores con sus hijos, debido a que contribuye en la aportación de valores culturales y sociales que los niños necesitan recibir de la convivencia con ambos padres; los hijos se beneficiarían de este sistema, que su principal objetivo es el compartir de la manera más equitativa el tiempo de convivencia, las responsabilidades, las atenciones, cuidados y necesidades que un hijo conlleva; pudiendo ambos padres en conjunto prever por el interés superior del infante, siempre atendiendo a lo que sea mejor para la niña, el niño o adolescente.

Segunda. Han querido asemejar que la guarda y custodia compartida es equiparable al derecho de visitas que tiene el padre no custodio pero de una manera más extensa en cuanto al tiempo; a mi parecer el cuidado, la atención, integración, inclusión, educación y la enseñanza que se logre o pueda transmitir mediante el derecho de visita en un día limitado por ciertas horas, no es equiparable al régimen de guarda y custodia compartida donde la niña, el niño o el adolescente comparte no solo la estancia durante contadas y limitadas horas con su padre o su madre, sino que se establecen períodos de tiempo divididos por: semanas alternas, quincenas,

meses, bimestres o hasta semestres para que cada progenitor tenga la guarda y custodia del infante y pueda desempeñar sus funciones de padre o madre.

Tercera. El régimen de guarda y custodia compartida se puede otorgar o atribuir mediante convenio o por decisión del juez cuando considere que es el régimen de custodia que más beneficia al infante. Cualquiera que sea el caso para la obtención del régimen un requisito deseable que tienen que cumplir ambos progenitores, es que presenten un plan de parentalidad en donde dejen estipulados punto por punto los acuerdos a los que previamente llegaron sobre los temas de interés para el infante, como podrían serlo: El domicilio, la escuela, los días que pasara con papá y los días que pasará con mamá (divididos a como mejor consideren en semanas, quincenas, meses, bimestres o semestres), la división en gastos ordinarios y extraordinarios que les corresponderá absorber a cada uno de los progenitores mientras el infante se encuentre a su cuidado, las actividades recreativas en las que participará el menor de edad, el tiempo de convivencia con la familia extensa, las idas al médico, la religión (en caso de profesar alguna), entre otros.

Cuarta. No considero recomendable establecer un régimen de custodia compartida por año repartido ni cuando los progenitores no se encuentran dentro del mismo país. Queda claro que la convivencia con ambos padres apareja un mayor beneficio en los infantes en cuanto a su desarrollo físico, psicológico y emocional; y es por ello que el hecho de hacer su vida durante 365 días enteros con mamá en un entorno para trasladarse otros 365 días con papá y hacer su vida en otro entorno completamente diferente en ideas, actividades, costumbres, tradiciones e incluso idioma, representará un desbalance muy grande en la cotidianidad y en la evolución o progresividad deseable para el infante; puesto que las tareas a desempeñar no solo en lo educativo, sino a nivel social y familiar serán distintas por la inclusión en un nuevo país.

Quinta. Afirmo y comparto la idea de varios estudiosos del tema cuando mencionan que la conflictividad que existe entre los progenitores es uno de los criterios que se tienen que ponderar de la mano de muchos otros por la autoridad judicial, para que en base a su acertado criterio y tomando en cuenta el interés

superior del infante pueda determinar el modelo ideal de custodia para los menores de edad. Los conflictos que trascienden de ser entre los progenitores y pasan a afectar directamente a los infantes, perjudican su estabilidad y deberían de tomarse en serio para la denegación de la custodia compartida, debido a que este régimen requiere de un grado considerable de respeto, apoyo y colaboración entre los progenitores en la formación integral de los infantes.

Los padres deben de hacer a un lado sus diferencias y no quedarse con esa limitante del “yo quiero y creo”, sino voltear a ver al infante y escucharle, traerá un beneficio; tener un buen diálogo entre ambos para llegar a acuerdos favorables y beneficiosos para todos resultará esencial para el desarrollo de la personalidad de los hijos, les aportará seguridad y estabilidad y crecerán con un buen referente para el manejo de conflictos.

Es positivo para el desarrollo de los infantes que ambos padres acepten y reconozcan al otro, respeten y garanticen su lugar como padre y como madre. El querer optar por una custodia monoparental por causas de superioridad o egocentrismo creyendo que desarrollará de una mejor manera las obligaciones parentales atrae como consecuencia la acción de castigar al hijo apartándolo de la posibilidad de compartir sus vivencias y actividades diarias con ambos padres. Pero procurar una custodia compartida cuando existe un alto grado de conflictividad entre progenitores, hará que el ejercicio de las responsabilidades plasmadas en el plan de parentalidad sea de imposible ejecución, y la dinámica familiar se verá afectada negativamente.

Sexta. Cuando se toca el tema de la relación laboral y familiar de los progenitores, se ha optado en muchas ocasiones por la atribución de la guarda y custodia a uno solo de los padres por considerar más apto a aquel que antes de la crisis de pareja estaba más pendiente del infante y en la mayoría de los casos ese papel lo ejercía la madre; en aquellos supuestos donde ambos trabajan y colaboran en conjunto con las tareas domésticas y de cuidado de los hijos, la premisa que predominaba seguía siendo la ideología donde se creía que la madre era la que mayor tiempo pasaba al cuidado de los hijos, por ende, se le tomaba como la persona ideal o de referencia a ostentar la guarda y custodia.

Estos dos supuestos son perjudiciales y representan una contradicción a los cambios sociales que se han venido dando a través de los años, en donde el género no atiende a un rol en específico. Lo que hay que considerar como criterios para vislumbrar que el progenitor no es apto para desempeñar la guarda y custodia compartida es el hecho de carecer de aptitudes, capacidades y no contar con la disposición pertinente en el compromiso para con sus hijos, puesto que no pueda cubrir de forma correcta todas las necesidades que la niña, el niño o el adolescente requiera para su desarrollo, pudiendo ser el padre o la madre en quien se presenten estas limitantes.

Séptima. La distancia entre los domicilios donde residen los progenitores no es un argumento válido que de manera aislada y contundente pueda impedir la asignación de un régimen de custodia compartida, se tiene que considerar la proximidad o lejanía de los domicilios junto con varios factores para el ejercicio de la custodia compartida. Aunque los domicilios de los progenitores se encuentren alejados (dentro del mismo Estado a varios kilómetros de distancia o en diferentes municipios colindantes) puede establecerse técnicas de ejercicio conjunto de la guarda a como se ha venido mencionando en quincenas, meses, bimestres o semestres, para que con un margen más amplio de estadías con cada progenitor pueda desempeñarse exitosamente.

Octava. Para la escucha de los menores de edad a mi consideración debería de abarcar todos los niveles de crecimiento de los niños desde que ellos aprenden a hablar, de manera que puedan componer oraciones y frases que sean entendibles y tengan sentido; debería de ser labor de los juzgados mantener dentro de su personal a especialistas capacitados en la integración de estos niños cuando requieran participar en un juicio que les concierne. La primera infancia no es causal de descarto del ejercicio de su derecho a ser escuchado y que su opinión se tome en cuenta; los profesionales o especialistas pedagogos y psicólogos infantiles deben de participar en estos procesos y buscar en cada caso, las formas más apropiadas y pertinentes para incluir la participación del infante antes de que la autoridad judicial tome la decisión concerniente a su guarda y custodia; una vez que

se haya escuchado al infante y tomado la decisión que más lo beneficia, esta debe de ser comunicada de manera clara y asertiva.

Novena. Un método que serviría de ayuda en el juicio es la oportunidad de recabar informes periciales por parte de especialistas en psicología, pedagogía y medicina para con ellos poder dilucidar las cuestiones controvertidas y concluir como es la situación y la relación que se presenta entre los padres y los hijos, esto traerá un panorama más amplio y ayudará a tener una visión minuciosa sobre la convivencia en la familia para que se pueda tomar la decisión más favorable para el o los infantes que presenten un exitoso desarrollo familiar con la atribución de la custodia compartida, claro está, abundando y analizando los demás criterios que se deben de considerar para su obtención.

Decima. Se deberá en la mayoría de los casos priorizar el principio de no separación de los hermanos. Los hermanos representan un sustento y soporte entre sí para estos casos donde los cambios son tan repentinos y los hábitos diarios se ven reemplazados o divididos entre dos situaciones: una siendo la vida con papá y la otra la vida con mamá; solo en los casos en donde se demuestre que la separación de uno de los hijos o de varios atraerá consigo un mejor desarrollo del infante estando alado de uno de los progenitores, y estipulándosele al otro un régimen de visitas es que se dará la viabilidad de este supuesto, debido a que el juzgador optará en base a las pruebas aportadas y poniendo como prioridad el interés superior del infante, que la decisión de separación de los hermanos es la más idónea en ese caso en concreto justificando así su decisión.

Decimo primero. En aquellos supuestos donde un progenitor este incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos o en donde existan indicios fundados de violencia domestica no se podrá dar la atribución de la guarda y custodia compartida puesto que aquella persona a quien se le atribuyen los cargos representa un peligro para el bienestar de los infantes y de su ex pareja y sería imposible la convivencia en un entorno de violencia y malos tratos en donde no estarían a salvo los hijos.

Aunado a lo anterior se someterá a los infantes a revisiones con expertos especialistas médicos y psicólogos para examinar si los NNA han sido víctimas de cualquier tipo de violencia desde verbal hasta física o si han sido sometidos por alguno u ambos padres a alienación parental, con el fin de protegerlos y sacarlos del cuidado del progenitor que propia su inestabilidad.

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
México.

RECOMENDACIONES

Primera. Se recomienda promover y difundir la existencia de este modelo de guarda y custodia compartida, es necesario y de importancia que las personas tengan acceso a la información, conozcan acerca de los beneficios que brinda en el desarrollo de los infantes y en la relación familiar posterior al divorcio o separación de los progenitores; esto mediante difusión en juzgados, canales visuales y auditivos como la radio y la televisión, conferencias, talleres, programas que se les brinden a los abogados/as, a los servidores públicos que sean participes en litigios de guardas y custodias y a los operadores jurídicos se les esté brindando una constante actualización en el tema, puesto que son estas figuras de autoridad quienes se encargan de defender y garantizarles a las partes sus derechos

Segunda. Los niños están en constante crecimiento y se ven influenciados por diversos factores, no solo por la influencia de la familia con la que se convive (considerando a los miembros de la familia extensa dentro de esta convivencia), sino que también a los compañeros del colegio, a los amigos que se tiene dentro de las actividades recreativas que realiza, a la información que se busca en internet y la que se encuentra en redes sociales; están en constante desarrollo y las necesidades que se tenía al año no serán las mismas que cuando se vuelva un adolescente.

Se recomienda llevar de manera anual revisiones que permitan vislumbrar la efectividad actual del régimen de custodia compartida, esto mediante la realización de entrevistas a los infantes y a cada progenitor por separado donde se les permita expresar sus sentimientos y emociones, se reflexione sobre el accionar de los progenitores en cada punto expresado en el plan de parentalidad y como se ha llevado este a su cumplimiento, externando los retos que han encontrado al momento de ponerlo en práctica en casa y las ventajas que han obtenido; para que con ello se pueda permanecer bajo el régimen de guarda y custodia compartida.

ANEXOS

Anexo 1



Semanario Judicial de la Federación

Tesis

Registro digital: 2025041

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Undécima Época Materia(s): Civil

Tesis: III.1o.C.2 C (11a) Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 16, Agosto de 2022, Tomo V, página 4409 Tipo: Aislada

CUSTODIA DE LA NIÑA, NIÑO O ADOLESCENTE. TRATÁNDOSE DE ASUNTOS EN LOS QUE EXISTA CONFLICTO ENTRE LOS PADRES SOBRE AQUELLA, DEBE EVALUARSE LA POSIBILIDAD DE QUE SEA COMPARTIDA, A FIN DE GARANTIZAR EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DE LA INFANCIA, CONFORME A LAS CONDICIONES PARTICULARES DEL CASO Y CONSIDERANDO EL DERECHO COMPARADO.

Hechos: En un juicio del orden familiar, el padre reclamó a la madre la guarda y custodia de su hija, con base en un cambio de circunstancias, derivado de la modificación del domicilio de la niña. La madre contestó y opuso la excepción de cosa juzgada. El Juez determinó que se actualizó ésta en razón de que ambos progenitores, previamente, en un diverso procedimiento jurisdiccional promovido por la madre, celebraron convenio que se elevó a sentencia, con la categoría de cosa juzgada, por lo que no podía modificarse ese acuerdo. En ese punto se determinó, entre otros aspectos, que la guarda y custodia correspondía a la madre y la convivencia a ambos en determinados periodos, considerando que los contendientes vivían en lugares distintos entre sí.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que tratándose de asuntos en los que exista conflicto entre los padres sobre la custodia de la niña, niño o adolescente, debe evaluarse la posibilidad de una custodia compartida, a fin de garantizar el principio del interés superior de la infancia, conforme a las condiciones particulares del caso y considerando el derecho comparado.

Justificación: Lo anterior, porque al evaluar nuevas condiciones de la guarda y custodia, especialmente a la luz de la figura jurídica de la custodia compartida, debe constatarse que ésta tendrá ventajas para la niña, como las descritas por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-384/18, en la que se contextualizó la figura de la custodia compartida en los términos siguientes: "...porque elimina el binomio vencedor-vencido en los procesos judiciales de disolución del vínculo matrimonial o marital, en tanto la co-parentalidad mantiene a los progenitores en contacto constante con los hijos y participan activamente de su crianza y cuidados, mientras la custodia exclusiva en algunos casos propicia el conflicto y la alienación. De hecho, señalaron que los hijos que disfrutan de custodia compartida están mejor adaptados porque ambos padres están dispuestos a procurar el bienestar y el desarrollo personal de los menores". Según la doctrina (Haberle, Peter, El Estado Constitucional, 2a. Ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 153-154), el derecho comparado constituye un método indispensable de interpretación del derecho. En esa medida, cuando los problemas jurídicos a resolver guardan relación con instituciones o conceptos escasamente abordados y regulados en el sistema jurídico nacional, cuyo alcance y sentido se encuentran mayormente desarrollados en sistemas jurídicos

comparados, resulta útil acudir a la consulta de esas sentencias emitidas por diversos tribunales, como una fuente del conocimiento jurídico que permite a las y los juzgadores, definir y ampliar la percepción sobre determinadas instituciones jurídicas que son objeto de estudio, con motivo de la resolución de un asunto, como es el caso concreto del derecho de familia, sobre la figura de la "custodia compartida", a fin de garantizar en una mayor medida el principio del interés superior de la infancia; práctica permitida por el artículo 222 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria de la Ley de Amparo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 115/2021, 6 de octubre de 2021. Unanimidad de votos. Ponente: Martha Leticia Muro Arellano. Secretario: Israel Rivas Acuña.

Esta tesis se publicó el viernes 05 de agosto de 2022 a las 10:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación.



Tesis

Registro digital: 2025040

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito **Undécima Época** **Materia(s):** Civil

Tesis: III.Io.C.3 C (11a.) **Fuente:** Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 16, Agosto de 2022, Tomo V, página 4408 **Tipo:** Aislada

CUSTODIA COMPARTIDA. EN LA TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS JUICIOS DEL ORDEN FAMILIAR EN LOS QUE SE RECLAME LA GUARDA Y CUSTODIA DE UNA NIÑA, NIÑO O ADOLESCENTE, DEBE CONSIDERARSE AQUELLA FIGURA JURÍDICA, ASÍ COMO EL CONCEPTO DE CORRESPONSABILIDAD PARENTAL (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO).

Hechos: En un juicio del orden familiar, el padre reclamó a la madre la guarda y custodia de su hija, con base en un cambio de circunstancias, derivado de la modificación del domicilio de la niña. La madre contestó y opuso la excepción de cosa juzgada. El Juez determinó que se actualizó ésta en razón de que ambos progenitores, previamente en un diverso procedimiento jurisdiccional promovido por la madre, celebraron convenio que se elevó a sentencia, con la categoría de cosa juzgada, por lo que no podía modificarse ese acuerdo. En ese punto se determinó, entre otros aspectos, que la guarda y custodia correspondía a la madre y la convivencia a ambos en determinados periodos, considerando que los contendientes vivían en lugares distintos entre sí.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que en la tramitación y resolución de los juicios del orden familiar en los que se reclame la guarda y custodia de una niña, niño o adolescente, debe considerarse la figura jurídica de la custodia compartida prevista en el artículo 560 del Código Civil del Estado de Jalisco, así como el concepto de corresponsabilidad parental.

Justificación: Lo anterior, porque el concepto de custodia compartida guarda relación con el diverso de corresponsabilidad parental el cual, a su vez, tiene como origen el cambio producido en la modernidad en los roles de los padres en la crianza de los hijos; en tanto que el hombre y la mujer están compartiendo progresivamente espacios que antes se consideraban exclusivos de uno u otro, ambos padres se responsabilizan y participan en funciones comunes respecto de sus hijos en cuanto a su crianza y educación, esta corresponsabilidad consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos. Ahora bien, de la corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos surge la custodia compartida; de ahí su utilidad para efecto de decidir un asunto bajo ese enfoque, al considerar los diversos y actuales roles familiares.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 115/2021. 6 de octubre de 2021. Unanimidad de votos. Ponente: Martha Leticia Muro Arellano. Secretario: Israel Rivas Acuña.

Tesis
Registro digital: 2024207

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Undécima Época
Materia(s): Civil

Tesis: II.4o.C.39 C (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 10, Febrero de 2022, Tomo III, página 2571

Tipo: Aislada

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. LA LEGISLACIÓN CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO PERMITE FIJAR DICHO RÉGIMEN, SIEMPRE Y CUANDO RESULTE LO MÁS BENEFICO PARA EL INTERÉS SUPERIOR DE LA INFANCIA.

Hechos: En una controversia del orden familiar el progenitor demandó de la madre de sus dos menores hijas la modificación del convenio judicial, a efecto de obtener la custodia definitiva de éstas; en el fallo de primera instancia se estimó fundada la pretensión, fijándose el régimen a favor del actor, pero en el recurso de apelación se revocó esa decisión, desestimándose su pretensión, quedando la custodia a favor de la madre. En dichas sentencias no se contempló la posibilidad de que la custodia fuera compartida por ambos progenitores, a pesar de que ello pudiera ser el escenario más benéfico para el interés superior de las menores de edad.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que conforme a la legislación civil del Estado de México, es factible fijar un régimen de guarda y custodia compartida en el que ambos progenitores, a pesar de su separación, la ejerzan, siempre y cuando resulte lo más benéfico para el interés superior de la infancia.

Justificación: Lo anterior, porque los artículos 4.95, 4.102, fracción III, 4.173, 4.174, 4.205 y 4.228, fracción II, incisos a) y c), del Código Civil del Estado de México, así como el diverso 2.373, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles local, reflejan claramente una primera postura que el legislador local impuso al juzgador para decidir, ante la separación de los padres, quién deberá ejercer en adelante la guarda y custodia de sus menores hijos, siendo ésta el acuerdo entre los progenitores; luego, en el supuesto de que no se logre el consenso, la ley impuso al Juez el deber de asignar la custodia respectiva a uno solo de los padres, sin que la ley prevea de forma expresa la posibilidad de fijar una custodia compartida. No obstante, la propia normativa prevé la obligación a cargo del juzgador de resolver la custodia atendiendo al interés supremo de las niñas, niños y adolescentes, atribuyéndole, incluso, la carga de ordenar el desahogo oficioso de las periciales en materia de psicología, la escucha de los menores y el caudal convictivo adicional que estime necesario. En ese sentido, del artículo 4o. de la Constitución General se advierte que la familia se consagra como el núcleo fundamental de la sociedad y, por ello, corresponde tanto al Estado como a la sociedad ampararla y garantizar su protección integral, consignando la obligación de toda autoridad de velar y cumplir con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos; además, cuando señala que los ascendientes tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de los derechos y principios relativos al interés superior de los menores, ello permite inferir la obligación de los padres de cumplir con el derecho de los menores a su debida guarda y custodia. A ese respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 18

establece que los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño; así como que su preocupación fundamental será el interés superior de la niñez. Por su parte, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en sus artículos 22 y 23 establece lo concerniente al derecho de las niñas, niños y adolescentes a vivir en familia, acotando que cuando ésta se encuentre separada, los menores 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. Con base en todo lo anterior, es inconcuso que si la legislación de la materia en la entidad obliga al juzgador a asignar la guarda y custodia de los menores con base en el interés superior de la niñez, siendo esta una obligación que tiene toda autoridad en el Estado Mexicano, a rango constitucional, convencional y legal, de ello se colige que la guarda y custodia de los menores hijos no siempre debe ser asignada a uno solo de los progenitores, pues atender únicamente a dicho parámetro normativo, además de traducirse en una interpretación restrictiva y, por ende, rígida, propiciaría incumplir con la citada obligación a cargo del juzgador, de resolver con base en el interés superior de la niñez; de ahí que se concluya en el sentido de que la propia codificación civil de la entidad prevé la posibilidad al operador jurídico de fijar, en aquellos casos en que proceda, un régimen de guarda y custodia en el que ambos progenitores, a pesar de su separación, la ejerzan de manera compartida o alternada, la que se fijará, siempre y cuando resulte lo más benéfico para el interés superior de los menores involucrados.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 357/2020. 7 de abril de 2021. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Sánchez Calderón.

Nota: En relación con el alcance de la presente tesis, destacan las diversas jurisprudenciales 1a./J. 52/2014 (10a.) y 1a./J. 53/2014 (10a.), de títulos y subtítulos: "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTICULO 4.228, FRACCION II, INCISO A), DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERES SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL." y "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISION JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERA ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MAS BENEFICO PARA EL MENOR [INTERPRETACION DEL ARTICULO 4.228, FRACCION II, INCISO A), DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO].", publicadas en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 27 de junio de 2014 a las 9:30 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, Tomo I, junio de 2014, páginas 215 y 217, con números de registro digital: 2006790 y 2006791, respectivamente.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de febrero de 2022 a las 10:27 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Tesis
Registro digital: 2007478

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito **Décima Época**
Materia(s): Civil

Tesis: II lo. II C (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, página 2426 **Tipo:** Aislada

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. SU NATURALEZA JURÍDICA Y MODALIDADES.

Tomando en consideración lo concluido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. XCVIII/2012 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VIII, Tomo 1, mayo de 2012, página 1097, de rubro: "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISION JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MAS BENEFICO PARA EL MENOR (INTERPRETACION DEL ARTICULO 4.228, FRACCION II, INCISO A), DEL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO)", en el sentido de que el Juez habrá de valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre, por lo que la tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más benéfica para el menor; se infiere que una de las formas en que se puede ejercer la guarda y custodia es la compartida, que es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos, esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones. Así, la primera de las modalidades para ejercerla, es que los menores pueden permanecer en el domicilio familiar y ambos progenitores mantener domicilios diferentes, acudiendo en momentos distintos el padre o la madre, según lo establecido judicialmente, al domicilio común para hacerse cargo del cuidado de los hijos; la segunda, es aquella en que ambos progenitores mantienen domicilios separados y es el menor quien cambia de domicilio de forma constante, ya sea cada día, cada semana, cada mes o cada año, a efecto de que el progenitor que corresponda, se haga cargo de su cuidado y asistencia. Por tanto, la guarda y custodia, cuyo ejercicio se decreta de manera compartida, conlleva precisamente a estimar que ambos progenitores, conservan el derecho de atender y asistir al infante totalmente, en la proporción que les corresponda, según se haya establecido judicialmente.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO CON RESIDENCIA EN CIUDAD NEZAHUALCOYOTL, ESTADO DE MEXICO.
Amparo directo 20/2014. 3 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Enrique Sánchez Frias. Secretario: David Fernández Pérez.

Tesis
Registro digital: 2007477

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Décima Época
Materia(s): Constitucional, Civil

Tesis: II lo.13 C (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, página 2425

Tipo: Aislada

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA: PROTECCIÓN MÁS AMPLIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES.

Si se toma en cuenta que la guarda y custodia única es aquella en la que el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos es atribuido sólo a uno de los padres, y al otro se le establece un régimen de visitas y los alimentos, lo que significa que el padre que tenga la custodia legal será quien goce de la total autoridad para decidir en los asuntos concernientes al menor que se presenten en la vida diaria; sin embargo, el interés superior de los menores se ve más protegido cuando la guarda y custodia se comparten, pues preserva una esfera de derechos más adecuada y completa para el menor, porque armoniza los legítimos derechos del padre y de la madre, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus deberes escolares y sus derechos regulados en el artículo 9 de la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México; además, por un lado, provee a los menores de mejor calidad de vida, puesto que siempre existen dos para responder y satisfacer sus necesidades, y, por el otro, los menores establecen un fuerte lazo afectivo con ambos padres y reduce el sentimiento de pérdida que se da en los casos de divorcio y cuando se decreta la custodia única; asimismo, dota de independencia a cada uno de los padres para poder tomar acciones y decisiones en cuanto a cuestiones académicas y escolares, cuidado médico, viajes, etcétera, todas relativas al desarrollo y diario vivir del menor, con la misma autoridad y en igualdad de condiciones y circunstancias. Por ello, se debe privilegiar, en la medida de lo posible, tomando en cuenta el material probatorio desahogado, la procedencia de la custodia compartida, ya que se considera como de mejor estatus para el desarrollo de los menores.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO CON RESIDENCIA EN CIUDAD NEZAHUALCÓYOTL, ESTADO DE MÉXICO.

Amparo directo 20/2014. 3 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Enrique Sánchez Frias. Secretario: David Fernández Pérez.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de septiembre de 2014 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Tesis
Registro digital: 2007476

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Décima Época
Materia(s): Civil

Tesis: II lo.12 C (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, página 2424

Tipo: Aislada

GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ASPECTOS QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA SU FIJACION.

Para determinar la procedencia de la guarda y custodia compartida, los juzgadores deben considerar las circunstancias particulares del caso, tomando en cuenta sus factores propios y las pruebas desahogadas, para pronunciarse respecto de la posibilidad de que los hijos permanezcan bajo esa figura de manera plena e ilimitada con ambos padres, pues ésta no constituye una regla general, sino una forma de la custodia, lo que puede ser factible cuando ambos padres mantienen una alta autoestima, flexibilidad, y apertura al apoyo y ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio y sus causas, es decir, que los sentimientos de frustración, enojo, venganza, falta de apoyo y desesperanza no se presentan o son superados con ayuda multidisciplinaria a corto plazo, y no representen una amenaza para la convivencia y desarrollo de los menores con alguno de los padres. Así, una vez que se determinó la inexistencia de algún impedimento para que los padres puedan conservar la guarda y custodia compartida, el órgano jurisdiccional del conocimiento debe establecer fundada y motivadamente con quién de los progenitores cohabitarán los menores la mayor parte del tiempo, debiendo permanecer siempre juntos los infantes, destacando los días en que cada uno de los padres los deberá atender y asistir, tomando en cuenta los días y horas en que éstos laboran procurando, en la medida de lo posible, que dicha distribución pueda ser equilibrada, sin que ello deba decretarse como un régimen de visitas o convivencia, sino consecuencia de la guarda y custodia compartida, pues la naturaleza de ésta no se concreta únicamente con la permanencia de los menores con ambos progenitores, pero sí con los demás elementos inherentes a la custodia, como son la participación de éstos en la toma de decisiones de las cuestiones relevantes que incidan en la protección y desarrollo físico y espiritual de los hijos, así como en la satisfacción conjunta de la totalidad de las necesidades de éstos, todo ello aunado al derecho de convivencia con los hijos, de relacionarse con ellos, de estar al corriente de su vida y educación y, sobre todo, de participar activamente en la toma de las decisiones inherentes a su mejor desarrollo, relativas a su educación, formación moral y al control de sus relaciones con otras personas.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO CON RESIDENCIA EN CIUDAD NEZAHUALCOYOTL, ESTADO DE MEXICO.

Amparo directo 20/2014. 3 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Enrique Sánchez Frías. Secretario: David Fernández Pérez.

Técnica de cuestionario derivado de la investigación “La guarda y custodia compartida como figura garante en la ponderación del interés superior del menor en Tabasco”, correspondiente a tesis de la Maestría en Estudios Jurídicos en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

Población muestra: Jueces de lo Familiar del Estado de Tabasco.

Instrucciones: Agradeciendo su colaboración en responder a este cuestionario, bajo la protección de datos personales y los lineamientos de ética en las investigaciones realizadas en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, el diseño del presente cuestionario se creó con base a cuatro objetivos específicos. En el entendido de lo anterior, se solicita a usted responder la totalidad de las preguntas:

- A. Determinar los elementos considerados por el juzgador al momento de otorgar la guarda y custodia.
- 1) ¿En qué consiste la guarda y custodia?
 - 2) ¿Qué tipos de guarda y custodia se pueden otorgar?
 - 3) ¿Qué elementos considera al momento de otorgar la guarda y custodia de un menor?
 - 4) ¿Existe variación en los elementos a considerar de acuerdo al tipo de guarda y custodia?
¿Por qué?
 - 5) ¿Cuáles son los derechos fundamentales que se deben proteger a las niñas, niños y adolescentes ante la petición de una guarda y custodia?
- B. Identificar el impacto de la custodia compartida dentro del derecho de familia para conocer los criterios que utilizan los juzgadores al otorgarla

- 1) ¿Qué tan frecuente se sentencia a custodia compartida dentro del juzgado de su adscripción?
 - 2) ¿Qué ha escuchado de otros países en cuanto a la implementación de esta figura en el derecho de familia?
 - 3) ¿Qué elementos considera al momento de otorgar la guarda y custodia compartida de un menor?
 - 4) ¿Utiliza de manera análoga antecedentes jurisprudenciales de otros países para determinar la guarda y custodia compartida?
 - 5) ¿Qué beneficios genera a las familias el otorgamiento de la guarda y custodia compartida?
- C. Evaluar cómo el marco jurídico a nivel Nacional e Internacional que reconoce y regula el derecho de las Niñas, Niños y Adolescentes a crecer en una familia con ambos padres pondera el interés superior del menor, para identificar en la legislación Estatal la necesidad del reconocimientos de esta figura
- 1) ¿Considera que el marco jurídico nacional es factible en la protección de la familia y los menores de edad?
 - 2) ¿Existe algún vacío jurídico en la legislación del Estado que considere se pueda subsanar para mayor protección de la familia y los menores de edad?
 - 3) ¿Qué criterios jurisprudenciales toma en consideración al momento de emitir alguna sentencia o resolución referente a la familia?



- 4) ¿Qué criterios jurisprudenciales toma en consideración al momento de emitir alguna sentencia o resolución referente a menores de edad?
 - 5) ¿Qué instrumentos internacionales utiliza para sustentar sus resoluciones en los casos de familia donde intervienen menores de edad?
 - 6) ¿Considera que las normas nacionales, internacionales y estatales priorizan el interés del menor y los derechos de la familia?
- D. Analizar cómo los principios rectores son indispensables al momento de considerar preponderante el principio del interés superior del menor
- 1) ¿Cómo se puede determinar que sea valorado el máximo bienestar de los menores cuando se disputa la guarda y custodia de un menor?
 - 2) ¿Qué principios considerarían incluirías usted al momento de determinar la guarda y custodia compartida?
 - 3) ¿Qué opina sobre la implementación en el Estado de la guarda y custodia compartida dentro de nuestro ordenamiento jurídico?



**PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE VERACRUZ**

Dirección de Control y Estadística.

"2021: 200 años del México Independiente: Tratados de Córdoba"

360

Xalapa de Enriquez, Ver., 29 de abril de 2021

DCyE/3411/2021



MRO. DANIEL GUILLERMO AGUILAR GARCÍA
TITULAR DE LA UNIDAD DE TRANSPARENCIA Y ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO
PRESENTE

En atención a su oficio No. UTAIPPJE/0688/2021, de fecha 22 de abril del presente año, relativo a la solicitud de acceso a la información del 22 de abril de 2021, realizada a través del Sistema electrónico Infomex-Veracruz, ingresada con el número de Folio 00666221, manifiesto lo siguiente:

De lo anterior y en ejercicio de las facultades que me confiere lo establecido en los artículos 246 de la Ley Número 615 Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave y, 70 y 71 del Reglamento Interior del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Veracruz, a la búsqueda exhaustiva en los archivos de la Dirección de Control y Estadística e información presentada por los órganos jurisdiccionales, se atiende la solicitud en términos expresados por el solicitante, donde se puede observar el resultado correspondiente a:

- 1.- Solicito se me proporcione el oportuno de RESUELVE de cada una de las sentencias sobre GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA que se han llevado a cabo dentro del estado de Veracruz en los años 2018 a la fecha 2021.
- 2.- En caso de no existir sentencia definitiva dentro del Juzgado en cuestión, solicito se me proporcione el acuerdo de mediación al que llegaron los padres que designa la custodia compartida"...[sic]

Si bien este órgano cuenta con las facultades suficientes para la recopilación y catalogación de información estadística, es necesario puntualizar que dicha tarea está orientada a recopilar los datos que así lo indique la política de información estadística marcada por la normatividad, y que va orientada a establecer indicadores que permitan conocer y planear el desarrollo del Poder Judicial. Es decir, tiene las funciones necesarias para sistematizar los datos estadísticos relevantes para el Poder Judicial del Estado y no existe política informática que indique que se deben recopilar y clasificar con base en los criterios que precisa el solicitante como es los puntos resolutivos de las sentencias, por tal razón, es conveniente señalar que la misma se encuentra contenida en los expedientes jurisdiccionales y no es reportada tan específicamente como tal a esta Dirección, por dictarlo así la política estadística del Poder Judicial que persigue la finalidad de medir el desarrollo y funcionamiento de este Poder.

Por tanto, esta Dirección proporciona la cantidad de sentencias y acuerdos emitidas por los órganos jurisdiccionales, en informe que se anexa en forma impresa, con la información recabada a la fecha.

Cabe señalar que los resolutivos de las sentencias y el acuerdo de mediación, el solicitante los puede verificar en las versiones públicas de los documentos, que hayan sido elaborados de acuerdo a los Lineamientos para la elaboración y publicación en Internet de Versiones Públicas de los expedientes judiciales o procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio en los Tribunales, Superior de Justicia, de lo Contencioso Administrativo, de Conciliación y Arbitraje, Electoral, Juzgados de Primera Instancia, Menores, Municipales, incluyendo los comentarios suscritos por las partes que intervienen en la diversas etapas de los procesos, judiciales, administrativos y arbitrales que no puedan ser modificadas o revocadas por ningún medio de defensa ordinario o extraordinario, emitidas por este Poder Judicial y publicadas en la Gaceta Oficial del Estado el viernes doce de julio de dos mil trece, donde señala que compete a cada órgano jurisdiccional realizar las versiones públicas de aquellos documentos de carácter judicial, en virtud de ser los encargados de generar e integrar la información, máxime que son los que dan fe de que dichos datos son susceptibles de proporcionarse o no; en ese mismo orden, la Subdirección de Tecnologías de la Información, es el área comisionada para los efectos de la difusión en medios electrónicos referente a las versiones públicas de las

C.c.p. Ministerio.
L.C. MGS/emdb

Av. Lázaro Cárdenas 373, El Minador, Xalapa, Ver. C.P. 91170

TSJVer



**PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE VERACRUZ**

Dirección de Control y Estadística.

"2021: 200 años del México independiente: Tratados de Córdoba"

resoluciones y/o sentencias (documentos que en su momento debieron ser presentados, aprobados y publicados conforme a los Lineamientos señalados).

Así también, no omito mencionar, que de acuerdo con la Ley Número 875 de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, me refiero en específico a lo descrito en él,

"Artículo 18. Además de lo señalado en el artículo 15 de la presente Ley, el Poder Judicial deberá poner a disposición del público y actualizar la siguiente información:

(REFORMADA, G.O. 5 DE NOVIEMBRE DE 2020)

f. Las versiones públicas de todas las sentencias, laudos y resoluciones que le pongan fin a los juicios emitidos."

Es así que los órganos jurisdiccionales sólo realizarán versiones públicas de las sentencias que tengan la calidad de firme, es decir, que ya no procede ningún recurso en contra de ellas y por tanto ponen fin a los juicios. Y en su caso, pueden proporcionar el link o forma de ingreso a la plataforma donde se pueda acceder a la versión pública de ellas, de acuerdo a la reforma a la Ley en comento del 5 de noviembre de 2020.

Sin otro particular que tratar, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

**LIC. MÓNICA GASPERÍN SÁNCHEZ
DIRECTORA DE CONTROL Y ESTADÍSTICA DEL CONSEJO
DE LA JUDICATURA DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO**

C.c.p. Minutario.
LIC. MGS/vmb

Av. Lázaro Cárdenas 373, El Mirador, Xalapa, Ver. C.P. 91170

TSJVer

REFERENCIAS

- ARCH MARÍN, Mila y Jarce Esparcia, Adolfo José, "Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto", *Revista de derecho de familia*, N° 41, 2008.
- ARCH MARÍN, Mila, "El síndrome de alienación parental desde la perspectiva de la psicología forense", en: García Garnica, María de Carmen (Dir.), *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 1ª ed, 2009.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Oxford University Press, colección Textos jurídicos universitarios, 2008.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, "Custodia Compartida de los hijos, Recensiones y comentarios", *Revista Ius et Praxis*, Año 18, No 2, 2012.
- BELTRÁ CABELLO, Carlos, "Disolución del matrimonio. Efectos para los hijos. (Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2012)", *CEFLegal: Revista Práctica del Derecho*, núm. 147, abril, 2013.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 2014.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, "La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial por convivencia marital del usuario con otra persona", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774, 2019.
- BRENA, Ingrid, *Personas y familia mexicana*, 2a ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, Enciclopedia Jurídica L XII, 2004.
- CALLIZO LÓPEZ, María Ángeles, "Breve análisis de los factores legales a ponderar por el/la juez al decidir sobre el régimen de guarda y custodia de los hijos en Aragón", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, N° 30, 2012.
- CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, "Guarda y Custodia Compartida ¿se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", *Diario La ley*, N° 7206, España, 2009.

CASTILLA BAREA, M.: "Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, R. Guarda y custodia de hijos menores. Las crisis matrimoniales y de parejas de hecho. Edit. La Ley, Madrid 2007

CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen, "La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores: especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio", *Actualidad civil*, Nº 15, 2007.

CASTILLO SANTIAGO, Rolando y HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Enma Estela, *El interés superior del menor en el derecho procesal mexicano*, Mexico, Editorial Tirant lo Blanch, 2019.

CATALÁN FRÍAS, M^a José (et. al.), "Motivos Alegados por los Progenitores Varones al Solicitar la Custodia de sus Hijos en los procedimientos Contenciosos", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 19, 2009.

CATALÁN FRÍAS, María José, La Custodia compartida, *Revista Derecho y Criminología*, 2011.

CILLERO, M., "La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: introducción a su origen, estructura y contenido normativo", en *Tratado del Menor, La protección Jurídica a la Infancia y Adolescencia*, Chile: Thomson-Reuters Aranzadi, 2016.

CONDE-PUMPIDO García, J.L., "Ley valenciana de custodia compartida", *Revista de trabajo, economía y sociedad del Comité Económico y Social de la Comunidad Valenciana*, núm. 62, 2011.

CONTRERAS, María. "Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2006.

CRUZ GALLARDO, Bernardo, "La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales", Madrid, *La Ley*, 1^a ed, 2012.

DE LASALA PORTA, Carmen, "El prejuicio de sexo en la atribución de la Guarda y Custodia de los hijos e hijas", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de*

oportunidades entre mujeres y hombres, N° 7, 2001,
<https://issuu.com/irelaaleman/docs/name31a394>

DE PINA, Rafael y de Pina Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, 37ª. Ed., México, Porrúa, 2008.

DE TORRES PEREA, José Manuel, "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, 2011.

DEL VAS GONZÁLEZ, Juana María: "Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español", *Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, Colección Monografías, Dirigida por María Isabel de La Iglesia Monge, Madrid, 2009.

DELGADO, Gregorio, *La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente*, Madrid, Thomson Reuters, 2010.

DÍEZ- PICASO, L., y Gullon Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos S.A, 2006.

DOLORS VIÑAS, Maestre, "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda", *InDret* 3, 2012.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, México, Porrúa, 2008.

DURÁN AYAGO, Antonia, *La protección internacional del menor desamparado régimen jurídico*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, España, 2004.

EEKELAAR, John, "The interests of the child's wishes: the role of the dynamic self-determinism", *International Journal of Law and the Family*, trad. De Mary McGregor, Inglaterra, 1994.

ESBORRAZ, D., "El concepto constitucional de familia en América Latina. Tendencias y proyecciones", *Revista de Derecho Privado*. No. 29, diciembre de 2015.

ESPEJO Y. N. e Ibarra O. A., *La Constitucionalización del Derecho de Familia*, SCJN, México, 2019.

ESTRADA GONZÁLEZ, Martha Eréndira y Mendoza Martínez, Gerardo, "Reformas trascendentes de la figura de la patria potestad del año dos mil cuatro,

cuestiones de fondo y forma”, *Alegatos*, México, UAM, núm. 62, enero- abril 2006, p.40.

FARIÑA RIVERA, Francisca, Seijo Martínez, María Dolores, Arce Fernández, Ramón, y Vázquez Figueiredo, María José, "Custodia compartida, corresponsabilidad parental y justicia terapéutica como nuevo paradigma", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 27, 2017.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil. Primer curso, Parte general. Personas. Familia*, México, Porrúa, 2009.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: "Problemas de la atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida en la legislación española", en E. Llamas Pombo (Coord.), *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GÁMEZ PEREA, Claudio R., *Derecho familiar*, México, Laguna, 2007

GARCÍA GARNICA, María del Carmen, "Menores y crisis matrimonial", en: Herrera Campos, Ramón y Barrientos Ruíz, Miguel Ángel (Eds.), *Derecho y familia en el siglo XXI*, Volumen II, Editorial Universidad de Almería, 2011.

GARCÍA GÓMEZ, Virginia, "Estudio sobre la custodia compartida", *Revista Jurídica de Estudiantes de la Universidad de Córdoba*, Nº. 1, 2016.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos fundamentales en el marco de los tratados internacionales*, 4ª. Ed., México, Planeta, 2009.

GARCÍA RUBIO, María Paz y Otero Crespo, Marta, "Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005", *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 8, febrero 2006.

GARRIGA GORINA, M.: "El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta", *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2008.

GOIRIENA LEKUE, Agurtzane, "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 16, 2005.

- GOIRIENA LEKUE, Agurtzane, "La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 16, 2005.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: "El Derecho de familia desde una perspectiva europea", *Revista Valenciana D'Estudis Autonómicas*, núm. 54, 2010.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P.: "Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón", *Diario La Ley*, núm. 7537, 2010.
- GONZÁLEZ- ESPADA RAMÍREZ, S., *La guarda y la custodia compartida: Una nueva institución del derecho de familia en España*, Derecho de Familia, 43, 2013.
- GONZÁLEZ ESPINOSA, Óscar, *Los derechos humanos de la Infancia*, 3ª. Ed., México, Oxford, 2013.
- GONZÁLEZ-ESPADA Ramírez, Silviana, *La guarda y custodia compartida: una nueva institución de Derecho de Familia en España*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2013 (trabajo final de Máster en Derecho de Familia).
- GONZÁLVEZ VICENTE, Pilar, "Condicionantes para la adopción de la guarda y custodia compartida", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, Nº 111, 2006.
- GUILARTE MARTÍ-CALERO, C. "La custodia compartida alternativa. Un estudio doctrinal y jurisprudencial", *Revista para el Análisis del Derecho*, en *Indret 2/2008*, Barcelona 2008, pp.4. www.indret.com. Consulta 06/01/2021
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, "Criterios de atribución de la custodia compartida. A propósito de la línea jurisprudencial iniciada con la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2009", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2010.
- HERNANDO RAMOS S., *Diario La Ley 7206, SECCIÓN TRIBUNA*, Madrid, 29 de junio de 2009.
- IBAÑEZ VALVERDE, V. (2004): "El laberinto de la custodia compartida. Claroscuros de un solo nombre con varios significados". *Boletín de derecho de familia*, año 4, Nº, 40 y 41, nov y dic 2004.

IVARS RUIZ, Joaquín, *La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código Civil. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

JIMÉNEZ GARCÍA, Joel Francisco, "La patria potestad. Su actual concepción en el Código Civil para el Distrito Federal", *Revista de Derecho Privado*, México, IIJ/ UNAM, nueva época, año IV, núm. 12, septiembre- diciembre de 2005.

JIMÉNEZ LINARES, M^a Jesús, "El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial", en: Herrera Campos, Ramón (Coord.), *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Vol. 24, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2000.

LAING KLAFF, Ramsay, "The Tender Years Doctrine: A Defense", *California Law Review*, Vol. 70, Issue 2, 1982.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, "Custodia compartida y corresponsabilidad parental: aproximaciones jurídicas y sociológicas", *La Ley*, 7206, tomo 3, 2009.

LATHROP GÓMEZ, Fabiola, *Custodia compartida de los hijos*, Editorial La Ley, Madrid, 2008.

LINACERO DE LA FUENTE, María, *Leyes de familia y constitución: ley 13/2005, de 1 de julio y ley 15/2005, de 8 de julio*, *Revista de derecho privado*, N° 90, Mes 2, 2006.

LÓPEZ RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, "Efectos personales del divorcio respecto de los hijos. De Roma al Código Civil español", *Revista Internacional de Derecho Romano*, octubre, 2012.

LÓPEZ ROMERO, Pedro Manuel y Alonso Espinosa, Francisco José, "Custodia compartida e interés superior del menor", *Diario La Ley*, N° 8556, España, 2015.

LORA, Laura Noemí, "Discurso jurídico sobre el interés superior del niño", *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Ediciones Suarez, 2006, p. 488; y Conde-Pumpido García, José Luis, "Ley Valenciana de Custodia Compartida", *Revista de treball, economia i societat*, N° 62, 2011.

LOZANO RAMÍREZ, Raúl, *Derecho civil. Derecho familiar*, México, Pac, 2008.

MACÍAS CASTILLO, Agustín, "Guarda y custodia compartida: «deslocalización» de los hijos como efecto legal inherente al divorcio", *Actualidad civil*, Nº 12, 2010.

MAGALLÓN IBARRA, Mario (coord.), *Compendio de términos de derechos civil*, México, Porrúa/UNAM, 2004.

MANCINI, Fiorella, et al., *Pobreza y derechos sociales de niñas, niños y adolescentes en México, 2008-2010* UNICEF- CONAVAL, México, 2012
[http://www.unicef.org/mexico/spanish/UnicefPobreza_web_ene22\(3\).pdf](http://www.unicef.org/mexico/spanish/UnicefPobreza_web_ene22(3).pdf)

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Una visión crítica de la regulación de la guarda y custodia compartida", en: Atienza Navarro, María Luisa, Evangelio Llorca, Beatriz; Mas Badia, María Dolores y Montes Rodríguez, María Pilar (Coords.), *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, Universidad De Valencia, 2009.

MARÍN RULLÁN, Marta, Dujo López, Víctor y Horcajo Gil, Pedro José, "Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida", *Anuario de Psicología Jurídica*, Vol. 27, 2017

MARÓN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa, "Consecuencias personales y patrimoniales de la guarda y custodia compartida". *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22/2009.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, *La guarda y custodia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MARTÍNEZ CALVO, Javier, "Determinación del régimen de guarda y custodia: criterios jurisprudenciales (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 257/2013, de 29 de abril)", *La Ley Derecho de Familia*, mayo, 2015.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Aldaz, Carlos, "Documento de trabajo sobre el matrimonio: El divorcio exprés", En: García Cantero, Gabriel, et. al., *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social?*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2007.

----- "La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres", en AA.VV.: Actas de los vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés:

La Ley 2/2010, de 16 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar, El Justicia de Aragón, 2010.

MAZA DOMINGO, J., *Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010*, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, Boletín de Derecho de Familia, núm. 112, 2011.

MECO TÉBAR, Fabiola, "Drogodependencia y custodia compartida: ¿Un maridaje conveniente?", *Revista española de drogodependencias*, Nº 1, 2015.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio y Ferrer Andrés, Manuel, "Dos años de custodia compartida en Aragón", *Actas de los vigesimosegundos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, 2012.

MONTALVO REYNA, Jaime, Espinosa Salcido, María Rosario y Pérez Arredondo, Angélica "Análisis del ciclo vital de la estructura familiar y sus principales problemas en algunas familias mexicanas", *Alternativas en Psicología. Revista Semestral*. Tercera Época. Año XVII. Número 28. Febrero-Julio 2013.

MUÑOZ ORTEGA, María Liliana; Gómez -Alaya, Paola Andrea y otros, "Pensamientos y sentimientos reportados por los niños ante la separación de sus padres", *Periódicos electrónicos en Psicología*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2008.

NYDIA Aylwen y María Isabel Solé, *Percepción del rol paterno en familias de estrato bajo*, Escuela de trabajo social de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 1989.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, "Custodia compartida. Vigencia y práctica en el Código Civil. Aplicación jurisprudencial", *La Ley Derecho de Familia*, Nº 11, 2016.

OLIVARES HUERTAS, Manuel, "Ejercicio de corresponsabilidad parental, mejor opción que custodia compartida", en: Venegas Medina, María del Mar y Becerril Ruiz, Diego (Coords), *La custodia compartida en España*, Madrid, Dykinson, 2017.

ORTUÑO MUÑOZ, P., *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*, Edit. Civitas, Navarra 2006.

OSORIO BALLESTEROS, Abraham, "El principio del interés superior del niño en las instituciones asistenciales. Un acercamiento desde las concepciones de los profesionales", *Ciencia Ergo Sum*, México, vol. 22, núm. 3, noviembre, 2015.

PÉREZ CONESA, Carmen, "¿Excepcionalidad de la salomónica medida sobre custodia compartida en el Código Civil? Algunas referencias jurisprudenciales y legales", *Aranzadi civil-mercantil*, Vol. 1, Nº 8, diciembre, 2011.

PÉREZ Duarte y N., Alicia Elena, voz "Patria potestad", en *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa/UNAM, 2007.

PÉREZ FUENTES, Gisela María, "La protección de los niños migrantes en México: una falacia", *Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias sociales*, España, núm. 17, junio, 2014.

PÉREZ SERRANO, G., *Investigación Cualitativa*, Madrid, Ediciones la Muralla, 1994.

PÉREZ UREÑA, A. "El interés del menor y la custodia compartida (comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7º, de 7 de noviembre de 2003. Publicada en la Revista de Derecho de Familia. Nº 24 de julio 2004, pág. 221 y 2229", *Revista de Derecho de Familia* nº 26, 2005.

PICONTÓ NOVALES, Teresa, "Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado", en: *La Custodia Compartida a Debate*, ed. Picontó Novales, Teresa, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 56, Dykinson, Madrid, 2012.

PINTO ANDRADE, Cristóbal, "La custodia compartida en la práctica judicial..."

PONCE ALBURQUERQUE, J., *Familia, conflictos familiares y mediación*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, UBIJUS-México, Reus-España, 2017.

PORCEL GONZALES, Isabel, *Guarda y Custodia Compartida de los hijos. comentarios a la ley 15/2005, de 8 de julio, por lo que se modifica el código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación o divorcio*, España, Licenciatura en Derecho, Universidad Abat Oliba CEU, 2011.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, "La guarda y custodia de los hijos", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre del 2001.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe. "La guarda y custodia de los hijos", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre 2001.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1984.

-----*Diccionario de la Lengua Española*, 22ª. Ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

-----*Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea].
<<https://dle.rae.es>> [16 de abril del 2021]

REYES LÓPEZ, M.J.: "La nueva regulación de las relaciones familiares de los hijos con los progenitores no convivientes en la Comunidad Valenciana", en AA.VV.: *La Ley valenciana de relaciones familiares de los hijos cuyos progenitores no conviven*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia*, 26ª. Ed., t. I., México, Porrúa, 1995.

ROMERO COLOMA, Aurelia María, "La guarda y custodia compartida: análisis y problemática jurídica", *Diario La Ley*, N°. 7504. s/a.

ROSALES, Juan Carlos, "Desigualdad y exilio en la custodia de los hijos", en García Garnica, María de Carmen (Dir.), *La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja*, 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009.

SABATER BAYLE, E.: "Ley Foral Navarra 3/2011 de 17 de marzo de custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres". *Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. Olga, "Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 58. Madrid, enero-abril de 2000.

SARAVIA GONZÁLEZ, A. M. y García Criado, J. J., *La jurisdicción de familia: especialización: ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2008.

SERRANO CASTRO, Francisco, "Hacia un nuevo modelo de corresponsabilidad parental", *Juris: Actualidad y práctica del derecho*, noviembre 2010.

SILLERO CROVETTO, Blanca, "Reflexiones en torno al marco legal de la custodia compartida", Artículo 14, *una perspectiva de género: Boletín de información y análisis jurídico*, Nº 35, 2010

TAMAYO HAYA, Silvia, "La custodia compartida como alternativa legal", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año 83, núm. 700, 2007.

-----"El interés del menor como criterio de atribución de la custodia", *Revista de Derecho de Familia*, 2008.

TENA PIAZUELO, I.: "Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?", *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 1, núm. 1, abril, 2011.

TORÍO LÓPEZ, Susana, "Hacia la corresponsabilidad familiar: Construir lo cotidiano. Un programa de educación parental", *Educatio siglo XXI: Revista de la Facultad de Educación*, Vol. 28, N.º 1, 2010.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "Valoración de la normativa catalana sobre corresponsabilidad parental". *Ponencia presentada en el marco de las XIII Jornadas IDADFE sobre Crisis de pareja y custodia de los hijos menores*, celebradas en Calatayud los días 27 y 28 de marzo de 2014.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, "La custodia compartida en España y en Cataluña: Entre deseos y realidades", en: Picontó Novales, Teresa (Ed.), *La Custodia Compartida a Debate*, Madrid, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 56, Dykinson, 2012.

ZANÓN MASDEU, Luis, *Guarda y custodia de los hijos*, Barcelona, Bosch, 1996.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ Eznarriaga, Luis, Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja..., cit., p. 393; Berrocal Lanzarot, Ana Isabel, "El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 746, 2014.

-----"La reforma de la Ley del divorcio: la mal llamada custodia compartida", *Estudios Jurídicos*, Nº 2005, 2005.

-----"Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja función parental, custodias alterna y unilateral y régimen de relación o de

estancias de los menores con sus padres y otros parientes y allegados”,
Barcelona: Bosch, *Editores Hospitalet de Llobregat*, 2013.

ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Derecho familiar*, México, Porrúa, 2006.

JURISPRUDENCIA

Amparo Directo en Revisión 1187/2010. Sentencia definitiva 1 de septiembre de 2010.

Amparos Directos en Revisión resueltos por la Primera Sala 1222/2014, resuelto el 15 de octubre de 2014

Amparos Directos en Revisión resueltos por la Primera Sala 2534/2014 resuelto el 4 de febrero de 2015

Amparos Directos en Revisión resueltos por la Primera Sala 3466/2013 resuelto el 7 de mayo de 2014

Amparos Directos en Revisión resueltos por la Primera Sala 4122/2015, resuelto el 2 de marzo de 2016.

Código Civil de la legislación española. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Última modificación el 16 de diciembre de 2021.

Código Civil Federal, Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 2021. Consultado en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf.htm>

Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el diario oficial de la federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto, todos de 1928, última reforma publicada en la G.O.C.D.M.X. el 10 de junio de 2022.

Código Civil para el Estado de Jalisco, publicado en la Sección Segunda del Periódico Oficial del Estado de Jalisco, el sábado 25 de febrero de 1995, Última Reforma Publicada en el Periódico Oficial el 27 de abril de 2021. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=l>

OyqDofbFLGDAD4UXA/alEaVZqf+nrEkOyyQ83Ce7FT4HR2rKQYU3riLG0C
N4/SEdyke9Svob/QTMkk+W1EHbA==

Código Civil para el Estado de Tabasco, Última reforma mediante Decreto 079 de fecha 19 de octubre de 2022, publicado en el Periódico Oficial del Estado número 8362 Spto "K" de fecha 26 de octubre de 2022. Consultado en <https://congresotabasco.gob.mx/leyes/>

Código Civil para el Estado de Veracruz, código publicado en el suplemento especial de la Gaceta Oficial. Órgano del Gobierno del Estado de Veracruz de Ignacio Llave, el 15 de septiembre de 1932, Última Actualización publicada en G.O.E el 22 de marzo de 2022, consultado en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/gobiernos.htm>

Código civil para el estado de Veracruz, publicado el 15 de septiembre de 1932, Última reforma integrada el 7 de octubre de 2020. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/gobiernos.htm>

Código de familia para el Estado de Oaxaca, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Oaxaca el 4 de diciembre del 2021. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://normas.cndh.org.mx/Documentos/Oaxaca/Codigo_FE_Oax.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Última reforma publicada DOF 28-05-2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado «BOE» núm. 7, de 08 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-323

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, artículo 233-11. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>

Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. BOE nº 98, 25/04/2011. Consultada en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7329>

Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, publicada en «BOE» núm. 176, de 24 de julio de

2015. Véase en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8275#:~:text=La%20ley%20vasca%20de%20relaciones,la%20promoci%C3%B3n%20de%20la%20igualdad

Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, Sobre Custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, Artículo 3, Fracción 2. Véase en <http://www.lexnavarra.navarra.es/detalle.asp?r=12244#:~:text=de%20los%20hijos.-,1.,o%20por%20uno%20de%20ellos>.

Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, publicada en el diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, Última reforma incorporada el 28 de abril de 2022.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado «BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996 Referencia: BOE-A-1996-1069.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Jefatura del Estado «BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004 Referencia: BOE-A-2004-21760

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Jefatura del Estado «BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2007 Referencia: BOE-A-2007-6115.

Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Tabasco, Periódico Oficial del 11 de diciembre de 1991

SCJN, Pleno, Tesis jurisprudencial P./J. 5/2010, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XXXI, febrero de 2010.

SCJN, Primera Sala, Tesis 1a./J. 4/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, Libro 27, febrero de 2016.

SCJN, Segunda Sala, Tesis 2a. CXXXVI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, Tomo I, enero de 2017.

Tesis 1ª. CCLXVII/2016 (10ª.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Registro: 2009927, Instancia: Primera Sala, p. 306

- Tesis 1ª. CLXXII/2016 (10ª.), *Gaceta Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Registro: 2013136, Instancia: Primera Sala, p. 894.
- Tesis 1ª. CXI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 236.
- Tesis 1ª. XCI/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 299
- Tesis 1ª. XCI/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 299
- Tesis 1ª. XCII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 298.
- Tesis 1ª. XCII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 298
- Tesis 1ª. XCII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 298.
- Tesis 1a. XLVII/2018 (10a.), *publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 55, junio de 2018, Tomo II.
- Tesis 1ª./J. 20/2011 (9.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, No vena época, septiembre de 2015.
- Tesis 1ª./J. 82/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, enero de 2007, p. 204
- Tesis 1ª./J. 82/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, enero de 2007, p. 204
- Tesis Aislada (IV Región) 2o.19 C (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 58, septiembre de 2018, Tomo III, página 2505
- Tesis aislada 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), *Primera Sala, décima época*, libro 25, tomo I, diciembre de 2015
- Tesis Aislada 1a. CCLVII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 22, septiembre de 2015, Tomo I, página 303
- Tesis Aislada 1a. CCXXX/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 2, página 1210

Tesis Aislada 1a. CLXIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 225

Tesis Aislada 1a. CXI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVIII, diciembre de 2008, página 236

Tesis Aislada 1a. CXI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVIII, diciembre de 2008, página 236

Tesis Aislada 1a. I/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 2, enero de 2014, Tomo II, página 1114

Tesis Aislada 1a. III/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 63, febrero de 2019, Tomo I, página 716.

Tesis Aislada 1a. LXIV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 1, página 823

tesis aislada 1a. LXXXII/2015 (10a.), *Primera Sala, décima época*, libro 15, tomo II, febrero de 2015

tesis aislada 1a. LXXXIII/2015 (10a.), *Primera Sala, décima época*, libro 15, tomo II, febrero de 2015.

Tesis Aislada 1a. VI/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, mayo de 2022, Tomo IV, página 3520

Tesis Aislada 1a. VI/2022 (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, mayo de 2022, Tomo IV, página 3520

Tesis Aislada 1a. XCII/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXII, septiembre de 2005, página 298

Tesis aislada 1a. XCVII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo I, mayo de 2012, página 1097

Tesis Aislada 1a. XLIX/2020 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 80, noviembre de 2020, Tomo I, página 941

Tesis aislada 1a. XLVII/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 55, junio de 2018, Tomo II, página 964

Tesis Aislada 1a. XXI/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 14, enero de 2015, Tomo I, página 766

Tesis Aislada 2a. CXLII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, enero de 2017, Tomo I, página 795.

Tesis Aislada 2a. CXXXVI/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, enero de 2017, Tomo I, página 793

Tesis Aislada 2a. CXXXVI/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 38, enero de 2017, Tomo I, página 793

tesis aislada CLXIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 225.

Tesis Aislada I.15o.C.65 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 76, marzo de 2020, Tomo II, página 955

Tesis aislada I.18o.A.25 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo IV, enero de 2019, página 2379

Tesis Aislada I.3o.C.333 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 57, agosto de 2018, Tomo III, página 2864

Tesis aislada I.3o.C.9 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 9, enero de 2022, Tomo IV, página 2996

Tesis Aislada I.4o.C.80 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXI, mayo de 2005, página 1454

Tesis Aislada I.5o.C.145 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXIV, septiembre de 2011, página 2158

Tesis Aislada I.5o.C.99 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 52, marzo de 2018, Tomo IV, página 3429

Tesis Aislada I.6o.C.278 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVII, junio de 2003, página 1037.

Tesis Aislada I.9o.P.174 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 50, enero de 2018, Tomo IV, página 2369

Tesis Aislada I.9o.P.42 P (11a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, mayo de 2022, Tomo V, página 4605

Tesis Aislada II.1o.P.151 P, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXXI, marzo de 2010, página 3009

Tesis Aislada II.3o.P.5 K (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 10, septiembre de 2014, Tomo III, página 2450

tesis aislada P. XXV/2015 (10a.), Pleno, décima época, libro 22, tomo I, septiembre de 2015.

Tesis Aislada VII.1o.C.59 C (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 72, noviembre de 2019, Tomo III, página 2177

Tesis Aislada VII.2o.C.218 C (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación. Libro 74, enero de 2020, Tomo III, página 2578

Tesis Aislada VII.2o.C.74 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV, agosto de 2001, página 1381

Tesis Aislada VII.2o.C.92 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, mayo de 2005, página 1499

Tesis Aislada XXII.1o.A.C.2 C (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 52, marzo de 2018, Tomo IV, página 3434

Tesis I. 1°. A.E. 146 A (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, mayo de 2016, p. 2840.

Tesis I. 13°. C 42 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 2109.

Tesis I.5°. C.118 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXII, agosto de 2010, p. 2314.

Tesis I.5°. C.124 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2270

Tesis I.5°.C 121 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2269

Tesis I.5°.C 129 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2338

tesis I.5°.C 130 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2338

Tesis I.5°.C 133 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2340

Tesis I.5º.C 138 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2339.

tesis I.5º.C.117 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2271

Tesis I.9o.C.53 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. VIII, agosto de 1998, p. 845

Tesis II.1o.11 C (10a.), Publicada en el Semanario Judicial de la Federación. Decima Época. Libro 10, septiembre de 2014, Tomo III, página 2426

Tesis II.2º.C 428 C, publicada en el Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVIII, octubre de 2003, p. 1058

tesis IV.3º.C.15 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVIII, noviembre de 2003, p. 998

Tesis jurisprudencia 2a./J. 113/2019 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo III, agosto de 2019, página 2328

tesis jurisprudencial 1a./J. 18/2014 (10a.), Primera Sala, décima época, libro 4, tomo I, marzo de 2014.

Tesis jurisprudencial 1a./J. 191/2005, Primera Sala, novena época, tomo XXIII, mayo de 2006.

Tesis jurisprudencial 1a./J. 25/2012 (9a.), Primera Sala, novena época, libro XV, tomo 1, marzo de 2012.

Tesis Jurisprudencial 1a./J. 42/2015 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, junio de 2015, Tomo I, página 563

Tesis Jurisprudencial 1a./J. 42/2015 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, junio de 2015, Tomo I, página 563

Tesis Jurisprudencial 1a./J. 42/2016 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, página 288

Tesis jurisprudencial 1a./J. 63/2016 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 37, diciembre de 2016, Tomo I, página 211

Tesis Jurisprudencial VI.2o.C. J/16 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 17, abril de 2015, Tomo II, página 1651

Tesis jurisprudencial VI.2o.C. J/16 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación. Libro 17, abril de 2015, Tomo II, página 1651

tesis Jurisprudencial P./J. 7/2016 (10a.), Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, septiembre de 2016. p.10.

Tesis VI.2º. C.417 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1498

Tesis VI.2º.C 417 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 1498.

Tesis XI. 2º. 156 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 1747

tesis XVII. 2º.25 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 1417

Tesis XX. 1º. 101 L, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXI, abril de 2005, p. 1433

Tesis XX.2o.2 C, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. IX, febrero de 1999, p. 511.

Tesis II.2o.C.J/17, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, mayo de 2004, página 1548

Tesis: 1ª XCV/2012 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Primera Sala, Libro VIII, mayo de 2012, Tomo 1, p. 1112, tesis aislada (constitucional).

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100

Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212

Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212

Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212

Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212

Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134

Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211

Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211

Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211.

Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221

Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205

Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205

CIDH, Informe No. 83/10, Caso 12.584, Fondo, Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Fornerón, Argentina, 29 de noviembre de 2010

CIDH. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II., doc. 78, 13 julio 2011

CIDH. La infancia y sus derechos en el sistema Interamericano de protección de derechos humanos (segunda edición), OEA/Ser.L/V/II.133 Doc.34, 29 octubre 2008

Comentario General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009

Comentario General No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62 período de sesiones.

Comité de los Derechos del Niño, Comentario General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006, 40º período de sesiones, párrafo 17.

Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), Chrome extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf

Comité de los Derechos del Niño. Comentario General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones, U.N. Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006. párrafo 3.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. El presente instrumento internacional fue adoptado en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969; el mismo fue aprobado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980, lo cual consta en el Diario Oficial de la Federación del 9 de enero de 1981. Dicho instrumento entró en vigor en el ámbito internacional el 18 de julio de 1978, pero para el Estado mexicano no fue sino hasta el 24 de marzo de 1981, previa su adhesión en esa misma fecha y su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, [https://www.unicef.org/panama/spanish/convencion\(3\).pdf](https://www.unicef.org/panama/spanish/convencion(3).pdf)

Convención sobre los derechos del niño, fue adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989, mismo que fue aprobado por el Senado de la República el 19 de junio de 1990, lo cual consta en el Diario Oficial de la Federación del 31 de julio de 1990. Dicho instrumento entró en vigor en el ámbito internacional el 2 de septiembre de 1990, pero para el Estado mexicano no fue sino hasta el 21 de octubre de 1990, previa su ratificación el 21 de septiembre de 1990 y su promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221

Corte IDH. Caso Servellón García y otros Vs. Honduras. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17

Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, publicado en su segunda edición en 2014, por la SCJN. <https://www.scjn.gob.mx/registro/formulario/protocolo-nna>

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES Y DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE ESPAÑA.

AP Barcelona 27 enero 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100078).

AP Barcelona 30 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100285);

AP de Las Palmas de 28 de febrero: de 2005,

AP Zaragoza 21 febrero 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100066).

AP Zaragoza 25 abril 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100176);
AP Zaragoza de 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100254);
SSTS, Civil, Sección 1ª, 19 Julio 2013, rec. 2964/2012 (ROJ: STS 4082/2013), 2
Julio 2014, rec. 1937/2013 (ROJ: STS 2650/2014).
STS de 1 de octubre de 2010
STS de 10 de enero de 2012
STS de 16 de febrero de 2015
STS de 17 de diciembre de 2013
STS de 18 de noviembre de 2014
STS de 19 de abril y de 25 de mayo de 2012
STS de 22 de julio de 2011
STS de 24 de octubre de 2014
STS de 25 de abril de 2014
STS de 26 de junio de 2015
STS de 29 de abril de 2013
STS de 29 de marzo de 2016
STS de 9 de septiembre de 2015.
STS, Civil, Sección 1ª, 13 abril 2016, rec. 1473/2015 (ROJ: STS 1638/2016).
STS, Civil, Sección 1ª, 2 Julio 2014, rec. 1937/2013 (ROJ: STS 2650/2014).
STS, Civil, Sección 1ª, 21 Sept. 2016, rec. 3282/2015 (ROJ: STS 4099/2016).
STS, Civil, Sección 1ª, 27 junio 2016, rec. 3698/2015 (ROJ: STS 3145/2016).
STS, Civil, Sección 1ª, 9 marzo 2016, rec. 1849/2014 (ROJ: STS 1159/2016).
SAP Alicante, Civil, Sección 6ª, 27 junio 2013, rec. 56/2013 (ROJ: SAP A
2646/2013).
SAP Barcelona 4 febrero 2015 (Id Cendoj: 08019370122015100070).
SAP Barcelona 8 abril 2014 (Id Cendoj: 08019370182014100233).
SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, 15 mayo 2015, rec. 800/2013 (ROJ: SAP B
5072/2015).
SAP Barcelona, Civil, Sección 12ª, y 2 julio 2015, rec. 1209/2013 (ROJ: SAP B
9678/2015).

SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 1 Marzo 2016, rec. 261/2015 (ROJ: SAP B 2544/2016)

SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 2 junio 2016, rec. 656/2015 (ROJ: SAP B 5969/2016).

SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 2 nov. 2015, rec. 1009/2014 (ROJ: SAP B 10895/2015).

SAP Barcelona, Civil, Sección 18ª, 23 Julio 2013, rec. 643/2012 (ROJ: SAP B 7810/2013).

SAP Burgos, Civil, Sección 2ª, 19 Feb. 2015, rec. 273/2014 (ROJ: SAP BU 88/2015

SAP Cádiz, Civil, Sección 5ª, 2 octubre 2013, rec. 225/2013 (ROJ: SAP CA 1252/2013).

SAP Castellón, Civil, Sección 2ª, 10 Oct. 2014, rec. 99/2014 (ROJ: SAP CS 1147/2014).

SAP de A Coruña de 3 de diciembre de 2015

SAP de A Coruña de 6 febrero de 2018 (Ar. JUR 2018\95375)

SAP de Asturias de 27 de enero de 2005, SAP de Barcelona de 10 de febrero de 2005, SAP de Madrid de 22 de febrero de 2005, SAP de Valencia de 1 de marzo de 2005, SAP de Asturias de 31 de marzo de 2005, SAP de Barcelona de 22 de junio de 2005, SAP de Valencia de 22 de julio de 2005, SAP de Baleares de 29 de junio de 2005 y SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2005.

SAP de Asturias de 31 de marzo de 2005,

SAP de Asturias de 4 de diciembre de 2015

SAP de Baleares de 13 de abril de 2004

SAP de Baleares de 29 de junio de 2005,

SAP de Barcelona de 10 de enero de 2007 (Ar. JUR 2007\178861)

SAP de Barcelona de 10 de febrero de 2005,

SAP de Barcelona de 11 de diciembre de 2007

SAP de Barcelona de 14 de mayo de 2008

SAP de Barcelona de 9 de junio de 2004

SAP de Castellón de 13 de julio de 2005,

SAP de Castellón de 13 de julio de 2005.
SAP de Córdoba de 10 de marzo de 2005,
SAP de Córdoba de 10 de marzo de 2005,
SAP de Córdoba de 14 de julio de 2003,
SAP de Córdoba de 16 de diciembre de 2003.
SAP de Córdoba de 26 de marzo de 2004 (Ar. JUR 2004\128515)
SAP de Córdoba de 26 de noviembre de 2008
SAP de Huelva de 15 de septiembre del 2000
SAP de Huesca de 10 de marzo de 2015 (Ar. JUR 2015\99674).
SAP de la Rioja de 28 de enero de 2004 (Ar. JUR 2004\80997).
SAP de La Rioja de 30 de enero de 2004
SAP de Las Palmas de 28 de febrero de 2005
SAP de León de 22 de febrero de 2008
SAP de Madrid de 11 de abril de 2007.
SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2005
SAP de Madrid de 16 de marzo de 2005,
SAP de Madrid de 18 de noviembre de 2004.
SAP de Madrid de 22 de febrero de 2005,
SAP de Madrid de 5 de julio de 2005
SAP de Madrid de 5 de julio de 2005,
SAP de Madrid de 9 de julio de 2004.
SAP de Málaga de 12 de febrero de 2008
SAP de Málaga de 14 de julio de 2005
SAP de Málaga de 16 de julio de 2003.
SAP de Murcia de 10 de mayo de 2002 y de 15 de diciembre de 2002.
SAP de Murcia de 14 de octubre de 2003 (Ar. JUR 2003\276360)
SAP de Murcia de 22 de enero de 2008, SAP de Barcelona de 25 de abril de 2008,
SAP de Barcelona de 24 de julio de 2008, SAP de A Coruña de 30 de julio
de 2008, SAP de Barcelona de 28 de julio de 2009 y SAP de Barcelona de
24 de noviembre de 2010.
SAP de Navarra de 13 de abril de 2005,

SAP de Navarra de 13 de abril de 2005,
SAP de Navarra de 28 de septiembre de 2012 (Ar. AC 2013\1378).
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2005.
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de enero de 2004,
SAP de Santa Cruz de Tenerife de 7 de abril de 2003
SAP de Valencia de 13 de febrero de 2003
SAP de Valencia de 21 de julio de 2005
SAP de Valencia de 21 de julio de 2005.
SAP de Valencia de 22 de julio de 2005
SAP de Valencia de 25 de enero de 2007, SAP de Málaga de 1 de marzo de 2007,
SAP de Barcelona de 8 de marzo de 2007, SAP de Huelva de 30 de marzo
de 2007, SAP de Valencia de 18 de junio de 2007, SAP de Madrid de 13 de
septiembre de 2013, SAP de Valencia de 27 de septiembre de 2007 y SAP
de Madrid de 24 de octubre de 2007.
SAP de Valencia de 26 de febrero de 2008
SAP de Valencia de 27 de marzo de 2007, SAP de Huelva de 30 de marzo de 2007,
SAP de Baleares de 27 de abril de 2007, SAP de Barcelona de 27 de abril de
2007, SAP de Barcelona de 24 de mayo de 2007, SAP de Madrid de 1 de
junio de 2007, SAP de Valencia de 26 de febrero de 2008 y SAP de Córdoba
de 26 de noviembre de 2008.
SAP de Valladolid de 13 de julio de 2004.
SAP de Zamora de 23 de noviembre de 2016.
SAP de Zaragoza de 23 de julio de 2012 (Ar. JUR 2012\287820).
SAP de Zaragoza de 8 de marzo de 2011 (Ar. JUR 2011\270953).
SAP Girona, Civil, Sección 1ª, 8 julio 2015, rec. 192/2015 (ROJ: SAP GI 847/2015).
SAP Girona, Civil, Sección 1ª, 8 julio 2015, rec. 192/2015 (ROJ: SAP GI 847/2015).
SAP León, Civil, Sección 2ª, 30 Enero 2015, rec. 389/2014 (ROJ: SAP LE 98/2015)
SAP Logroño, Civil, Sección 1ª, 15 Nov. 2013, rec. 245/2013 (ROJ: SAP LO
597/2013).
SAP Madrid, Civil, Sección 22ª 22 abril 2016, rec. 995/2015 (ROJ: SAP M
5919/2016)

SAP Madrid, Civil, Sección 22ª 7 junio 2016, rec. 1155/2015(ROJ: SAP M 7385/2016).

SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 15 diciembre 2015, rec. 1506/2015 (ROJ: SAP M 17617/2015),

SAP Madrid, Civil, Sección 22ª, 20 Feb. 2007, rec. 810/2006 (ROJ: SAP M 2469/2007).

SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 1 abr. 2015, rec. 881/2014 (ROJ: SAP NA 999/2015).

SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 19 Feb. 2014, rec. 85/2013 (ROJ: SAP NA 88/2014).

SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 23 dic. 2014, rec. 697/2014 (ROJ: SAP NA 1209/2014),

SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 4 mayo 2012, rec. 333/2011 (ROJ: SAP NA 505/2012),

SAP Navarra, Civil, Sección 2ª, 9 marzo 2015, rec. 370/2014 (ROJ: SAP NA 123/2015).

SAP Navarra, Sección 3ª, 21 enero 2016, rec. 610/2015 (ROJ: SAP NA 210/2016).

SAP Ourense, Civil, Sección 1ª, 17 junio 2016, rec. 103/2016 (ROJ: SAP OU 440/2016).

SAP Ourense, Civil, Sección 1ª, 17 junio 2016, rec. 103/2016 (ROJ: SAP OU 440/2016).

SAP Palencia, Civil, Sección 1ª, 20 Oct. 2015, rec. 212/2015 (ROJ: SAP P 286/2015).

SAP Segovia, Civil, Sección 1ª, 26 junio 2012, rec. 207/2012 (ROJ: SAP SG 245/2012).

SAP Teruel, Civil, Sección 1ª, 10 diciembre 2014, rec. 85/2014 (ROJ: SAP TE 147/2014).

SAP Zaragoza 17 diciembre 2013 (Id Cendoj: 50297370022013100441)

SAP Zaragoza 19 junio 2012 (Id Cendoj: 50297370022012100255)

SAP Zaragoza 25 febrero 2014 (Id Cendoj: 50297370022014100060)

SAP Zaragoza 29 mayo 2012 (Tol 2.555.903)

SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 22 Julio 2014, rec. 54/2014 (ROJ: SAP Z 1416/2014).

SAP Zaragoza, Civil, Sección 2ª, 24 febrero 2015, rec. 425/2014 (ROJ: SAP Z 306/2015).

Sentencia AP Valencia 16 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100345).

Sentencia AP Valencia 20 mayo 2013 (Id Cendoj: 46250370102013100347)

STSJ Aragón, Civil, Sección 1ª, 28 Sept. 2012, rec. 14/2012 (ROJ: STSJ AR 1121/2012).

STSJ Cataluña 20 diciembre 2010 (Id Cendoj: 08019310012010100079).

STSJ Cataluña 26 julio 2012 (Id Cendoj: 08019310012012100063).

STSJ Comunidad Valenciana 23 julio 2015 (Id Cendoj: 46250310012015100009)