

LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN MÉXICO.  
UNA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL\*

*THE GUARDIANSHIP AND SHARED CUSTODY IN MEXICO. A  
JURISPRUDENTIAL SOLUTION*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1434-1463*

\* La tutela exclusiva no impide del todo la relación personal del hijo con el padre sino lo penaliza. Cesare Massimo Bianca.

Gisela María  
PÉREZ  
FUENTES

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de octubre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

**RESUMEN:** El Derecho de Familia constituyó uno de los importantes temas de estudio del profesor Cesare Massimo Bianca, por ello en homenaje a su obra se dedica la investigación de la guarda y custodia compartida, tema de gran sensibilidad en la cual está presente el interés superior de la niñez y a la que el profesor le dedicó un análisis de suma importancia. El artículo elaborado en esta ocasión se fundamenta en la experiencia y realidad jurídica mexicana en la que esta institución comienza a afianzarse desde la perspectiva jurisprudencial más que legislativa, aunque empieza a estar presente, pero de forma débil en las leyes mexicanas.

**PALABRAS CLAVE:** Guarda y custodia; interés superior del menor; derecho civil mexicano.

**ABSTRACT:** *Family Law was one of the important topics of study of Professor Cesare Massimo Bianca, for this reason, in homage to his work, the investigation of joint custody and custody is dedicated, a subject of great sensitivity in which the best interests of the community are present. childhood and to which the teacher dedicated an analysis of the utmost importance. The article prepared on this occasion is based on the Mexican legal experience and reality in which this institution begins to take hold from a jurisprudential rather than a legislative perspective, although it is beginning to be present, but weakly, in Mexican laws.*

**KEY WORDS:** *Guardianship and custody, best interests of the minor, Mexican Civil Law.*

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.- III. CONSIDERACIONES DE SU IMPORTANCIA. UN HOMENAJE AL PROFESOR CESARE MASSIMO BIANCA A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.- IV. NORMATIVA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.- V. INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ.- VI. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.- 1. Elementos para determinar la guarda y custodia compartida.- 2. Naturaleza jurídica y modalidades de la guarda y custodia compartida.- 3. Aspectos que deben considerarse para fijar la guarda y custodia compartida.- VII. ESTUDIO DE CASO RESUELTO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MÉXICO: AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2618/2013.- 1. Antecedentes fácticos y jurídicos del caso.- 2. Problemática jurídica.- 3. Conclusión jurídica del caso.- 4. Análisis crítico de la sentencia. VIII. CONCLUSIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

La transición del derecho de familia en todos los países, en este caso en México es una realidad innegable que sacude a los Códigos Civiles y leyes propias del *civil law* que retrasan estas realidades sociales.

En el artículo se persigue como objetivo exponer una de estas novedades en el derecho de Familia a través de la existencia jurídica de la guarda y custodia compartida, conformada realmente a través del Poder Judicial de la Federación. Las legislaciones civiles siguen muy lentas en estos cambios y han sido las interpretaciones judiciales las que permiten estas nuevas instituciones que protegen el interés superior de la niñez en el derecho de familia.

La guarda y custodia compartida persigue precisamente este objetivo, evitar el trauma emocional de los menores cuando su familia deja de continuar existiendo tal y como el niño la veía todos los días. En una salida apropiada que debe tener respaldo jurídico y lo ha encontrado en México fundamentalmente a través de las posiciones realistas que utiliza el Tribunal Constitucional mexicano.

## II. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

¿Qué es la custodia compartida? La guarda y custodia son palabras de gran similitud aunque para algunos autores la custodia implique algo más que la guarda pues se entiende que la guarda es diligente y cuidadosa y se encuentra reforzada.

La guarda y custodia de los hijos consiste en una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado que tiene por objeto el cuidado,

### • Gisela María Pérez Fuentes

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México. Correo electrónico: giselapef@hotmail.com

educación y formación integral de aquel por parte de éste<sup>1</sup>. Debe reiterarse la distinción entre patria potestad y guarda y custodia aunque parece obvio a veces encontramos en la práctica homologaciones erróneas.

En México con la configuración actual de las relaciones paterno-filiales y la constitucionalización del derecho de familia, al incorporar el interés superior del menor en el artículo 4º de la Constitución mexicana<sup>2</sup>, la patria potestad ha dejado de ser un poder omnímodo del padre sobre los hijos. La patria potestad no se configura como un derecho del padre sino como una función que se le encomienda a los mismos 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 por otra parte, la vigilancia de los poderes públicos en el cumplimiento de la protección del menor y la progresividad de este último en cuanto a sus derechos, por cuanto el menor es titular de derechos en función de su nivel de madurez<sup>3</sup>.

La guarda y custodia es la especie de lo genérico que implica la patria potestad. La guarda y custodia consiste en que los hijos vivan y se formen con alguien, bajo su control y responsabilidad, es uno de los atributos de la patria potestad, pero ésta comprende también la obligación de velar y prestar alimentos, la representación legal y por tanto se asuma las responsabilidades y decisiones más trascendentes respecto de los hijos menores así como la administración de sus bienes. Por ello, se está velando en el ejercicio de la guarda y custodia por la formación futura y beneficio del menor en su integralidad y en el libre desarrollo de la personalidad.

Es un régimen en el que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos, bajo una modalidad flexible de custodia donde el cuidado de los niños y/o adolescentes queda dividido entre ambos padres de acuerdo a sus conveniencia y circunstancias particulares.

### III. CONSIDERACIONES DE SU IMPORTANCIA. UN HOMENAJE AL PROFESOR CESARE MASSIMO BIANCA A TRAVÉS DEL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO.

Con gran agrado tengo en mi poder el ensayo del profesor Cesare Massimo Bianca, titulado “La nueva disciplina en materia de separación de los padres y

1 RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “La guardia y custodia de los hijos” en *Derecho Privado y Constitución*, no 15, 2001, p. 282 y ss.

2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 28 de mayo de 2021.

3 Cfr. Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 42/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 19, junio de 2015, tomo I, p. 563.

custodia compartida: primeras reflexiones”<sup>4</sup>. El trabajo resultó según el propio autor un ensayo que es a mi criterio una clase magistral de la guarda y custodia en función del interés superior de la niñez. Las reflexiones del profesor en este ensayo se ven reflejadas en leyes de distintos países y en la jurisprudencia latinoamericana y por ello me permito destacar los principales criterios del profesor Bianca que se convierte en fundamento y principios de la guarda y custodia compartida para nuestras legislaciones cuando introduce sus comentarios a la ley italiana de 24 de enero de 2006 para casos de divorcio y nulidad del matrimonio, así como la cesación de convivencia.

La visión del profesor Bianca parte de la realidad familiar global: la crisis en la familia y su mirada al sujeto más importante de la misma: el hijo o hija, así como la relación que se establecerá cuando jurídicamente exista un pronunciamiento que concluya la convivencia familiar tal y como había sido inicialmente concebida.

Como señala el profesor, la crisis de la familia afecta principalmente a los más débiles, a los hijos menores. La protección de los débiles sociales aparece en el artículo 17 del Código Civil Federal de México, pero no con una mirada a la niñez, sino a los pobres o personas vulnerables. Así que la interpretación del profesor Bianca es extremadamente novedosa y sensible, pues como ha señalado, la tutela exclusiva no impide – refiriéndose a la guarda y custodia- del todo la relación personal del hijo con el padre que no es titular de la custodia, sino lo penaliza, y es cierto que el padre no titular de la custodia es marginado respecto a la esfera personal del hijo.

El profesor al que se le rinde homenaje explica acertadamente por qué la escasa fortuna de la guarda y custodia compartida ante los tribunales, en la que coincidimos, así sucede en la mayoría de los Códigos civiles de las entidades federativas en México<sup>5</sup>.

De igual forma se reconoce por el profesor los beneficios de la institución familiar en cuanto a:

- Las decisiones de mayor interés para los hijos son adoptadas por ambos padres.

- Garantizar el derecho a la identidad familiar en el crecimiento del menor.

4 BIANCA, C. M.: “La nueva disciplina en materia de separación de los padres y custodia compartida: primeras reflexiones” con traducción al idioma castellano, autorizada por el autor, de AGURTO GONZÁLEZ, C. y QUEQUEJANA MAMANI, S. L., en BIANCA, C. M., SIRENA, P. y PATTI, S., *Derecho privado moderno*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pp. 99 – 109.

5 Por ejemplo, el Código Civil de los estados de Chiapas, Colima, Estado de México y Guanajuato.

Un tema de gran sensibilidad en el ensayo en cuestión abordado por el profesor Bianca y que se ha analizado por la Corte Interamericana y por la Jurisprudencia mexicana es su consideración en cuanto a desaprobación la idea que sea otorgada la guarda y custodia por la riqueza de la familia, y expresa el profesor Bianca, se debe valorar la incidencia negativa del lujo de la educación del menor. En una consideración similar se concedió el amparo a una persona de bajos recursos, aunque las hijas continuaron con el padre con un mayor bienestar familiar no por la riqueza que proporcionaba, el asunto es motivo de estudio de caso en este trabajo<sup>6</sup>.

- Escucha del menor, señala el profesor Bianca que las provisiones de guarda y custodia compartida deben ser consideradas después de las mismas cuando el menor haya cumplido los 12 años.

En la generalidad de los Códigos civiles y familiares de México se establece el derecho fundamental del menor de ser escuchado en caso de convivencia por separación de los padres<sup>7</sup>.

El profesor Bianca se refiere a los acuerdos que deben quedar fijados y a los cuales el Juez debe darle seguimiento o de no existir incluirlos, - señala el maestro- en medida proporcional a sus ingresos; este elemento es algo complicado en economías emergentes por cuanto la persona que debe proveer el mantenimiento de los hijos, cuenta con otros ingresos por compensaciones que no aparecen en su salario mensual y el principio de la buena fe no resulta en estos tiempos un tema que todos cumplen pero sí se debe valorar la cuantía del mantenimiento como indica el profesor atendiendo a:

- a) Las actuales exigencias del hijo, en atención al principio de progresividad del menor.
- b) El desarrollo de la vida del hijo durante la convivencia con ambos padres.
- c) El tiempo de permanencia de cada progenitor.
- d) Los recursos económicos de ambos padres.
- e) El valor económico de las tareas domésticas y de cuidado asumidos por cada progenitor<sup>8</sup>.

6 Cfr. Tesis de jurisprudencia 1a./J.53/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, junio de 2014, tomo I, p. 217.

7 Cfr. Artículo 282 inciso B fracción III del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto, todos de 1928, última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 4 de agosto de 2021.

8 BIANCA, C. M.: *“La nueva disciplina en materia de separación de los padres y custodia compartida”*, cit., p. 106.

#### IV. NORMATIVA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

El ordenamiento jurídico mexicano es complejo y constitucionalizado, está conformado por treinta y dos Códigos Civiles de acuerdo con cada entidad federativa del país<sup>9</sup>. Además, se cuenta con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>10</sup>, Códigos de Familia y otras disposiciones en el ámbito familiar. En consideración a lo anterior es de reconocer que existen en el país varias posiciones en cuanto al establecimiento de la guarda y custodia de los menores; los supuestos previstos pueden clasificarse en tres:

- a) La guarda y custodia a favor de la madre en un rango de edad del menor<sup>11</sup>,
- b) No existe una suerte de idoneidad absoluta a favor de alguno de los progenitores,
- c) Reconocimiento de la guarda y custodia compartida<sup>12</sup>.

En estos términos aparecen en los siguientes Códigos que citamos como ejemplos:

##### I. Código Civil para el Distrito Federal.

Desde el 2004 fue publicada en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal una reforma en materia de guarda y custodia compartida, con posterioridad se ajustó la misma en los siguientes términos<sup>13</sup>:

“Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes...

9 La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el artículo 124 que las facultades que no están asignadas a la Federación se entienden reservada a los estados y entre las facultades de la Federación establecidas en el artículo 73 no se contempla la materia civil, que siempre se ha considerado reservada a cada entidad federativa.

10 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, cuya última reforma data del 11 de enero de 2021.

11 Por ejemplo, el Código Civil del Estado de Tabasco estipula aún: Artículo 453.- ...II.- Si los padres no llegan a ningún acuerdo: a) los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre; b) el juez decidirá quién se hará cargo de los mayores de siete años, pero menores de catorce. Vid. Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el periódico oficial el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 27 de febrero de 2021. En el Código Civil del Estado de México por su parte se señala: “Artículo 4.228. Guarda y custodia en la patria potestad. Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones: II. Si no llegan a ningún acuerdo: a) El otorgamiento de la guarda y custodia de menores de doce años quedará preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes.” Vid. Código Civil del Estado de México, publicado en el periódico oficial el 7 de junio de 2002, última reforma publicada el 27 de agosto de 2021.

12 El Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad México, estableció una reforma publicada en el 2008 al artículo 283 Bis. En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.

13 Reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 3 de octubre de 2008.

B. Una vez contestada la solicitud

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”.

Artículo 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

I. Todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación; a la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores”<sup>14</sup>.

Las reformas mencionadas tuvieron la finalidad de armonizar los derechos de los ascendientes y otros parientes con los menores porque sin lugar a duda estos tienen una esfera de protección insuficiente que pueden convertirlos en sujetos de condiciones de vulnerabilidad.

2. Código Civil del Estado de Jalisco.

“Artículo 415. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

...

II. Respecto de la guarda y custodia definitiva:

a) Por regla general será compartida, salvo que los cónyuges convengan quién la tendrá de manera exclusiva...

Artículo 560. La guarda y custodia de los hijos será compartida por sus padres...El acuerdo al que lleguen los padres será revisado por el Juez y en su caso aprobado cuando el mismo salvaguarde el interés superior de la niñez”<sup>15</sup>.

3. Código Civil de Puebla.

“Artículo 452.- En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida...el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos”<sup>16</sup>.

14 En cuanto a la guarda y custodia compartida, la reforma realizada se publicó en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 2 de febrero de 2007.

15 Código Civil del 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 6 de mayo de 2021.

16 Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, publicado en el Periódico Oficial el 30 de abril de 1985, última reforma publicada el 26 de marzo de 2021.



#### 4. Código Civil del Estado de Querétaro.

Artículo 261. Al admitirse la solicitud de divorcio o antes si hubiere urgencia, el juez proveerá provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, lo siguiente:

(...)

V. Poner a los hijos bajo la custodia de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de ellos o ambos. Si existe peligro para el normal desarrollo de los hijos deberán quedar provisionalmente al cuidado del cónyuge que no represente riesgo para el infante (...)<sup>17</sup>.

#### 5. Código Civil para el Estado de Quintana Roo.

“Artículo 814. Al admitirse la demanda de divorcio, se dictarán sin necesidad de audiencia previa o vista a las partes, las medidas provisionales pertinentes, mismas que subsistirán sólo mientras dure el juicio, conforme a las disposiciones siguientes:

(...)

VII. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia (...)<sup>18</sup>.

El contenido de las normas civiles vigentes tiene como principio rector el interés superior de la niñez para armonizar los legítimos derechos del padre y de la madre, todo ello sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por su educación y todos los derechos regulados en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como la ley relativa vigente en cada entidad federativa, donde se establece que se debe privilegiar en la medida de lo posible y siempre cuando ello no implique un riesgo para los menores.

Para el segundo supuesto relativo a la permanencia plena e ilimitada de los hijos con ambos padres, se deben atender diversos aspectos tales como la situación familiar que impera en el entorno del menor, el trato o la relación que guardan los padres entre sí, las circunstancias que en su caso dieron origen a la separación o al divorcio, la conducta de éstos para con los menores, cuestiones como el lugar de residencia de los padres, el de la escuela del menor, facilidad de traslado para

17 Código Civil del Estado de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 21 de octubre de 2009, última reforma publicada el 1 de junio de 2020.

18 Código Civil para el Estado de Quintana Roo, Código publicado en el Número Extraordinario del Periódico Oficial del Estado, el 8 de octubre de 1980, última reforma publicada en el periódico oficial el 30 de noviembre de 2020.

estos lugares, además de las diversas actividades que pudiera realizar el menor, entre otras.

Pueden darse circunstancias en las que no es procedente decretar la custodia compartida y otras en que por las circunstancias particulares del asunto no será posible determinar que los hijos permanezcan plena e ilimitadamente con ambos padres, pero la convivencia se manifiesta con otros elementos inherentes a la custodia como son la participación de ambos padres 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 principalmente de participar dichos padres activamente en la toma de decisiones inherente a su mejor desarrollo, relativa a su educación, formación moral y al control de sus relaciones con otras personas<sup>19</sup>.

## V. INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ.

En México, el 7 de abril de 2000, se reformó el artículo 4º constitucional donde se reconocen los derechos de niños y niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, así como la posibilidad de que puedan realizar el ejercicio pleno de sus derechos<sup>20</sup>.

La constitucionalización del derecho de Familia<sup>21</sup>, como se ha señalado anteriormente es el resultado de la reforma constitucional de los artículos 1º<sup>22</sup> y

19 Cfr. Tesis I.3o.C.645 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVI, octubre de 2007, p. 3120.

20 Reforma al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de abril de 2000, se adicionaron tres párrafos que textualmente decían: "Artículo 4º.- (...) Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez."

21 PÉREZ FUENTES, G. M.: "La constitucionalización del Derecho de Familia. Ponderación de principios a través de un estudio de caso" en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (Editora), *Filiación, gestión por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2021, pp. 135 – 173.

22 El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 1º de la Constitución Federal, para quedar de la siguiente forma: "Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad,

4º en el año 2011. La incorporación del principio de convencionalidad en el artículo 1º y del interés superior de la niñez en el artículo 4º, reforzó los tratados firmados por México como la Convención de los Derechos del Niño<sup>23</sup>.

La reforma constitucional de 12 de octubre de 2011 incorporó expresamente el interés superior de la niñez en el artículo 4º constitucional en los términos siguientes:

“Artículo 4o. (...) 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.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios”<sup>24</sup>.

Por su parte, el Poder Judicial de la Federación<sup>25</sup> ha definido el interés superior de la infancia como un principio implícito de rango constitucional, que ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez.

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>26</sup> protege también el interés superior de la infancia en principios que se adecuan a la guarda y custodia, tales como:

---

interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

- 23 La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por UNICEF- ONU, el 20 de noviembre de 1989 fue ratificada por México el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991, sin embargo es de reconocer que el comienzo de la Décima Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación le imprimió un respaldo jurisprudencial no visto anteriormente a este principio en todos los ámbitos jurídicos y por supuesto en el derecho familiar. Como ejemplo la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño de 2013, en cuanto a que el derecho del niño sea una consideración primordial, se convirtió en Jurisprudencia en México, al respecto Vid. Tesis: 2a./J. 113/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 69, agosto de 2019, tomo III, p. 2328.
- 24 El 12 de octubre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 4º de la Constitución Federal, a través del cual se reformaron los párrafos sexto y séptimo.
- 25 Cfr. Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 18/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, marzo de 2014, tomo I, p. 406.
- 26 Cfr. Artículos 2, 6 y 18 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

- Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

- Uno de los principios rectores de la ley, es el interés superior de la niñez.

- En todas las medidas concernientes a niñas, niños y adolescentes que tomen los órganos jurisdiccionales, autoridad administrativa 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.

## VI. SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.

En el sistema jurídico mexicano al más estilo propio del realismo jurídico, los juzgadores están salvando hace algún tiempo los vacíos legislativos que está dejando cada vez más la normativa jurídica civil representada por los Códigos y Leyes Familiares que a pesar de separarse formalmente de los Códigos no incluyen los cambios sociales que afectan al interés superior del menor y a la familia en sus distintas modalidades o tipos.

El interés superior del niño es uno de los principios rectores más importantes en el sistema jurídico internacional de los derechos del infante como forma de su integralidad, está mencionado de forma expresa en varios instrumentos internacionales, y por tanto es invocado por distintos órganos internacionales, por ejemplo, el artículo 3.I. de la Convención sobre los Derechos del Niño determina que cualquier medida asumida por las autoridades estatales primará de forma primordial el interés superior del niño. En varios artículos de la Convención se hace mención expresa al interés superior del niño<sup>27</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el interés superior del niño es un “punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos protegidos por este Instrumento jurídico y su observancia permitirá al niño el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades, siendo obligación del Estado y la sociedad la protección, y preservación de sus derechos”<sup>28</sup>.

El Comité para los Derechos del Niño ha señalado que el principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños y exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos como para promover

<sup>27</sup> Vid. Artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>28</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002*, de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, p. 62, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

su supervivencia, crecimiento y bienestar y de igual forma, apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño<sup>29</sup>.

La Suprema Corte de justicia mexicana ha reiterado en varios precedentes la importancia del principio del interés superior en la interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los derechos del niño, a saber:

a) "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: "la expresión 'interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"<sup>30</sup>.

b) "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS. El interés superior del menor implica, entre otras cosas tomar en cuenta aspectos dirigidos a garantizar y proteger su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos, como criterios rectores para elaborar normas y aplicarlas en todos los órdenes de la vida del menor, conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño; así pues, está previsto normativamente en forma expresa y se funda en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños, en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades; además, cumple con dos funciones normativas: a) como principio jurídico garantista y, b) como pauta interpretativa para solucionar los conflictos entre los derechos de los menores"<sup>31</sup>.

En conclusión, el Tribunal Constitucional mexicano ha destacado que el interés superior de la niñez cumple varias dimensiones o funciones normativas como:

29 Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No 7, Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia*, 2005, párrafo 13.

30 *Cfr. Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 25/2012, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XV, diciembre de 2012, tomo I, p. 334.

31 *Cfr. Tesis aislada 1a. CXXI/2012, Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IX, junio de 2012, tomo I, p. 261.

1. Pauta interpretativa aplicable a las normas y actos que tengan injerencias respecto de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

2. Como principio jurídico rector que exige una máxima e integral protección de los derechos cuya titularidad corresponde a un menor de edad.

A diferencia de la guarda y custodia representada por uno de los padres, siendo éste el que decida todo lo concerniente al menor, el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado a favor de la guarda y custodia compartida al señalar:

“El interés superior de los menores se ve más protegido cuando la guarda y custodia se comparte, 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; además 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 caso de divorcio, si se decreta por las condiciones existentes la custodia única. Por lo anterior se debe privilegiar en la medida de lo posible, contando con el material probatorio, la procedencia de la custodia compartida, ya que se considera como de mejor estatus para el desarrollo de los menores<sup>32</sup>.

## **I. Elementos para determinar la guarda y custodia compartida.**

En el contexto de la guarda y custodia, 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 formación y desarrollo de la libre personalidad del menor. Por ello, en México el Poder Judicial determinará en cada caso de no existir acuerdo, si será la madre o el padre o ambos, el responsable de la tutela que regirá preferente en beneficio del menor. Lo anterior significa que la decisión judicial al respecto no sólo deberá atender a aquel escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino, por el contrario, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que sea la más benéfica para él. La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del interés superior del menor, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta, la dinámica de las relaciones familiares es muy compleja y variada y es en dicha dinámica, así como las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia, la que determinará cuál es el sistema de custodia más beneficioso para los menores. Al respecto se puede señalar como conclusión, que la tutela del

32 Cfr. Tesis: II.Io.13 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, p. 2425.

interés preferente de los hijos exige, siempre y, en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en forma exclusiva o compartida a favor del padre o de la madre, que se revele como la más benéfica para el menor<sup>33</sup>.

## 2. Naturaleza jurídica y modalidades de la guarda y custodia compartida.

La guarda y custodia compartida es una institución novedosa en el derecho mexicano, no asimilada aún por todas las legislaciones de las entidades, no obstante, la misma demuestra el rol que está jugando el interés superior del menor como principio fundamental del derecho civil mexicano.

La naturaleza de esta institución no se concreta únicamente con la permanencia de los menores con ambos progenitores sino con la participación de estos en la toma de decisiones sobre las cuestiones relevantes de los niños de forma que se proteja su desarrollo físico y futuro beneficioso.

La guarda y custodia compartida es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos, y consecuentemente 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<sup>34</sup>.

Se han establecido distintas formas o modalidades de la guarda y custodia compartida atendiendo al lugar donde radican los menores y las circunstancias particulares de cada caso:

La primera de las modalidades se produce cuando los menores permanecen en el domicilio familiar antes de la separación o divorcio de los padres, aunque después de dicha separación el padre y la madre tengan domicilios diferentes. La relación entre padres e hijos se llevará en distintos momentos cuando los padres partiendo del domicilio común establecido por el juzgador, acudan al mismo para cuidar de los menores en cuanto a las actividades que desarrollan los mismos, garantizando también los derechos de alimentación, educación y salud entre otros.

La segunda modalidad es aquella en la cual ambos progenitores mantienen domicilios separados y es el menor el que cambia de domicilio de forma constante, 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.

33 Cfr. Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 53/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, junio de 2014, tomo I, p. 217.

34 Cfr. Tesis: 11.1o.11 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, p. 2426.

La naturaleza jurídica de la guarda y custodia compartida se identifica en cuanto ambos progenitores conservan el derecho de atender y asistir al infante totalmente, en el momento y lugar fijado por la resolución judicial, de una manera plena e ilimitada con los padres.

### 3. Aspectos que deben considerarse para fijar la guarda y custodia compartida.

Una vez que el juez determina la inexistencia de algún impedimento para que los padres puedan conservar la guarda y custodia compartida, el órgano jurisdiccional debe fundar y motivar con cuál de los progenitores cohabitarán los menores en el tiempo o la mayor parte de este, a partir de ese momento el juzgador considerando la verdadera existencia de la guarda y custodia compartida debe pronunciarse en los siguientes aspectos:

a) Destacar los días y horas en que los menores cohabitarán con cada padre, considerando las horas laborables de cada uno, 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 una verdadera guarda y custodia compartida donde se manifieste la naturaleza de la misma en cuanto a la participación de los progenitores en la toma de decisiones de las cuestiones relevantes que incidan en la protección y desarrollo físico y espiritual de los hijos.

b) Satisfacer de forma conjunta la totalidad de las necesidades de éstos.

c) Estar atentos a la educación y actividades que permitan el desarrollo integral del niño y todos sus derechos fundamentales.

d) Garantizar y cumplir el derecho de convivencia con los hijos, de relacionarse con ellos, en las horas, días y momentos adecuados para los menores.

## VII. ESTUDIO DE CASO RESUELTO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MÉXICO: AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2618/2013.

### I. Antecedentes fácticos y jurídicos del caso<sup>35</sup>.

En un juicio de controversias del estado civil de las personas y del derecho familiar, la madre de dos niñas demandó a su favor la guarda y custodia de las menores, el pago de una pensión alimenticia y el establecimiento de un régimen de visitas entre las niñas y el demandado. El padre reconvino solicitando la pérdida

35 Vid. Amparo Directo en Revisión 2618/2013, de 23 de octubre de 2013, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de justicia de la Nación.



de la patria potestad de la madre, la guarda y custodia de las niñas y un régimen de visitas con la demandada.

El Juez dictó sentencia definitiva en la que resolvió: a) disolver el vínculo matrimonial, b) absolver a la actora de la pérdida de la patria potestad; c) conceder la guarda y custodia de los menores al padre, d) decretar un régimen de visitas y convivencia a favor de la madre y e) acudir a terapias psicológicas orientadas a la educación sexual y a terapias de alcohólicos anónimos a la madre.

Inconformes ambas partes con la sentencia interpusieron recurso de apelación ante la Sala Colegiada correspondiente, quien resolvió confirmar parte de la sentencia y modificar: Conceder la guarda y custodia a la madre b) Decretar un régimen de visitas y convivencias a favor del padre, c) Restringir a un tío de forma absoluta el contacto con las menores por cuanto se le imputa haber abusado sexualmente de las niñas, d) Decretar una pensión alimenticia a favor de la madre así como de sus menores hijas y e) Ordenar tanto a las partes como a sus hijas que tomen terapias psicológicas.

El padre solicitó amparo y protección de la Justicia Federal contra la anterior sentencia. La parte quejosa invocó la violación de los artículos 1º, 14 y 16 constitucionales, al afirmar que la Sala responsable valoró indebidamente las pruebas al otorgar la guarda y custodia a la madre considerando que goza de capacidad y plenitud suficiente para ser titular de la guarda y custodia, al constar en autos que la madre padece de problemas psicológicos (neurosis depresiva). Por otra parte, se alegó que el Tribunal de apelación no tomó en cuenta las manifestaciones de la menor de 12 años.

El quejoso – padre de las menores – alegó que no procedía el pago de una pensión alimenticia a favor de la madre pues la misma cuenta con ingresos propios. En cuanto a lo procedente solicitado era la restitución de la guarda y custodia a favor del padre quejoso en el Juicio de Amparo y el establecimiento de un régimen de visitas a favor de la madre.

El Tribunal Colegiado que conoció del asunto resolvió conceder el amparo al quejoso, tomando en consideración, entre otros factores, que la madre padecía lupus y artritis, lo que hacía conveniente que las menores se quedaran al cuidado de su progenitor. Asimismo, el Tribunal Colegiado refirió que, derivado de la prueba pericial en trabajo social, el padre tenía mejores condiciones económicas y sociales para ejercer la guarda y custodia.

En contra de dicha resolución, la madre de las niñas interpuso recurso de revisión, argumentando las siguientes violaciones<sup>36</sup>:

a) Inobservancia del contenido del artículo 4º Constitucional.

b) Inobservancia de los artículos 1, 8, 11, 17, 19 y 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos pues discriminaron a la recurrente por razón de su salud y condición económica, toda vez que el Tribunal Colegiado atendió estas circunstancias discriminatorias y resolvió el fondo del asunto considerando que la madre no estaba en condiciones para ejercer su derecho a cuidar de sus hijas.

c) El Tribunal Colegiado centró su argumento en la condición de salud de la recurrente, cuando en realidad no quedó demostrado que las enfermedades que padece le impidan jugar con sus hijas, cuidarlas o custodiarlas siendo los operadores judiciales los que llegaron a tal conclusión.

d) Al considerar la situación económica para otorgar la guarda y custodia, se sostuvo en la resolución impugnada que la falta de dinero por sí misma implica de forma natural que el padre económicamente menos favorecido no pueda tener la justicia a su favor, conclusión violatoria a todas luces de los derechos humanos. Todo lo anterior permite concluir que la resolución carece de justificación objetiva, razonable y legal.

e) La madre alega además que se debió ajustarse la sentencia a lo que establece el Código Civil de la entidad en cuanto dispone que los menores de 10 años deben quedar al cuidado de la madre.

El Colegiado que conoció el asunto decidió remitir el recurso ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, donde se registró el Amparo Directo en Revisión 2618/2013, considerando que el recurso cumple los requisitos de procedencia en tanto debe interpretarse el interés superior del menor contenido en el artículo 4º constitucional en relación con el derecho a la no discriminación previsto en el artículo 1º de la Constitución mexicana.

## 2. Problemática jurídica.

*¿Cómo valorar el interés superior de la niñez en caso de separación o divorcio de los padres para establecer la guarda y custodia?*

Todas las problemáticas planteadas consisten en determinar el alcance del interés superior de la infancia y el desarrollo de los principios de igualdad y no discriminación. En cuanto al interés superior como eje rector de las resoluciones

36 Vid. Amparo Directo en Revisión 2618/2013, cit., pp. 9-11.

judiciales sobre guarda y custodia, es un deber del juzgador privilegiar este principio -señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación - el interés superior de la niñez queda sustentado tanto en la Constitución como en el derecho internacional.

Por ejemplo, si es cierto que el artículo 4228 del Código Civil del Estado de México, señala que si no se llega a un acuerdo respecto a la guarda y custodia, los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor; la interpretación que ha dado la Primera Sala de la Corte a este precepto en otras resoluciones similares<sup>37</sup> destaca que esta posición normativa resulta constitucional, siempre y cuando se interprete a la luz del interés superior de los menores y del principio de igualdad.

En primer término, es necesario señalar que al momento 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, cabría agregar, este criterio proteccionista debe reflejarse también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos. En esta lógica, el legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor; sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta *per se*, la persona más preparada para tal tarea.

En los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre. Y no sólo nos referimos a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino, y como lo han sostenido diversos especialistas en la materia a nivel internacional, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro, esta determinación jurídica responde a un compromiso internacional del Estado mexicano contenido en el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pero pasado cierto periodo de tiempo, se opera un progresivo proceso de individualización del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores. El menor necesita tanto de su madre como de su padre, aunque de modo diferente, en función de la edad; ambos progenitores deben

---

37 Vid. Amparo Directo 1573/2011, de 7 de marzo de 2012, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

hacer posible y propiciar la presencia efectiva de esas funciones simbólicas en el proceso de maduración personal de los hijos<sup>38</sup>.

De lo anterior se infiere y puede afirmarse que la guarda y custodia no deberá ser otorgada, en automático y sin más razonamiento a la madre, a pesar de la preferencia establecida por el legislador. En esta decisión judicial debe estar presente el interés superior del niño pero no de forma general y abstracta, sino valorando las complejas relaciones de los integrantes de la familia, y para ello se debe indagar lo que resultará más beneficioso no sólo en el presente sino y principalmente en el futuro. Para ello debe valorarse cuál será la tutela del interés preferente de los hijos, sea esta exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre, que se revela como la más idónea para el menor.

### 3. Conclusión jurídica del caso.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación arribó de acuerdo a los problemas planteados a las siguientes conclusiones basadas en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece en su último párrafo:

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

a) En principio el Tribunal Colegiado consideró correctamente el interés superior de la infancia cuando valoró que la guarda y custodia no debía otorgarse de forma automática a la madre, sin antes valorar qué situación resultaba más benéfica para las niñas.

b) Evaluación de la condición de salud y situación económica de la madre.

El Poder Judicial de la Federación ha valorado que cuando la asignación de derechos se basa en alguna de las categorías protegidas por el último párrafo del artículo 1º constitucional, como la salud, se considera que existe una sospecha que existe discriminación por esa razón. El análisis y valoración deben ser extremadamente cuidadosos porque sobre ellas pesa la sospecha de ser inconstitucionales.

38 Cfr. Tesis aislada Ia. XCVI/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VIII, mayo de 2012, tomo I, p. 1095.

En el caso en cuestión la máxima instancia valora si existió un nexo causal entre la salud y situación económica de la madre y determinación de guarda y custodia con el siguiente resultado: efectivamente en la sentencia de análisis, se concluyó que la progenitora no se encuentra en las mejores condiciones de salud por las enfermedades que se generan en su estado emocional y físico que no es el más conveniente para atender la alta responsabilidad que implica el cuidado de las menores.

Es de señalar que el Tribunal Colegiado no pudo justificar el grado de daños en el cuerpo que producen las enfermedades como el lupus. Por otra parte se estableció por el Tribunal sujeto a control constitucional que la madre padece de neurosis pero que no toma pláticas que le permitan controlar este síndrome: El tribunal analizado concluyó que las enfermedades en ocasiones la imposibilitan físicamente para atender y estar pendiente de las necesidades de las niñas.

c) Medio o recurso económico.

En este criterio el Tribunal Colegiado analizado se sustentó en una prueba pericial en trabajo social en la que se concluye que el padre tiene mejores condiciones económicas y sociales, basado ello en sus actividades laborales, condiciones del inmueble donde habita, entorno familiar.

Los dos criterios anteriores definieron que el Tribunal Colegiado otorgara la guarda y custodia al padre de las niñas, ello a pesar que las menores vivirán en el domicilio del padre, así como que las menores fueron objeto de tocamientos por un tío materno cuando la madre las dejaba bajo su cuidado.

d) Principio de igualdad y prohibición de discriminación.

El principio constitucional de igualdad jurídica fue analizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, utilizando como analogía metodológica el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo<sup>39</sup>, decisión que evaluó la Primera Sala en cuanto a si existió un trato discriminatorio con respecto a la madre y si el mismo afectaba el interés superior del menor.

Por otra parte, en México se aplica el principio de convencionalidad como obligatorio que está reconocido en el orden jurídico internacional en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los siguientes términos<sup>40</sup>:

39 Cfr. Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 170. La Corte Interamericana evaluó la existencia de una diferencia de trato basada por la orientación sexual de la madre y si la misma constituyó una discriminación. El término diferencia de trato fue usado en el sentido de si la pérdida de la tutela se fundó analógicamente a una categoría sospechosa de discriminación y por tanto una violación a este principio.

40 Proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

“Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Artículo 3. Los Estados Partes se comprometen a respetar y a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Pero se ha analizado que existe discriminación en cualquier tratamiento del Estado frente a la persona, pues no pueden perseguirse fines arbitrarios, caprichosos, despóticos, o que de alguna manera afecten la unidad y dignidad de la naturaleza humana. Será discriminatoria la asignación de derechos si éstos se confieren distinguiendo situaciones de manera injustificada.

En el orden nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en otras sentencias que si bien es cierto que los principios de igualdad ante la ley y no discriminación se encuentran estrechamente vinculados, no son idénticos<sup>41</sup>.

La Corte mexicana ha insistido reiteradamente que el interés superior del niño es en sí mismo un fin legítimo e imperioso, además se insiste en que cuando se trata del interés superior del niño, los órganos jurisdiccionales deben realizar un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión, lo anterior se justifica con un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño o niña en cuestión y no una conclusión basada en criterios especulativos. La situación de riesgo que se alegue debe ser probada y evitar por otra parte que se asuman estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres que se cataloguen como categorías protegidas por la Constitución.

41 Cfr. Tesis Aislada 1a. CXLV/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XI, agosto de 2012, tomo I, p. 487.

La Primera Sala de la Corte analizó la ponderación de la salud de la madre a partir de dos aspectos: salud física y mental. Sobre la salud física, el Tribunal Colegiado señaló que: la madre se encuentra enferma de lupus y artritis, y si bien no se pudieron justificar el grado de daños en el cuerpo así como el tratamiento para su control, si es cierto que se necesitan cuidados especiales, así que con respecto a este tema lo conveniente era que las menores quedaran bajo el cuidado de su progenitor.

En la Primera Sala se valoró que no se comprobó en el caso concreto con una evidencia técnica o científica, el grado de afectación de salud de la madre y la manera en que dicha circunstancia la convirtiera en menos idónea para cuidar a sus menores hijas, por lo que dicha decisión constituye un trato discriminatorio en contra de la mamá; razón por la cual se le concedió el amparo a la progenitora.

En cuanto a la salud mental de la señora, el Tribunal Colegiado cuestionado por la Primera Sala de la Corte, evaluó diversos dictámenes periciales con base a los cuales se determinó que si bien la madre puede convivir con las menores, no se encontraba en las mejores condiciones para hacerse cargo de ellas. En este caso la Primera Sala consideró adecuada la medida. En cuanto a la situación económica no se refirió a que el padre se encontrara en una mejor situación económica, sino que evaluó las condiciones de los inmuebles, las actividades profesionales, las redes de apoyo familiar, todo basado en evidencias técnicas para argumentar lo más beneficioso para las menores, privilegiando su interés superior.

La Primera Sala concluyó que si bien la sentencia del Tribunal Colegiado pretendía la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la ponderación de la salud física de la madre fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la situación de riesgo que dicha condición colocaba a las menores no estuvo basada en pruebas técnicas o científicas, decisión que constituyó un trato discriminatorio en contra de la hoy recurrente por lo que se otorga el amparo a la madre pero ello no implica exactamente que deba revocarse la decisión final del Tribunal Colegiado.

#### **4. Análisis crítico de la sentencia.**

Uno de los temas que realmente no fueron profundizados en este caso fue el real escrutinio estricto del artículo 4.228, fracción II, inciso a) del Código Civil del Estado de México, en cuanto a la letra señala:

“Artículo 4.228. Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:

(...)

II. Si no llegan a algún acuerdo, el Juez atendiendo a los elementos de prueba que obren en el sumario, con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de psicología familiar que oficiosamente habrán de paracticárseles y habiendo escuchado a la niña, niño o adolescente determinará:

a) El otorgamiento de la guarda y custodia de menores de doce años quedará preferentemente al cuidado de la madre y atendiendo al interés superior de las niñas, niños y adolescentes<sup>42</sup>.

En este caso la Primera Sala a través del caso analizado en el Amparo Director en Revisión 2618/2013, menciona la situación de riesgo que puede provocar dejar a unas menores al cuidado de un progenitor que no garantiza su cuidado, y ello no garantiza ni privilegia el interés superior de la niñez, la propia sentencia hace mención a dos amparos directos en revisión<sup>43</sup>, donde se insiste que la aplicación del principio *pro persona*, en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona. Lo anterior en función que basta que se ponga en riesgo al menor para comprometer los derechos de los infantes, sin necesidad de actualizar el daño. Por otra parte, en los precedentes antes citados se ordena a las autoridades estatales que la protección de los derechos de la niñez se realice a través de medidas reforzadas o agravadas, y que los intereses de los niños deben protegerse con mayor intensidad cuando aumente el riesgo para que los menores se vean afectados.

Debe destacarse que en este contexto jurídico la existencia de riesgo se configura como una situación en la que la ocurrencia de un acontecimiento sea verdaderamente probable, real y cierto. Por lo anterior, en el tema de guarda y custodia evitar el riesgo se vincula con lo que resulte más beneficioso para el niño, evitando que el niño se encuentre en una situación de peligro por las circunstancias que posee el progenitor a que se define su cuidado.

En un particular razonamiento, si la sentencia dictada reconoce que existen diversas razones por la cual el padre es la figura idónea para ejercer la guarda y custodia, no era necesario crear falsas expectativas a la madre al concederle el amparo, para señalar en la propia sentencia que no era necesario cambiar la resolución judicial del Colegiado que concedió al padre la guarda y custodia, y que se apoyó en la salud de la madre pero también en otros dictámenes en los cuales se explica por peritos que la progenitora no se encuentra involucrada en la

42 Vid. Artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México.

43 Vid. Amparo Directo en Revisión 12/2010, de 2 de marzo de 2011 y Amparo Directo en Revisión 1038/2013, de 4 de septiembre de 2013.



educación y desarrollo de sus hijas, que manifestaron además que su papá estaba al pendiente de ellas y que de igual forma se sentían felices al estar en el ambiente paterno.

## VIII. CONCLUSIONES.

De todos los cambios en el ámbito internacional que están ocurriendo en el derecho, uno de los más profundos es sin duda el vinculado al derecho de familia partiendo de la protección constitucional e internacional que se le brinda a la persona más débil en el tipo familiar que tratemos: el menor, por ello el principio del interés superior de la niñez, a partir de la Convención del Niño ha tenido una repercusión innegable en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo.

En México la reforma de 11 de Junio de 2011 introdujo un refuerzo jurídico estructural en lo que sigue siendo el núcleo central de la sociedad: la familia con sus distintas características y el trato que debe dársele al niño, niña o adolescente que vive en ella cuando se encuentra estructurada o cuando por razones de la pareja, la familia sufre una separación que debe afectar en lo mínimo posible a los niños.

La guarda y custodia compartida ha sido una solución jurídica muy atinada que se propone ahora con la máxima de proteger el interés superior de la niñez, desde nuestra infancia conocimos a padres separados que en días de vacaciones trasladaban al menor del hogar común pero como ha establecido el Poder Judicial de la Federación en México, eso no es guarda y custodia compartida.

En el difícil momento de determinar la guarda y custodia del menor en caso de separación de los padres, el juez ha de valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio, y no sólo el menos perjudicial, para el desarrollo integral de la personalidad del menor.

El Poder Judicial de la Federación ha afirmado que se configura una categoría sospechosa cuando se configura uno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1º de la Constitución mexicana. A tales efectos, el juez debe atender los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que existen en una familia, de forma que se pueda identificar qué es lo mejor para los hijos, para su desarrollo integral, personalidad, formación psíquica y física.

Los elementos señalados, no obstante deben ser criterios orientadores no definitorios, pues en otra parte de la balanza deben encontrarse las necesidades de atención, cariño, alimentación, educación y ayuda escolar, así como la existencia de un clima de equilibrio para su desarrollo y las pautas de conducta de su entorno

a través de sus progenitores, es decir la existencia de un buen ambiente familiar y social y quién puede ofrecerle más en ese sentido, de igual forma si existe un rechazo o una especial identificación con alguno de los padres.

## BIBLIOGRAFÍA

BIANCA, C. M.: “La nueva disciplina en materia de separación de los padres y custodia compartida: primeras reflexiones” con traducción al idioma castellano, autorizada por el autor, de AGURTO GONZÁLEZ, C. y QUEQUEJANA MAMANI, S. L., en BIANCA, C. M., SIRENA, P. y PATTI, S., *Derecho privado moderno*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018.

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No 7*, Realización de los Derechos del Niño en la primera infancia, 2005, párrafo 13.

PÉREZ FUENTES, G. M.: “La constitucionalización del Derecho de Familia. Ponderación de principios a través de un estudio de caso” en GONZÁLEZ MARTÍN, N. (Editora), *Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2021.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “La guardia y custodia de los hijos” en *Derecho Privado y Constitución*, no 15, 2001.

## LEGISLACIÓN

Código Civil del 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 6 de mayo de 2021.

Código Civil del Estado de México, publicado en el periódico oficial el 7 de junio de 2002, última reforma publicada el 27 de agosto de 2021.

Código Civil del Estado de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial del Estado el 21 de octubre de 2009, última reforma publicada el 1 de junio de 2020.

Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto, todos de 1928, última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 4 de agosto de 2021.

Código Civil para el Estado de Quintana Roo, Código publicado en el Número Extraordinario del Periódico Oficial del Estado, el 8 de octubre de 1980, última reforma publicada en el periódico oficial el 30 de noviembre de 2020.

Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el periódico oficial el 9 de abril de 1997, última reforma publicada el 27 de febrero de 2021.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, publicado en el Periódico Oficial el 30 de abril de 1985, última reforma publicada el 26 de marzo de 2021.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 28 de mayo de 2021.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, cuya última reforma data del 11 de enero de 2021.

## JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Amparo Directo 1573/2011, de 7 de marzo de 2012, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Amparo Directo en Revisión 1038/2013, de 4 de septiembre de 2013.

Amparo Directo en Revisión 12/2010, de 2 de marzo de 2011.

Amparo Directo en Revisión 2618/2013, de 23 de octubre de 2013, resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002*, de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, p. 62, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

Tesis Aislada 1a. CXLV/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XI, agosto de 2012, tomo 1, p. 487.

Tesis aislada 1a. CXXI/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro IX, junio de 2012, tomo 1, p. 261.

Tesis aislada 1a. XCVI/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro VIII, mayo de 2012, tomo 1, p. 1095.

Tesis de jurisprudencia 1a./J.53/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, junio de 2014, tomo 1, p. 217.

Tesis de jurisprudencia: Ia./J. 18/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, marzo de 2014, tomo I, p. 406.

Tesis de jurisprudencia: Ia./J. 25/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XV, diciembre de 2012, tomo I, p. 334.

Tesis de jurisprudencia: Ia./J. 42/2015, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 19, junio de 2015, tomo I, p. 563.

Tesis de jurisprudencia: Ia./J. 53/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 7, junio de 2014, tomo I, p. 217.

Tesis I.3o.C.645 C, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVI, octubre de 2007, p. 3120.

Tesis: 2a./J. 113/2019, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 69, agosto de 2019, tomo III, p. 2328.

Tesis: II.Io.II C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, p. 2426.

Tesis: II.Io.I3 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 10, septiembre de 2014, tomo III, p. 2425.

## TRATADOS INTERNACIONALES

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por UNICEF- ONU, el 20 de noviembre de 1989.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

