

LA APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS  
Y ADOLESCENTES EN EL CASO DEL DIVORCIO DE SUS  
PROGENITORES

*THE APPLICATION OF THE SUPERIOR INTEREST OF CHILDREN AND  
ADOLESCENTS IN THE CASE OF THE DIVORCE OF THEIR PARENTS*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 13, agosto 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 162-193*

Eduardo OLIVA  
GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 16 de julio de 2020

**RESUMEN:** Cuando en la relación matrimonial surgen las desavenencias entre la pareja, la discusión, la intolerancia, la falta de interés de continuar la vida en común, la terminación de los sentimientos y afectos que mantenían vigente la unión matrimonial, aparece la figura jurídica del divorcio como una solución efectiva y cierta frente a la problemática que vive la pareja. En estas condiciones, el divorcio disuelve la unión matrimonial, sin embargo, la terminación del matrimonio no pone fin a las relaciones familiares, la familia subsiste más allá del divorcio; la disolución no debe afectar las relaciones entre madre y padre con relación a sus hijos –niñas, niños y adolescentes–, por ello, el divorcio no viene solo, le acompañan una serie de efectos y consecuencias jurídicas.

En el presente trabajo se hace la revisión y estudio de las consecuencias jurídicas que provoca el divorcio en relación con los hijos del matrimonio disuelto, en lo específico, en los temas relacionados con la guarda y custodia. Indudablemente el tema es complejo puesto que la disolución del vínculo matrimonial provoca una serie de consecuencias en las relaciones personales entre padres e hijos, la convivencia diaria se fractura y los hijos –niñas, niños y adolescentes– pueden llegar a sufrir un grave distanciamiento con alguno de sus padres y con ello, daños psicoemocionales y sociales. La reglamentación jurídica de la guarda y custodia debe ser atendida siempre bajo una visión de reconocimiento, respeto y protección total a los derechos de niñas, niños y adolescentes; el interés superior de ellos debe ser entendido y aplicado como el principio rector para que sus derechos se mantengan en la mejor de las condiciones ante la separación de sus padres, procurando en todo momento evitar cualquier tipo de afectaciones en su sano desarrollo físico, psicoemocional y social.

**PALABRAS CLAVE:** Divorcio; guarda y custodia; interés superior del niño.

**ABSTRACT:** *When a marriage starts going through discussions, fights, intolerance, and a lack of interest in keep sharing a life, with the end of love and mutual affections, divorce appears as an effective and accurate solution before the problems that the couple is facing. Under these circumstances, divorce ends the marriage, but its ending doesn't mean the conclusion of the ongoing family relationship, since family subsists even after divorce. The ending of a marriage shall not affect the relationships that the parents have with their children –girls, boys and teenagers– which is why divorce doesn't come alone, but together with diverse juridical effects and consequences.*

*The following paper reviews and studies the juridical consequences that divorce causes regarding the relationship between the children and the now annulled marriage, specifically within the subject of guard and custody of the kids. There is no doubt of the complexity of the subject, since the termination of the marriage entails a series of consequences that directly affect the relationships between parents and children, including the rupture of the former shared living, and the possibility of distancing between the family members, particularly that of the kids with one of their parents, which might result in a psychological, emotional and social damage for the children. Juridical regulation of guard and custody must always be approached under the light of recognition, respect and total protection of the rights of children and adolescents, of whom the superior interest must be understood and applied as the guideline so that their rights stay under the best circumstances in spite of their parents separation, seeking to avoid any sort of affection to their physical, psychological, emotional or social development.*

**KEY WORDS:** Divorce; guard and custody; child superior interest.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.- III. EL DIVORCIO.- 1. Concepto.- 2. Efectos jurídicos.- A) Efectos provisionales.- B) Efectos definitivos.- IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO CON RELACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.- 1. La guarda y custodia.- 2. La guarda y custodia monoparental de hecho.- 3. La guarda y custodia monoparental de derecho.- 4. La custodia compartida.- A) Custodia compartida con residencia de los hijos permaneciendo en el mismo domicilio familiar.- B) Custodia compartida con cambio de residencia de los hijos.- V. CONSIDERACIONES FINALES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

La unión matrimonial genera, indiscutiblemente, una serie de transformaciones, modificaciones y adecuaciones en la forma de ser y en la forma de comportarse del ser humano; en el ámbito jurídico, provoca consecuencias contempladas en la ley que la pareja debe afrontar con respeto y responsabilidad, con madurez y con la disposición continua de preservar el vínculo matrimonial que les une puesto que, indudablemente, se presume que éste se celebró tomando como base los afectos, sentimientos y con la intención de lograr una vida en común.

Los cónyuges en muchos de los casos, por diversidad de razones, sentimientos y emociones, no logran los fines por los que se unieron en matrimonio, provocando con ello, la desunión de la pareja, la intolerancia, la falta de comprensión, el desinterés de la convivencia en común, el desamor, presentándose en tal momento, el divorcio.

El divorcio aparece dentro de este contexto como una solución efectiva a la problemática personal y familiar que viven los cónyuges o, por lo menos, uno de ellos, el divorcio es una de las consecuencias jurídicas del matrimonio, no forzosa pero siempre posible.

En el presente trabajo se hace una revisión sobre los efectos jurídicos que provoca el divorcio, en lo particular, respecto a los efectos entre progenitores –madres/ padres- e hijos –niñas, niños y adolescentes– de manera específica, por cuestiones de delimitación de la investigación, en lo que se refiere a la reglamentación jurídica

### • Eduardo Oliva Gómez

Doctor en Derecho. Profesor Investigador de Tiempo Completo Titular B, adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, actualmente al frente de la Dirección de la misma, de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI-I. Correo electrónico: macalae2000@yahoo.com.mx

del ejercicio de la guarda y custodia, tomando en consideración y sustento para ello, el interés superior del niño, por constituir un derecho humano reconocido en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, así como, en consecuencia, en el sistema jurídico mexicano, dado que, como lo destaca Pérez Fuentes, "México suscribió la Convención de los Derechos del Niño desde 1990, lo cual significa que sus disposiciones forman parte del derecho positivo mexicano"<sup>1</sup>.

El estudio lo hago, por cuestiones metódicas, desde el enfoque socio-jurídico, antropológico y psicológico, puesto que, los temas relacionados con el derecho de las familias<sup>2</sup>, por su naturaleza misma, se encuentran íntimamente relacionados con las transformaciones sociales y personales, por ello, el análisis debe superar el pensamiento reduccionista y pasar al pensamiento complejo, esto es, de manera multidisciplinaria.

Es conveniente precisar que, respecto a los textos legales son motivo de análisis, además de instrumentos jurídicos internacionales, la reglamentación contenida en el Código Civil vigente para la Ciudad de México, por ser en el sistema jurídico mexicano, el más representativo en la materia, por la influencia que ejerce sobre las demás legislaciones de las entidades federativas de la República mexicana al tratarse de la ciudad capital del país, así como también será motivo de revisión, la contenida en las tesis y jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## II. EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.

Siendo la parte central del presente trabajo, la revisión y análisis de la aplicación del interés superior del niño –niñas, niños y adolescentes- en el caso del divorcio de sus progenitores –madres/padres-, por orden metódico, considero necesario hacer un estudio de su concepto y caracterización.

---

1 PÉREZ FUENTES, G. M.: "La defensa de los menores frente a las agresiones de los medios de comunicación", *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19, p. 185.

2 Considero oportuno mencionar que el concepto e identificación tradicional del derecho de familia, ha sido motivo de revisión, sobre todo en las dos últimas décadas, proponiendo el tránsito que lo hace pasar del derecho de familia, al concepto de derecho de familias o, derechos de las familias, corriente doctrinal sobre la cual he manifestado el adherirme a ella en otros espacios académicos y de la investigación, exponiendo mi postura y convicción ideológica de emprender de manera inmediata el referido tránsito con el fin de lograr la construcción de un concepto pluralista, democratizador, incluyente y sustentado en un contexto de derechos humanos; postura que así he manifestado en diversos foros científicos, vélgase citar entre ellos, la ponencia expuesta en el Congreso Internacional de Derecho Civil, celebrado en la ciudad de Salamanca, España en el mes de octubre de 2018, con motivo de los festejos por el octavo centenario de la Universidad de Salamanca. Vid. OLIVA GÓMEZ, E.: "El tránsito del concepto de derecho de familia al concepto de derecho de familias o, derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI", en AA.VV.: *Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca. Ius Civile Salmanticense* (coord. por E. LLAMAS POMBO), Tirant lo blanch y Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018, pp. 1149-1162.

Es importante de inicio destacar, que el interés superior del niño, si bien encuentra su momento de máximo reconocimiento en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup> aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/44/25 adoptada el 20 de noviembre de 1989, no se trata de un concepto nuevo, la expresión fue utilizada por primera vez, en la Declaración de los Derechos del Niño<sup>4</sup>, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. Posteriormente, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>5</sup>, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979.

Al margen de la implementación y protección de interés superior del niño en los instrumentos internacionales referidos, sin lugar a dudas, el máximo posicionamiento se logra en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, dado que, además de reconocerlo como un derecho humano, “la Convención representa la consagración del cambio de paradigma que se produce a finales del siglo XX sobre la consideración del niño por el derecho: el niño deja de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos que debe ser empoderado en los mismos”<sup>6</sup>.

Por otra parte, en lo que se refiere a la conceptualización, es indudable que constituye encomienda de gran complejidad y muy difícil de lograr, el proporcionar un concepto preciso y uniforme de lo que debe entenderse por ‘interés superior del niño’, al respecto refiere Villagrasa Alcaide que “es una tarea compleja, ya que nos enfrentamos a lo que en derecho es conocido como un concepto jurídico indeterminado o una cláusula general. Es por ello que dicho concepto no debe ser interpretado en una forma estática, sino que por el contrario, deberá entenderse

3 El art. 3° de la Convención lo reconoce al establecer lo: “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”. Disponible en: [www.un.org/events/childrenday/pdf/derechos.pdf](http://www.un.org/events/childrenday/pdf/derechos.pdf)

4 El segundo principio de la Declaración dice textualmente: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Para mayor información, *vid.* [www.humanium.org/declaración-1959](http://www.humanium.org/declaración-1959)

5 El art. 5° de la Convención textualmente dice: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: ...b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la 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”; por su parte, el art. 16 dice: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: ...d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”. Para mayor información, *vid.* [www.ohchr.org/professionalinterest/pages/cedaw](http://www.ohchr.org/professionalinterest/pages/cedaw)

6 CARDONA LLORENS, J.: “La Convención de los Derechos del Niño: Significado alcance y nuevos retos”, en AA.VV.: *Temas de Actualidad jurídica sobre la niñez* (coord. por N. GONZÁLEZ MARTÍN), Porrúa, México, 2012, p. 2.

en una forma dinámica, flexible, de manera que nos permita ir perfilando en cada caso concreto una idea acerca de lo que es el –interés superior del niño–<sup>7</sup>, puesto de manifiesto por Villagrasa la complejidad conceptual, agrega además que “tratar de dar un contenido rígido, estricto, inamovible a la cláusula abierta del interés superior del niño sería contrario a la finalidad que el propio concepto encierra en sí mismo; ya que si se trata de un concepto jurídico indeterminado ¿cómo puede quedar fijado su contenido sin que ello implique entrar en franca contradicción con la finalidad propia de la norma?”<sup>8</sup>.

Villanueva Castilleja, señala que “este principio rector debe entenderse, justo como todas las condiciones que permitan [...] potencializar el sano desarrollo del niño en todos sus aspectos, así como el respeto a sus derechos, cuestión que debe priorizarse y no inventar definiciones...”<sup>9</sup>.

Arango Olaya comenta que “el interés superior del menor es un principio relacional que se remite a cada caso concreto y debe analizar, en términos reales, qué decisión o condición asegura la mayor protección de los niños involucrados. No obstante, eso no significa que se trate de un concepto vacío, sino que su materialización debe: (i) atender a la realidad del niño, niña o adolescente; (ii) ser objetivo; (iii) seguir una ponderación relacional y concreta; y (iv) debe demostrarse el beneficio de adoptar esa decisión por encima de otras. Sin embargo, el criterio sobre qué se entiende por asegurar el mayor beneficio y protección para un menor de edad no ha sido estático en la jurisprudencia constitucional y ha mutado con los años”<sup>10</sup>.

Por su parte, Ravetllat Ballesté refiere que “del análisis de la normatividad internacional se deduce que el interés del menor ha experimentado un proceso de transformación profunda, pasando de ser un principio inexistente e inimaginable, a convertirse, posteriormente, en un principio implícito en buen número de normas y resoluciones judiciales, para, finalmente, en el estadio actual, convertirse en una realidad contemplada en el sistema normativo...”<sup>11</sup>.

7 VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “El interés superior del menor”, en AA.VV.: *Derecho de la Persona* (coord. por I. RAVETLLAT BALLESTÉ), 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2011, p. 28.

8 VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “El interés”, cit., p. 28.

9 VILLANUEVA CASTILLEJA, R.: *Derecho de Menores*, Porrúa, México, 2011, p. 7.

10 ARANGO OLAYA, M.: “La constitucionalización del derecho de familia en Colombia. El alcance del derecho a la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes”, en AA.VV.: *La Constitucionalización del Derecho de Familia. Perspectivas comparadas* (coord. por N. ESPEJO YAKSIC y A. MA. IBARRA OLGUÍN), Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2020, pp. 285 y 286.

11 RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: “El principio del interés superior del niño/a en el ordenamiento jurídico civil chileno: hacia una objetivación del sistema”, en AA.VV.: *Estudio sistemático de la ley 26/2015, del 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia* (coord. por O. MONJE BALMASEDA, dir. por F. LLEDÓ YAGÜE, Mª P. FERRER VANRELL, et. al.), Consejo General del Notariado, Dykinson, Madrid, 2018, p. 1331.

En la Observación general número 14 “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, pronunciada por el Comité de los Derechos del Niño en el 62º período de sesiones que tuvo verificativo del 14 de enero al 1 de febrero de 2013, señaló que “El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del art. 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. 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”<sup>12</sup>.

En el sistema jurídico mexicano, el ‘interés superior del niño’ es reconocido constitucionalmente a partir de las reformas hechas al art. 4º publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 12 de octubre de 2011, disponiendo lo siguiente: “...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...”.

El reconocimiento del interés superior del niño en el texto constitucional, ha provocado que en el Código Civil para la Ciudad de México, así como en los respectivos códigos civiles y/o familiares de las entidades federativas, se implemente en sus contenidos reglamentarios estableciéndose el deber de atenderlo en todos los asuntos en que se vean afectados los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre el concepto del interés superior del niño, se ha pronunciado en diversas jurisprudencias, de entre ellas cabe citar la Tesis 1a./J.25/2012 (9a.): “*Interés superior del menor. Su concepto*” en la que dice lo siguiente: “En términos de los art. 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el

12 Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1) Comité de los Derechos del Niño. p. 265. En: [www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf](http://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf)

Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”<sup>13</sup>.

Sean suficientes las reflexiones y posturas doctrinales revisadas, así como la normatividad respectiva para afirmar que, el interés superior de niñas, niños y adolescentes, constituye una nueva forma de direccionar el pensamiento jurídico, su análisis y la interpretación, reconociéndolo como principio rector que debe estar presente en el actuar de todo tipo de autoridad y que provoca, al llevar su estudio de manera flexible y adaptable al caso concreto, generar un pensamiento crítico, con el fin de lograr construir un sistema jurídico protector de sus derechos, donde dejen de ser cosificados, para ser tratados como personas titulares de derechos que deben ser atendidos con respeto, con sensibilidad, con cariño y con las más altas consideraciones.

### III. EL DIVORCIO.

#### I. Concepto.

Si bien el divorcio, como lo define entre otros doctrinarios Rojina Villegas, “es la disolución del vínculo, otorgando capacidad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias”<sup>14</sup>, como lo refiere Ponce Alburquerque, “no viene solo, le acompañan otros tipos de conflictos que se relacionan de manera especial con el derecho de alimentos, tenencia y visitas de los hijos comunes”<sup>15</sup>.

En efecto, cuando la pareja disuelve el vínculo del matrimonio en que se encontraban unidos, el divorcio lleva consigo diversos efectos jurídicos, por ello, Couture, citado por Castrillón y Luna dice que el divorcio es “la institución que permite, en las hipótesis establecidas en la ley, la disolución del vínculo matrimonial con sus efectos respectivos en el estado civil de las personas, las stituación de los hijos y el régimen jurídico de los bienes”<sup>16</sup>.

He referido en otros espacios<sup>17</sup> que el divorcio no pone fin a la relación familiar; lo único que disuelve es la unión matrimonial existente entre dos personas, pero

13 Tesis: 1a./J.25/2012 (9a.) Primera Sala. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo I. Novena Época. (tesis de jurisprudencia aprobada en sesión del 21 de noviembre de 2012) *vid.* <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx>

14 ROJINA VILLEGAS, R.: *Derecho Civil Mexicano*, t. 2º, *Derecho de Familia*, 12ª ed., Porrúa, México, 2014, p. 406.

15 PONCE ALBURQUERQUE, J.: *Familia, conflictos familiares y mediación*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, UBIJUS-México, Reus-España. 2017, p. 99.

16 CASTRILLÓN Y LUNA, V. M.: *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed. corregida y aumentada, Porrúa, México, 2017, p. 525.

17 Cfr. OLIVA GÓMEZ, E.: *El divorcio incausado de México*, Moreno Editores, México, 2013, p. 181.



ello de ninguna forma implica la disolución de la familia. Al margen del divorcio y más allá del divorcio, la familia subsiste: “con el divorcio se disuelve la unidad de matrimonio y familia, pero no de la familia en un sentido determinado. La realidad de la familia se mantiene, por lo menos para los hijos, como una obligación de construir ahora la relación con sus padres más allá de las fronteras [...] Mientras los matrimonios pueden ser anulados y contraídos nuevamente, eso no es válido para las familias, ya que éstas prosiguen...”<sup>18</sup>.

El Código Civil<sup>19</sup> para la Ciudad de México en su art. 266 define en un primer momento, lo que es el divorcio y en un segundo momento, establece la forma en que podrá solicitarse, reconociendo para tales fines la procedencia del denominado ‘divorcio incausado’, sistema legal que no requiere expresar, ni mucho menos acreditar y demostrar, la causa que motiva la pretensión del divorcio, superando con ello el deficiente y caduco ‘sistema causalista’ que por muchas décadas tuvo vigencia; al efecto se dispone lo siguiente: “Art. 266. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo”. Se agrega además al final del texto que el divorcio solo podrá ser decretado cuando se cumpla con los requisitos que el propio código establece.

## 2. Efectos jurídicos.

El divorcio, además de disolver el vínculo matrimonial, produce efectos jurídicos, puesto que, la vida en familia desde luego generó una serie de hechos, relaciones y consecuencias, tanto personales como familiares y sociales, de tal forma que, al momento del divorcio, resulta evidente la consecuencia de efectos jurídicos, los cuales normativamente se pueden distinguir en dos momentos:

### A) Efectos provisionales.

Son aquellos que se producen durante la tramitación del juicio del divorcio y que por tanto tendrán una vigencia temporal, esto es, el tiempo que dure el procedimiento respectivo. Los efectos provisionales refieren todas aquellas medidas temporales que el juez del conocimiento deberá decretar para la protección de los aún cónyuges, de los hijos para el caso de haberse procreado en la relación matrimonial y de los bienes producto del matrimonio.

18 BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E.: *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa* (traducción de DOROTHEE SCHMITZ), 1ª ed. en castellano, El Roure, Barcelona, 1998, Paidós, Barcelona, 2001, p. 209.

19 [www.ordenjuridico.gob.mx](http://www.ordenjuridico.gob.mx)

En el Código Civil para la Ciudad de México, los efectos provisionales se atienden en dos momentos distintos: 1. De oficio, que deben ser decretados por el juez en el momento mismo de tener conocimiento de la solicitud de divorcio y, 2. Una vez contestada la solicitud de divorcio.

Al respecto se dispone en el art. 282 que, desde el momento de la presentación de la solicitud de divorcio y mientras dure el procedimiento, el juez de la causa deberá dictar medidas provisionales, entre otras, en lo que respecta a los hijos (tema de atención en el presente trabajo), las siguientes:

“Art. 282...De oficio:

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

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

B) Una vez contestada la solicitud:

I. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte, y teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar...;

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.

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

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

III. El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres...;”

## **B) Efectos definitivos.**

Se refieren a los efectos que producirán sus consecuencias jurídicas tanto legales, como personales y sociales, a partir del momento en que sea decretado en definitiva el divorcio.

Los efectos del divorcio, sean provisionales o bien definitivos, se clasifican en 3 grupos: a) En cuanto a los cónyuges divorciados; b) En cuanto a los hijos; c) En cuanto al patrimonio.

El art. 283 del Código Civil establece lo relativo a los efectos definitivos del divorcio con relación a los progenitores –madre, padre- y sus hijos –niñas, niños y adolescentes-, al respecto dice:

“Art. 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.

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

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

IV. Tomando en consideración, en su caso, los datos recabados en términos del art. 282 de este Código, el Juez de lo Familiar fijará lo relativo a la división de los bienes y tomará las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los excónyuges tendrán obligación de contribuir, en proporción a sus bienes e ingresos, al pago de alimentos a favor de los hijos.

V. Las medidas de seguridad, seguimiento y las psicoterapias necesarias para corregir los actos de violencia familiar en términos de la Ley de Asistencia y Prevención a la Violencia Familiar y Ley de Acceso de las Mujeres a una vida libre de Violencia para el Distrito Federal. Medidas que podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el art. 94 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

VI. Para el caso de los mayores incapaces, sujetos a la tutela de alguno de los excónyuges (sic), en la sentencia de divorcio deberán establecerse las medidas a que se refiere este art. para su protección

VIII. Las demás que sean necesarias para garantizar el bienestar, el desarrollo, la protección y el interés de los hijos menores de edad.

Para lo dispuesto en el presente texto, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores”.

En el presente trabajo, como lo he referido en líneas anteriores, lo que nos ocupa son las consecuencias o efectos jurídicos que provoca el divorcio en cuanto a la relación entre progenitores -madre y padre- con los hijos –niñas, niños y adolescentes-, en dichas condiciones, el estudio lo concentraré en los temas que se refieren al ejercicio de la guarda y custodia, de la que se deriva, el régimen de comunicación, convivencias y visitas.

#### IV. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DIVORCIO CON RELACIÓN A LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

##### I. La guarda y custodia.

La guarda y custodia de inicio no presenta problema alguno en la relación entre progenitores –madre/padre- e hijos –niñas, niños, adolescentes- cuando los padres comparten la vida en común y por tanto los hijos viven al lado de sus padres, “la guarda y custodia es un derecho-deber que la ley impone a los que ejercen la patria potestad”<sup>20</sup>, en dichas condiciones, su ejercicio por efectos naturales y jurídicos, corresponde de manera conjunta a ambos padres.

Esta armonía en la convivencia del día al día entre progenitores e hijos, se altera de manera inmediata ante la disolución del vínculo matrimonial, “la separación y divorcio son hechos jurídicos que transforman la situación preexistente de la familia y, muy en particular, la de los hijos”<sup>21</sup>.

Cuando los padres se separan por efectos del divorcio, el ejercicio de la guarda y custodia no se puede llevar a cabo de manera conjunta, “en efecto, la desunión parental generará dos figuras propias de ese estado: un progenitor, en lo habitual, detendrá exclusivamente la llamada “tenencia” –será el padre guardador o progenitor continuo- y gozará con su hijo del tiempo principal; el

20 RICO ÁLVAREZ, F.: *Relaciones jurídicas familiares. Familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*, 1ª ed., 2ª reimpresión, Porrúa, México, 2019, p. 307.

21 PONCE ALBURQUERQUE, J.: *Familia*, cit., p. 135.

otro, se convertirá en el padre “no custodio” o excluido de la sentencia; vale decir, en el progenitor discontinuo, puesto que permanecerá con su vástago sólo el denominado “tiempo secundario”<sup>22</sup>.

Ante esta realidad, válgase afirmar, muy común en la actualidad, inevitablemente surgen una serie de dudas, interrogantes, incertidumbre e inquietudes “¿Cómo hacer para que ese amor incondicional que los padres tienen hacia sus hijos continúe y se exprese en el cuidado y desarrollo sano para ellos? ¿Quién cuidará de ellos? ¿Cuál es la mejor manera de continuar siendo familia después de la separación?” [...] Las legislaciones también recogen el principio del interés superior del menor en los asuntos que le atañen, pero ¿quién decide qué es lo mejor?, ¿los jueces?, ¿la madre?, ¿el padre?, ¿los padres?, ¿es verdad que la madre por haber parido a sus hijos es la más indicada para cuidarlos?”<sup>23</sup>.

Ante tales cuestionamientos es necesario hacer la revisión y así, “uno de ellos queda a cargo de la guarda de los hijos –en los hechos o porque se ha decidido de mutuo acuerdo, o porque así lo ha dispuesto el juez-. El otro que no convive con sus hijos, debe continuar con el ejercicio de su responsabilidad parental, comunicándose con ellos, para cumplir así con sus deberes y derechos”<sup>24</sup>, quedando configurado, de tal forma, por una parte, el ejercicio de la guarda y custodia y, por la otra, el régimen de comunicación, de visitas y de convivencias.

En el Código Civil para la Ciudad de México no se contiene un apartado, capítulo o sección propia para reglamentar lo relacionado con el tema de la guarda y custodia, su normatividad y caracterización se encuentra contenida en lo general, en el capítulo de la patria potestad, por lo tanto, debe destacarse que los deberes y obligaciones que corresponden a quienes ejercen la patria potestad, los deberá cumplir de manera íntegra quien detente la guarda y custodia, tal como lo precisa el art. 414-Bis<sup>25</sup>.

22 MIZRAHI, M. L.: *Familia, matrimonio y divorcio*, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 396.

23 PONCE ALBURQUERQUE, J.: *Familia*, cit., p. 135.

24 LOYARTE, D.: *La familia y sus derechos*, Fundación Agustina Lerena, Mar del Plata, 2012, p. 35.

25 El art. 414 Bis textualmente establece lo siguiente: “Quienes ejercen la patria potestad o la guarda y custodia provisional o definitiva de un menor, independientemente de que vivan o no en el mismo domicilio, deben dar cumplimiento a las siguientes obligaciones de crianza:

I. Procurar la seguridad física, psicológica y sexual;

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

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

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

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

No se considera incumplimiento de éstas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas”. Disponible en: [www.ordenjuridico.gob.mx](http://www.ordenjuridico.gob.mx)

Así entonces, al presentarse el supuesto por el que los padres no viven juntos, debe conferirse a cargo de uno de ellos el ejercicio de la guarda y custodia sobre los hijos que aún no han cumplido 18 años de edad, dándose en tales condiciones, bajo alguna de las diferentes modalidades: a) Ejercicio de la guarda y custodia monoparental de hecho, con acuerdo expreso de ambos padres, o sin acuerdo entre ellos; b) Ejercicio de la guarda y custodia monoparental de derecho, conferida por efectos de la resolución judicial emitida por el juez; c) Ejercicio de la guarda y custodia compartida.

## 2. La guarda y custodia monoparental de hecho.

La guarda y custodia monoparental de hecho, se presenta cuando una persona, sin atribución de la ley, acuerdo expreso de los padres, ni determinación de autoridad judicial, por su propia decisión, en los hechos, la ejerce sobre sus hijos. "Para Yzquierdo Tolsada no se trata de una institución jurídica, sino que nos encontramos ante una situación no querida por la Ley, a la que, sin embargo, resulta por su difusión, conveniente atribuir consecuencias jurídicas determinadas"<sup>26</sup>.

Rogel Vide "considera que esta guarda es una institución, una situación, una relación jurídica informal, todo lo irregular que se quiera, pero nunca un hecho jurídicamente irrelevante. Y se pregunta, ¿qué es lo relevante, a efectos jurídicos: el efectivo ejercicio de la guarda o el simple cumplimiento de las formalidades, con o sin el ulterior ejercicio efectivo de la guarda?"<sup>27</sup>.

En esta modalidad, la guarda y custodia de hecho la ejerce uno sólo de los progenitores, situación que puede presentarse por dos supuestos: 1. Por existir un acuerdo común de voluntades de ambos padres; 2. Por la decisión unilateral que uno de los padres adopta sin tomar en consideración el parecer del otro, en este caso es importante precisar que el hecho de no tomar el parecer del otro, no lleva implícito la oposición del otro, supóngase como ejemplo, el caso en que uno de los progenitores abandona el domicilio familiar dejando a los hijos al lado y bajo la custodia de quien permanece en el hogar, o bien, abandonando el hogar uno de ellos pero saliendo conjuntamente con los hijos, hipótesis en las que, si bien no existió acuerdo común, podría entenderse una aceptación tácita del otro al no manifestar oposición alguna; en cualquiera de los casos, la guarda y custodia es de hecho puesto que no existe ningún tipo de resolución judicial por efecto de la cual se confiera a favor de uno o de otro.

26 NUÑEZ MUÑIZ, M<sup>a</sup>. C.: "La guarda de hecho de menores e incapaces y la incidencia de las novedades normativas de la figura", en AA.VV.: *Patria Potestad, Guarda y Custodia* (coord. por F.J. JIMÉNEZ MUÑOZ, dir. C. LASARTE ÁLVAREZ), Congreso IDADFE 2011, vol. I, Tecnos, Madrid, 2014, p. 236.

27 NUÑEZ MUÑIZ, M. C.: "La guarda", cit., p. 236.

### 3. La guarda y custodia monoparental de derecho.

Cuando los progenitores no logran concertar acuerdos sobre el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos, existe un conflicto de intereses entre los progenitores en virtud de que ambos pretenden ejercer por sí la guarda y custodia, ante tal conflicto y no llegando al acuerdo en común, se requiere necesariamente de la intervención de la autoridad judicial -el juez- quien, en el procedimiento judicial respectivo, una vez que se lleven a cabo todas las diligencias judiciales respectivas y, desde luego, reconociendo y respetando el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión, emitirá una sentencia por medio de la cual determinará quién será el progenitor al que se le confiere la responsabilidad del ejercicio de la guarda y custodia.

González Reguera estima que “los mayores problemas de la separación vienen cuando no existe un acuerdo previo, y es el juez el que debe decidir. En este supuesto se tienen en cuenta varios factores: no separar a los hermanos, las necesidades afectivas y emocionales de los mismos, la cercanía de otros miembros de la familia como los abuelos, la disponibilidad de los padres para poder atenderles mejor o peor, o si alguno de los cónyuges tiene algún tipo de adicción, enfermedad mental o tipo de vida desordenada”<sup>28</sup>.

El Código Civil vigente para la Ciudad de México establece lo siguiente: “Art. 416.- En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles. Con base en el interés superior del menor<sup>29</sup>, éste quedará bajo (sic) los

28 GONZÁLEZ REGUERA, E.: “Guarda y custodia del menor”. Disponible en: [archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/12.pdf](http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/12.pdf) p. 187.

29 El art. 416 Ter del Código Civil para la Ciudad de México precisa lo que debe entenderse por interés superior del menor: “Art. 416 Ter. Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de los niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: I. El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II. El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III. El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV. Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y V. Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables. Resulta aplicable la Jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada el día 25 de abril del 2014 en el Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a./J.23/2014 (10ª), en el Libro 5, abril de 2014, Tomo I, bajo el rubro: *Guarda y custodia de los menores de edad. Elementos a los que ha de entender el juez al momento de motivar su decisión*. Jurisprudencia que dice: “El interés superior de los menores previsto en el art. 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como criterio ordenador, ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia de menores de edad. Dicho de otro modo, el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia. En consecuencia, al interpretar la norma aplicable al caso concreto, el juez habrá de atender, para la adopción de la medida debatida, a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para

cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.”

Pérez Contreras, citada por Méndez Corcuera, considera que “entre los criterios que se toman en cuenta para resolver sobre la custodia legal se encuentran: 1. La relación de los hijos con sus progenitores y, en su caso, con cualquier otra persona por la que el menor tenga un afecto significativo; por ejemplo, los abuelos maternos y paternos...

2. Escucha del menor, aun de oficio...

3. La duración y adecuación de los arreglos corrientes para el desarrollo de la vida del menor y expectativa de mantener continuidad.

4. La estabilidad en las condiciones de vida del menor.

---

los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos, en especial si existe un rechazo o una especial identificación; la edad y capacidad de autoabastecerse de los menores, entre muchos otros elementos que se presenten en cada caso concreto. Disponible en: [sjf.scjn.gob.mx](http://sjf.scjn.gob.mx)

Resulta de gran utilidad para una adecuada precisión del concepto: “Interés superior del menor”, atender la Tesis Jurisprudencial 1a./J.44/2014 (10a.) pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, en el Libro 7, junio de 2014, Tomo I, Décima Época, bajo el rubro: *Interés superior del menor. Su configuración como concepto jurídico indeterminado y criterios para su aplicación a casos concretos*. “Resulta ya un lugar común señalar que la configuración del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación. Así, a juicio de esta Primera Sala, es necesario encontrar criterios para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes. Es posible señalar que todo concepto indeterminado cabe estructurarlo en varias zonas. Una primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima. Una segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos hallamos fuera del concepto indeterminado. En tercer y último lugar la denominada zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. En la zona intermedia, para determinar cuál es el interés del menor y obtener un juicio de valor, es necesario precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven. En esta zona podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares. Además, dicha zona se amplía cuando pasamos -en la indeterminación del concepto- del plano jurídico al cultural. Por lo anterior, es claro que el derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado. Son los tribunales quienes han de determinarlo moviéndose en esa ‘zona intermedia’, haciendo uso de valores o criterios racionales. En este sentido, es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el art. 4º constitucional”. Disponible en: [sjf.scjn.gob.mx](http://sjf.scjn.gob.mx)



5. El ajuste al hogar, la escuela y la comunidad en los que se desarrollará.
6. La capacidad de cada progenitor para permitir o conceder y animar continua y frecuentemente el contacto entre el descendiente y su otro progenitor, incluyendo el acceso físico.
7. La capacidad de cada uno de los padres para cooperar o aprender a cooperar en el cuidado de los hijos.
8. El deseo de cada uno de los progenitores de conocer, aplicar y ejecutar los métodos de asistencia familiar para cooperar y resolver disputas.
9. El efecto en el menor, si sólo uno de los padres tiene la autoridad en la crianza del menor.
10. Cualquier otro factor que tenga relación o injerencia razonable en el desarrollo físico y emocional, así como en el bienestar del menor, como el alcoholismo y las drogas como impedimento, al igual que la inestabilidad mental o emocional y la discapacidad física.
11. Finalmente, para la toma de la decisión es necesario que se practiquen pruebas periciales psicológicas y de trabajo social para evaluar la idoneidad de los progenitores que pretenden ser titulares de aquella...<sup>30</sup>.

Resulta necesario precisar que, paralelamente a lo dispuesto en el referido art. 416, el art. 282, apartado B, fracción II (que ha ya ha sido transcrito en líneas anteriores) se establece la presunción a favor de la madre, por efecto de la cual, los hijos menores de 12 años deberán quedar confiados a sus cuidados, esto así se reglamenta de la siguiente forma: "Art. 282 .... B. Una vez contestada la solicitud: II...Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos".

Considero que es necesario hacer un análisis crítico sobre la presunción legal establecida en el Código Civil a favor de la madre para que se le confiera la custodia de los hijos menores de 12 años de edad, es necesario reflexionar si en lo general, la presunción debe seguir a favor de la madre solamente por la condición de su género; la presunción legal dispuesta de tal forma debe ser profundamente pensada, puesto que, de la manera en que se reglamenta, pareciera que violenta derechos humanos reconocidos en el art. cuarto de nuestra Constitución Política,

---

30 MÉNDEZ CORCUERA, L. A.: *Temas Actuales del Derecho Familiar*, Flores, México, 2018, pp. 82-85.

contrariando de manera directa el principio de la igualdad jurídica, además, aquí es importante atender el interés superior del niño y considerar ante cual de los progenitores se logra el mejor bienestar y desarrollo integral de los hijos.

Ponce Albuquerque refiere que “con los avances en los derechos de igualdad e igualdad de género, la determinación del progenitor custodio ya no se basa en la preferencia hacia la madre, sino en disponer quién puede garantizar el bienestar y el sano desarrollo del niño, niña o adolescente”<sup>31</sup>.

Explican Ferrari y Zicavo que “cuando hoy algunas de las mujeres deciden compartir la crianza de los hijos de manera equitativa con sus parejas y los hombres deciden ser partícipes activos del proceso con amor y cercanía, lo hacen no sólo desde el supuesto de que el varón es necesario antes y durante la feliz unión conyugal; asumen con responsabilidad, de manera permanente que el padre es tan importante como la madre, cada uno desde sus dimensiones vivenciales distintas pero igualmente válidas, con los derechos y deberes que el rol de género prescribe y las construcciones individuales obligan”<sup>32</sup>.

Explica Betancur, citada por Ponce Albuquerque, que “con la excepción del bebé recién nacido que necesita un cuidado especial para sobrevivir en sus primeros meses de vida, cualquier persona dotada de sensibilidad puede desempeñar el rol del cuidado. Es aquel hecho de cuidado, cercanía y afecto, el que logra una conexión psicológica de la madre con el bebé o niño. Pero ella no es la única que lo puede lograr; puede hacerlo el padre o cualquier persona dispuesta a establecer el vínculo afectivo dotada de sensibilidad. En definitiva, lo insustituible es la atención, el amor y el afecto y no la madre”<sup>33</sup>.

Ferrari y Zicavo estiman que “La exclusividad de la crianza para la madre hace que el padre se diluya o pierda toda su significación. El modelo monoparental, además de inconveniente para los hijos, resulta hoy anacrónico, ya que no todas las mujeres desean ser madres, ni dedicarse por entero a sus hijos o vivir toda su vida sin salir de la casa; al mismo tiempo, cada vez son menos los padres desinteresados o que se mantienen lejos de su descendencia”<sup>34</sup>.

Considero importante precisar, analizando las posturas doctrinales expuestas, que la norma jurídica vigente, al establecer la presunción legal a favor de la madre, debe ser revisada, analizada y repensada, no se trata de imponer el cuidado de los hijos a favor del padre sobre la madre, se trata, como lo sostiene Ponce

31 PONCE ALBURQUERQUE, J.: *Familia*, cit., p. 138.

32 FERRARI, J. y ZICAVO, N.: *Padres separados. Cómo criar juntos a sus hijos*, reimpresión 2012, Trillas, México, 2012, pp. 30, 31.

33 PONCE ALBURQUERQUE, J.: *Familia*, cit., p. 141.

34 FERRARI, J. y ZICAVO, N.: *Padres separados*, cit., pp. 52 y 53.

Albuquerque, de “un llamado a la posibilidad de flexibilizar las opciones de madres y padres, [...] la mujer necesita liberarse del sentimiento de culpa de ser únicamente ella la que esté a cargo del cuidado de sus hijos, sin importar si es feliz o si está abrumada de responsabilidades. La verdadera igualdad de sexos se da también en aceptar que todos tenemos un lado masculino y otro femenino y que, por razones de personalidad o circunstancias de la vida, estos lados se manifiestan sin que ello afecte nuestra sexualidad o nos haga menos hombres o menos mujeres”<sup>35</sup>.

Por otra parte, la resolución que emita el juez mediante la cual confiere el ejercicio de la guarda y custodia a cargo de uno de los progenitores, facultad que se encuentra dispuesta en el referido art. 416, podrá ser materia de inconformidad del otro progenitor, tal como lo establece el art. 417 al indicar: “En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores.” En tal supuesto, se dispone en el mismo art. que, para efectos de que niñas, niños y adolescentes (el texto del art. emplea la expresión ‘menor’) sean adecuadamente escuchados, independientemente de la edad que tengan, será asistido por “el asistente de menores”, persona que es designada por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de la Ciudad de México (DIF).

La implementación de la figura del “asistente de menores” contemplada en el Código Civil para la Ciudad de México aparece reglamentado por efectos de la reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el día 18 de junio de 2013.

En el art. 417 Bis<sup>36</sup> se describe, entre otras características, quien es el “asistente de menores”, cuales deben ser los perfiles para poder desempeñarse como tal, así como las funciones y deberes que asume en tal desempeño.

Sin lugar a dudas, el haber implementado en la legislación civil de la Ciudad de México, la participación de un ‘asistente de menores’ resulta de gran trascendencia, con su intervención se logra una visión multidisciplinaria y constituye un modo de protección a los derechos de niñas, niños y adolescentes, propiciando con ello un sistema más adecuado de justicia; sin embargo, considero, presenta diversas

35 PONCE ALBUQUERQUE, J.: *Familia*, cit., p. 143.

36 El art. 417 Bis del Código Civil para la Ciudad de México, dispone: “Se entenderá por asistente de menores al profesional en psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente, adscrito al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal u otra institución avalada por éste, que asista al menor, sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicológica y emocional en las sesiones donde éste sea oído por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores, y sin que ello implique su intervención en la audiencia. Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor, dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor”.

inconsistencias que es necesario modificar para lograr una verdadera eficacia, las cuales desde mi perspectiva son las siguientes:

a) De inicio resulta urgente sustituir la expresión 'menor'<sup>37</sup>, empleando en su lugar las expresiones: niñas, niños y adolescentes.

b) En relación con el perfil profesional de quien se desempeñe como 'asistente del menor', se contempla bajo una postura reduccionista. Dice el código que podrá ser un profesional en psicología, trabajo social o pedagogía; la eficacia de un asistente de niñas, niños y adolescentes impone una intervención multidisciplinaria y no una participación aislada de alguno de los profesionales descritos, puesto que, si bien es cierto que la formación de los profesionistas indicados les permite brindarles una asistencia, al ser aislada por una sola de tales profesiones, su enfoque será unidimensional. La asistencia de un grupo multidisciplinario que participe en conjunto lograría una mayor eficacia.

c) Se establece que la función del 'asistente' se constituye "sólo para el efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicológica y emocional en las sesiones donde sea oído por el juez en privado..." Resulta incomprensible pretender que la actuación de alguno de los profesionistas indicados pueda lograr los fines que se disponen: Un profesionista en Trabajo Social ¿contará con las competencias profesionales para darle protección psicológica y emocional a la niña, niño y/o adolescente que le ha tocado asistir? Un profesional en Trabajo Social ¿tiene suficientes competencias profesionales para lograr facilitar la comunicación libre y espontánea entre niñas, niños y adolescentes con

37 La expresión 'menor' para caracterizar en la ley a niñas, niños y adolescentes debe ser motivo de revisión, análisis y repensar sobre su significado, alcance e impactos; MIZRAHI expone al respecto: "cuestionamos el empleo en el mundo jurídico de una habitual terminología que, a pesar de su raigambre histórica, hoy se hace difícil de justificar si el enfoque lo realizamos desde una perspectiva que contemple el genuino interés de los niños. Hace ya un siglo decía BOULAY que se necesitaban nuevos términos para expresar nuevas ideas. En este sentido, consideramos negativa la práctica ordinaria de usar en el lenguaje jurídico el vocablo "menor", en obvia referencia a las personas que no han alcanzado aún la mayoría de edad legal. El psicoanálisis observó que esa noción "entraña una mentalidad retrógrada que no inspira confianza al ser humano, ni adulto ni niño, en sus relaciones con los demás". En el plano constitucional (el principio de igualdad ante la ley) se puntualizó que el referido término configura un estigma discriminatorio que "cosifica" al niño. [...] En suma, el empleo del término "menor" transgrede el art. 2º, inc. 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 11, inc. I del Pacto de San José de Costa Rica, y el art. 75, inc. 23, párr. 1º, de la Const. Nacional." Vid. MIZRAHI, M. L.: *Familia*, cit. pp. 135 y 136.

En el contexto jurídico internacional, la Convención sobre los derechos del niño de 1989, dispone en el art. primero que, para los efectos de la Convención, "se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad." En la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, en el art. cuarto se hace referencia a los derechos de niñas y niños y se habla sobre el principio del interés superior de la niñez, por su parte, en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014) se ha eliminado en su totalidad el uso de la expresión 'menor'; las posturas descritas, me permiten justificar la razón por la que he aseverado la necesidad urgente de sustituir el uso de la expresión 'menor' en el texto del art. 417 Bis del Código Civil, así como desde luego, en lo general, en cualquiera otra de las partes del Código Civil y demás leyes del sistema jurídico mexicano en que se haga el uso de dicha expresión, debiendo emplearse en su lugar, las expresiones: niñas, niños y adolescentes.

el juzgador? Un profesional en Psicología ¿tiene competencias profesionales para facilitar la comunicación libre y espontánea? Un profesional en Pedagogía ¿tiene las competencias profesionales para darle protección psicológica y emocional a las niñas, niños y adolescentes que le ha tocado asistir? Sin duda alguna lo necesario es la participación integral de los diversos perfiles profesionales.

d) Se establece que “dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor”, ¿cuáles son las razones para limitar la intervención del asistente a solamente dos entrevistas? ¿Todas las niñas, niños y adolescentes presentan un proceso similar de madurez para que la intervención del asistente puede limitarse a 2 entrevistas? ¿Qué sucede cuando al parecer del asesor no son suficientes 2 entrevistas para lograr los fines de su intervención?

e) La redacción es omisa en establecer que acciones podrán tomar los asistentes o inclusive el juzgador, en los casos en que, al llevarse a cabo las funciones del asistente, se percaten sobre la existencia de daños y afectaciones de tipo psicoemocionales o de cualquier otra índole en las niñas, niños y adolescentes sobre los que llevan a cabo su asistencia, ¿qué hacer en esos casos? ¿tienen algún tipo de facultad los asesores y/o el juez para intervenir?

#### 4. La custodia compartida.

“La custodia compartida 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 tal manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones”<sup>38</sup>.

Ortuño Muñoz señala que la custodia compartida “Es aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, 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 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”<sup>39</sup>.

38 PÉREZ CONTRERAS, M<sup>a</sup> DE M.: “Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2006, vol. 39, núm. 116, Disponible en: [www.scielo.org.mx](http://www.scielo.org.mx)

39 PONCE ALBURQUERQUE, J.: *Familia*, cit., pp. 148 y 149.

Rico Álvarez considera que “la expresión “guarda y custodia compartida” es incorrecta, ya que puede transmitir la idea de que los ascendientes la detentan al mismo tiempo, lo que es imposible cuando no cohabitan en el mismo lugar, ya que necesariamente uno carecería de contacto físico con el menor. Desde el punto de vista doctrinal es más acertada la expresión “guarda y custodia alternada”, que implica que los ascendientes se turnan en la titularidad del derecho-deber mencionado”<sup>40</sup>.

Esta modalidad para el ejercicio de la guarda y custodia, aparece contemplado por primera vez en la legislación civil de la Ciudad de México, por efecto de las reformas publicadas en la Gaceta Oficial el día 6 de septiembre de año 2004.

Actualmente se reglamenta en los siguientes términos:

a) En el art. 282, relativo a las medidas provisionales que debe decretar el juzgador en el procedimiento de divorcio; al efecto se establece en su 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.”

b) En el art. 283, en que se precisan los puntos que deberá atender la sentencia definitiva en el procedimiento de divorcio; al efecto se indica: “Art. 283. 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...” Disposición que de manera concordada se relaciona con el art. 283 Bis, que se refiere a la custodia compartida en los siguientes términos: “Art. 283 Bis.- En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del art. 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos”.

c) Por último, en el texto del art. 416 la custodia compartida no se contempla de manera expresa, sin embargo, hace referencia a la posibilidad de que, “en caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores” En dichas condiciones y bajo una adecuada interpretación, la custodia compartida, sin reglamentarse expresamente en esta disposición normativa, si podrá establecerse bajo un convenio celebrado de común acuerdo por ambas partes.

40 RICO ÁLVAREZ, F.: *Relaciones jurídicas*, cit., pp. 313 y 314.

Al adoptarse la custodia compartida, es necesario resolver cuestiones sobre la manera en que debe funcionar, distinguiéndose dos hipótesis:

**A) Custodia compartida con residencia de los hijos permaneciendo en el mismo domicilio familiar.**

Los hijos en esta opción permanecen en el domicilio familiar en que habitaban conjuntamente con sus padres antes del divorcio, por tanto, los padres deberán entrar y salir alternadamente del domicilio familiar (de sus hijos), esto es, los padres –madre, padre- acudirán en momentos distintos al domicilio familiar para hacerse cargo del cuidado de los hijos, en los tiempos que el convenio judicial lo disponga.

Ferrari y Zicavo refieren sobre la ‘crianza compartida del nido’ –como así la identifican-, “ocurre cuando los hijos permanecen en el hogar conyugal (en el nido) y quienes se ausentan durante periodos alternos son ambos Padres. Esto permite que los hijos no cambien de ambiente; sin embargo, tal modalidad conlleva múltiples conflictos a corto plazo que tienden a desestabilizar la armonía relacional del grupo”<sup>41</sup>.

Gallardo Rodríguez<sup>42</sup> señala que esta medida protege el interés superior de los hijos al evitar someterlos a continuos cambios de domicilio, manteniendo con ello el mismo entorno, pero obliga a los progenitores a mantener tres viviendas: una vivienda en la que cada progenitor tenga su residencia y la vivienda familiar común, por lo tanto, resulta negativa en el aspecto económico.

**B) Custodia compartida con cambio de residencia de los hijos.**

En este supuesto, cada progenitor –madre, padre-, tienen su propio domicilio, siendo sus hijos los que deberán cambiar continuamente su residencia según les corresponda estar bajo los cuidados y atenciones de su madre o de su padre, -entrando y saliendo- según corresponda, al domicilio de su madre o de su padre, de acuerdo a lo que se encuentre establecido en el convenio judicial.

Comenta Gallardo Rodríguez<sup>43</sup> que, en este supuesto, la ventaja se presenta para los padres, puesto que con ello se evitan los problemas destacados en la modalidad sin cambio de residencia para los hijos, sin embargo, el inconveniente se presenta para los hijos en razón del continuo cambio de residencia al que se ven sometidos y con ello, a la inestabilidad que puede provocar los continuos

41 FERRARI, J. y ZICAVO, N.: *Padres separados*, cit., p. 53.

42 Cfr. GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: “Problemas de la atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida en la legislación española”, en AA.VV.: *Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca. Ius Civile Salmanticense* (coord. por E. LLAMAS POMBO), Tirant lo blanch y Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018, pp. 998 y 999.

43 Cfr. GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: “Problemas de”, cit., p. 1000.

cambios de vivienda materna y paterna. Agrega por lo tanto que un requisito fundamental para que pueda aplicarse esta modalidad, es que los domicilios de ambos progenitores se encuentren próximos uno del otro.

En este pueden establecerse en el convenio judicial, una serie de diversas modalidades, como son la distribución de la custodia compartida por días, semanas o meses alternadamente o, inclusive, por ciclos escolares a efecto de evitar riesgos en los estudios de los hijos.

Es importante destacar que para el buen funcionamiento de la custodia compartida y a efecto de que los hijos sean los mayores beneficiados, su ejercicio y condiciones, por sustentarse legalmente con base en un convenio celebrado por los progenitores ante la autoridad judicial, requiere por parte de ellos, de una gran voluntad y responsabilidad, resulta necesario, como lo asevera Ponce Alburquerque, de la "cooperación de ambos padres para lograr acuerdos y una comunicación asertiva. Los acuerdos no son sencillos –no en vano, la pareja ha decidido separarse-, por lo que la tenencia compartida implica mejorar aquellos aspectos que no han funcionado en la relación, esta vez encaminados a mejorar su rol como padres y no como parejas"<sup>44</sup>, por tanto, para el buen funcionamiento de este régimen, es necesario de "la adultez de los progenitores, quienes no pueden pretender que el juez les resuelva todo [...] incapaces de fijar los horarios, acordar las cosas mínimas, ver objetivamente el tema del dinero, etc. Deben asumir que son adultos a cargo de niños y actuar responsablemente, priorizando el interés de los hijos"<sup>45</sup>.

El Comité de los Derechos del Niño ha expuesto al respecto su postura en la Observación General número 14 (2013)<sup>46</sup> al hacer mención sobre el tema de la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones; considera que las relaciones parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño, aclarando que en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular.

Por las características señaladas considero que la modalidad de la custodia compartida se constituye como el mecanismo más eficaz para el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, puesto que les permite de manera continua ejercer su derecho a crecer y convivir junto a sus padres, en condiciones muy similares a como lo hacían antes de la separación de sus progenitores; su principal característica es el verdadero reconocimiento y protección al interés superior de

44 PONCE ALBURQUERQUE, J.: *Familia*, cit., p. 149.

45 FERRARI, J. y ZICAVO, N.: *Padres separados*, cit., p. 53.

46 Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1) Comité de los Derechos del Niño, pp. 14 y 15. [www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf](http://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf)



los hijos pues les procura un mayor respeto a sus derechos, a su entorno y a sus intereses, sin embargo, para que esto suceda, se requiere de una amplia voluntad de los progenitores, así como de acuerdos reales bien planeados y desde luego, siempre que las condiciones particulares así lo permitan.

## V. CONSIDERACIONES FINALES.

El divorcio constituye, sin lugar a dudas, uno de los temas más polémicos en el estudio de la ciencia jurídica, es actual, de tramitación cotidiana y recurrente en los juzgados distribuidos en cualquier lugar del país, dado que, en la unión matrimonial, la pareja no siempre logra mantener vigentes los diversos factores que los impulsaron a contraer matrimonio, cuando esto sucede, se divorcian y con ello, se disuelve el vínculo matrimonial en que jurídicamente se encontraban unidos, pero esta disolución nunca pone fin a las familias, se disuelve el matrimonio pero las familias y las relaciones familiares subsisten y van más allá del divorcio.

Cuando en el matrimonio se procrearon hijos, el divorcio, por ninguna razón debe afectar las relaciones entre los progenitores –madre y padre- con sus hijos –niñas, niños y adolescentes-, refiere Grosman que “podrá truncarse la vida amorosa de los padres, pero su unidad como pareja de progenitores constituye un lazo perenne que se inscribe en la continuidad social. Desde la mirada del niño, su interés es “no divorciarse de ninguno de sus padres”, no perder sus ademanes, ni su brújula, ni su calor”<sup>47</sup>; la separación de los padres provoca, prácticamente, de manera lamentable en muchos de los casos, el fin de la convivencia diaria que los hijos mantenían en casa con sus padres, por tanto, es necesario trabajar en el tema para evitarles daños y afectaciones en su desarrollo integral.

La adecuada reglamentación en los códigos civiles y/o familiares de la figura jurídica de la guarda y custodia, acompañada de la debida reglamentación del régimen de comunicación, convivencias y visitas, constituye desde la visión jurídica, un mecanismo eficiente mediante el cual se puede proteger y, con ello evitar, diversos daños y afectaciones de tipo psicoemocionales y sociales a los que están expuestos los hijos ante el divorcio de sus padres. La reglamentación jurídica debe ser flexible, pensada en un entorno de derechos humanos, dando prioridad en todo momento al interés superior del niño y con una aplicación casuística y sensible a las necesidades auténticas de niñas, niños y adolescentes.

Refiere el Comité de los Derechos del Niño que “el niño puede verse afectado por el juicio, [...] las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u

47 BACIGALUPO DE GIRARD, M<sup>o</sup>., KUYUMDIJIAN DE WILLIAMS, P., et. al.: “La coparentalidad. Modelo a seguir luego del cese de la convivencia”, en AA.VV.: *Libro de Disertaciones y Ponencias del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar* (presidente del Congreso D. LOYARTE), La ley Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 428.

otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente<sup>48</sup>, ante este llamado de atención, resulta urgente que órganos y autoridades judiciales actúen, en las controversias que versan sobre el ejercicio de la guarda y custodia, régimen de comunicación, visitas y convivencias, bajo el sustento del interés superior del niño, como derecho humano y principio rector.

Sin duda alguna, la consecuencia de mayor importancia que sufren los hijos ante el divorcio de sus padres, es el alejamiento del padre no custodio, con ello, la pérdida de la convivencia que se mantenía entre ambos, por tanto, resulta urgente hacer una revisión profunda sobre la manera en que se encuentra reglamentado el ejercicio de la guarda y custodia: la modalidad monoparental -en sí, la más común en la práctica forense- no parece ser la más adecuada, tomando en consideración el interés superior del niño, -para los hijos- el trato constante con ambos padres es una necesidad fundamental, así la disfrutaban hasta antes del divorcio, ¿por qué debe perderse o reducirse a la mínima expresión?. El convivir con el padre no custodio, tal vez unas cuantas horas cada 15 días, por un régimen de comunicación, visitas y convivencias mal reglamentado, poco sensible y muy alejado al interés superior del niño, les provoca graves afectaciones personales, psicoemocionales y sociales.

La preferencia general establecida a favor de la madre, en la ley reconocida como una presunción legal, para que los hijos menores de 12 años queden bajo su guarda y custodia, constituyendo la modalidad de -guarda y custodia monoparental de derecho- no es una fórmula consistente actualmente.

Ferrari y Zicavo refieren en este supuesto que “cuando en la pareja reina la armonía y el acuerdo, la presencia masculina y paterna se concibe como necesaria e imprescindible. Incluso a menudo suele ser reclamada por la mujer y por la ciencia como una necesidad sentida en la formación y desarrollo adecuado de los hijos. La presencia masculina en el desarrollo de los hijos resulta necesaria e imprescindible, con la misma importancia (ni más ni menos), que tiene la presencia femenina: son indispensables ambos padres en la formación de los hijos, en todo momento y no sólo cuando éstos son pequeños [...]. No obstante; basta que el desacuerdo y la hostilidad se hagan presentes en la posconyugalidad para que los

48 Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1) Comité de los Derechos del Niño. p. 9. [www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf](http://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf)

hijos que antes eran de los dos, se transformen ahora en pertenencia maternal única indiscutible<sup>49</sup>.

Estas condiciones inexplicables y desde luego preocupantes, por los daños que pueden llegarse a ocasionar a los hijos al no considerar su interés superior, imponen, como lo he referido, una urgente revisión en el tema, es necesaria una relectura y repensar profundamente sobre la modalidad de la custodia compartida, que sólo se contempla mediante el acuerdo de los padres manifestada en el convenio judicial, sin que el juzgador tenga facultades para decretarla.

Son múltiples los trabajos de investigación que consideran el ejercicio de la guarda y custodia compartida como la modalidad más adecuada para el desarrollo integral de los hijos; Morcillo, Rebuffo y Walczad consideran al respecto “que el ejercicio de la responsabilidad parental compartida es el modo de ejercer la función que mejor beneficia al hijo, por favorecer el desarrollo emocional y cognitivo, recibiendo de los padres y madres los cuidados, protección, amparo, formación y educación que su desarrollo requiere. Por ello propiciamos la necesaria regulación de la responsabilidad parental compartida, indistinta o alternada, como regla y de modo excepcional la unipersonal, sólo cuando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes lo justifiquen<sup>50</sup>, “la crianza compartida constituye la mejor forma de subsanar los inconvenientes que en el hijo genera el divorcio o separación de sus Padres<sup>51</sup>.

La omisión en la ley de estas facultades, así como la imprecisión en su operatividad, debe superarse en un entorno de respeto a los derechos humanos, tomando como sustento el interés superior del niño, puesto que, en la forma en que se encuentra contemplada, insisto, –solamente bajo la celebración de un convenio- da lugar a entender que el juzgador se encuentra impedido a decretarla en una sentencia judicial, quedando al margen el interés superior del niño y ponderando sobre dicho principio rector; la exclusiva voluntad de los padres.

Los hijos no deben verse afectados por el divorcio de sus padres, la ciencia jurídica y su expresión en los contenidos de la ley, deben implementar todos los medios posibles para evitar al máximo cualquier tipo de afectación, la calidad de padres –madre y padre- no concluye con el divorcio; los hermosos sueños, vivencias, momentos inolvidables, enseñanzas y aprendizajes continuos, el cariño, la protección, el amor y todo cuanto de manera íntima relaciona a los hijos –niñas, niños y adolescentes- con sus padres –madre y padre-, deben continuar bajo las

49 FERRARI, J., Y ZICAVO, N.: *Padres separados*, cit., p. 35.

50 MORCILLO, S., REBUFFO, M. et. al.: “Responsabilidad Parental”, en AA.VV.: *Libro de Disertaciones y Ponencias del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar*, (presidente del Congreso D. LOYARTE), La Ley Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 418.

51 FERRARI, J. y ZICAVO, N.: *Padres separados*, cit., p. 47.

mismas prácticas, formas y condiciones en que se llevaban; el principio de igualdad en que se ubican los padres frente a sus hijos, debe permanecer vigente tal y como se ejercía antes de la ruptura matrimonial: madre y padre tienen los mismos deberes, reponsabilidades y obligaciones en el cuidado, atenciones y la crianza de los hijos.

La disolución del vínculo matrimonial genera nuevos horizontes en los divorciados, pero en su función como padres, nada debe cambiar; la tarea es compleja y se requiere total voluntad para cumplirla, pero es necesario recordar que sus hijos, son su compromiso, su responsabilidad y un motivo fundamental de vida.

## BIBLIOGRAFÍA

ARANGO OLAYA, M.: "La constitucionalización del derecho de familia en Colombia. El alcance del derecho a la autonomía presente y futura de los niños, niñas y adolescentes", en AA.VV.: *La Constitucionalización del Derecho de Familia. Perspectivas comparadas* (coord. por N. ESPEJO YAKSIC y A. M<sup>a</sup> IBARRA OLGUÍN), Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2020.

BACIGALUPO DE GIRARD, M<sup>a</sup>, KUYUMDIJIAN DE WILLIAMS, P., et. al.: "La coparentalidad. Modelo a seguir luego del cese de la convivencia", en AA. VV.: *Libro de Disertaciones y Ponencias del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar* (presidente del Congreso D. LOYARTE), La ley Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 428.

BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E.: *El normal caos del amor. Las nuevas formas de la relación amorosa*. (traducción de DOROTHEE SCHMITZ). 1<sup>a</sup> ed. en castellano, El Roure, Barcelona, 1998, Paidós, Barcelona, 2001.

CARDONA LLORENS, J.: "La Convención de los Derechos del Niño: Significado alcance y nuevos retos", en AA.VV.: *Temas de Actualidad jurídica sobre la niñez* (coord. por N. GONZÁLEZ MARTÍN), Porrúa, México, 2012.

CASTRILLÓN Y LUNA, V. M.: *Derecho Procesal Civil*, 4<sup>a</sup> ed. corregida y aumentada, Porrúa, México, 2017.

FERRARI, J. y ZICAVO, N.: *Padres separados. Cómo criar juntos a sus hijos*, reimpresión 2012, Trillas, México, 2012.

GALLARDO RODRÍGUEZ, A.: "Problemas de la atribución del uso de la vivienda familiar y la guarda y custodia compartida en la legislación española", en AA.VV.: *Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca. Ius Civile Salmanticense* (coord. por E. Llamas Pombo), Tirant lo blanch y Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018.

GONZÁLEZ REGUERA, E.: "Guarda y custodia del menor" Disponible en: [archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/12.pdf](http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/12.pdf) p.

LOYARTE, D.: *La familia y sus derechos*, Fundación Agustina Lerena, Mar del Plata, 2012.

MÉNDEZ CORCUERA, L. A.: *Temas Actuales del Derecho Familiar*, Flores, México, 2018.

MIZRAHI, M. L.: *Familia, matrimonio y divorcio*, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2001.

MORCILLO, S., REBUFFO, M. et. al.: "Responsabilidad Parental", en AA.VV.: *Libro de Disertaciones y Ponencias del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar* (presidente del Congreso D. LOYARTE), La ley Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

NÚÑEZ MUÑIZ, M<sup>a</sup>. C.: "La guarda de hecho de menores e incapaces y la incidencia de las novedades normativas de la figura", en AA.VV.: *Patria Potestad, Guarda y Custodia* (coord. por F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, dir. C. LASARTE ÁLVAREZ), Congreso IDADFE 2011, vol. I, Tecnos, Madrid, 2014.

OLIVA GÓMEZ, E.: *El divorcio incausado de México*, Moreno Editores, México, 2013.

OLIVA GÓMEZ, E.: "El tránsito del concepto de derecho de familia al concepto de derecho de familias o, derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI", en AA.VV.: *Libro de Ponencias del Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca. Ius Civile Salmanticense* (coord. por E. LLAMAS POMBO), Tirant lo blanch y Ediciones Universidad de Salamanca, Valencia, 2018. pp. 1149-1162.

PÉREZ CONTRERAS, M<sup>a</sup> DE M.: "Reflexiones en torno a la custodia de los hijos. La custodia compartida y las reformas de 2004", *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2006, vol. 39, núm. 116, Disponible en: [www.scielo.org.mx](http://www.scielo.org.mx)

PÉREZ FUENTES, G. M.: "La defensa de los menores frente a las agresiones de los medios de comunicación", *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19º. Disponible en: [www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4905012](http://www.dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4905012)

PONCE ALBURQUERQUE, J.: *Familia, conflictos familiares y mediación*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, UBIJUS-México, Reus-España, 2017.

RAVETLLAT BALLESTÉ, I.: "El principio del interés superior del niño/a en el ordenamiento jurídico civil chileno: hacia una objetivación del sistema", en AA.VV.: *Estudio sistemático de la ley 26/2015, del 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia* (coord. por O. MONJE BALMASEDA, directores F. LLEDÓ YAGÜE, M<sup>a</sup> P. FERRER VANRELL, et. al.), Consejo General del Notariado, Dykinson, Madrid, 2018.

RICO ÁLVAREZ, F.: *Relaciones jurídicas familiares. Familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*, 1ª ed., 2ª reimpresión, Porrúa, México, 2019.

ROJINA VILLEGAS, R.: *Derecho Civil Mexicano*, t. 2ª, *Derecho de Familia*, 12ª ed., Porrúa, México, 2014.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "El interés superior del menor", en AA.VV.: *Derecho de la Persona* (coord. por I. RAVETLLAT BALLESTÉ), 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2011.

VILLANUEVA CASTILLEJA, R.: *Derecho de Menores*, Porrúa, México, 2011.

## RECURSOS ON LINE.

[www.un.org/events/childrenday/pdf/derechos.pdf](http://www.un.org/events/childrenday/pdf/derechos.pdf)

[www.humanium.org/declaración-1959](http://www.humanium.org/declaración-1959)

[www.ohchr.org/professionalinterest/pages/cedaw](http://www.ohchr.org/professionalinterest/pages/cedaw)

[www.ordenjuridico.gob.mx](http://www.ordenjuridico.gob.mx)

[sjf.scjn.gob.mx](http://sjf.scjn.gob.mx)

<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/Tesis.aspx>

[www.unicef.org/UNICEFObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf](http://www.unicef.org/UNICEFObservacionesGeneralesDelComiteDelosDerechosDelNino-WEB.pdf) Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1) Comité de los Derechos del Niño.

## JURISPRUDENCIA

Tesis Jurisprudencial: 1a./J.25/2012 (9a.) Primera Sala. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro XV, diciembre de 2012, Tomo I. Novena Época.

Tesis Jurisprudencial: 1a./J.23/2014 (10ª) Primera Sala. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, Tomo I. Décima Época.

Tesis Jurisprudencial: 1a./J.44/2014 (10a.) Primera Sala. Publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, junio de 2014, Tomo I, Décima Época.

