

# GUARDA Y CUSTODIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y DERECHO DE CONVIVENCIA

**Roberto Aude Díaz<sup>1</sup>**

**Ana Luisa Anchodo Aguirre<sup>2</sup>**

**Jaime Ernesto García Villegas<sup>3</sup>**

## SUMARIO:

I. Introducción; II. Concepto; III. Regulación local de la Guarda y Custodia; IV. Su relación con el interés superior; V. Igualdad y no discriminación en su ejercicio; VI. Consideraciones finales (Conclusiones); VII. Fuentes de consulta.

## Resumen

La guarda y custodia es una figura jurídica que tiene existencia siempre que existen ascendientes y descendientes, sin embargo, atendiendo a la estructura de la familia, la misma puede desempeñarse o ejercerse de manera conjunta por ambos progenitores cuando estos cohabitan, sin embargo, en caso de que se encuentren separados, lo natural es que se asigne a uno de ellos, quien primordialmente se hace cargo del cuidado y atención de sus hijos, mientras que el otro ascendiente debe convivir con ellos a través de un régimen de convivencias, y por ende no ejerce la guarda y custodia. No obstante a lo anterior, es importante identificar que cualquier decisión que se tome por los tribunales en dicho tema debe encontrar sustento en la figura del interés superior de la niñez, por ende buscar que resulte lo más benéfica para niñas, niños y adolescentes.

**Palabras Clave:** Niñas, niños y adolescentes; Guarda y custodia; convivencia; interés superior.

## I. Introducción

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho y Maestro en Procuración y Administración de Justicia por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Profesor de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, Candidato a grado de Doctorado.

<sup>2</sup> Licenciada en Derecho y Maestra en Procuración y Administración de Justicia por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Profesora de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua.

<sup>3</sup> Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua y maestro de Tiempo Completo de dicha institución. Se ha desempeñado como Agente del Ministerio Público de la Fiscalía Encargada en Investigación y Persecución del Delito Zona Centro del Estado de Chihuahua, Director General Jurídico del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua, así como Secretario de Sala Adscrito a Presidencia del mismo Tribunal.

Este trabajo busca realizar un abordaje del tema de la guarda y custodia como objetivo principal, para lo cual comenzaremos con la conceptualización de esta importante figura jurídica desde la óptica de distintos juristas, así como de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, no sin antes, considerar las implicaciones que tiene la patria potestad, ya que nuestro tema deriva del mismo.

Posteriormente analizaremos la regulación que el Código Civil del Estado de Chihuahua realiza sobre la guarda y custodia, de donde destacamos la falta de un apartado propio en este tema, puesto que se encuentra disperso en otros rubros que tienen íntima relación con esta institución, tales como a patria potestad, matrimonio o divorcio.

Continuando con el estudio que nos ocupa, es indispensable relacionar el impacto que tiene el interés superior de la niñez en asuntos donde se ven involucrados niñas, niños y adolescentes, y que en caso de la guarda y custodia, este principio debe ser fundamental en la toma de decisiones que emita el órgano jurisdiccional.

Por último, se realiza un breve comentario sobre el cuidado que el juez o jueza debe tener al momento de determinar el ejercicio de la guarda y custodia, ya que de basarse única y exclusivamente en la edad que tengan los menores involucrados, estimamos que podría incurrir en una resolución discriminatoria, no obstante a que el código civil local así lo regula.

## **II. Concepto**

La guarda y custodia ha sido considerada por diversos autores como parte integral o como efecto de la patria potestad. Por esta razón antes de centrarnos en el concepto de esta figura jurídica, haremos referencia a lo que es la patria potestad. Javier Tapia Ramírez señala que “La patria potestad es una institución jurídico natural, de orden e interés público, que otorga a los progenitores la autoridad para proteger, asistir y representar a sus menores hijos, a sus bienes, y a velar por su sano desarrollo, mientras no cumplan la mayoría de edad, contraigan nupcias o sean incapaces.”<sup>4</sup>

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que la patria potestad [...] es el conjunto de derechos, facultades y obligaciones que, con base principalmente en la relación paterno-filial, la ley atribuye, entre otros, a los progenitores sobre la persona y bienes de los menores de edad no emancipados, a fin de que puedan cumplir satisfactoriamente los deberes de educación, asistencia y protección integral, en sus aspectos físico, moral y social, que tienen para con ellos.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Tapia Ramírez Javier, Derecho Civil. Primer curso, Editorial Porrúa, México, 2016, p.227.

<sup>5</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Temas selectos de derecho familiar. Patria Potestad, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, p.13.

Precisamente al entender que la patria potestad se integra por diversas facultades y deberes, resulta pertinente considerar a la guarda y custodia como parte de los mismos, tal como lo hace Fausto Rico Álvarez al considerar que “[...] es un derecho-deber que la Ley impone a los que ejercen la patria potestad o la tutela o que por voluntad de éstos se puede atribuir a un tercero provisionalmente y cuyo objeto es hacerse cargo del cuidado inmediato de un incapaz.”<sup>6</sup>

Edgard Baqueiro y Rosalía Buenrsotro, contemplan a la guarda y custodia como un efecto de la patria potestad sobre los hijos, desglosando el termino en sus dos expresiones, es decir, explicando que “El concepto *guarda* presupone que el menor no puede dejar la casa sin permiso del progenitor”<sup>7</sup>, por su parte dichos autores consideran que “La custodia implica el ejercicio de las facultades y derechos para el cuidado, la guarda, la vigilancia, la protección y la crianza del menor como parte de los fines de la patria potestad.”<sup>8</sup>

De igual manera, Javier Martínez también estima que desde su perspectiva “[...] la guarda y custodia es una figura de Derecho de familia que se integra dentro del contenido personal de la institución de la patria potestad y que entra en juego cuando los progenitores rompen su convivencia, siendo necesario precisar cuál de ellos quedará a cargo de los hijos menores.”<sup>9</sup>, autor que considera además que la guarda y custodia abarca la convivencia diaria, el cuidado, alimentación, educación, vigilancia, toma de decisiones, entre otros rubros.

La institución de la guarda y custodia como se puede percibir se centra en el cuidado y convivencia que tiene los progenitores con sus descendientes, Luis Felipe Rangel explica o conceptualiza a esta figura jurídica de la siguiente manera: “[...] consiste en una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte de éste o éstos [...]”<sup>10</sup>. De esta explicación, consideramos que válidamente podemos concluir que la guarda y custodia *per se*, no implica la separación de los

---

<sup>6</sup> Rico Álvarez Fausto, Relaciones jurídicas familiares, Editorial Porrúa , México, 2016, p.307

<sup>7</sup> Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia, Segunda Edición, Editorial Oxford, México, 2009, p.272.

<sup>8</sup> *Ídem*.

<sup>9</sup> Martínez Calvo Javier, La guarda y custodia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, P.42.

<sup>10</sup> Rangel Sánchez Luis Felipe, “La guardia y custodia de los hijos” en Derecho Privado y Constitución, No. 15, Madrid, 2001, p. 281-329, consultada el día 19 de octubre de 2019 a las 12:51 horas, en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=389&IDA=10110>

progenitores de niñas, niños o adolescentes, ya que al permanecer cohabitando, simple y sencillamente es ejercida por ambos.

No obstante a lo anterior, hablar de la resolución de un conflicto relacionado con la guarda y custodia normalmente surge precisamente de la separación de los progenitores del menor de edad, puesto que en dicho caso la guarda y custodia se entiende ejercida por uno de ellos, mientras que el otro mantiene contacto los menores a través del derecho de convivencia que tiene y que abordaremos más adelante. Situación que se empata con lo señalado por Fausto Rico al expresar que: “Por regla general, cuando son dos los titulares de la patria potestad ambos detentan la guarda y custodia del menor. Las excepciones a la regla indicada surgen cuando los titulares de la patria potestad se separan o no viven juntos.”<sup>11</sup>

Ahora bien, llama la atención de los autores del presente trabajo, la existencia de la llamada custodia compartida que está reconocida en el Código Civil para el Distrito Federal que dentro de su regulación en materia de divorcio en el artículo 282 apartado B impone la obligación al juzgador a pronunciarse sobre medidas para proteger a los hijos poniéndolos “[...] al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.”<sup>12</sup> Aunado a que el diverso numeral 283 Bis del cuerpo normativo identificado textualmente contempla que “En caso de que los padres hayan acordado la guarda y custodia compartida en términos de lo establecido en la fracción II del apartado B del artículo 282, el Juez, en la sentencia de divorcio, deberá garantizar que los divorciantes cumplan con las obligaciones de crianza, sin que ello implique un riesgo en la vida cotidiana para los hijos.”<sup>13</sup>

Uno de los motivos de abordar el tópico del párrafo anterior, es que creemos que, atendiendo a las implicaciones que tiene, la guarda y custodia no puede ser compartida, ya que, como lo señalamos previamente, uno de los progenitores la ejerce mientras que el otro mantiene la relación con el niño, niña o adolescente mediante el régimen de convivencia que se establezca, pero solo uno de ellos, de manera permanente ejerce la guarda y custodia. Al respecto el multicitado 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

---

<sup>11</sup> Rico Álvarez Fausto, *Op cit*, p.308.

<sup>12</sup> Código Civil del Distrito Federal, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal: 18 de julio de 2018, Artículo 282, consultado el 14 de febrero de 2020 a las 21:38 horas, en: <http://aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>

<sup>13</sup> *Ídem*.

que necesariamente uno carecería de contacto físico con el menor.”<sup>14</sup>, pero además de la crítica, debemos rescatar que realiza una propuesta para expresar de manera correcta el supuesto contemplado en la norma, al indicar que “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>15</sup>

### **III. Regulación local de la Guarda y Custodia**

A pesar de la gran relevancia del tema que se aborda dentro del derecho familiar, su regulación, al menos en el Estado de Chihuahua, resulta un tanto concisa al no existir un apartado que se dedique a su abordaje en lo particular, ya que es abordado de manera transversal en nuestro cuerpo normativo dentro de otros temas relacionados con ella, particularmente nos referimos a la nulidad del matrimonio, al divorcio, reconocimiento de hijos y patria potestad.

En efecto, dentro del capitulo que integra la legislación civil local, no existe uno centrado en esta institución jurídica, por lo que de manera un tanto general veremos aquellos supuestos en que la norma refiere a la misma y que es lo que contempla al respecto. El primer de los casos que se identifica en el Código Civil de nuestra Entidad Federativa, se localiza dentro de la nulidad del matrimonio, puesto que en caso de declararse la misma, en la sentencia que lo declare debe resolverse sobre la situación de menores de edad, siempre atendiendo al interés superior, por lo que identificamos que el artículo 247 textualmente dispone que

[...] los hijos e hijas menores de siete años, quedarán bajo la guarda y custodia de la madre. Pasada esta edad y hasta la mayoría de edad, podrán quedarse con el padre o la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiera habido buena fe.

Cuando los hijos tengan una edad de 14 años o más, cualquiera que sea su sexo, decidirán su situación por su propia voluntad ante la autoridad judicial.<sup>16</sup>

Este fundamento legal es uno de los que regula la guarda y custodia con mayor profundidad, sin embargo, como se podrá constatar en alguno de los apartados siguientes, los tribunales deberán ser cuidadosos en la decisión que tomen al respecto, debiendo fundar su determinación para no incurrir en una aplicación de la norma que pudiera resultar discriminatoria.

Otro tema que gran relación con la guarda y custodia, es la disolución del vínculo matrimonial, ya

---

<sup>14</sup> Rico Álvarez Fausto, *Op cit*, p.313

<sup>15</sup> *Ídem*.

<sup>16</sup> Código Civil del Estado de Chihuahua, Texto actualizado hasta las reformas publicadas en el P. O. E. el 09 de noviembre de 2019, Artículo 247.

que a través del divorcio, se presenta una de las hipótesis referidas en secciones anteriores al generarse la separación de los progenitores de niñas, niños y adolescentes, por lo que debe resolverse lo relativo a la guarda y custodia que se ejerce sobre los mismos.

En el caso del divorcio contencioso, el propio artículo 256 bis en su fracción IV contempla como medida provisional la poner a los hijos del matrimonio bajo la custodia de la persona más apta e idónea, siendo normalmente algún familiar, que puede ser uno de los progenitores o no, y además refiere que debe establecerse un régimen de convivencia progresiva entre los menores y el ascendiente que no tenga la guarda y custodia.

Por su parte, en materia de divorcio por mutuo consentimiento, debemos remitirnos a la legislación procesal familiar del Estado, en el que, si bien es cierto no refiere de forma expresa a la guarda y custodia dentro de este procedimiento, lo cierto es que en el contenido del convenio que las partes deben celebrar en relación a la situación de los hijos que hubieren procreado resulta necesario pronunciarse sobre el ejercicio de la guarda y custodia, así como del régimen de convivencias con quien no la tenga.

Aunado a ello el artículo 267 del Código Civil regula que en un divorcio la situación de los hijos puede resolverse mediante convenio de las partes, o en su defecto por decisión del juzgador, y textualmente reconoce que “La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos e hijas, para lo cual el juez competente deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la guarda y custodia.”<sup>17</sup>

Otro de los rubros que indirectamente regulan la guarda y custodia lo encontramos en materia de reconocimiento, en donde se contempla que en caso de que este tenga verificativo, en el supuesto de que los padres no vivan juntos convendrán quien ejercerá la guarda y custodia o en su defecto lo resolverá el juez<sup>18</sup>, o bien, que en caso de que el reconociendo se realice de manera sucesiva, la guarda y custodia quedara en favor del primer en hacerlo, salvo convenio en contrario.<sup>19</sup>

Además en la regulación sobre la patria potestad el artículo 393 contempla que en aquellos casos en que se separen quienes la ejercen, lo relativo a la guarda y custodia debe resolverse en los términos anteriores, es decir, mediante convenio o a falta de este por resolución judicial.

Finalmente otro de los temas que transversalmente abordan a la figura jurídica en estudio, lo identificamos con la separación de personas contemplada en la legislación procesal, ya que el numeral

---

<sup>17</sup> Código Civil del Estado de Chihuahua, *Op cit*, Artículo 267, segundo párrafo.

<sup>18</sup> *Ibidem*, Artículo 357-358.

<sup>19</sup> *Ibidem*, Artículo 394.

171 contempla la necesidad de que el tribunal provea lo conducente a la guarda y custodia atendiendo a las circunstancias del caso, siendo enfático en aquellos asuntos donde exista desacuerdo o se presente violencia familiar.

Todo lo anterior, sin soslayar el hecho que tanto el artículo 89 de la legislación procesal familiar contemplan que la sentencias provisionales pueden modificarse en la definitiva, y que ésta si se trata, entre otros temas, de guarda y custodia puede alterarse o modificarse si cambian las circunstancias que afectaron a la acción ejercida. Mientras que el 268 del Código adjetivo, prevé que la situación de hijos puede ser modificada atendiendo al interés de los mismos.

#### **IV. Su relación con el interés superior de la niñez**

Sin la intención de realizar un abordaje sobre el interés superior de la niñez, consagrado en el artículo cuarto constitucional, así como en diversos instrumentos internacionales, dentro de los que destaca la convención de los derechos del niño, resulta indispensable hacer referencia a la relación que este tiene con la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes. Para ello, hemos decidido incorporar diversos criterios emitidos por el máximo tribunal mexicano, en los cuales sobresalen aspectos que ponen de manifiesto el impacto del interés superior de la infancia en la función jurisdiccional al momento de dirimir alguna controversia en materia de guarda y custodia.

De esta manera consideramos indispensable identificar al interés superior como un elemento fundamental al resolver en materia de guarda y custodia en aras de aquello que resulte más benéfico para las niñas, niños y adolescentes involucrados, tal como lo señala el criterio obligatorio emitido por el Tercer Tribunales Colegiado en materia Civil del Segundo Circuito en el año 2002, en el que claramente se determinó que la guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes como derecho implica que el juzgador no puede limitarse a considerar exclusivamente las pruebas ofrecidas por las partes, sino que “[...] el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia.”<sup>20</sup>, además de darle vista al agente del Ministerio Público como representante social.

Concuerda con lo anterior la tesis jurisprudencial ubicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2017, Tomo I, página 451, bajo el rubro **INTERÉS**

---

<sup>20</sup> Época: Novena Época, Registro: 185753, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Octubre de 2002, Materia(s): Civil, Tesis: II.3o.C. J/4, Página: 1206.

**SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA**, que reconoce al interés superior como el parámetro o punto de referencia de la guarda y custodia, estableciendo textualmente que en “[...] todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores las que determinan las medidas a adoptar, sino exclusivamente el bienestar de los hijos.”<sup>21</sup>. Atender lo anterior, sin lugar a dudas, permitirá que la toma de decisiones, ya sea medidas provisionales o resoluciones definitivas, se realicen considerando lo más benéfico para los menores relacionados con el juicio, sin que se centren los argumentos planteados o la motivación de la resolución emitida en los derechos de los mayores de edad involucrados, ya que en ocasiones llega se pretende obtener una resolución atendiendo primordialmente el derecho que tiene los progenitores por encima de los derechos de niñas, niños y adolescentes, cuando la protección de los derechos de los menores está por encima de la de los adultos.

El interés superior viene a ser prácticamente un presupuesto que el juzgador debe estimar antes de dictar su resolución, es considerado como el criterio rector en la toma de decisiones cuando se ven involucrados niños, niñas y adolescentes. Por ello, la Primera Sala se ha pronunciado sobre ciertos elementos o parámetros que deben orientar al juzgador en sus resoluciones, tal como lo expresa la jurisprudencia obligatoria localizable bajo el rubro **GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN**, mismo que a la letra señala:

El interés superior de los menores, previsto en el artículo 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 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

---

<sup>21</sup> Época: Décima Época, Registro: 2006227, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a./J. 31/2014 (10a.), Página: 451

autoabastecerse de los menores, entre muchos otros elementos que se presenten en cada caso concreto.<sup>22</sup> Queda en evidencia que en cualquier caso debe prevalecer la protección consagrada en el cuarto constitucional relativa al interés superior y a aquellas condiciones o circunstancias que resulten más favorables a la niña, niño o adolescentes. Por otra parte, no puede hacerse de lado que la legislación procesal familiar dispone expresamente que los tribunales deben contemplar como principio rector guía al interés superior de la niñez, por lo que estimamos que el tribunal debe realizar una interpretación armónica en conjunto con la obligación constitucional consagrado en el cuarto de nuestra constitución así como en los instrumentos internacionales de protección a niñas, niños y adolescentes.

## **V. Igualdad y no discriminación en su ejercicio**

Estimamos que resulta necesario ser abordado en materia de guarda y custodia es el relativo al respeto al principio de igualdad y no discriminación que debe regir en el pronunciamiento de una sentencia, ya que como se indicó en párrafos previos, nuestro ordenamiento legal, particularmente al abordar la separación de quienes ejercen la patria potestad de un menor, categóricamente establece que atendiendo a la edad la guarda y custodia corresponde a la madre, lo que en una interpretación literal del texto podría atentar contra los dos principios o derechos que titulan este apartado, es decir, pudiera estimarse como una disposición discriminatoria al imponer la obligación al juzgador de otorgar la guarda y custodia al padre o a la madre únicamente en razón de la edad.

Ante esta óptica vale la pena remitirnos a un par de criterios jurisprudenciales emitidos en el año 2014 por la Primera Sala en relación con el artículo 4.228 de Código Civil del Estado de México, que, aún y cuando su texto actual es distinto al de aquel momento, el razonamiento emitido es digno de retomar. En efecto, el citado numeral analizado por la Primera Sala establecía que en materia de guarda y custodia los menores de diez años quedarían a cargo de la madre, salvo que resultara perjudicial para el menor, disposición que al ser analizada por la Primera Sala fue concebida como constitucional “[...], siempre y cuando se interprete a la luz del interés superior de los menores y del principio de igualdad.”<sup>23</sup>, y atendiendo a las implicaciones de esta institución jurídica explica que:

---

<sup>22</sup> Época: Décima Época, Registro: 2006226, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Civil, Tesis: 1a./J. 23/2014 (10a.), Página: 450.

<sup>23</sup> Época: Décima Época, Registro: 2006790, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Civil, Tesis: 1a./J. 52/2014 (10a.), Página: 215

[...] 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. Es innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre.<sup>24</sup>

Si bien es cierto que el criterio referido identifica que durante los primeros años de vida existe una identificación mayor del hijo con la madre, concluye con la reflexión de que existe una necesidad tanto del padre como de la madre para el desarrollo del individuo al indicar que “El menor necesita tanto de su madre como de su padre, aunque de modo diferente, en función de la edad; ambos progenitores deben hacer posible y propiciar la presencia efectiva de esas funciones simbólicas en el proceso de maduración personal de los hijos.”<sup>25</sup>

En diverso criterio, cuyo rubro es **GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR [INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO]**, la misma Sala señala expresamente el deber de atender lo que resulte más benéfico para el niño, niña o adolescente. De esta manera, se reconoce que “[...] no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores pues, en principio, tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos [...]”<sup>26</sup>, por lo que al momento de resolver sobre este tema debe atenderse al interés superior del menor, tal como se señaló en apartados previos, entendiendo que dicho parámetro implica que debe considerarse no solo el “[...] escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino, por el contrario, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que resulte lo más benéfica para éste”<sup>27</sup>, para lo cual el juzgador debe “[...] valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre”<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ídem*

<sup>25</sup> *Ídem.*

<sup>26</sup> Época: Décima Época, Registro: 2006791, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Civil, Tesis: 1a./J. 53/2014 (10a.), Página: 217

<sup>27</sup> *Ídem.*

<sup>28</sup> *Ídem*

Como puede apreciarse el sentido de estos criterios claramente refleja la protección que debe tenerse en relación a niñas, niños y adolescentes, y que debe atenderse al interés superior, sin soslayar que la propia corte reconoce, en este rubro, “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.”<sup>29</sup>

Todo ello sin pasar por alto el texto actual del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México que textualmente dispone:

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:

I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;

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 practicárseles y habiendo escuchado a la niña, niño o adolescente determinará: (Reformada mediante decreto número 497 de la “LVIII” Legislatura, publicada en la Gaceta del Gobierno el 24 de agosto de 2015.) (Reformada mediante decreto número 472 de la “LVII” Legislatura, publicada en la Gaceta de Gobierno el 10 de agosto de 2012).

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. (Reformado mediante decreto número 68 de la “LIX” Legislatura, publicada en la Gaceta del Gobierno el 14 de marzo de 2016). (Reformada mediante decreto número 472 de la “LVII” Legislatura, publicada en la Gaceta de Gobierno el 10 de agosto de 2012). (Reformado mediante decreto número 472 de la “LVIII” Legislatura, publicada en la Gaceta de Gobierno el 18 de diciembre de 2014).

b) Derogado. (Mediante decreto número 68 de la “LIX” Legislatura, publicada en la Gaceta del Gobierno el 14 de marzo de 2016).

c) Los mayores de doce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá. (Reformado mediante decreto número 68 de la “LIX” Legislatura, publicada en la Gaceta del Gobierno el 14 de marzo de 2016).

En la resolución que ordene cuál de los padres ejercerá la guarda y custodia, se sujetará al interés superior del menor, velando en todo momento por la integridad física y mental de los hijos, atendiendo las circunstancias específicas que se encaminen a proteger el desarrollo de la familia y a salvaguardar el sano desarrollo de los menores. En todo caso, deberá practicarse la pericial en psicología familiar a las parejas de los padres, con el fin de verificar la seguridad del menor de la guarda, custodia y aún de la convivencia. (Adicionado mediante decreto número 472 de la “LVIII” Legislatura, publicada en la Gaceta de Gobierno el 18 de diciembre de 2014).<sup>30</sup>

Por último, queremos hacer énfasis en que a diferencia del texto analizado por la Corte en 2014 así como del actual, nuestro ordenamiento estatal no refiere a que se otorgará preferentemente la guarda y custodia, o que se hará atendiendo al interés superior, sino que de manera categórica dispone que atendiendo a la edad deben los menores estar sujetos a la guarda y custodia que ejercerá la madre si son menores de siete años. No obstante a lo anterior debe realizarse una interpretación armónica con el resto

---

<sup>29</sup> *Ídem*

<sup>30</sup> Código Civil del Estado de México, consultado en línea el 23 de noviembre de 2019 a las 11:30 horas en: [http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/leyes\\_y\\_codigos.html](http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/leyes_y_codigos.html)

de los artículos que guardan relación con asuntos que involucran a niñas, niños y adolescentes tanto del código civil, como del procesal familiar y fundamentalmente con el artículo cuarto constitucional y los instrumentos internacionales en la materia.

## **VI. Régimen de convivencias**

Finalmente, consideramos necesario detenernos en un derecho que emerge de la separación de los progenitores de algún niño, niña o adolescente, y que guarda íntima relación con la guarda y custodia, nos referimos al derecho de convivencia que tiene un menor de edad con el progenitor con quien no cohabita. Así se ha considerado en el criterio jurisprudencial emitido por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, que lleva por rubro **MENORES DE EDAD. EN JUICIO SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA ES NECESARIO ESTABLECER UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA CON SUS PADRES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO)**, en la que se señala que el juicio sobre la guarda y custodia, “[...] si bien como objetivo principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno de ellos, en forma complementaria conlleva a la necesidad de precisar las circunstancias en torno a las cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con los hijos y de cumplimentar sus obligaciones derivadas de la patria potestad que sobre los mismos mantiene.”<sup>31</sup>

Ante lo anterior, resulta lógico que si uno de los progenitores ejerce la guarda y custodia, motivo por el cual tiene bajo su cuidado directo y permanente al niño, niña o adolescentes, es necesario, por los propios derecho de los menores de edad y en beneficio de su desarrollo integral, la convivencia con el padre o madre que no tiene a su favor la guarda y custodia al ejercer el derecho de convivencia o de visitas, entendiendo que este “[...] sólo asume funciones de guarda durante los periodos de relación y comunicación establecidos, mientras que el titular de la guarda y custodia va a ejercerlas durante la mayor parte del tiempo. En segundo término, porque el ejercicio del régimen de visitas no siempre va a llevar aparejadas funciones idénticas a las que comprende la guarda y custodia.”<sup>32</sup>

Por su parte, nuestra legislación sustantiva local reconoce el derecho de convivencia que tiene aquella persona que ejerce la patria potestad cuando no está a su cargo la custodia de sus descendientes,

---

<sup>31</sup> Época: Novena Época, Registro: 186221, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Agosto de 2002, Materia(s): Civil, Tesis: II.2o.C. J/15, Página: 1165

<sup>32</sup>Martínez Calvo Javier, *Op cit*, p.45.

a menos que exista peligro para estos últimos,<sup>33</sup> estableciendo que no puede verse impedida dicha convivencia sin justa causa y que en caso de oposición debe resolverse atendiendo al interés superior del menor, como se puede constatar de la lectura del segundo párrafo del artículo 394, que dice:

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones' personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición a petición de cualesquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá suspenderse o perderse el derecho a la convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.<sup>34</sup>

La integración a su núcleo familiar y social, en relación a la situación emocional y sentimental de los niños es sumamente trascendente, por ello debe procurarse que la convivencia se presente en las mejores condiciones para ellos, tal y como lo ha plasmado el criterio emitido en la décima época, libro 17, abril de 2015, tomo II de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, página 1651, bajo el rubro **“VISITA Y CONVIVENCIA DE LOS MENORES CON SUS PROGENITORES. ES UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE TIENDE A PROTEGER EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS SIENDO, POR TANTO, DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA)”**, se ha plasmado que estamos frente a un derecho fundamental que debe de ser protegido y que únicamente en casos extraordinarios y debidamente justificados puede limitarse, siempre atendiendo al interés superior del menor. Así lo establece el criterio identificado al contemplar textualmente:

Atento a lo cual, el derecho de visita y convivencia con sus progenitores, debe catalogarse como un derecho fundamental del menor porque es tendente a proteger su interés superior, siendo éste por tanto de orden público y de interés social, y sólo se impedirá esa convivencia con alguno de sus padres cuando se estime razonadamente que resultaría más perjudicial que benéfico al menor. Por lo que, ante tal situación, en aras de ese supremo derecho que tienen los niños a ser amados y respetados, sin condición alguna, por regla general sus progenitores deben ejercer tanto la guarda y custodia, como el derecho de visita y convivencia, en un ambiente de comprensión y respeto para con sus hijos, procurando en todo momento su pleno desarrollo físico y mental. Y, concatenadamente, la autoridad judicial se encuentra obligada a que los menores puedan gozar de ese máximo principio de convivir con ambos padres y las familias de éstos, para lo cual debe tomar las medidas necesarias a fin de proteger ese interés superior.<sup>35</sup>

Como se dijo anteriormente, la convivencia entre progenitores y descendientes permite un sano desarrollo de los menores, por lo que este derecho “incide de manera directa en los valores esenciales de la familia y constituye un aspecto relevante en la integración de su concepto, por lo que son los menores

---

<sup>33</sup> Cfr. Código Civil del Estado de Chihuahua, *Op cit*, Artículo 394.

<sup>34</sup> *Ídem*

<sup>35</sup> Época: Décima Época, Registro: 2008896, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 17, Abril de 2015, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: VI.2o.C. J/16 (10a.), Página: 1651

los que tienen derecho de convivir con sus padres y no sólo éstos de convivir con ellos”<sup>36</sup>, motivo por el cual debe cuidarse la relación que se tenga con ambos progenitores, incluyendo la convivencia con la familia en extenso.

## **VII. Consideraciones finales (Conclusiones)**

La guarda y custodia válidamente puede estimarse de manera dual, tanto como parte integral del ejercicio de la patria potestad así como un efecto de la misma, que puede ejercerse tanto de manera conjunta en el caso de que los progenitores cohabiten con los menores de edad, o bien, ser ejercida por uno de ellos en caso de encontrarse separados. Por ello consideramos que es un rubro fundamental al momento de decidir sobre cualquier juicio en el que se implique la separación de los progenitores de niñas, niños y adolescentes, puesto que es derecho de estos con un impacto inmediato para su formación integral la convivencia que debe tener con ambos.

No obstante a la trascendencia que esto tiene, la legislación chihuahuense la regula únicamente de manera transversal dentro de diversos temas como los señalados en el cuerpo del presente trabajo, a los que nos remitimos en obvio de inútiles repeticiones.

En cualquiera de los supuestos en que un juzgador deba pronunciarse sobre el tema que nos ocupa, es indispensable entender que la decisión debe apoyarse en el interés superior de la niñez, ya que la resolución deberá atender a aquello que resulte más benéfico para niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a las condiciones existentes en cada caso particular que sea sometido a su consideración, pero además es necesario ser conscientes que estas determinaciones, aún con el carácter de definitivas pueden llegar a modificarse de cambiar las circunstancias en que se dictaron atendiendo a dicho interés.

Continuando con la conclusión previa, a pesar de que nuestro código civil terminantemente contempla la edad del niño, niña o adolescente para otorgar la guarda y custodia en favor de la madre, lo cierto es que debe atenderse a las condiciones particulares del caso concreto, ya que de lo contrario, se estaría discriminando al padre por cuestiones de edad de su hijo.

Finalmente cerramos este modesto trabajo, haciendo énfasis en lo que debe ser la piedra toral de este tema, nos referimos a que los derechos y obligaciones que derivan tanto de la patria potestad, la guarda y custodia, y el régimen de convivencias debe atender a aquello que resulte lo más benéfico para

---

<sup>36</sup> Época: Décima Época, Registro: 2014453, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 43, Junio de 2017, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: VII.1o.C. J/8 (10a.), Página: 2526

la protección y correcto desarrollo del individuo que se encuentra sujeto a ellos, es decir, de niñas, niños y adolescentes.

## **VIII. Fuentes de información**

### **Bibliográficas y hemerográficas:**

- Tapia Ramírez Javier, Derecho Civil. Primer curso, Editorial Porrúa, México, 2016, p.227.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Temas selectos de derecho familiar. Patria Potestad, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, p.13.
- Rico Álvarez Fausto, Relaciones jurídicas familiares, Editorial Porrúa , México, 2016, p.307
- Baqueiro Rojas Edgard y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia, Segunda Edición, Editorial Oxford, México, 2009, p.272.
- Martínez Calvo Javier, La guarda y custodia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, P.42.
- Ragel Sánchez Luis Felipe, “La guardia y custodia de los hijos” en Derecho Privado y Constitución, No. 15, Madrid, 2001, p. 281-329, consultada el día 19 de octubre de 2019 a las 12:51 horas, en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=389&IDA=10110>

### **Legislativas:**

- Código Civil del Distrito Federal, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal: 18 de julio de 2018, Artículo 282, consultado el 14 de febrero de 2020 a las 21:38 horas, en: <http://aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>
- Código Civil del Estado de Chihuahua, Texto actualizado hasta las reformas publicadas en el P. O. E. el 09 de noviembre de 2019, Artículo 247.
- Código Civil del Estado de México, consultado en línea el 23 de noviembre de 2019 a las 11:30 horas en: [http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/leyes\\_y\\_codigos.html](http://www.secretariadeasuntosparlamentarios.gob.mx/leyes_y_codigos.html)

### **Jurisprudenciales:**

- Época: Novena Época, Registro: 185753, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Octubre de 2002, Materia(s): Civil, Tesis: II.3o.C. J/4, Página: 1206.

- Época: Décima Época, Registro: 2006227, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a./J. 31/2014 (10a.), Página: 451
- Época: Décima Época, Registro: 2006226, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Civil, Tesis: 1a./J. 23/2014 (10a.), Página: 450.
- Época: Décima Época, Registro: 2006790, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Civil, Tesis: 1a./J. 52/2014 (10a.), Página: 215
- Época: Décima Época, Registro: 2006791, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Civil, Tesis: 1a./J. 53/2014 (10a.), Página: 217
- Época: Novena Época, Registro: 186221, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Agosto de 2002, Materia(s): Civil, Tesis: II.2o.C. J/15, Página: 1165
- Época: Décima Época, Registro: 2008896, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 17, Abril de 2015, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: VI.2o.C. J/16 (10a.), Página: 1651
- Época: Décima Época, Registro: 2014453, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 43, Junio de 2017, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: VII.1o.C. J/8 (10a.), Página: 2526