UADY

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE YUCATÁN

FACULTAD DE DERECHO

Revista

Tohil

LA CUSTODIA COMPARTIDA A LA LUZ DEL NUEVO DERECHO DE FAMILIA

SHARED CUSTODY IN THE LIGHT OF THE NEW FAMILY LAW

Stephen Javier Urbina Rodríguez[1]
María Minerva Zapata Denis[2]

Sumario: I.- Patria potestad: deberes y derechos. II.- Guarda y custodia de los menores. III.- Régimen de convivencia como derecho fundamental a la familia. IV.- La custodia compartida. V.- La constitucionalización del Derecho de Familia. VI.- Conclusión.

Resumen: La guarda y custodia de los hijos o hijas al darse una ruptura matrimonial es uno de los temas prioritarios a resolver, considerado el de mayor trascendencia por el efecto que tiene en el cambio de las dinámicas familiares que se adoptarán a partir de la separación. Si bien a pesar de la disolución del vínculo matrimonial o la separación de la relación de hecho, el padre o madre no custodio conserva la patria potestad sobre los hijos, lo que implica ejercer los derechos y los deberes que de ella se generen y participar en las decisiones sobre la vida de los menores, al no tener la guarda y custodia y convivir únicamente bajo un régimen pre acordado de convivencia con días y horarios, implica casi inevitablemente que el padre o madre no custodio tenga menor peso y participación en la formación, educación y relación afectiva con los menores. Es por ello que la figura de la custodia compartida, otorgada por un juez y solicitada por acuerdo de los progenitores, bajo la luz del principio del interés superior del menor, es una vía para garantizar el principio de corresponsabilidad parental y de igualdad, considerando que el derecho de los menores a la convivencia con sus padres no se genera por el matrimonio o la unión entre ellos, sino que nace de la familia, involucrando en igualdad de circunstancias a ambos padres, lo que resultará más beneficioso para el sano desarrollo de los menores.

Palabras Clave: Patria potestad, Interés superior del menor, Guarda y custodia, Custodia compartida.

1 Doctor en Derecho por el Instituto Universitario Puebla. Profesor de Carrera Asociado "B" de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán.
2 Doctora en Derecho por el Instituto Universitario Puebla. Profesora de Carrera Asociado "D" de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán.

Abstract: The guardianship and custody of the sons or daughters when a marriage breaks up is one of the priority issues to be resolved, considered the most important due to the effect it has on the change in family dynamics that will be adopted after the separation. Although despite the dissolution of the marriage bond or the separation of the de facto relationship, the non-custodial father or mother retains parental authority over the children, which implies exercising the rights and duties that are generated from it and participating in Decisions about the life of minors, as they do not have custody and live only under a pre-agreed regime of coexistence with days and hours, almost inevitably implies that the non-custodial father or mother has less weight and participation in training, education and affective relationship with minors. That is why the figure of shared custody, granted by a judge and requested by agreement of the parents, in light of the principle of the best interests of the minor, is a way to guarantee the principle of parental co-responsibility and equality, considering that The right of minors to live with their parents is not generated by marriage or the union between them, but is born from the family, involving both parents in equal circumstances, which will be more beneficial for the healthy development of children. minors.

Key Words: Parental authority, The best interests of the minor, Guardianship and custody, Shared custody.

I. PATRIA POTESTAD: DEBERES Y DERECHOS

La patria potestad es definida por la doctrina como "el conjunto de deberes, derechos y obligaciones existentes entre los ascendientes y descendientes más próximos, encaminado al cuidado y desarrollo de la persona y de los bienes de éstos durante su menor edad"[3]; Galindo Garfias la define como:

> Una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos, cuyo ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales haya quedado establecida legalmente la filiación (consanguí-

3 RICO Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio, Cohen Chicurel Mischel, Derecho de Familia, Porrúa, 3ª edición, México, 2020. p. 415

nea o civil).[4]

El Código de Familia del estado de Yucatán, en su artículo 276, establece que "la patria potestad es un conjunto de derechos y obligaciones que se otorgan e imponen legalmente a los ascendientes, en su caso, para cumplir con las necesidades materiales, afectivas, de salud, educación y recreativas de los hijos o hijas menores de edad, así como para la administración de sus bienes".

La patria potestad se ha ido transformando paralelamente a la evolución del derecho. En sus orígenes, en el derecho romano, era considerada como un poder en el sentido amplio de la palabra, es decir el *paterfamilia* tenía un poder absoluto no sólo sobre los hijos sino sobre toda la familia, al grado que podía incluso vender, castigar o hasta matar a los hijos. Posteriormente, con la entrada de la república, el poder del *paterfamilia* fue disminuyendo y ya en el Derecho Justiniano, la patria potestad se convirtió en un mesurado poder de corrección y disciplina.

Para la edad media, pasó a ser temporal, sólo durante la minoría de edad y se concebía desde una perspectiva de protección hacia el menor. En la época moderna, en la cual el Estado vela por la impartición de justicia, la patria potestad se asume ya no como un poder sino como una función primordial para la protección de los menores e incapaces; incluso el Estado ejerce una función de vigilancia para el debido ejercicio de la misma.[5] Es por ello que el ejercicio de la patria potestad conlleva el cumplimiento de una serie de deberes-derechos por parte de quienes la ostentan, tales como la protección de los hijos y de sus bienes, el respeto a su personalidad, la crianza, la custodia (la cual toma especial relevancia por ser el punto toral de este artículo), el deber de permitir la convivencia del menor con sus ascendientes, deber de educar y aquellos deberes que se requiera para el cuidado y administración de los bienes que le correspondan a un menor; por lo que, tal y como describe Javier Tapia en su obra, "la patria potestad ha desaparecido como tal, pues, ya no hay poder, sino más bien función, no hay derechos o facultades, sino deberes, no hay exclusividad o señorío, sino una misión que le corresponde a ambos

4 GALINDO Garfias Ignacio, *Derecho civil, primer curso. Parte general. Personas y familia*, Porrúa, México, 2009, p. 686.

5 TAPIA Ramírez, Javier, *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo V*, Porrúa, México, 2ª edición, 2018, p. 445-446

progenitores."[6]

En este mismo orden de ideas, uno de los derechos-deberes que se generan con la patria potestad es la guarda y custodia de los hijos menores, en la cual si ambos padres viven juntos, es ejercida por ellos y consiste en realizar todo lo necesario para el cuidado inmediato del menor, su protección física, el cuidado de su alimentación, educación, protección del peligro y todo aquello necesario para el sano desarrollo del menor tanto físico como emocional, y que a la luz de una corresponsabilidad parental comprometida con el bienestar del menor conlleva el asumir ambos una participación igualitaria en el desarrollo y crecimiento de los hijos y una distribución equitativa de las obligaciones para con los mismos.

Sin embargo, al darse una separación entre los progenitores, la consecuencia general es que sólo uno de ellos continúe conservando dicha custodia en tanto que el otro contará únicamente con un régimen de convivencia, que por más amplio que sea no dejará de ser limitado en comparación al tiempo que permanecerá con el custodio. Por tanto, la decisión de quién mantendrá la guarda y custodia de los hijos menores, en ciertos casos, marca el inicio de una larga disputa legal, ya que independientemente de que se mantenga la patria potestad sobre los hijos o hijas menores y conserven sus derechos de vigilancia y convivencia, el padre o madre no custodio estará sujeto a un régimen de convivencia preestablecido, limitando su participación en el día a día del menor.

II. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES

Como se mencionó en el apartado anterior, la guarda y la custodia conlleva realizar todas las acciones necesarias para velar por el sano crecimiento y desarrollo de los menores, dirigirlos, educarlos, cuidarlos en el plano físico, emocional y mental.

El Código de Familia para el Estado de Yucatán, en el capítulo I, Título Décimo, dispone en su artículo 318 que "se entiende por custodia la guarda y cuidado con toda diligencia de las niñas, niños y adolescentes, ejercida de

6 Idem, p. 447

manera directa por aquellas personas a las que les corresponde el ejercicio de la patria potestad, salvo las excepciones previstas en este ordenamiento".

En este sentido, el Código de Familia, en su artículo 320, establece que quien tenga la custodia de menores de edad deberá realizarla bajo los principios de respeto a la dignidad entendiendo ésta en la total amplitud de la palabra, prohibiendo cualquier tipo de violencia generada en su contra, estableciendo de manera expresa en su artículo 322 que en toda determinación judicial sobre custodia y convivencia debe de atender primordialmente el interés superior del menor.

Dos aspectos relevantes considera la norma de derecho de familia en el Estado: lo dispuesto en el artículo 319, que señala: "siempre que se trate de asuntos relacionados con la custodia y la convivencia de las niñas, niños y adolescentes, el juez debe escuchar la opinión de ellos, cuando ya puedan formarse un juicio" y la consideración del principio de igualdad entre los progenitores en lo relacionado con las vacaciones, días festivos, onomásticos, etc., lo que tiene como finalidad que se mantenga el contacto para favorecer su propio y necesario desarrollo emocional, protegiendo así el derecho a la convivencia tanto de los padres pero sobre todo de los hijos en situaciones de separación o disolución del vínculo matrimonial.

Lo dispuesto anteriormente lleva implícita una serie de deberes y obligaciones de gran alcance para la vida de los menores, como el deber de crianza responsable, que no se constriñe a la satisfacción de las necesidades materiales del menor, sino velar por su desarrollo armónico con una formación basada en el afecto, la responsabilidad y los límites; implica una educación adecuada a su edad y condición, que les dé las herramientas necesarias para poder ser ciudadanos responsables y poder valerse por sí mismos en su vida futura.[7] Inculcar buenos hábitos de alimentación, higiene y fomentar su desarrollo físico e intelectual, establecer límites y normas que le den estructura y orden a la vida diaria del menor y lograr su pleno desarrollo, teniendo en todo momento el deber de vigilancia para que el menor no realice actos que pongan en peligro su integridad, asumiendo en ese deber de vigilancia su responsabilidad civil por los daños y perjuicios que ocasione el menor al incurrir en *culpa in*

7 Cfr. MUÑOZ, Rocha, Carlos I., *Derecho Familiar,* Oxford, México, 2013, pp.345-346

vigilando.[8]

Puesto ya en contexto el alcance de los deberes que implican la guarda y custodia de un menor y partiendo de la premisa del principio del interés superior del mismo como un imperativo en las decisiones que en ellos impacta, el principio de igualdad y corresponsabilidad parental, así como el efecto que en la vida del menor tiene el cambio de la misma derivado de una separación o disolución del vínculo matrimonial, se abre el camino para analizar la viabilidad que el Código de Familia para el Estado de Yucatán considere la figura de la custodia compartida, otorgada por el juez bajo principios claramente establecidos y como una vía para que ambos progenitores, en amplitud del ejercicio pleno de sus derechos y deberes derivados de la patria potestad, puedan tener en igualdad de circunstancias un involucramiento activo en la formación del menor.

III. RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA FAMILIA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4, establece dos disposiciones trascendentales para la vida y el desarrollo de la niñez que guardan relación con el tema en estudio: la protección que la ley debe de dar a la organización y el desarrollo de la familia y la obligación por parte del Estado de velar por el interés superior del menor en todas sus decisiones y actuaciones, concebido éste como el principio guía para el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de toda acción o política pública relativa a la niñez; lo anterior en pro de garantizar de manera plena los derechos de los menores y contribuir a la satisfacción de sus necesidades en búsqueda de su desarrollo integral.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su labor interpretativa del interés superior del menor, ha señalado que el artículo 4 constitucional implica un punto de convergencia de los derechos contenidos en los diversos tratados internacionales y un parámetro de regularidad especializado respecto

8 TAPIA Ramírez, Op. Cit, p.467

a los derechos de la niñez.[9] Por ello, en este mismo sentido, cabe destacar lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño (CDN), aprobada el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado mexicano el 21 de septiembre de 1990, en cuyo preámbulo establece la convicción de que la familia es parte fundamental de la sociedad y un medio necesario para el crecimiento y bienestar de los niños y por ello debe ser protegida por el Estado, ya que el menor para su "pleno y armonioso desarrollo, debe de crecer en el seno de la familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". Partiendo de dicha declaración, la CDN prevé disposiciones relacionadas con la importancia de la protección del derecho de un menor a disfrutar de una familia; así, en su artículo 9, establece que el menor tiene derecho a vivir con sus progenitores y a ser cuidado por ellos, exceptuando el caso de que la separación sea necesaria para su protección, así como el deber de los Estados de apoyar a la familia para que ésta pueda cumplir cabalmente con sus funciones.[10]

Sobre este tema, es importante tener en cuenta que el citado principio del interés superior del menor, contenido en el artículo 2, segundo párrafo, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, prevé que éste "deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes"; por lo que al tomar alguna decisión que les afecte, "se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales".

Así, el interés superior del menor es un concepto triple, al ser: un derecho sustantivo; un principio jurídico interpretativo fundamental; y una norma de procedimiento. El derecho del interés superior del menor debe observarse "en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño", lo que significa que, en "cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial ", lo cual incluye no sólo

9 Véase Tesis 1ª. LXXVI/2013 (10a), Semanario Judicial y su Gaceta, Décima Época, libro XVIII. Marzo de 2013.
INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. EL ARTÍCULO 4o. PÁRRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REPRESENTA UN PUNTO DE CONVERGENCIA CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA RECONOCIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES.RUBRO DE LA TESIS.
10 Convención sobre los Derechos del Niño, en https://bit.ly/3PCCvLs

las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. La consideración del interés superior del niño como algo primordial requiere tomar conciencia de la importancia de sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias.[11]

Por tanto, cualquier decisión que se tome en relación con la guarda y custodia de menores de edad, deberá tenerse siempre en cuenta este principio que regirá el actuar de la autoridad que conozca sobre ello.

En este mismo orden de ideas, el reconocimiento al derecho a tener una familia se encuentra también reconocido en diversos instrumentos internacionales, entre ellos, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador", en cuyo artículo 15 dispone: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material, 2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna".[12] Por su parte, el artículo 16, numeral 3 de la Declaración Universal, dice: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."[13]

Alineado en ese sentido está lo dispuesto por los artículos 22 y 23 de la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que establece el derecho del menor a vivir en familia y la protección de su derecho de convivencia.

Interpretando en amplitud las disposiciones normativas contenidas en

11 Véase Tesis: 2a./J. 113/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Registro digital: 2020401, Segunda Sala, Décima Época, Libro 69, agosto de 2019, Tomo III, página 2328, Jurisprudencia, DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE.

12 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador", en https://bit.ly/3NtGcRC

13 Declaración Universal de los Derecho Humanos, https://bit.ly/3PFi68q

nuestro derecho interno y en los diversos instrumentos internacionales, el derecho del menor a vivir en una familia tiene una protección prioritaria como un elemento fundamental para su sano desarrollo integral, y este derecho no sólo va en función del menor sino del derecho de ambos padres para convivir y participar activamente en la crianza, formación y desarrollo de sus hijos o hijas menores; es un efecto de reciprocidad ante la necesidad de ambos padres de estar presentes en cada etapa de la vida de un menor, asumiendo el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de los derechos derivados de su patria potestad.

Por ello, en pro de garantizar este derecho del menor y conscientes del efecto que en su crecimiento y desarrollo tiene llevar una vida en familia bajo los principios de armonía, relaciones afectivas sanas, protegiéndolo en los aspectos físicos y psicológicos, resulta de suma importancia considerar que están sentadas las bases para introducir de manera formal la figura de la custodia compartida en las legislaciones familiares y en especial en el Código de Familia del estado de Yucatán, si se dan las condiciones propicias a la luz del interés superior del menor y a juicio del juez familiar quien valorará el acuerdo de los padres y cuando así proceda la opinión del menor, el dictamen de las instancias especializadas que participan en las decisiones que atañen a un menor, etc., todo lo cual analizaremos con mayor profundidad en el siguiente apartado, lo que permitirá al juzgador tener un catálogo más amplio de dónde escoger el tipo de custodia que más favorezca al menor.

IV. LA CUSTODIA COMPARTIDA

Como se mencionó en líneas anteriores, la custodia es definida como la guarda y cuidado con toda diligencia de las niñas, niños y adolescentes, la cual se ejerce por aquellas personas a las que les corresponde el ejercicio de la patria potestad. Partiendo de dicho concepto y asumiendo que al haber una separación de los padres, casados entre sí o no, dejando de cohabitar en lo que fue el domicilio conyugal o la casa habitación que compartieron durante su unión, toma relevancia analizar y discutir la conveniencia de que las normas

relativas a las relaciones familiares consideren de manera formal y general la custodia compartida, partiendo de la premisa que en los procedimientos familiares de divorcio o separación de parejas con hijos, la decisión de quién tendrá a su cargo la guarda y custodia del menor determinará un antes y un después en la vida de éste y de los padres; sin embargo, hablar de custodia compartida implica una serie de factores y condiciones particulares que el juez debe valorar para llegar a esta determinación, siempre en miras de anteponer el interés superior del menor de que se trate.

Es por ello que en este apartado analizaremos a la luz de los conceptos, los códigos mexicanos que ya la consideran, los criterios judiciales y la experiencia de otros países en la figura de la custodia compartida para tener los argumentos necesarios que sustenten la pertinencia de que esta figura sea considerada de manera formal dentro de las legislaciones familiares y en el caso específico en el Código de Familia para el Estado de Yucatán.

La custodia compartida puede ser definida como:

> La conjunción de la custodia legal o física de los hijos por ambos progenitores, de manera que asegure el acceso continuado y frecuente de los hijos a ambos. El rasgo distintivo de la custodia conjunta es que ambos progenitores mantienen la responsabilidad legal y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, igual que si se tratara de una familia intacta. El padre con el que el niño reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria en relación con la disciplina, limpieza, alimentación, actividades, etc.[14]

Se trata de un régimen flexible de custodia donde el cuidado del menor queda dividido según la conveniencia entre ambos padres, y bajo las condiciones propicias implica un mayor alcance en la protección del interés superior del niño, en razón de que ambos progenitores continúan asumiendo las responsabilidades hacia el menor a pesar de la separación que se suscita

14 Marín, Catalina, Alemán, Carmen, de la Peña, Sebastián, Aragón, Virginia, Begoña García, M.ª, Catalán, M.ª José, García, M.ª Dolores, Matas, Ana M.ª y Soler, Concepción LA CUSTODIA COMPARTIDA: CONCEPTO, EXTENSIÓN Y BONDAD DE SU PUESTA EN ESCENA. DEBATE ENTRE PSICOLOGÍA Y DERECHO. Anuario de Psicología Jurídica. 2007;131-151.[fecha de Consulta 24 de Mayo de 2022]. ISSN: 1133-0740. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=315024768008

entre ellos, favoreciendo así el principio de igualdad entre los padres y una equiparación de sus obligaciones hacia sus hijos, teniendo un mayor peso en su formación y fortaleciendo su relación afectiva

En México, únicamente tres entidades federativas la consideran de manera formal en sus codificaciones: Puebla, Sinaloa y la Ciudad de México.

En el caso de Puebla, la contempla en sus artículos 463 fracción I y 635 de su Código Civil: [énfasis añadido]

> **Artículo 463.-** El Juez tendrá amplias facultades para determinar al momento de dictar la sentencia de divorcio, en su prudente arbitrio, tomando en cuenta las circunstancias especiales de cada caso oyendo a los cónyuges, a los menores y al Ministerio Publico, la situación de los hijos; para lo cual, deberá resolver todo lo relativo a la custodia, guarda, derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso, para lo cual observará las siguientes:
>
> I.- **Deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre**, pudiendo los menores permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres, en caso de que algún ascendiente tuviese la custodia, el otro que no la posee después de los siete años, podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función de las posibilidades de estos y aquellos, así como que no exista, con alguno de los progenitores, peligro alguno para su normal desarrollo.
>
> II.
>
> III..
>
> **Artículo 635.-** La ley reconoce el derecho de convivencia que tienen los menores con sus padres y con las familias de ambos. La convivencia permite el conocimiento directo de los menores con sus ascendientes y demás parientes, a fin de lograr su integración al núcleo familiar y obtener la identidad plena de los menores en el grupo social a que pertenece. La **custodia puede establecerse de manera compartida** y mediante ella se determinan derechos iguales de convivencia en favor

de los menores con sus padres y demás familiares…[15]

Por su parte, el artículo 187 del Código de Familia de Sinaloa, establece:

Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

A…

B.

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**…[16]

Bajo la misma línea está lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México):

Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

A.

B.

I

II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, **pudiendo estos compartir la guarda y cus-**

15 Código Civil para el estado libre y soberano de Puebla, en https://bit.ly/3MMoDwo (énfasis añadido por los autores).

16 Código Familiar del estado de Sinaloa, en https://bit.ly/3sUbHga (énfasis añadido por los autores).

todia mediante convenio…

Artículo 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 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.[17]

Como se puede observar, el espíritu de dichas disposiciones va encaminado a considerar la custodia compartida como una medida *prima facie*, si los padres así lo solicitan en su convenio y si el juez considera que existen las condiciones propicias. Es de llamar la atención que, en el caso del estado de Puebla, se determinó el amplio ejercicio de las facultades del juez para procurar en lo posible el régimen de custodia compartida de ambos progenitores. Este amplio margen de acción le permite al juez considerar de manera sistemática todos los factores determinantes (periciales, audiencia de escucha de menores, situación de ambos padres, etc.) y emitir una decisión anteponiendo la protección del interés superior del menor.

A este respecto, es relevante mencionar la tesis aislada emitida por el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito de Nezahualcóyotl, Estado de México, en la cual se resolvió que en las decisiones sobre guarda y custodia de los menores, el juez debe valorar las circunstancias de cada progenitor para poder determinar cuál de ellos tendrá la guarda, estableciendo la posibilidad de una custodia compartida si es que resulta más benéfica para el menor, describiendo a la custodia compartida como aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de los menores, compartiendo derechos y responsabilidades en educación, formación, manutención, etc., estableciéndose que entre las modalidades bajo las cuales podría darse se encuentra la que el menor se quede en casa y sean los padres los que habiten en el domicilio en distintos momentos o aquella en la que los padres tengan distintos domicilio y sea el menor el que realice el cambio con base a lo acordado.[18]

17 Código Civil para el Distrito Federal en https://bit.ly/3yXc8Ko (énfasis añadido por los autores)

18 "GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. SU NATURALEZA JURÍDICA Y MODALIDADES.", Tribunal Colegiado de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, 10ª época,

V. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

De la lectura de la tesis antes mencionada se deja claro que la intención del juzgador es ejercer un amplio margen de apreciación allegándose de los medios que considere necesarios y le permitan fundar y motivar, bajo la luz del interés superior del menor, el otorgamiento de la custodia compartida. A este respecto, es de suma relevancia señalar que a partir de la reforma de Derechos Humanos en el 2011 sobrevino un proceso de constitucionalización del derecho de familia. Guastini en su obra definió que "la constitucionalización del derecho puede ser entendida como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual éste resulta totalmente impregnado de normas constitucionales"[19] Esta transformación generaría un cuestionamiento crítico sobre las bases dogmáticas del derecho y, en el caso que nos ocupa, sobre el derecho de familia. Este proceso implica la incorporación de un bloque de derechos y principios contenidos en instrumentos internacionales y para el caso del derecho de familia toma especial relevancia la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración y Programa de Acción de Viena.

En el complejo proceso de constitucionalización del derecho de familia, según la opinión de Espejo Yaksic, destaca diversos fenómenos relevantes, resaltando dos de ellos que guardan estrecha relación con el análisis de la custodia compartida; el primero relacionado con el estatus legal de la mujer y el segundo con el reconocimiento de la subjetividad legal de la infancia.[20] En cuanto al hecho del cambio del estatus legal de la mujer, cobra importancia en el presente tema ya que la inclusión paulatina de la mujer al ámbito laboral y la constante lucha por obtener el reconocimiento de la igualdad de sus derechos para desarraigar aspectos relacionados con los estereotipos y roles de género, los cuales asignaban las tareas del cuidado, asistencia, trabajo doméstico y crianza a las mujeres, y el rol de proveedor y sostén económico al padre, ha

Libro 7, Tomo I, junio de 2014, número 2007478, página 217.

19 GUASTINI, R., *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Traducción de José María Lujambio; citado por ESPEJO, Nicolás, La constitucionalización del derecho familiar en La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2019, p. 7

20 Ibidem, p. 10

ido transformado las dinámicas familiares, desdibujando el modelo familiar clásico. En este sentido, cabe poner en la palestra la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida por su Primera Sala y que merece ser trascrita a la literalidad:

> 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. Así las cosas, el intérprete, al momento de aplicar el inciso a), de la fracción II, del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que dispone que, si no se llega a ningún acuerdo respecto a la guarda y custodia, "los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor", deberá atender, en todo momento, al interés superior del menor. Lo anterior significa que la decisión judicial al respecto no sólo deberá atender a aquel escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino, por el contrario, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que resulte lo más benéfica para éste. La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del interés superior del menor, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta; la dinámica de las relaciones familiares es extraordinariamente compleja y variada y es dicha dinámica, así como las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia, la que determinará cuál es el sistema de custodia más beneficioso para los menores. Así las cosas, el juez habrá de valorar las especiales circunstancias que concurran 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. En conclusión, la tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más benéfica**

para el menor. [21]

Así pues, el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor no debe de ser determinada bajo la lupa de estereotipos de género, habiéndose superado la idea preconcebida en la cual se asumía que la mujer era *per se* más apta para el cuidado de los hijos[22] y que el sexo era la base para determinar el rol que cada uno de ellos asumía en la vida familiar. La nueva realidad social está rompiendo con dichos roles y estereotipos, empujada también por las normas en las cuales de manera formal se reconoce la igualdad jurídica entre los hombres y las mujeres y la corresponsabilidad en las obligaciones familiares, propiciando la participación activa de ambos padres en todos los aspectos que involucran el desarrollo de los hijos bajo el principio de corresponsabilidad parental.

> El funcionamiento interno de las familias, en cuanto a la distribución de roles entre el padre y la madre, ha evolucionado hacia una mayor participación del padre en el cuidado de los menores, se ha convertido en una figura que ha asumido la función cuidadora. Dicha evolución no se ha generalizado en todas las familias, pero sí puede evidenciarse en muchas de ellas y esa dinámica debe de reflejarse en la medida judicial que se adopte sobre la guarda y custodia de los hijos menores… ahora el reparto de las funciones familiares ha de ser objeto de discusión, de negociación, de pacto entre los cónyuges. Si se respeta el marco de la necesaria e insustituible libertad y autonomía de las partes, cualquier reparto resulta perfectamente válido, eficaz y mere-

21 Véase Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 10ª época, tesis 1a./J. 53/2014 (énfasis añadido por los autores) 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]**.**

22 Sin dejar de observarse que en los primeros meses y años de vida de un menor la madre en la generalidad de los casos atiende las necesidades alimenticias de un menor a través de la leche materna y que por diversos estudios que se han realizado por especialistas en desarrollo infantil, el papel de la figura materna en la primera etapa de la vida del menor resulta importante y determinante para su sano desarrollo. Por ello es que algunos códigos de la materia determinan que durante la primera etapa del desarrollo del menor se procurará que el menor esté con la madre, ello sin reconocer, a la luz de todos los criterios que se han analizado, que es una regla general pero que puede no considerarse en casos particulares, privilegiando lo que sea mejor para el menor.

cedor de protección.[23]

Todo lo anterior nos permite ver que como ya dijo la corte "La corresponsabilidad en la custodia compartida no se inscribe en el universo de la igualdad de género, sino en la premisa de lo que es mejor para los hijos y las hijas"[24] Sin embargo, el que estemos cambiando ya los paradigmas basados en estereotipos de género va marcando el camino hacia una visión evolutiva de las instituciones del derecho de familia, y en el caso que nos atañe, de la guarda y custodia.

Con respecto a la consideración de la subjetividad del menor, en el tema de la custodia compartida debe tomarse en cuenta la relevancia que este elemento tiene. El reconocimiento del menor como "sujeto titular de derechos autónomos" en los instrumentos internacionales y las normas internas que regulan los derechos de los niñas, niños y adolescentes, conllevó a transformar la concepción de que los menores eran "propiedad de los padres" y eran éstos los que decidían qué era mejor para el menor. Este sentido de pertenencia cambió en el momento que la ley dotó de valor, en circunstancias idóneas y respaldadas por los especialistas en la materia y las instancias competentes, el dicho del menor, sobre todo en las decisiones de mayor incidencia en su vida, como la determinación de la guarda y custodia, constituyéndose en un elemento clave en la labor jurisdiccional, que obliga a decidir en razón de lo que sea mejor para el menor.

Ello es respaldado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sus diversas sentencias, en las que se ha establecido el deber de garantizar la participación de las niñas y los niños en los procesos con la finalidad de escuchar su opinión, estableciendo una serie de requisitos para su validez, reconociendo en todo momento en los menores una autonomía progresiva, la cual va en aumento conforme el menor adquiere mayor madurez y le da la capacidad de ir tomando ciertas decisiones.

Todo lo asentado y analizado anteriormente, nos da elementos para

23 Amparo directo en revisión 1573/2011. 7 de marzo de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González

24 Ejecutoria 120/2012 (10ª.) de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala. Contradicción de tesis 180/1012, entre las sustentadas por el Cuarto y el Séptimo Tribunales Colegiados en materia civil del Primer Circuito

poder determinar la necesidad de que los códigos civiles y familiares de las diversas entidades federativas consideren de manera expresa la viabilidad de la figura de la custodia compartida, dotando al juzgador de un margen amplio en la toma de sus decisiones y procurando en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre cuando las condiciones sean acreditadas, tal y como lo regula el estado de Puebla.

En el caso específico del Código de Familia del estado de Yucatán, vigente desde el año 2013, como se mencionó al inicio de este estudio, no considera la figura de la custodia compartida; sin embargo, es importante señalar que la Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado, en su actividad jurisdiccional generó un precedente obligatorio, el cual se transcribe a la letra:

> El Código de Familia para el Estado de Yucatán y el Código de Procedimientos Familiares del Estado de Yucatán, únicamente contemplaron y regularon la custodia monoparental; y aunque el órgano legislador no prohibió expresamente la custodia compartida en aquellos, tampoco contempló tal posibilidad. En tal sentido, en atención al interés superior de la persona menor de edad, este tipo de custodia, difícilmente puede compartirse por quienes no viven juntos, cuando existen intereses en contrario, así como cuando existen evidentes conflictos entre los progenitores; por ello, tal determinación queda en manos de una tercera persona, quien es el juzgador; por lo tanto, la custodia compartida es improcedente cuando existe una mala relación entre los progenitores, por cuanto el cambio constante de domicilio de los hijos o hijas en un ambiente de hostilidad entre su padre y madre, no se considera como un factor de estabilización de las personas menores de edad, que beneficie a su sano desarrollo emocional, sino todo lo contrario.[25]
>
> Asimismo, si tomamos en consideración el abordaje que en diferentes países se tiene sobre la custodia compartida, podremos

25 CUSTODIA COMPARTIDA EN PROCEDIMIENTOS FAMILIARES, Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán. Apelación. Toca: 439/2017. 04 de octubre de 2017. Magistrada Mygdalia A. Rodríguez Arcovedo. Unanimidad de votos.

constatar cómo va emergiendo como una figura cada vez más común en concordancia con la importancia que la corresponsabilidad parental ha ido tomando. Países europeos como España, con una importante e influyente tradición jurídica, regula la figura de la custodia compartida en el artículo 92 de su Código Civil, en el cual dispone que el ejercicio compartido de la guarda y custodia se acordará a solicitud de los padres en la propuesta del convenio o cuando así lo acuerden durante el procedimiento y que ésta no procederá si alguno de los padres tiene un proceso penal por atentar contra la vida o integridad del otro cónyuge o de los hijos o cuando el juez infiera que media violencia doméstica o de género. Asimismo, es importante resaltar que en la legislación española hay cabida para la custodia compartida con oposición, ya que se permite que de manera excepcional el juez, a solicitud de una de las partes, pueda acordar la custodia compartida si ello va en beneficio del interés superior del menor.

Italia considera la custodia compartida como un régimen supletorio legal y judicial, y de acuerdo a la opinión de Barcia Lehmann, la reforma en ese país se debió a los buenos resultados de la custodia compartida, y por ello se estimó que éste debía ser el régimen general con base en los incentivos que genera esta regulación en adoptar conductas colaborativas de los padres y para enfrentar algunas sentencias que, de forma arbitraria, estaban denegando demandas de custodia compartida del padre con oposición de la madre.[26]

En fechas recientes se dio a conocer un nuevo concepto denominado "*Birdnesting*" o "anidamiento", el cual permite a los menores permanecer en su hogar y cada tutor legal está en casa durante sus tiempos de custodia acordada. Esta figura va en aumento en países como Estados Unidos, Australia y Países Bajos.[27]

En América Latina, países como Paraguay, Uruguay y Argentina se

26 BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Las dos formas de custodia compartida en caso de que los padres no estén de acuerdo (segunda parte). Bol. Mex. Der. Comp., Ciudad de México, v. 52, n. 154, p. 15-38, abr. 2019 disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?

27 SAVAGE MADDY, Anidamiento: el novedoso acuerdo entre divorciados en el que se turnan la casa, no los hijos, en BBC News, 29 de agosto de 2021, en https://www.bbc.com/mundo/vert-cap-58372686.

inclinan por la responsabilidad conjunta de los padres. En Chile se establece de manera expresa la custodia compartida sólo de común acuerdo de los padres y en el caso de Argentina, el Código Civil y Comercial, en cuanto a la responsabilidad parental, establece en su artículo 650 la figura del "cuidado personal compartido" bajo dos modalidades: la primera referida a un "cuidado alternado" en el que el hijo o hija pasa períodos de tiempo con cada uno de los padres de acuerdo a la organización y las posibilidades de la familia; y la segunda es "indistinta", en la que el hijo o hija reside en el domicilio de uno de los progenitores pero las labores del cuidado se comparten de manera equitativa. Asimismo, el artículo 655 de dicho cuerpo legal establece la obligación de los padres de presentar un "Plan de parentalidad", en el cual establezcan los acuerdos referidos al lugar y tiempo que pasará con cada uno, se definirán las responsabilidades, el régimen de vacaciones, días festivos, etc. Es importante resaltar que la norma argentina, en su artículo 653, establece que la regla general es otorgar el cuidado compartido y de manera excepcional el unilateral.[28]

En Uruguay, el Código de la Niñez y la Adolescencia, establece en su artículo 34 que cuando los padres estén separados se determinará de común acuerdo el ejercicio de la tenencia. En sí no determina de manera concreta la custodia compartida, sin embargo, prioriza el acuerdo de los padres, siempre en atención al interés superior del menor. [29]

VI. CONCLUSIÓN

En la actualidad, dentro del marco jurídico vigente que nos rige, en el que el derecho de familia se ha constitucionalizado y donde en el actuar de la autoridad judicial deben privilegiarse los principios rectores del interés superior del menor y la protección de la familia, existe el sustento normativo y de derechos humanos suficiente para considerar de manera más amplia y

28 Código civil y comercial de la nación Ley 26.994 en https://bit.ly/3LLiOxY

29 Código de la Niñez y la Adolescencia en https://bit.ly/39NGoga

específica, la figura de la custodia compartida sobre los hijos menores de edad, en la que se destaque la corresponsabilidad parental y la igualdad de los progenitores en su cuidado y formación.

Si bien, a pesar de que en Yucatán nuestra legislación familiar sigue sin contemplar dicha forma de custodia común, tampoco la prohíbe, lo que ha dado pie a un avance significativo en la materia gracias al precedente obligatorio emitido por una sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado, de observancia obligatoria, que contempla su posibilidad, pero limitándola cuando no exista conflicto entre los padres al ser producto del acuerdo de éstos, declarándola improcedente en los demás casos en los que exista una mala relación entre los progenitores, al considerar que el ambiente de hostilidad entre éstos se considera un factor de desestabilización de los menores de edad, que no beneficia su sano desarrollo emocional, sino todo lo contrario.

Sin embargo, como hemos visto en este análisis, no debe considerarse el conflicto potencial o actual de los padres como impedimento *per se* para acceder a la custodia compartida ya que, en todo caso, debe analizarse la situación concreta y resolverse siempre a la luz del interés superior del menor o menores inmiscuidos, privilegiando su derecho a una familia: las desavenencias y el fracaso matrimonial no deben ser estimados como causa suficiente para descartar la posibilidad de una custodia compartida, pues aún en ese contexto, el buen ejercicio de la paternidad y maternidad de los progenitores puede ser propicio y adecuado para el sano desarrollo de sus descendientes menores de edad.

De esta manera, no existiendo presunción de idoneidad de custodia a favor de alguno de los padres, es el juez quien tiene el deber de valorar las circunstancias particulares de cada caso, analizando el ambiente que cada uno de aquéllos está en aptitud de proporcionar a sus hijos que resulte el más propicio y benéfico para su sano desarrollo, lo que puede darse en forma más integral compartiendo ambos progenitores la custodia sobre ellos, aun y cuando aquéllos se encuentren separados y en conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

Amparo directo en revisión 1573/2011. 7 de marzo de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González

Código Civil para el estado libre y soberano de Puebla.

Código Familiar del estado de Sinaloa.

Código Civil para el Distrito Federal

CUSTODIA COMPARTIDA EN PROCEDIMIENTOS FAMILIARES, Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán. Apelación. Toca: 439/2017. 04 de octubre de 2017. Magistrada Mygdalia A. Rodríguez Arcovedo. Unanimidad de votos.

Declaración Universal de los Derecho Humanos https://bit.ly/3PFi68q

GALINDO GARFIAS Ignacio, Derecho civil, primer curso. Parte general. Personas y familia, Porrúa, México, 2009.

Ejecutoria 120/2012 (10ª.) de la Suprema Corte de Justicia, Primera Sala. Contradicción de tesis 180/1012, entre las sustentadas por el Cuarto y el Séptimo Tribunales Colegiados en materia civil del Primer Circuito

ESPEJO YAKSIC, Nicolás, La constitucionalización del derecho familiar en Ibarra Olguín Ana María (editores) La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2019

ESPEJO YAKSIC, Nicolás (editor) La Responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2021.

"GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. SU NATURALEZA JURÍDICA Y MODALIDADES.", Tribunal Colegiado de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, 10ª época, Libro 7, Tomo I, junio de 2014, número 2007478, página 217.

MARÍN, Catalina, Alemán, Carmen, de la Peña, Sebastián, Aragón, Virginia, Begoña García, M.ª, Catalán, M.ª José, García, M.ª Dolores, Matas, Ana M.ª y Soler, Concepción LA CUSTODIA COMPARTIDA: CONCEPTO, EXTENSIÓN Y BONDAD DE SU PUESTA EN ESCENA. DEBATE ENTRE PSICOLOGÍA Y DERECHO. Anuario de Psicología Jurídica. 2007;131-151.[fecha de Consulta 24 de Mayo de 2022]. ISSN: 1133-0740. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=315024768008

RICO ÁLVAREZ Fausto, Garza Bandala Patricio, Cohen Chicurel Mischel, Derecho de Familia, Porrúa, 3ª edición, México, 2020.

Semanario Judicial de la Federación, 10ª época, tesis 1a./J. 53/2014 (én-

fasis añadido por los autores) 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.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo De San Salvador" en https://bit.ly/3NtGcRC

TAPIA RAMÍREZ, Javier, Instituciones de Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo V, Porrúa, México, 2ª edición, 2018.

VALENZUELA REYES, María Delgadina, Derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. ¿Utopía o realidad?, Porrúa, 2ª edición, 2016.

Recepción: 25- 05- 2022 / Dictamen: 29- 05- 2022