

# Sección Reseñas y Comentarios de Libros

---

COSSÍO DÍAZ, José Ramón y Gudiño Pelayo\*,  
José de Jesús, *Menores y cambio en el derecho  
de familia*

## Introducción

El problema jurídico que hemos debatido en este asunto gira en torno a la interpretación del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal y, más en particular, en torno a la precisión de su ámbito y algunas de sus condiciones de aplicación.

Antes de recordar su contenido, hay que destacar que dicho precepto ha sufrido reformas en los tiempos recientes. La versión del artículo que resultaba aplicable al quejoso es la que se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el seis de septiembre de dos mil cuatro, y establece lo siguiente:

Artículo 282. Desde que se presenta la demanda y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes:  
V. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, debiendo ser uno de éstos y pudiéndose compartir la custodia. En defecto de ese acuerdo; el juez de lo familiar resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fije el código respectivo y, tomando en cuenta la opinión del menor.

\* Voto de minoría que formularon los ministros José Ramón Cossío Díaz y José de Jesús Gudiño Pelayo en el amparo en revisión 1076/2007, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte el 22 de agosto de 2007. Los autores agradecen a Francisca Pou y a Karlos Castilla su ayuda en la elaboración del voto.

Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre. No será obstáculo para la preferencia maternal en custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos<sup>1</sup>.

Nos hemos manifestado contra la determinación adoptada por los compañeros de la Sala y suscribimos este voto de minoría porque consideramos importante dejar muy claro que el precepto anterior, como lo indica su primer párrafo, contiene una medida provisional, y como tal destinada a ser aplicada “sólo mientras dure el juicio”. En el asunto que nos ha ocupado, los juzgadores federales vertieron consideraciones acerca de la constitucionalidad de este precepto al pronunciarse, en realidad, sobre la legalidad y la constitucionalidad de una sentencia definitiva. Pero en ese momento procesal —el momento del dictado de la sentencia definitiva— el precepto aplicable era el 283 del mismo Código Civil, cuyo tenor, antes de ser sustancialmente reformado en febrero de dos mil siete, era el siguiente:

Artículo 283. La sentencia que se pronuncie en definitiva, fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez de lo familiar deberá resolver todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión, limitación o recuperación, según el caso.

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

<sup>1</sup> Después de la reforma de 2 de febrero de 2007, el artículo 282 dispone en su fracción V que como medida provisional el Juez pondrá los hijos “al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio”. A falta de acuerdo, el Juez de lo familiar debe resolver “conforme al título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad”. La siguiente fracción (la VI) dispone que el Juez debe resolver “teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres”. El régimen establecido en el título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles (véanse en especial los artículos 941 bis y ter) insta al juzgador a atender cuidadosamente a las particularidades del caso, sin incluir una regla presuntiva a favor de uno u otro de los cónyuges y enfatizando la necesidad de oír a ambas partes, al menor (con el correspondiente asistente de menores adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal) y al Ministerio Público. También subraya la necesidad de que el juzgador valore todos los elementos que tenga a su disposición, incluida una valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia si lo considera necesario. Para el dictado de la sentencia definitiva, el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal dispone ahora que la sentencia de divorcio deberá contener, entre otras cosas, “todo lo relativo a los derechos y deberes inherentes a (...) la guarda y custodia, así como a las obligaciones de crianza y el derecho de los hijos a convivir con ambos progenitores” (fracción I). Asimismo, establece que la sentencia deberá fijar “todas las medidas necesarias para garantizar la convivencia de los hijos con sus padres, misma que sólo deberá ser limitada o suspendida cuando exista riesgo para los menores” (fracción III).

La recuperación de la patria potestad procederá únicamente en aquellos casos que por cuestiones alimentarias se haya perdido, siempre y cuando se acredite que se ha cumplido con dicha obligación.

Lo mismo se observará respecto de la recuperación de la custodia.

En el caso de autos, la custodia fue provisionalmente adjudicada a la madre y sin duda, el hecho que esta decisión fuera mantenida en la sentencia definitiva propició que los distintos juzgadores federales se pronunciaran acerca de la compatibilidad con la Constitución del artículo 282, cuando materialmente lo que estaban resolviendo era una situación inscrita dentro del ámbito de aplicación del artículo 283. Los planteamientos del quejoso contribuyeron a prolongar este peculiar cauce argumental, no sólo porque decidió combatir los argumentos efectivamente usados por los juzgadores, sino porque para él la impugnación del artículo 282 constituía una manera de oponerse a la constitucionalidad de lo determinado en su caso concreto por la sentencia, ante un texto legal —el del artículo 283— que permite adoptar muchas decisiones distintas sobre la custodia, y cuyos términos literales son menos problemáticos desde la perspectiva a la que el quejoso asociaba los vicios de inconstitucionalidad.

## **E**tapas del proceso y adjudicación de la custodia

Entre la reforma del año dos mil cuatro y la reforma del año dos mil siete, por lo tanto, la legislación civil del Distrito Federal establecía, como regla general, que durante la sustanciación del juicio de divorcio y en ausencia de acuerdo de las partes, el Juez debía determinar quién retenía la custodia de los menores y añadía que, a falta de acuerdo y salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años debían quedar al cuidado de la madre.

En el momento de la sentencia definitiva, en cambio, la regla básica contenida en el artículo 283 era que debía “procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre,

pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos padres”, regla cuyo ámbito de aplicabilidad quedaba notablemente confusa al afirmar el citado artículo, justo a continuación, que “en caso de que algún ascendente tuviese la custodia, el otro que no la posee, después de los siete años podrá demandar en lo posible custodia para ambos padres, lo anterior en función

***A falta de acuerdo y salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años debían quedar al cuidado de la madre.***

de las posibilidades de éstos y aquéllos, así como que no exista con alguno de los progenitores peligro alguno para su normal desarrollo”.

La distinción entre las dos etapas procesales referidas no es menor. Las condiciones en las cuales un régimen de adjudicación legal de la custodia podrá ser considerado respetuoso con la igualdad de género o con los derechos e intereses de los niños, están destinadas a ser distintas en cada una de ellas.

A la hora de adoptar las medidas que regirán durante la sustanciación del procedi-

***El artículo 16 del Protocolo de San Salvador establece que “todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no puede ser separado de su madre.***

miento, el Juez necesita tomar una determinación en materia de custodia en un término que no puede prolongarse mucho, de modo que una regla según la cual debe atender en primer término al acuerdo al que hayan llegado las partes respecto, y en caso

contrario, oído el menor y salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, resolver que los menores de siete años queden al cuidado de la madre, no parece irrazonable. Esta regla, que configura algo así como una presunción de custodia para la madre, es coherente con la singularidad e intensidad del vínculo que existe (en la situación estadísticamente ordinaria) entre la madre y los niños de corta edad, reflejada incluso en las previsiones de los instrumentos internacionales que rigen en la materia. Así, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador establece que “todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no puede ser separado de su madre”<sup>2</sup>.

Al momento de fijar las cuestiones de custodia en la sentencia definitiva, en cambio, la ley impone un mecanismo que obliga a decidir conforme a las particularidades del caso y no sobre la base de una máxima presuntiva sólo excepcionalmente superable por elementos de juicio que apunten en sentido distinto. No hay, por tanto y a diferencia de lo que sugerían algunos de los argumentos que hemos analizado, impedimento legal para que la sentencia definitiva se incline por la decisión adoptada en este caso concreto (adjudicación de la guarda y custodia de los hijos a la madre), siempre y cuando la misma emane de una cuidadosa evaluación de los elementos de juicio

<sup>2</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, adoptado por la Asamblea General de la OEA en noviembre de 1988, en vigor en México desde el 16 de noviembre de 1999.

relevantes, respetadas las garantías de debido proceso destinadas a poner al juzgador en situación de tomar una decisión informada y sensible a los intereses en juego.

Los asuntos relativos a la custodia de los niños, cuando no hay acuerdo entre los padres, deben ser resueltos por el Juez de familia e inevitablemente el mismo goza de un margen de libertad considerable para determinar qué exigen, a la luz de las particularidades del caso concreto, principios generales que suelen ser los mismos en todos los casos: el interés superior del menor, el derecho de los dos padres a tener tiempos y espacios de convivencia con él aunque la custodia la tenga sólo uno de ellos, el imperativo de garantizar que los niños gocen de condiciones adecuadas para el ejercicio de sus derechos básicos (a la educación, a la salud física y mental, a vivir libres de violencia, etcétera).

Lo anterior nos lleva a concluir este voto con algunos comentarios sobre las peculiaridades de la resolución judicial de los conflictos familiares que tienen una incidencia importante en los derechos e intereses de los menores de edad (como ocurre con la adjudicación de la guarda y custodia).

## **L**a toma de decisiones en los juicios en materia familiar

La justicia familiar y la justicia para menores son dos de los ámbitos del derecho sometidos actualmente a mayores procesos de cambio. La firma de instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup>, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>4</sup>, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de *Belém do Pará*)<sup>5</sup> y otros más específicos relativos a restitución internacional de menores, obligaciones alimentarias, conflictos de leyes en materia de adopción o tráfico internacional de menores, reflejan el cambio de orientación que los países se han comprometido a impulsar en estos ámbitos jurídicos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, por ejemplo, ejemplifica o simboliza la apertura de un modelo radicalmente distinto al que había predominado en América Latina hasta antes de la vigencia de ese tratado. En el modelo tutelar o de la “situación irregular” de los menores que ha impregnado la legislación civil tradicional en la región, los niños son considerados seres incompletos, incapaces en muchos sentidos y

<sup>3</sup> Adoptada en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, publicada en el DOF el 31 de julio de 1990, en vigor en nuestro país desde el 21 de octubre de 1990.

<sup>4</sup> Adoptada por la Asamblea General en diciembre de 1979, publicada en el DOF el 9 de enero de 1981, en vigor en México desde el 3 de septiembre de 1981.

<sup>5</sup> Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en junio de 1994, publicada en el DOF el 18 de enero de 2002, en vigor en México desde el 9 de mayo de 2002.

frecuentemente inimputables, que deben ser objeto de protección, pero no son sujetos de derechos. Los jueces están llamados en el contexto de este paradigma a actuar como “buenos padres de familia” con facultades a veces omnímodas, en contextos procesales no rigidos por las garantías ordinarias del debido proceso<sup>6</sup>.

En el modelo que en América Latina se ha venido en llamar modelo de la “protección integral de los derechos”, en cambio, el niño es visto como sujeto de derechos, y de derechos que pueden hacerse valer tanto ante sus progenitores como ante terceros.

***El niño es visto como sujeto de derechos, y de derechos que pueden hacerse valer tanto ante sus progenitores como ante terceros.***

Tanto los supuestos que habilitan la intervención estatal como las características de lo que se considera una respuesta estatal adecuada cambian de modo sustancial. Pero lo

que cambia radicalmente es el entendimiento de la función del Juez de familia, de sus objetivos y de las condiciones orgánicas y procedimentales en las cuales debe cumplir sus responsabilidades. El nuevo Juez de familia debe adoptar sus determinaciones en un contexto mucho más acotado; la naturaleza de su función es ahora estrictamente jurisdiccional (en un contexto en el que debe desjudicializarse una parte importante de la problemática infantil y juvenil) y sus pesquisas son en buena parte técnicas, necesitadas del apoyo de equipos multidisciplinarios y limitadas en todo momento por derechos individuales de todos los implicados en el proceso<sup>7</sup>.

Tanto estas nuevas aproximaciones a los problemas de los niños y adolescentes como la necesidad de eliminar del sistema jurídico las discriminaciones por razón de género obligan a replantear los mecanismos de resolución de las disputas familiares, y son muchos los países que han reformado sus leyes y sus constituciones para establecer una estructura orgánica y normativa coherente con unos principios socio-jurídicos nuevos. Dejando de lado las reformas en el ámbito de la administración de la justicia penal<sup>8</sup> y centrándonos en el ámbito civil relevante en contexto de este asunto, creo que una de las principales manifestaciones de los nuevos imperativos jurídicos

<sup>6</sup> Véase Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 21-30.

<sup>7</sup> Beloff, *Op. cit.*, pp. 31-42. Para conocer los principales documentos jurídicos que reflejan esta nueva aproximación a los problemas de los niños y los adolescentes, véase también *La infancia y sus derechos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Relatoría de la Niñez, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, 2002.

<sup>8</sup> En los sectores con incidencia sobre los niños y adolescentes ha habido reformas muy importantes en prácticamente todos los países de la región. Véase, Beloff, *Op. cit.*, cap 1. En México la reforma encuentra su más importante capítulo en la reforma del Artículo 18 constitucional, publicada en el DOF el 12 de diciembre de 2005, en vigor desde el 12 de marzo de ese mismo año (con *vacatio legis* de seis meses).

en la materia es el esfuerzo por especializar a los jueces de familia y dotarlos de apoyos para el adecuado desarrollo de sus funciones.

Más en particular, la tendencia es crear juzgados y salas de revisión específicas para las cuestiones de familia, integradas por juzgadores especializados, que deciden en colaboración con equipos interdisciplinarios. En España, por ejemplo, el aumento del número de Juzgados de Familia, la creación de una adscripción especializada de los Fiscales a los Juzgados de Familia y la generalización de estos últimos en todo el territorio ha sido una reivindicación central en los años recientes. Los equipos técnicos de apoyo adscritos en los Juzgados de Familia están conformados por psicólogos, trabajadores sociales y otros especialistas y, sin comprometer la competencia del juzgador para tomar las decisiones finales, le ayudan a hacerlo de mejor forma.

En Chile, por citar ahora un ejemplo de uno de los países que más se ha tardado en reformar su derecho de familia, la ley 19,928 (en vigor desde octubre de 2005) creó los Tribunales de Familia con el mismo propósito y con una orientación institucional semejante. De nuevo encontramos en ese país la creación de Consejos Técnicos interdisciplinarios integrados por un número variable de especialistas (de uno a doce), con amplios conocimientos en materia de familia e infancia, que auxilian individual o colectivamente al Juez en la comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento<sup>9</sup>.

En nuestro país existen Jueces de familia y Salas familiares especializadas en el Distrito Federal y en algunas pocas ciudades más; algunos códigos de procedimientos, como hemos comentado antes<sup>10</sup>, prevén la necesaria intervención en los juicios de asistentes de menores y permiten al Juez solicitar valoraciones psicológicas especializadas. Pero se trata todavía de una situación excepcional. La infraestructura de apoyo con que cuentan los juzgadores encargados del litigio familiar en la práctica totalidad del país es todavía muy parca, aunque la entidad de las decisiones que tienen encomendadas sea, por el contrario, muy considerable.

Sin embargo, como hemos querido destacar en este voto, las nuevas orientaciones que deben ir permeando nuestra legislación civil muestran que la garantía de las buenas decisiones en este ámbito debe

***Estimamos que en el presente asunto no hemos distinguido suficientemente los distintos elementos de la arquitectura procesal relevante y en congruencia con ello nos hemos apartado de la resolución apoyada por la mayoría en la Sala.***

<sup>9</sup> Véase Alejandra Riveros y Alberto Cerda Silva, “Juzgados de Familia y Derechos Humanos”, en el Anuario de Derechos Humanos 2005, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, disponible en formato digital en [www.anuariodch.uchile.cl](http://www.anuariodch.uchile.cl).

<sup>10</sup> Véase supra, la nota a pie número 1.

buscarse por la vía de la reestructuración orgánica (juzgados especializados con equipos interdisciplinarios de apoyo) y por la vía del seguimiento puntual y pulcro de las normas de procedimiento pensadas para proporcionar al juzgador la mejor canasta de elementos de juicio.

Por todo lo anterior, estimamos que en el presente asunto no hemos distinguido suficientemente los distintos elementos de la arquitectura procesal relevante y en congruencia con ello nos hemos apartado de la resolución apoyada por la mayoría en la Sala.