

Sección Doctrina

La custodia en las Reformas al Código Civil del Distrito Federal de junio del año 2000

*Thalía Dentón Navarrete**

La custodia no debe limitarse al hecho de que la madre da la idoneidad, sino que deberá estarse al mejor interés en labor del menor, es decir, atendiendo a la disponibilidad, disposición y posibilidades del padre y de la madre. Lo contrario indica discriminación del padre por razón de sexo y que por ser hombre está imposibilitado para brindarle el amor filial que sin duda puede dar. Es necesario que los términos que se relacionan con esta figura legal se modifiquen para establecer la disponibilidad, estabilidad emocional y material que garanticen la protección y desarrollo del menor, en todos los casos necesarios y no solamente al tratarse de medidas provisionales y definitivas en relación al divorcio, sino en todos los conflictos de orden familiar y patria potestad. La persona en quien recaiga la custodia tendrá la facultad de corregir y, sobre todo, la obligación de observar una adecuada conducta que sirva de ejemplo al menor.

The custody must not be limited at the fact that the mother gives the suitability, but must be attended by the best interest in favour of the minor, in other words, attending to the availability, disposition and on the father and mother's possibilities. The opposed, points out to a discrimination against the father, about his sex, and for the reason that is male, is not able to give filial love, but without doubt, he is able to. It is necessary to change the related terms with its legal form, in order to establish the availability, emotional and economical stability, that guaranteed the minor's protection and development in all the cases, and not just about provisional and definitive measures related with the divorce, but as well, in all the familiar cases and in the paternal authority. The person in the charge of the custody will have the faculty to correct and the obligation to follow an appropriate way of life in order to be an example of life.

Sumario: Antecedentes. / La reforma al Código Civil de junio del año 2000. / A quién corresponde la custodia.

Antecedentes

Con el propósito de analizar lo relativo a la guarda y custodia de los hijos menores, conviene señalar, a manera de antecedente, el comentario de Sara Montero Duhalt¹ de que la madre es la persona idónea para el

cuidado de los infantes y quien normalmente desea y reclama la custodia de sus hijos, independientemente de que asume una enorme tarea y una gran responsabilidad que corresponde también al padre.

La norma original en el Código Civil de 1932, artículo 260, ponía en todo caso a los hijos menores de cinco años bajo el cuidado de la madre, salvo circunstancias que aconsejaran lo contrario. Este deber subsiste en el artículo 282, fracción VI, del Código Civil, hasta la reforma del 27 de diciembre de 1983, en lo relativo a las medidas provisionales a

* Profesora-investigadora de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, Departamento de Derecho.

1. *Derecho de Familia*, la edición, Hd. Porrúa, S. A., México, 1990, p. 250.

dictarse en el divorcio necesario, tomando en cuenta que, salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Sin embargo, la autora señala que la tarea de guarda y cuidado de los hijos debe ser compartida por ambos progenitores y que éste debe ser un derecho de la madre, salvo cuando exista un peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, independientemente de que el padre se haga cargo de las necesidades pecuniarias del menor.

La reforma al Código Civil de junio del año 2000

En esta ocasión, se modifica el artículo 282, fracción V, segundo párrafo, en lo relativo a la edad para quedar como sigue: Salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre. Esta reforma sorpresivamente aumenta la edad para la guarda y custodia de los hijos a doce años, a pesar de que en la exposición de motivos de la citada reforma de junio del año 2000, no se hace mención alguna que justifique esta necesidad.

La guarda y custodia de menores está implícita en la institución patria potestad, aunque no existe definición, efectos y alcance de esta figura en el ordenamiento civil del Distrito Federal; como aprecia Alicia Pérez Duarte y Noreña,² es en los casos de divorcio que, ante el desacuerdo de los progenitores respecto a quién ejercerá la custodia de entre los dos, el juez resolverá tomando en cuenta el deber legal atribuido a la madre.

Conforme al derecho familiar mexicano,³ es evidente que la custodia consiste en "estar al cuidado", "tener en poder a", "confiar al cuidado a" y "otorgar atenciones y cuidados a la persona menor de edad".

La realidad nos presenta muchas y muy variadas situaciones en las cuales se hace necesaria la guarda y custodia, no solamente en casos de divorcio, donde los integrantes de la pareja no vivirán juntos, sino cuando no puedan encargarse de la atención y cuidado de los hijos, como son:

- 1) El caso del padre que a su vez recibe apoyo material de sus padres para cuidar a sus hijos.
- 2) La separación de la pareja sin que se ponga necesariamente al cuidado de la madre a los hijos como la persona idónea en el cuidado de los vástagos, supone que también en el padre existe idoneidad para atender y cuidar a los hijos.

La custodia no debe limitarse al hecho de que la madre da la idoneidad, sino que deberá estarse al mejor interés en favor del menor, es decir, atendiendo a la disponibilidad, disposición y posibilidades del padre y la madre. Lo contrario indica discriminación del padre por razón de sexo y que por ser hombre está imposibilitado para brindarle el amor filial que sin duda puede dar.

La custodia en el caso de los padres que viven juntos, puede entenderse como la tenencia o control físico sobre hijos e hijas menores de edad, es inherente a la patria potestad, a pesar de que el Código Civil y la Jurisprudencia la conciben de manera independiente.

Se le define como derecho y obligación que tiene una persona de dar alojamiento y conservar con ella a un menor o en su caso, establecer su residencia en otra parte. A diferencia de la patria potestad, la custodia corresponde solamente al cuidado de la persona.

En síntesis, los cuidados y atenciones que un menor requiere durante su crecimiento y desarrollo y que deberán prestarse mientras dure la patria potestad o en su caso mientras dure la tutela.

A quién corresponde la custodia

Para la determinación de la custodia de menores, los tribunales deberán atender a circunstancias que aseguren el bienestar y las mejores condiciones para el desarrollo del o de la menor.

Si bien es cierto que la custodia se considera como una modalidad de la patria potestad para la protección del menor, en casos especiales, el juez deberá decidir entre ambos padres, aquel que esté más dispuesto a cumplir los deberes de crianza, sostenimiento y educación, 110 sólo el que mejor atienda su bienestar físico sino que brinde estabilidad emocional para el desarrollo de los hijos menores.

Sin embargo, dispone el artículo 282, fracción V, del Código Civil para el Distrito Federal, en caso de

2. *Derecho de Familia*, la. edición, Pondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 23Ú.

3. Arts. 282, 283, 273 Iracc. I y 499 del Código Civil del Distrito Federal.

divorcio, que los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre; criterio reiterado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al justificar que la madre tenga la custodia, considerando, principalmente que es la más idónea para hacerse cargo de ellos.⁴ Este criterio cambia en el caso de que exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, ocasión en la cual, corre a cargo del padre demostrar este supuesto, es decir, que la madre no está en condiciones de atender debidamente a su hijo.

Esta figura es en nuestro derecho familiar de gran importancia por referirse al cuidado procurador de bienestar para el niño o la niña, como complemento y en estrecha relación con la patria potestad y conforme a lo dispuesto en los artículos 282 fracc. VI, 283, 273 fracc.I, y 499 del Código Civil.

En nuestro concepto, es necesario que los términos que se relacionan con esta figura como "poner al cuidado de", "confiarlos a", "en poder de", "a la guarda de", se modifiquen para establecer la disponibilidad, estabilidad emocional y material que garanticen la protección y desarrollo del menor, en todos los casos necesarios y no solamente al tratarse de medidas provisionales y definitivas en relación al divorcio, sino en todos los conflictos de orden familiar y patria potestad. La persona en quien recaiga la custodia tendrá la facultad de corregir y, sobre todo, la obligación de observar una adecuada conducta que sirva de ejemplo al menor (art. 423 del Código Civil).

La tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito de la Suprema Corte de Justicia de la "Nación, interpretan de forma genérica las facultades amplísimas que la ley otorga al juez al resolver sobre la custodia, por lo que nos permitimos hacer algunos comentarios al respecto:

I.- La tesis visible a fojas 193 del Semanario Judicial de la Federación, parte VIII - Diciembre 1988, Octava Época, que considera que el artículo 273 del Código Civil para el Distrito Federal, otorga al juzgador las más amplias facultades para decidir entre otras cuestiones, respecto de la guarda y custodia de los hijos menores de los divorciantes; de ahí que si en el caso de que se trata al ejercer esas facultades atiende a los elementos de prueba que obran en autos

4. Esta excepción se Unida en la presunción legal de que la madre es la más capacitada para cuidar a los menores, por lo que para destruir esa presunción es menester que el progenitor demuestre el peligro para el normal desarrollo de los hijos en caso de que la madre los cuidara. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.



La custodia se considera como una modalidad de la patria potestad para la protección del menor

y llega a la convicción de que la conducta de la persona que tiene la guarda y custodia de los menores durante el procedimiento no resulta nociva a éstos, esa determinación resulta legal y no se invalida por la circunstancia de que dicha persona haya dado causa al divorcio, salvo que esa causa, por su naturaleza, implique por sí misma que esta conducta sea manifiestamente contraria a la formación, educación e integración socio-afectiva de los menores.

Efectivamente, es correcta la argumentación de esta tesis en cuanto a que debe atender a que la conducta de quien tiene la guarda y custodia de los menores no sea nociva a éstos, y que las cuestiones de divorcio se dan entre los divorciantes, no sólo por estar relacionados con la situación, por lo que al resolverse ésta, tiene que determinarse sobre la guarda y custodia en favor de quien resulte más conveniente para desempeñarla, no debe ignorarse que el otro también reúne las condiciones adecuadas para ese desempeño.

2.- Otra tesis del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Sexto Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Parte XIII-Junio 1993. Tesis Página 559, Divorcio. Pérdida de la patria potestad y la custodia en asuntos de, por costumbres depravadas de los padres.

(legislación del estado de Guanajuato). ... al resolver sobre la patria potestad y la custodia de los hijos menores, el juzgador tome en consideración dichas conductas, de encontrarse debidamente acreditadas, porque constituyen un elemento de vital trascendencia para establecer el perfil moral del cónyuge que incurrió en ellas y, por ende, para determinar cuál es el hogar más conveniente para garantizar el adecuado desarrollo físico, moral y educativo de los menores.

En este caso, se pierde un aspecto muy importante de la custodia y que consiste en cuál es el medio adecuado de amor, comprensión y tolerancia donde se desarrolla mejor un menor, tanto en el aspecto físico como en el psicológico, ya que el perfil moral de las personas es una apreciación muy subjetiva que impone muchas limitaciones a la libertad y no asegura un desarrollo armónico del hijo.

3.- Otra tesis visible del Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, Amparo directo 1016/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Parte IV, Julio de 1996, Tesis: XX.97C, Página 397, Guarda y custodia del menor. Aun cuando el padre posea una situación económica más elevada que la de la madre es insuficiente para otorgarle la. (Legislación del estado de Chiapas). De conformidad con el artículo 216 del Código de Procedimientos Civiles, los hijos menores de siete años deben permanecer bajo el cuidado de la madre, ya que se ha estimado que, dada su condición física y natural, es quien puede proporcionar los mayores cuidados y atención con la eficacia y esmero necesarios para su normal desarrollo, y sólo en los casos de excepción que el Código Civil prevé en el artículo 439, puede privársele a la madre de la custodia o, en su caso, la patria potestad, según proceda; por tanto, la circunstancia de que el quejoso, en el carácter de progenitor del menor, goce de una situación económica más holgada en relación con la madre de éste, cuya custodia se controvierte, es insuficiente para separar a dicho menor de su citada progenitora.

Justamente con base en esta tesis, tendríamos que concluir que carece de fundamento real al considerar que la mujer posee condición física y natural, para proporcionar los mayores cuidados y atención con la eficacia y esmero necesarios para el normal desarrollo de los hijos y que la razón legal de esta tesis se da considerando solamente que el padre goza de una situación económica más pudiente, no atiende al verdadero sentido de lo que es la custodia, que no se trata de resolver si la madre no reúne tales condiciones

para que el padre asuma la guarda y custodia, que el progenitor no tiene impedimento para contra con las mismas cualidades que se atribuyen como distintivas de la mujer.

4.- La tesis del Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Amparo directo 141/ 96, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Parte IV, Septiembre de 1996, Tesis: I.8o.C.55 C, Página 628, Custodia de menores de más de siete años de edad. El principio rector de la decisión de la guarda y custodia establecido en el artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal debe ser punto de partida para decidir sobre la. El último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, establece un principio general, rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de siete años, la cual consiste en que éstos deben permanecer al lado de su madre "... salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos..." El espíritu del principio general antes descrito, evidentemente tuvo como sustento el que el legislador atendiera a la realidad social y costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en el que en términos generales, corresponde a la madre la atención y cuidado de los menores procreados por una pareja, independientemente de que aquélla realice o no una actividad de carácter laboral, consecuentemente en ella descansa, por regla general, la custodia de los menores procreados en un matrimonio e incluso fuera de éste, pues legalmente la madre tiene a su favor la presunción de ser la más apta para cuidar a los hijos que haya procreado, a menos que el padre demuestre que la conducta de aquélla puede ser dañina a la salud e integridad de los hijos, correspondiéndole la carga probatoria de esta situación al padre, por tratarse de la excepción a la regla general. Este principio general que se comenta, aunque la ley lo establece en forma expresa para decidir sobre la custodia de los hijos menores de siete años, por estar inspirado en la realidad social y costumbres ordinarias imperantes en nuestra sociedad, debe ser el punto de partida del juzgador, por extensión, para normar su criterio en cuanto a la guarda y custodia de los menores habidos en un matrimonio disuelto, aun cuando rebasen la edad mencionada, sobre todo cuando por la edad e inmadurez de éstos, no pueda considerarse, que ellos puedan tomar una decisión libre, espontánea y consciente de lo que es mayormente benéfico para los mismos. Siendo pertinente destacar en este aspecto, que por cuestiones de lógica y experiencia, este tribunal considera, que salvo contadas excepciones, la madurez y juicio



Custodia de menores nacidos fuera del matrimonio. Deben aplicarse a ellos las mismas normas legales establecidas para los hijos nacidos dentro del matrimonio.

suficiente de los menores para decidir en forma libre y espontánea sobre con quién de sus progenitores desean vivir en forma permanente, se alcanza por lo general con posterioridad a los quince años, puesto que es cuando generalmente empiezan a adquirir independencia de sus padres, quienes ya no pueden manipular fácilmente las decisiones de sus hijos menores.

El comentario que nos provoca esta tesis, es que más que atender a la realidad social y a las costumbres imperantes en nuestra sociedad, debe atenderse a las circunstancias particulares que rodean al menor y que precisamente por su minoridad debe cuidarse el que se desarrolle en un ambiente sano, material y psicológico, y descartar el que por ser menor no puede decidir en forma libre y espontánea con quién vivir, pues no debe ignorarse que desde los primeros momentos el recién nacido responde a las demostraciones de afecto y cuidado que se le prodigan.

5.- La tesis del Octavo Tribunal Colegiado en materia civil del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Parte II, Noviembre de 1995, Tesis: I.8o.C.23 C, Página 518, Novena Época, Custodia de menores nacidos fuera del matrimonio. Deben aplicarse a ellos las mismas normas legales establecidas para los hijos nacidos dentro del matrimonio. El examen de los preceptos 282 y 381 del Código Civil para el Distrito Federal, permite establecer

que lo dispuesto en el último párrafo del artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal, de que los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre, salvo que exista peligro para el normal desarrollo de los hijos, constituye una regla general que debe observarse para decidir lo relativo a la custodia de los menores de siete años, tanto en el caso de los hijos procreados en el matrimonio como fuera de él, pues es indiscutible que en ambos casos los menores de esa edad requieren en la misma medida de la madre, ya que por razones naturales, culturales y sociales la mujeres quien se encuentra más capacitada para atenderlos con mayor eficacia, esmero y cuidado necesarios, sin que haya motivo alguno para decidir que la custodia de los hijos menores de siete años nacidos fuera del matrimonio debe regirse de un modo distinto al que corresponde legalmente para los menores de esa edad habidos en matrimonio, en tanto que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición. Además de lo anterior, es necesario considerar que por encima del interés particular del padre o de la madre en obtener o conservar la custodia del hijo menor de siete años nacido fuera del matrimonio, debe prevalecer el interés superior de la sociedad y del Estado de velar por los intereses del menor, orientado en el sentido de conseguir de manera más eficaz el normal y adecuado desarrollo del menor, objetivo que es posible lograr,

cuando se cumple con el mandato legal de que el menor de siete años debe quedar bajo la custodia de la madre, pues ésta fue la edad límite que el legislador ordinario estimó necesaria para procurar la relación, protección y vigilancia directa de la madre hacia el menor que se encuentre en ese supuesto, salvo que, como también lo previó el legislador en el artículo 282, parte final, del código sustantivo de la materia, de estar el menor al cuidado de la madre exista peligro grave para su normal desarrollo.

Esta tesis, basada en que por razones naturales, culturales y sociales la mujer es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con mayor eficacia, esmero y cuidado necesarios; en el caso de hijos nacidos de padres que no están casados, debe prevalecer el interés superior de la sociedad y del Estado de velar por los intereses del menor, orientado en el sentido de conseguir de manera más eficaz el normal y adecuado desarrollo del menor, objetivo que es posible lograr, cuando se cumple con el mandato legal, no está debidamente sustentado, porque la naturaleza del hombre no lo limita para atender al hijo

con eficacia, esmero y cuidado y que el objetivo de lograr el normal y adecuado desarrollo del menor no está vedado al padre.

Por lo que se refiere a medidas preventivas, la custodia temporal se dará en tanto se tramita el divorcio y se resuelve la situación definitiva de un menor, sea porque éste se encuentre en poder de la autoridad administrativa o penal y puede otorgarse por el Juez familiar o de primera instancia le corresponda el asunto. La custodia temporal, como su nombre lo indica, permite que en forma limitada, alguna institución o persona se haga cargo del cuidado y vigilancia del menor.

La custodia temporal deberá continuar durante el trámite del divorcio y la situación personal del menor, a fin de que se otorgue la custodia definitiva a la institución o persona que corresponda, puede otorgarse a quien primeramente se hizo cargo del menor sin inconveniente alguno. En este lapso, si es el caso, debe completarse la averiguación exhaustiva sobre la situación que vive el menor y con datos particulares reales el Juez deberá resolver para bien de éste, a quien de los padres se otorga la custodia definitiva.