

## GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR

Elizabeth GONZÁLEZ REGUERA\*

SUMARIO: I. *Los niños ante el divorcio de sus progenitores.* II. *Hijos: guarda y custodia.* III. *La separación como mal menor.* IV. *Derechos y obligaciones con o sin custodia.* V. *Regímenes matrimoniales y fiscalidad.* VI. *El papel social y familiar de los abuelos.* VII. *¿Con quién me toca este fin de semana?* VIII. *¿Estamos preparados para ser padres?* IX. *Jurisprudencia. Guarda y custodia de menores.*

### I. LOS NIÑOS ANTE EL DIVORCIO DE SUS PROGENITORES

*Una de las razones por las que se retrasa la separación de una pareja fracasada son los niños. Indudablemente, un divorcio afecta a los hijos, pero a veces mucho menos de lo que se piensa y desde luego, es mucho peor para los pequeños presenciar las riñas de sus padres.*

Según un reciente estudio, más de la mitad de las parejas que se han casado en la década de los noventa verán fracasar sus matrimonios y deberán sufrir la separación. Si es verdad, como parece, que el número de divorcios aumenta, es evidente que también se ven involucrados en ellos un mayor número de niños. Y esa suele ser la primera preocupación para la pareja que decide romper su unión: ¿qué pasa con los hijos? *Los pequeños no lo entienden.*

Es a partir de los cuatro o cinco años cuando los niños son conscientes de que papá y mamá tienen problemas y cuando sufren el divorcio. La primera reacción de los hijos es el desconcierto por una situación que saben que existe, pero que no entienden.

\* Profesora titular de derecho familiar, y derecho sucesorio, Facultad de Derecho, UNAM.

Ellos han conocido a sus padres siempre juntos y no pueden darse cuenta de los problemas que provoca el hecho de que ahora comiencen a ver menos a su padre o a su madre. El niño, además, suele ser víctima de crisis nerviosas o depresivas si la tensión entre los cónyuges se traslada a los otros miembros de la casa por discusiones o enfrentamientos violentos.

Poco después, los pequeños suelen negarse a admitir lo que ya es un hecho: insisten en la reconciliación de los padres o protestan cada día porque no pueden ver al progenitor que se ha ido de casa. Este periodo puede resultar más o menos largo en función de la manera en que se haya producido el divorcio; en definitiva, según los padres hayan logrado explicar y hacer lo menos dolorosa posible la situación.

*Evitar que presencie discusiones.* Si realmente no se quiere hacer que el hijo sufra por los problemas de sus padres es necesario excluirlo de la tensión que se genera por esta causa; eso no quiere decir que no sepa que existen graves diferencias. Cuanto mayor es el niño, mejor puede asimilar el hecho de que existen problemas, siempre que no los perciba a través de gritos, insultos y discusiones violentas. Si éstas se producen, no debe ser delante de los hijos; si el motivo de la discordia es su educación, algo que han hecho mal o su custodia tras el divorcio, las medidas de precaución deben extremarse.

*Separación amigable.* Varios estudios de psicología infantil desarrollados en Estados Unidos y la Unión Europea han demostrado que el niño sufre mucho más en situaciones en que los padres son infelices juntos que posteriormente, cuando vive sólo con uno de los dos y ve al otro en un nuevo ambiente e, incluso, con una nueva pareja. Estas reacciones no son difíciles de entender; los niños quieren sentir que sus padres son felices; lo contrario les provoca muchas alteraciones.

Si la separación es amigable a sus ojos, la tensión generada desaparecerá. El pequeño percibe que su papá y su mamá ahora sonrían y juegan con él más que antes; además ahora tiene dos casas que son suyas, dos cuartos, dos armarios de juguetes y en cada visita su progenitor le tiene preparado un programa de diversiones que antes, cuando vivían juntos, solía disfrutar con mucha menos frecuencia.

## II. HIJOS: GUARDA Y CUSTODIA

*Cuando se produce una separación o un divorcio y hay hijos en común, la guarda y custodia de éstos puede ser adjudicada a cualquiera de los dos progenitores. La decisión final depende de varios factores.*

Guarda y custodia, un concepto que define con quién va a convivir el hijo cuando se produce un divorcio o una separación.

*Con quién se quedan y por qué*

La guarda y *custodia* de los hijos menores de edad o con alguna incapacidad que no les deje valerse por sí mismos, puede ser adjudicada tanto al padre como a la madre. En caso de haber mutuo acuerdo entre los dos progenitores sobre quién se queda con los niños, nadie más cuestiona tal decisión. El juez sólo aprueba y ratifica lo que han acordado ambos cónyuges, salvo que considere que puede haber un riesgo claro para los menores.

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

Otro de los criterios que tiene en cuenta el juez, y que a menudo resulta el más determinante, es la dedicación que haya tenido cada progenitor hacia el hijo, antes de producirse la *separación*. Por este motivo es por el que, a pesar de haber una igualdad jurídica en razón de sexo a la hora de considerar con quién han de quedarse los hijos, en el 94% de los casos se adjudica a las mujeres (según datos aportados por el INEGI, datos del año 2003 y 2004).

*El régimen de visitas.* Con este concepto se define el tiempo que el niño convive con el progenitor que no posee la *custodia*. Lo más común, es establecer un *régimen de visitas* de fines de semanas alternos

y periodos vacacionales al 50% (según datos aportados por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, datos de 2003 y 2004). Sin embargo, cada vez se convienen regímenes de visitas más amplios, introduciendo algún día entre semana.

Cuando no existe acuerdo entre las partes, es obligatorio establecer un régimen mínimo y deben quedar detallados los periodos, días y horas de recogida, así como quién será la persona que vaya a buscar a los menores. Cuando el niño es mayor de 13 años, se tendrá en cuenta su opinión, en cuanto a las fechas de las visitas.

*Lo mejor para el niño, explicárselo claramente.* En toda *separación*, los que más sufren son los niños. Para amortiguar ese dolor, lo mejor es explicarles claramente cuál es la situación, a la vez que se les da confianza en todo lo que se refiere a su bienestar.

Tanto el padre como la madre deben hacer ver a sus hijos, que la *separación* sólo se produce por discrepancias entre ellos y nunca hacerles sentir culpables. Es muy importante, también, no hacer comentarios despectivos del otro cónyuge cuando están los niños delante, y mucho menos pintarle como único culpable de la ruptura.

Por último, es necesario que los niños no tengan la sensación de ruptura familiar. Para ello, hay que hacerles saber que la familia la siguen componiendo papá, mamá y ellos, aunque ahora la forma de vida haya cambiado.

### III. LA SEPARACIÓN COMO MAL MENOR

Malas caras, peleas constantes, gritos... En todas las parejas, tras la euforia inicial, se puede producir una crisis que, por lo general, es superable. Sin embargo, hay ocasiones en que la convivencia es insufrible y la ruptura, inevitable. Tomar esta decisión resulta difícil.

Para que una *pareja* sea feliz ha de esforzarse en serlo, pero hay ocasiones en las que por mucho empeño que se ponga la ruptura es inevitable. Muchas parejas antes de llegar a ese punto luchan con todos los medios para salvar la situación. Incluso acuden a terapias donde intentan entender el conflicto y poner fin a los problemas que les impiden vivir con la armonía y la felicidad de antaño.

Se sienten desconcertados y agotados por tantas peleas y quieren, sea como sea, acabar con esa dramática situación. Según la psicóloga y sexóloga Carmen González, que ha sido testigo de muchas de estas sesiones, “se trata de una batalla llena de sentimientos, resentimientos y rencores no expresados en la que hay que actuar con el máximo cuidado para saber qué es lo que verdaderamente buscan: ¿seguir juntos o que alguien les ayude a separarse?”

### 1. *La mujer toma la iniciativa*

Según parece, las mujeres son las primeras en tomar conciencia—incluso con meses de anticipación a su compañero— de que algo no funciona en una *pareja*. En el 60% de los casos son ellas las que primero acuden a un consultorio matrimonial y luego traen consigo a sus maridos (según datos aportados por el INEGI, datos de 2003 y 2004). El problema es que muchas parejas no tienen claro si quieren separarse de verdad o lo que desean es luchar para reencontrarse después de un periodo de crisis. Tomar esta decisión resulta muy difícil, pero cuando la *convivencia* se ha hecho insufrible la ruptura se hace ya inevitable y se convierte en el menor de los males.

### 2. *Cuando el amor ya no tiene salvación*

A continuación se enumerarán algunas de las “pistas” que pueden ayudar a tomar conciencia de que una relación está acabada:

El amor ya no puede salvarse cuando los besos, los mimos, las caricias o el sexo desde hace tiempo forman parte del pasado e incluso provocan rechazo. Se desatienden los detalles de la vida cotidiana y, de forma constante, se adopta una actitud negativa ante todo lo relacionado con la *pareja*. Uno de los dos intenta ridiculizar al otro en presencia de amigos o le critica rencorosamente; hay infidelidades y falsas promesas; se reprocha la conducta sexual del otro o uno de los miembros de la *pareja* se siente utilizado como objeto sexual.

Es probable que la batalla esté perdida si el respeto en la *pareja* es cosa del pasado; o si sólo se permanece por compasión, miedo, sentimiento de culpa o motivos financieros...

### 3. *La hora de la verdad*

Una vez que se ha tomado conciencia de que la relación de *pareja* ya no funciona llega la hora de pasar a la acción: hay que poner fin a años de *convivencia* y de amor. Los primeros momentos son los más difíciles. Para hacerles frente la compañía de otros seres queridos es fundamental, pero también lo será encerrarse de vez en cuando en uno mismo. Una pequeña dosis de autocompasión no es mala.

Los fines de semana y las vacaciones son los días más difíciles, por eso lo mejor es tener la agenda llena y disfrutar de esos días, que antes se compartían con él o ella, con amigos o familiares. Los psicólogos recomiendan transformar la sensación de soledad en sentimiento de libertad. Es el momento de hacer aquellas cosas que se sacrificaron en nombre de la pareja y la convivencia.

Acometer un cambio de imagen personal o también denominada: *look* y practicar algo de ejercicio físico permiten recuperar la conciencia del propio cuerpo y además ayudan a liberar tensiones. El llanto también puede ser un buen aliado, aunque en pequeñas dosis. En estos casos, el paso del tiempo siempre es el mejor remedio.

## IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES CON O SIN CUSTODIA

Tanto si se quedan al cargo de los hijos como si no, los dos cónyuges tienen una serie de derechos y obligaciones con los niños.

### 1. *Con custodia*

*Derechos.* El propio disfrute diario de los hijos, tomar las decisiones que afectan a los niños el día a día, así como la administración de sus bienes y de su pensión alimenticia.

*Obligaciones.* Alimentarles, educarles y darles la compañía y el cariño necesario. El progenitor que tiene la custodia también debe facilitar el cumplimiento del régimen de visitas así como informar al otro de las incidencias importantes que le sucedan al menor.

## 2. *Sin custodia*

*Derechos.* Disfrutar del régimen de visitas acordado, ser informado de todas las incidencias importantes, ejercer la patria potestad, que sigue siendo compartida, salvo que el juez indique lo contrario y la posibilidad de acudir al juez en caso de que se produzca algún incumplimiento.

*Obligaciones.* Cumplir con todo lo acordado en el convenio regulador; régimen de visitas y pensiones alimenticias, así como velar por ellos en todo lo que se refiere a salud, educación y desarrollo integral de su persona.

## V. RÉGIMENES MATRIMONIALES Y FISCALIDAD

Las consecuencias de la firma de capitulaciones matrimoniales no se limitan al divorcio. La fiscalidad también varía al escoger modelo. El IRPF es un impuesto personal, es decir, grava la capacidad económica puesta en relación con la persona titular de la misma y tiene en cuenta cuál es el origen o fuente de esta renta.

*Rendimientos del trabajo.* Con respecto a los criterios de atribución de los rendimientos de trabajo, se explica que le corresponderán exclusivamente a quien haya generado el derecho a su percepción. Las pensiones y haberes pasivos corresponderán a las personas físicas en cuyo favor estén reconocidos. Se entiende que es renta del cónyuge que genera el derecho a su percepción, que presta el trabajo, sin perjuicio de que una parte, mayor o menor, o todo el rendimiento, lo aplique al rendimiento de las cargas familiares. En estos rendimientos no importa qué régimen matrimonial una a quien genera la renta con otra persona.

*Rendimientos del capital.* Con respecto a los rendimientos del capital, que se consideran obtenidos por los sujetos pasivos titulares de los bienes que los producen, en el caso de matrimonios acogidos a la separación de bienes o al régimen de participación, cada cónyuge tendrá la administración de aquellos títulos que le pertenezcan. Si el régimen es de gananciales, los rendimientos obtenidos serán atribuibles en partes iguales a los dos miembros de la pareja.

El régimen de gananciales también contempla la existencia de bienes privativos de uno de los cónyuges. Civilmente el rendimiento es

ganancial, pero tributariamente se hace cargo quien posee la titularidad, aunque lo ganado se emplee en el sostenimiento de la familia.

Sin embargo, hoy es poco frecuente la celebración de capítulos. Así que, si no hay establecido ningún acuerdo previo, se tendrán que acoger a lo previsto por el derecho. En España no hay un criterio jurídico unitario, sino que en algunos casos se sigue lo establecido por el Código Civil y en otros lo que determine la justicia foral. La vecindad civil determinará qué derecho se aplicará.

## VI. EL PAPEL SOCIAL Y FAMILIAR DE LOS ABUELOS

Los abuelos desarrollan una valiosa función social, ya que participan activamente en la socialización de los nietos a través de una relación que es enriquecedora para ambos. Ellos aportan al niño un vínculo de referencia diferente y complementario, pero nunca sustitutorio, del que mantienen con sus padres. A su vez, los pequeños ofrecen al mayor la posibilidad de sentirse útiles y activos, lo que repercute positivamente en su autoestima.

Frente a la desestructuración de la familia y la incorporación de la mujer al mundo laboral, la figura de los abuelos juega un papel muy importante en la educación de los niños. Se calcula que más de una cuarta parte de los niños que aún no están en edad escolar cuya madre trabaja fuera de casa, permanecen bajo el cuidado de sus abuelos. Son los llamados “abuelos canguros”.

Los abuelos ocupan por entero el lugar de los padres cuando éstos pasan dificultades personales o laborales. En estos casos, los abuelos se ven obligados a llevar a cabo desplazamientos temporales más o menos largos. Pero también están los abuelos cuando los padres padecen enfermedades o por diversos motivos están inmersos en condiciones de internamiento.

Más allá del cuidado de los nietos, los abuelos que han llegado a la jubilación tienen todavía un vivo potencial para ofrecer a la sociedad del que tienen que tomar conciencia. “Yo no aconsejaría a ningún abuelo, —comenta Marisa Viñes, de Abumar: Asociación de Abuelos y Abuelas en Marcha— que su vida se circunscribiera a sus nietos. Cuanto más rica sea nuestra vida más podremos aportarles a ellos”.



## VII. ¿CON QUIÉN ME TOCA ESTE FIN DE SEMANA?

Tras la *separación* se inicia una relación diferente entre los padres y los hijos. El régimen compartido del tiempo de ocio cae bajo la ley salomónica de los fines de semana alternos y el disponer de la mitad de las vacaciones de la compañía de los hijos. Ante esta situación, los niños deben acostumbrarse a diferentes entornos y se ven obligados a estar los fines de semana alternos con uno de los progenitores.

La *separación* es un duro paso para la pareja, pero también lo es para los hijos. Ellos ven que su entorno ha cambiado y que ahora se les exige dividir su tiempo entre la casa de mamá y la de papá. Al principio les costará acomodarse a la situación, pero lo asumirán en la medida que lo vayan comprendiendo.

Hasta la *separación* o el *divorcio*, los niños asumen el hogar familiar como el lugar donde viven con ambos padres. Cuando se produce la ruptura temen que con ello se haya roto también su familia. Es necesario hacerles comprender que la familia sigue existiendo, a pesar de que los padres vivan en domicilios distintos.

*Tiempo compartido.* Establecido el régimen de visitas, ambos padres deben iniciar una nueva forma de convivencia. Durante los fines de semana y vacaciones, ambos deben asumir ser el padre y la madre de los niños. Desde la alimentación hasta el ocio debe ser pensado en una primera fase para que sirva de medio y favorezca la relación de los progenitores con sus hijos.

Todos los miembros de la familia sufren en un *divorcio*. Tras ello, hay un periodo donde todos se sienten desorientados. Los padres deben iniciar una nueva forma de vida y los hijos deben acomodarse al lugar que le corresponde en cada uno de los hogares. Muchos padres, en el intento de evitar que los niños se entristezcan caen en la espiral de establecer con ellos salidas y actividades maratonianas, que terminan aturdiendo a los pequeños.

No es malo establecer algunas salidas que se compartan con los hijos, pero hay que evitar que esto sea una fórmula para que el niño pueda hacer preguntas o haga comparaciones entre lo que hace con el padre o con la madre. Caer en la trampa del “más difícil todavía” cada fin de semana, puede llegar a traducirse en la angustia de los padres

y de los hijos por no saber qué hacer con el tiempo que disponen en común.

*Disfrutar de estar juntos.* La ley establece que los fines de semana y vacaciones deben ser compartidos por ambos padres. Pero ninguna ciencia es exacta y deben ser los progenitores los que determinen cómo puede ser compartido el tiempo. Es frecuente que, en fines de semanas alternativos, los hijos se encuentren con el padre o la madre. Los psicólogos aconsejan que se debe ser flexible en esta situación, pues más que una obligación de estar con el hijo debe ser un tiempo para compartir con ellos.

Según la declaración de Langeac, apoyada por la mayoría de asociaciones internacionales de padres separados “la *paternidad* sólo debe estar basada en la relación de padre-hijo y no en la relación entre los padres. Los niños tienen el derecho de conocer a ambos padres y viceversa”. Las asociaciones de padres y madres separados consideran que un malentendido corriente es que la ley diga que un progenitor tenga derecho a relacionarse con los hijos un fin de semana de cada dos.

La norma legal también establece que es responsabilidad del titular de la patria potestad favorecer que sean satisfechas las necesidades un hijo de ver al otro progenitor, en la mayor medida posible. Eso puede significar que, por ejemplo, se vean dos fines de semana de cada tres o todos los lunes y martes y un fin de semana de cada dos. Si la pareja logra establecer un buen diálogo, puede pactar diferentes estructuras del horario de los tiempos a compartir con los hijos que serán mucho más beneficiosos para todos.

### VIII. ¿ESTAMOS PREPARADOS PARA SER PADRES?

La llegada de un bebé implica adquirir una responsabilidad que va a cambiar la vida de los padres para siempre. Este acontecimiento se vive con una lógica y natural ansiedad, la cual está provocada principalmente por la preocupante duda de si se sabrá ser un buen padre o madre. Con frecuencia, los futuros padres se preguntan si sabrán realizar bien su nuevo papel.

*Diferencias de funciones.* Normalmente, la decisión de tener un hijo o hija, se toma en pareja. Sin embargo, es después del nacimiento

cuando surgen los primeros conflictos o diferencias sobre los papeles de los padres. Para evitar estos trances, es conveniente que los dos miembros de la pareja dediquen parte de su tiempo a hablar sobre lo que significa para cada uno de ellos la paternidad. Se aconseja dialogar y consensuar sobre las expectativas que se tienen, las obligaciones que se van a asumir, cómo van a educar a su futuro hijo, e incluso, cómo afectará esto a la vida en pareja.

*¿Qué educación hay que dar?* Uno de los aspectos más importantes es la educación. Cualquier padre debe ser consciente de la repercusión que tendrá su labor educativa, ya que ésta va a configurar de forma crucial el futuro del bebé. Está claro que las intenciones son siempre buenas, pero no siempre se acierta con los métodos.

Cuando surjan dudas lo mejor es pensar en la propia infancia, reflexionar sobre lo que se tuvo y lo que faltó. Para ello, es fundamental hablar con la pareja de las experiencias pasadas, de ese modo se conocerán aún mejor cómo fue y de qué forma afectó o influyó la forma de ser educados.

Proporcionar la educación más adecuada es una difícil tarea, desgraciadamente, nadie recibe formación para ser padres. Precisamente por eso lo que se ha de hacer es informarse, resolver dudas con especialistas o con sus libros, en definitiva, estudiar la mejor manera de ser unos buenos progenitores.

*Responsabilidades.* Por último, es importante destacar la conveniencia de aclarar, con antelación, las responsabilidades de cada miembro de la pareja está dispuesto a asumir tras el nacimiento del bebé. Todas estas sugerencias le ayudarán a prepararse psicológicamente para ser padre o madre. ¡Tómelas en cuenta, verá cómo funcionan!

### 1. *Las medidas provisionales*

*¿Qué son? Sus características.* En los casos de crisis matrimoniales, la legislación prevé la posibilidad de solicitar y adoptar una serie de medidas provisionales que se establecen para regular la situación de los cónyuges mientras se tramita su procedimiento de separación, divorcio o nulidad matrimonial y hasta su conclusión.

Estas medidas, dada la dilatación de los procedimientos matrimoniales en el tiempo, vienen a regular de forma transitoria la situación familiar prestando una especial atención a los intereses de los hijos del matrimonio.

Estas medidas, según el momento en que se soliciten pueden ser de dos tipos:

- Previas o provisionalísimas: Se solicitan antes de la interposición de una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Para ser tramitadas es necesario que se acredite una situación de urgencia o necesidad, como lo son por ejemplo, los malos tratos físicos o psicológicos.

- Provisionales o simultáneas: Se interponen en el mismo momento en el que se presenta la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial.

Ambos tipos de medidas son acordados judicialmente y de forma automática producen los siguientes efectos:

- Una vez interpuestas, los cónyuges pueden vivir separados, por lo que el cónyuge interesado podrá marcharse del domicilio familiar sin incurrir en un delito de abandono de familia.

- Los poderes de representación que los cónyuges se hayan otorgado entre sí, quedan revocados.

Por otro lado, las medidas se pronuncian sobre los siguientes extremos:

## 2. *En relación con los hijos*

Disponen a qué progenitor se atribuye la *patria potestad* (generalmente continúa siendo compartida por ambos salvo en casos excepcionales de malos tratos o agresiones sexuales a los menores), con cuál de los progenitores se quedan los hijos (guarda y custodia), el régimen de *visitas y comunicaciones* que podrá disfrutar el otro progenitor y la cantidad que debe satisfacer para el mantenimiento de los hijos o *pensión de alimentos*.

### 3. *La patria potestad*

Desde el punto de vista jurídico, la patria potestad, regulada en el Código Civil, no es más que el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus *hijos no emancipados* así como el conjunto de deberes que también deben cumplir los padres respecto de sus hijos.

La patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos y entre los deberes de los padres se encuentra la obligación de estar con ellos, cuidarlos, protegerlos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos legalmente y administrar sus bienes.

Por regla general, la patria potestad se ejerce de forma conjunta por el padre y la madre, independientemente de que éstos se encuentren o no casados, o de forma exclusiva por uno de ellos con el consentimiento del otro.

### 4. *¿Cuándo se extingue la patria potestad?*

La patria potestad se extingue cuando se produce alguno de los siguientes supuestos:

- La muerte o la *declaración de fallecimiento* de los padres.
- La *emancipación*.
- La *adopción del hijo*.
- Los padres son privados de ella por sentencia judicial.

### 5. *¿Se puede privar a los padres de la patria potestad?*

Los padres pueden ser privados de la patria potestad cuando incumplen los deberes que se derivan de misma y siempre por sentencia judicial tras la tramitación del correspondiente *juicio ordinario*.

Los padres también pueden ser privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad cuando su conducta ponga en peligro la formación de los menores o incapaces o cuando se les trate con una dureza excesiva, lo que implica no sólo fuertes castigos físicos sino toda clase de actos que supongan crueldad o abuso de autoridad.

También puede conducir a la privación la patria potestad, la falta del ejercicio de los derechos y, principalmente, de los deberes que comporta la misma.

Por otro lado, los padres podrán ser restituidos en la patria potestad si acreditan que ya no concurren las circunstancias que motivaron su privación.

Siempre resulta conveniente el consejo de un abogado quien, a la vista de las singularidades que presenta cada caso, le informará sobre la conveniencia de iniciar las correspondientes acciones legales.

#### 6. *¿Quién se encuentra directamente privado de la patria potestad?*

Se encuentra privado de la patria potestad:

- El progenitor que haya sido condenado por sentencia penal firme por un *delito de violación* o cualquier otro que diese lugar a la concepción del hijo sobre la que se ejerce.
- Si la filiación se determina judicialmente en contra de la oposición de alguno de los progenitores, éste será privado de la patria potestad sobre el hijo.

En estos casos, aunque el padre y la madre no puedan ejercer los derechos y deberes que comporta la patria potestad, tienen la obligación de prestar alimentos a los menores o incapaces.

#### 7. *¿Qué es la patria potestad prorrogada?*

Si los hijos están incapacitados mentalmente, la patria potestad de los padres no se extingue cuando aquellos alcanzan la mayoría de edad sino que se prorroga hasta que se produce alguna de las siguientes situaciones:

- El fallecimiento de los padres.
- La adopción del incapaz.
- Cesa la causa que motivó la declaración de incapacidad.
- El incapaz contrae matrimonio.

Aunque la patria potestad concluya, si persiste la causa que motivó la declaración de incapacidad, se establecerá un régimen de *tutela* en favor del incapaz.

## 8. *El derecho de visitas y comunicaciones*

Tras la separación o el divorcio, el cónyuge o progenitor (*parejas de hecho*) al que no le ha sido otorgada la guarda y custodia de los hijos o incapacitados por la sentencia judicial que en su caso se dicte, tiene derecho a visitarlos físicamente y a comunicarse con ellos (teléfono, correo...).

La duración de estas visitas así como el tiempo y el lugar en que pueden realizarse, se determinan en esta sentencia.

Por descontado, lo más aconsejable en interés del niño o del incapaz es que los padres alcancen un acuerdo sobre cómo van a desarrollarse esas visitas en un marco de flexibilidad y diálogo.

En todo caso y principalmente cuando éste no es posible, se establecerá un régimen que, en la mayor parte de las ocasiones, consistirá en atribuir al progenitor con quienes los menores o incapaces no conviven, el derecho a tenerlos en su compañía los fines de semana alternos y la mitad de los periodos de vacaciones.

El régimen se establecerá según las circunstancias del caso en concreto y así por ejemplo, en los casos de visitas a menores que aún se encuentran en periodo de lactancia pueden limitarse a 2 o 3 tardes sin que el padre pueda llevárselos los fines de semana, o en los casos en los que el progenitor reside lejos se permite acumular el disfrute de varios fines de semana seguidos.

Aunque el régimen de visitas y comunicaciones se contiene en una sentencia judicial, puede ser modificado tras la tramitación del oportuno procedimiento y limitarse o incluso suspenderse en el caso de que se considere que es perjudicial para el menor o en incapaz.

Siempre resulta conveniente obtener el consejo de un abogado, quien le asesorará sobre cuáles son sus derechos y deberes al respecto.

## 9. *La pensión de alimentos*

Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento propiamente dicho (la comida), el alojamiento, el vestido y la asistencia médica.

También se incluye dentro de los alimentos, la educación e instrucción cuando se establecen en favor de menores o de mayores de edad que no han terminado su formación.

La pensión de alimentos puede comprender también los gastos de embarazo y parto si no están cubiertos de otra forma.

Están obligados a prestarse alimentos los cónyuges entre sí, y a los hijos.

La obligación de satisfacer alimentos viene impuesta por la sentencia de *nulidad*, *separación* o *divorcio* que se dicte tras la tramitación del procedimiento correspondiente, y en ella se fija la persona que está obligada a satisfacerlos, su cuantía así como las bases para su actualización (generalmente será el índice de precios al consumo), el periodo y la forma de pago.

La cuantía de la pensión de alimentos depende de dos circunstancias:

- De los ingresos de la persona que está obligada a abonarlos.
- De las necesidades del beneficiario.

Al contrario que en otros países europeos, no existe en la legislación española ningún baremo obligatorio al que deba ajustarse el juez a la hora de fijar la pensión de alimentos. Puede, por tanto, fijar su cuantía concreta conforme a su criterio, dentro de los márgenes de la ley.

Posteriormente, esta cantidad también podrá incrementarse o disminuirse judicialmente en función de las necesidades del beneficiario y del incremento o disminución de los recursos económicos del obligado al pago.

La modificación de la cuantía de la pensión debe hacerse mediante el correspondiente procedimiento judicial de *modificación de medidas* y no será efectiva hasta que recaiga sentencia.

Ello supone, por ejemplo, que el cónyuge que debe satisfacer alimentos a los hijos, no puede modificar por sí mismo la cuantía porque sus ingresos hayan experimentado una reducción: ha de solicitarlo judicialmente.

La obligación de prestar alimentos cesa cuando:

- El obligado a prestarlos fallece.
- Los recursos del que está obligado se reducen hasta el punto de si los satisface pone en peligro su propia subsistencia y la de su nueva familia.



- La persona que recibe los alimentos, puede ejercer una profesión u oficio o su situación económica ha mejorado de forma que no necesita la pensión de alimentos para subsistir.

- Si el alimentista comete alguna de las faltas que dan lugar a la *desheredación*.

- Si la necesidad del hijo se debe a una mala conducta o a la falta de aplicación en el trabajo, perderá su derecho a percibir alimentos mientras dure este comportamiento.

En principio, los alimentos a los hijos deben satisfacerse hasta que los menores alcanzan la mayoría de edad, ahora bien, si después de cumplir esta edad continúan estudiando o carecen de medios de subsistencia propios, los hijos podrán exigir alimentos hasta que sean capaces de valerse por sí mismos.

En estos casos, la reclamación de alimentos deberá realizarla directamente el hijo sin que pueda hacerlo en su nombre el progenitor con el que conviva.

Por su parte, el incumplimiento de la obligación de prestar alimentos conlleva el inicio del procedimiento de ejecución sobre los bienes del obligado a prestarlos e igualmente generará responsabilidades penales: el impago durante 2 meses consecutivos o de 4 meses no consecutivos de la pensión de alimentos es constitutivo de un *delito de abandono de familia* sancionado con pena de arresto de 8 a 20 fines de semana.

Siempre es conveniente el consejo de un abogado quien, a la vista de las singularidades que presenta cada caso, le informará sobre la conveniencia de iniciar las correspondientes acciones legales.

## 10. La mayoría y la minoría de edad

La mayoría de edad es un estado civil por el que la persona adquiere plena independencia al extinguirse la *patria potestad* y, por tanto la plena capacidad de obrar.

La mayoría de edad se adquiere a los 18 años, salvo en aquellos casos especiales en los que la persona es declarada incapaz.

Por otro lado, la minoría de edad es un estado civil que se caracteriza por la sumisión y dependencia del menor a las personas que ostentan sobre él la patria potestad, sus padres o sus tutores, al considerarse que el menor no tiene la suficiente capacidad de entendimiento. Estas personas ostentan la representación del menor.

La capacidad del menor de edad se encuentra por tanto limitada con el fin de evitar que la posible responsabilidad que pueda derivarse de sus actuaciones, le perjudique. Así, para la realización de determinados actos necesitará el consentimiento de sus representantes legales, padres o tutores.

### 11. *¿Qué es la emancipación?*

La emancipación permite que el mayor de 16 y menor de 18 años pueda disponer de su persona y de sus bienes como si fuera mayor de edad.

Como excepción se dispone que, hasta que el emancipado no alcance la mayoría de edad, no podrá pedir préstamos, gravar o transmitir bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, ni bienes de extraordinario valor (como joyas), sin el consentimiento de sus padres, o en caso de que falten ambos, del tutor que le haya sido nombrado.

La mayor parte de las emancipaciones se produce para poder o por contraer matrimonio antes de los 18 años.

En el supuesto de los emancipados por matrimonio, para realizar las actuaciones enunciadas, si su cónyuge es mayor de edad, bastará con que ambos consientan. Si los dos son menores, necesitarán el consentimiento de los padres o tutores de ambos.

### 12. *¿Cuáles son las causas de la emancipación?*

El menor de edad puede adquirir la condición de emancipado cuando:

- Se le concede este beneficio por las personas que ostentan sobre él la *patria potestad*.

En estos casos, es necesario que el menor haya cumplido los 16 años de edad y que esté conforme con que le sea concedida la emancipación. Se otorga mediante escritura pública ante notario y debe ser inscrita en el Registro Civil.

Una vez concedida, la emancipación no puede ser revocada. Se considera que el hijo está emancipado cuando siendo mayor de 16 años y con consentimiento de sus padres, vive de forma independiente.

En los casos en los que el menor está sujeto a *tutela* alcanza la emancipación por la concesión judicial del “beneficio de la mayor edad”.

- Por matrimonio.
- Por concesión judicial: un juez puede conceder la emancipación cuando lo solicite el menor que ya cuente con más de 16 años de edad, en los siguientes casos:
  - Quien ejerce la patria potestad se ha casado otra vez o convive de hecho con otra persona.
  - Cuando los padres vivan separados.
  - Cuando concurra alguna causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

### 13. *Los efectos de la emancipación*

La emancipación permite al menor regir tanto su persona como sus bienes como si fuese mayor de edad, pero necesitará el consentimiento de sus padres o tutor para:

- Pedir préstamos, gravar o vender bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales.
- Disponer de bienes de extraordinario valor (como joyas).
- Ser defensor de los bienes de un desaparecido o representante del declarado ausente. Otorgar testamento “ológrafo” (de puño y letra).
- Aceptar por sí mismo una herencia sin beneficio de inventario (ya que no puede disponer libremente de sus bienes).
- Pedir la partición de una herencia, ni repartir con los demás coherederos.
- Tampoco podrá ser *tutor* o *curador*, ya que su capacidad de obrar no es completa.

En el caso de los emancipados por matrimonio, para realizar todas estas actuaciones, si su cónyuge es mayor de edad, bastará con que ambos consientan.

Si los dos son menores, necesitarán el consentimiento de los padres o quienes ostenten la representación de ambos.

Dada la relevancia y los efectos de la emancipación, siempre resulta conveniente consultar con un abogado antes de dar ningún paso legal relacionado con la misma y en función de cada caso concreto.

## IX. JURISPRUDENCIA. GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis II.2o.C.475 C, novena época, XX, noviembre de 2004, p. 1962.

GUARDA Y CUSTODIA. NECESARIO RESULTA DECIDIR SOBRE UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA ENTRE LOS HERMANOS MENORES DE EDAD, CUANDO ESTÉN SEPARADOS. Si en un juicio natural se decreta el divorcio de los padres y cada uno tiene bajo su guarda y custodia a un menor (el progenitor al hijo y la madre a la hija), es incuestionable que de acuerdo con la litis, las particularidades del caso, las características de los progenitores y las situaciones de hecho prevalecientes, la Sala Familiar debe decidir conforme a sus facultades jurisdiccionales y su prudente arbitrio sobre la conveniencia de establecer un régimen de convivencia de los menores hermanos entre sí, y dirimir si ha lugar a ello, o sea, determinar dicha convivencia y, en su caso, fijar el lugar y la forma en que deberá desarrollarse, decretando las medidas pertinentes para asegurar que cada uno de los menores puedan continuar bajo la custodia de sus respectivos progenitores.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 433/2004. 3 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.

Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis 1a./J. 28/2004, novena época, XIX, junio de 2004, p. 138.

MEDIDAS PRECAUTORIAS TRATÁNDOSE DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD. NO PROCEDE, PREVIO A SU IMPOSICIÓN, OTORGAR LA GARANTÍA DE AUDIENCIA EN SU FAVOR Y EN EL DEL CÓNYUGE EJECUTADO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). El artículo 249 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, que se refiere al capítulo de las providencias precautorias, establece expresamente que antes de iniciarse el juicio, o durante su desarrollo, a solicitud del interesado pueden decretarse todas las medidas necesarias para mantener la situación de hecho o de derecho existentes, así como para garantizar las resultas de una sentencia ejecutoria. Asimismo, establece que dichas providencias se decretarán sin audiencia de la contraparte. Por su parte, el Pleno de esta

Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido en la tesis de jurisprudencia 21/98, que las citadas medidas cautelares constituyen medidas provisionales que se caracterizan generalmente, por ser accesorias y sumarias y sus efectos provisionales quedan sujetos, indefectiblemente, a las resultas del procedimiento administrativo o jurisdiccional en el que se dicten, donde el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes, de tal forma que para la imposición de esas medidas no rige la garantía de previa audiencia. Luego, si con fundamento en el numeral citado un cónyuge promueve ante el juez competente providencias precautorias a efecto de obtener la guarda y custodia de menores de edad, resulta incuestionable que para decretar la medida solicitada no existe obligación de otorgar la garantía de audiencia a favor del cónyuge afectado y de los menores involucrados. No obstante lo anterior, como uno de los requisitos para decretar la medida cautelar es que esté justificada la necesidad de la misma, el juez atendiendo a las circunstancias del asunto y a los intereses superiores del menor, podrá determinar en qué caso la audiencia que se dé en su favor debe ser previa y cuándo deberá primero lograr el aseguramiento del infante para escucharlo con posterioridad.

Contradicción de tesis 141/2002-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Cuarto y Quinto, ambos en Materia Civil del Tercer Circuito. 21 de abril de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Rogelio Alberto Montoya Rodríguez.

Tesis de jurisprudencia 28/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiuno de abril de dos mil cuatro.

Nota: La tesis P./J. 21/98 citada, aparece publicada en el *Semanario Judicial* de la Federación y su *Gaceta*, Novena Época, Tomo VII, marzo de 1998, página 18, con el rubro: “MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA”.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis II.2o.C. J/17, novena época, XIX, mayo de 2004, p. 1548.

MENORES. DEBE REPONERSE EL PROCEDIMIENTO A FIN DE QUE EL JUEZ NATURAL RECABE LOS MEDIOS PROBATORIOS NECESARIOS PARA DETERMINAR LO CONDUCTENTE DE MODO INTEGRAL Y COMPLETO SOBRE LA GUARDA Y CUSTODIA DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). En asun-

tos donde se resuelve respecto de la guarda y custodia, es obligación de la autoridad responsable ordenar al juez natural la reposición del procedimiento a fin de que éste, de manera oficiosa, recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes en relación con la guarda y custodia pues, evidentemente, ello repercutirá en su salud mental y física. Por consiguiente, si bien diversos tribunales federales han sostenido como criterio preponderante que cuando se trata de menores de corta edad, lo más benéfico para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica es que queden bajo el cuidado de la madre, no obstante tal predisposición debe aplicarse en forma moderada y no indiscriminadamente en todos los casos, porque resulta patente el deber del juzgador de tomar en cuenta, ante todo, el interés del menor o menores sobre cualquier otro aspecto. Así, al tener importancia prioritaria lo que más beneficie a los infantes, sólo de manera secundaria prevalecería el interés de las personas con derecho a reclamar su custodia, a pesar de existir, como se anotó, la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente, porque si bien ello tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto, casi siempre, corresponde a la madre su atención y cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del o los menores involucrados, en mérito de que las actividades de ambos padres son complementarias de la atención y cuidado de aquéllos. Entonces, en orden con lo precedente, deviene innegable la necesidad de recabar oficiosamente los medios probatorios encaminados a desentrañar lo que resulte más benéfico para el menor de edad, por lo que si éstos no se aportaron, debe ordenarse a la Sala Familiar que mande reponer el procedimiento a efecto de que, como se precisa, el juez natural disponga lo necesario a fin de que se recabe la opinión de expertos en materia de psicología y de trabajo social, en relación con ambos padres y, por lo que hace al infante, en materia de psicología, así como cualquier otra probanza indispensable, como sería escuchar al menor y, a su vez, dar intervención representativa al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 267 del anterior Código Civil para el Estado de México (actualmente 4.96), para de esa forma contar con los elementos propicios a fin de estar en las condiciones básicas que permitan al juzgador primario y a la autoridad de alzada conocer de manera objetiva su entorno social, salud, sensibilidad motora y de pensar, costumbres y educación, incluso, en su caso, la conservación de su patrimonio, para resolver lo más benéfico sobre la guarda y custo-

dia de todo menor, lo que el Estado debe realizar para que la sociedad no resulte afectada en casos como el indicado, máxime si lo anterior es de orden público.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 743/2002. 3 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

Amparo directo 801/2002. 18 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Noé Adonai Martínez Berman. Secretario: Saúl Manuel Mercado Solís.

Amparo directo 165/2003. 1o. de abril de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimeé Michelle Delgado Martínez.

Amparo directo 363/2003. 17 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Noé Adonai Martínez Berman. Secretario: Everardo Mercado Salceda.

Amparo directo 316/2003. 26 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Vicente Salazar López.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis XXIV.2o.1 C, novena época, XVIII, septiembre de 2003, p. 1379.

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. PARA ACREDITAR EL INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO CUANDO SE RECLAMA LA PRETENSIÓN DE PRIVAR DE AQUÉLLAS, DEBE DEMOSTRARSE ESTAR MATERIALMENTE EN SU EJERCICIO CON EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES, EN LOS TÉRMINOS QUE LA LEY AUTORIZA. Si el promovente de la acción constitucional reclama en su demanda que las autoridades responsables pretenden privarlo de la guarda y custodia de un menor que, manifiesta, ejerce con el consentimiento de sus padres, no basta tal manifestación para demostrar tener ese derecho jurídicamente tutelado en relación con el menor y acreditar su interés jurídico en el juicio de garantías, en términos del artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo, dado que al encontrarse materialmente en ejercicio de la guarda y custodia debe contar con el consentimiento de sus padres en la forma y términos que la ley civil establece, lo que implica demostrar tenerlo bajo su protección y cuidado mediante actos de convivencia ininterrumpida en un mismo domicilio, ya que estas circunstan-

cias corresponden a una situación legítima de la que el quejoso pretende derivar su interés jurídico, pero para que éste quede satisfecho deben demostrarse plenamente.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 144/2003. 7 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús López Arias. Secretario: Audel Bastidas Iribe.

Véase: *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volúmenes 133-138, Sexta Parte, página 87, tesis de rubro: “INTERÉS JURÍDICO. NO LO TIENE QUIEN NO DEMUESTRA ESTAR BAJO UN SUPUESTO DE LA LEY (CUSTODIA DE MENORES)”.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis VII.2o.C. J/15, novena época, XVIII, agosto de 2003, p. 1582.

MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del Código Sustantivo Civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226 del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues en el caso opera el principio jurídico de



que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 1020/2002. 26 de septiembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Omar Liévanos Ruiz.

Amparo directo 1088/2002. 24 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Isidro Pedro Alcántara Valdés. Secretaria: María Concepción Morán Herrera.

Amparo directo 992/2002. 31 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 1502/2002. 27 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Lucio Huesca Ballesteros.

Amparo directo 422/2003. 22 de mayo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Omar Liévanos Ruiz.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis II.2o.C.406 C, novena época, XVII, junio de 2003, p. 993.

GUARDA Y CUSTODIA. ES CORRECTA Y LEGAL LA DETERMINADA EN FAVOR DE LA MADRE, SI PRIMORDIALMENTE ELLO BENEFICIA AL MENOR. Tratándose de un juicio donde se discuta el ejercicio de la guarda y custodia de un menor, la cual queda a cargo de la madre, y en el hogar o domicilio respectivo vive el infante junto con sus hermanas, sin demostrarse que tal situación pudiere causar algún daño o tener una influencia negativa en el desarrollo físico, emocional e intelectual de dicho menor, debe estimarse adecuado y acorde a la ley lo decidido por la responsable al confirmar dichas guarda y custodia a favor de la progenitora, sobre todo si la controversia no se sustentó en la falta de las condiciones ideales sobre dicha convivencia familiar en ese núcleo, aunado ello a que el pequeño interesado ha externado su deseo de estar a lado de su madre, por prevalecer un mejor clima de convivencia en dicho ambiente familiar primario conformado además por las hermanas, lo cual incuestionablemente le

favorecerá y no es contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica; salvo que de las actuaciones relativas se advirtiera la necesidad imperiosa de recabar pruebas oficiosamente en dicha temática.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 80/2003. 3 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Faustino García Astudillo.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis II.3o.C. J/4, Novena Época, XVI, octubre de 2002, p. 1206.

GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 170/2000. Adrián Escorcía Martínez y otra. 1o. de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuatla.

Amparo directo 935/2000. Rosa María Reyes Galicia y otro. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 980/2000. Geni Vega Espriella. 26 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 701/2001. Ignacio Alfaro Hernández. 29 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

Amparo directo 367/2002. Carlos Octavio Juárez González. 9 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando García Quiroz, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Jorge Luis Mejía Perea.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis VII.3o.C.31 C, novena época, XVI, octubre de 2002, p. 1405.

MENORES DE EDAD. SU OPINIÓN, AUNQUE NECESARIA, NO ES PREPONDERANTE PARA DECIDIR SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). La interpretación sistemática de los artículos 133 y 157 del Código Civil del estado permite establecer que en la sentencia de divorcio se fijará en definitiva la situación respecto a la patria potestad y la custodia de los hijos; asimismo, que el juez durante el procedimiento, de oficio o a petición de parte, se allegará los medios necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los menores, a fin de justificar la necesidad de la medida y, en todo caso, con el propósito de proteger el derecho a la convivencia con los padres procurando, hasta donde lo estime oportuno, respetar la elección de los propios hijos expresada libremente, salvo que exista peligro para el menor. Sin embargo, aun cuando la voluntad del hijo debe ser tomada en cuenta, esa sola exteriorización no puede ser determinante para que el juzgador decida su situación, pues debe analizar cuidadosamente las circunstancias particulares del caso concreto a través de todos los medios probatorios que obren en autos, para sustentar el delicado asunto de decidir sobre su guarda y custodia, que implica esencialmente su vigilancia, protección y cuidado, como medios para educarlos física y espiritualmente a efecto de procurarles un óptimo desarrollo integral, cuestión que debe responder a un interés superior al individual y a la voluntad de

las partes con la finalidad de alcanzar el objetivo para el cual fue creada esa figura y no hacerlo sólo conforme a los deseos de una de las partes. Así, sólo tendría especial preponderancia la voluntad del menor cuando (no obstante la propuesta de circunstancias privilegiadas) se niega a irse con quien le hace el ofrecimiento, porque es ante esta eventualidad cuando sí resulta fundamental e indispensable respetar esa manifestación y conocer los motivos que justifiquen su negativa; de lo contrario, so pretexto de mejores condiciones, se estaría obligando al menor —contra su voluntad— a una situación no deseada; fuera de ello, no basta que el menor decida irse con uno de los padres y que éste goce de una situación económica más holgada para estimar, por ese solo hecho, que sea adecuado otorgarle la guarda y custodia, sino que es indispensable analizar el entorno en el cual se encuentra y en el que, en su caso, se desenvolvería junto con el progenitor que elija, para tomar la decisión que le sea más favorable.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 348/2002. Rosario Yamel Galindo Cota, por sí y en representación de su menor hijo Carlos Rodrigo Gutiérrez Galindo. 4 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Alberto Flores García. Secretaria: María de Jesús Ruiz Marinero.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis II.2o.C. J/15, novena época, XVI, agosto de 2002, p. 1165.

MENORES DE EDAD. EN JUICIO SOBRE SU GUARDA Y CUSTODIA ES NECESARIO ESTABLECER UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA CON SUS PADRES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Conforme a la legislación del Estado de México, el régimen de convivencia de los menores no emancipados encuentra sustento en el artículo 267 del Código Civil, que prevé su instauración y fijación como consecuencia del decretamiento del divorcio de los padres. No obstante, tratándose de los juicios sobre guarda y custodia de dichos menores, sin duda debe hacerse extensiva la adecuación y aplicación de ese régimen, por actualizarse idénticas situaciones jurídicas y materiales derivadas de la separación de los ascendientes, que si bien como objetivo principal obliga a establecer la guarda del menor a favor de uno de ellos, en forma complementaria conlleva a la necesidad de precisar las circunstancias en torno a las cuales el diverso ascendiente habrá de convivir con

los hijos y de cumplimentar sus obligaciones derivadas de la patria potestad que sobre los mismos mantiene.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 152/99. Sergio Trejo Cervantes y otra. 3 de noviembre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Venancio Pineda. Secretario: Baltazar Cortez Arias.

Amparo directo 367/2000. Ernesto Velasco Hernández. 3 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Javier García Molina.

Amparo directo 226/2002. Abraham Rivas Miguel. 23 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretario: Carlos Esquivel Estrada.

Amparo directo 234/2002. Blas Bernal Flores. 14 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Everardo Orbe de la O.

Amparo directo 270/2002. Antonio García Díaz. 28 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Cardoso Chávez. Secretario: Everardo Orbe de la O.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis VI.2o.C.224 C, novena época, XV, abril de 2002, p. 1290.

MENORES DE SIETE AÑOS. EL JUEZ DEBE DECIDIR SOBRE SU CUSTODIA DE OFICIO, SIN ESPERAR LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA, CUÁL DE LOS CÓNYUGES DEBE EJERCERLA, PREVALECIENDO EL INTERÉS DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Los artículos 293 y 635, fracciones I y II, incisos a) y c), del Código Civil para el Estado de Puebla disponen: “Artículo 293. Los negocios familiares se resolverán atendiendo preferentemente al interés de los menores o mayores incapaces o discapacitados, si los hubiere en la familia de que se trate; en caso contrario se atenderá al interés de la familia misma y por último al de los mayores de edad capaces que formen parte de ella”, y “Artículo 635. ... I. El padre y la madre convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda del menor y con éste habitará el hijo; II. Si los padres no llegaren a ningún acuerdo: a) Los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre. ... c) Los mayores de doce años elegirán cuál de ambos padres deberá hacerse cargo de ellos y si éstos no eligen; el juez decidirá quién deba

hacerse cargo de ellos...”. Ahora bien, si la autoridad responsable sostiene que el juez de primera instancia incumplió con el artículo 463 del Código Civil en comento, porque no oyó a los cónyuges, al menor de siete años y al Ministerio Público y que, por ello, la custodia de dicho menor debe ser decidida en ejecución de sentencia, este criterio es incorrecto, ya que dicho artículo debe interpretarse armónicamente con el contenido de los artículos 293 y 635, fracción II, incisos a) y c), del citado código, que sólo permiten a los hijos mayores de doce años decidir cuál de sus padres debe hacerse cargo de ellos, y es para estos casos en que, tratándose de divorcio, debe oírse a los cónyuges, menores y Ministerio Público, pues de otro modo se estimaría que los menores de siete años pueden decidir en ese aspecto, resultando innecesaria la disposición contenida en el inciso a) de la mencionada fracción II del artículo 635, que imperativamente señala que los menores de siete años quedarán al cuidado de la madre. En consecuencia, ambos padres no pueden tener la custodia del menor, ni tampoco esperar a la ejecución de sentencia para decidir cuál de ellos debe ejercerla, ya que el juez debe analizar las circunstancias del caso y resolver a cuál de sus padres corresponde su custodia, atendiendo al interés de los menores.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 298/2001. Nohemí Márquez Ávila. 10 de agosto de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretaria: Martha Gabriela Sánchez Alonso.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis I.60.C.238 C, novena época, XV, febrero de 2002, p. 823.

GUARDA Y CUSTODIA. EN TRATÁNDOSE DE HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO, DONDE LOS PADRES VIVEN SEPARADOS, EL JUEZ O TRIBUNAL DE ALZADA, AUN CUANDO NO SEA MATERIA DE LITIGIO, DEBEN PROVEER SOBRE AQUÉLLAS. El artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal prescribe que la sentencia de divorcio fijará en forma definitiva, entre otras cosas, la guarda y custodia de los hijos menores de edad, pero dicho precepto regula los efectos de esa figura jurídica en los matrimonios malogrados, circunstancias que no ocurren cuando se trata de un menor nacido fuera de matrimonio, cuyos progenitores no viven juntos y lo reconocieron en el acto de su registro, situación prevista en el libro pri-

mero, título séptimo, capítulo IV, del citado ordenamiento, que en su artículo 380 señala que en tales supuestos los padres convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia, y de no hacerlo, corresponderá al Juez de lo Familiar resolver lo conducente; por lo que si en un contradictorio se declara infundada la acción de pérdida de la patria potestad del menor, en términos del artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las autoridades del fuero común tienen la obligación de proveer sobre su guarda y custodia, pues el hecho de que no sea materia de la litis tal cuestión, no obsta para que deba determinarse, ya que lo contrario acarrearía inseguridad jurídica al menor, dada la indeterminación de su paradero y en cuál de los padres debe recaer dicha obligación de cuidado, si ambos siguen ejerciendo la patria potestad y pueden exigir fundadamente su guarda y custodia.

#### SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 6626/2000. Socorro Rebeca Celis Hernández y otra. 2 de febrero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodríguez. Secretario: Abraham Mejía Arroyo.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis VII.3o.C.9 C, novena época, XIII, junio de 2001, p. 663.

ALIMENTOS, GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. EL CONVENIO EN QUE SE PACTAN DEBE CELEBRARSE ANTE LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA Y NO ANTE EL PROCURADOR DE LA DEFENSA DEL MENOR, DE LA FAMILIA Y EL INDÍGENA, COMO ÓRGANO DEL DIF (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). De la interpretación sistemática de los artículos 116, fracción XI, 117, párrafo primero, ambos del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz y 31, fracción I, de la abrogada Ley Orgánica del Poder Judicial para la propia entidad, de tres de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, que en lo sustancial es similar a lo que dispone la fracción I del artículo 68 de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, publicada en la *Gaceta Oficial* el día veintiséis de julio del año dos mil, se obtiene que fue voluntad del legislador conferir jurisdicción a los jueces de primera instancia, entre otras facultades, para conocer de las cuestiones inherentes a la familia. Luego, si los alimentos son de primer orden dentro del núcleo familiar, no hay duda en

afirmar que el convenio en que se pacten éstos, así como la guarda y custodia de menores, debe celebrarse ante los jueces de primera instancia, debido a que por ser autoridades legalmente competentes para conocer de esas cuestiones, se puede exigir el cumplimiento del convenio en el que se pacten, aun en forma coercitiva. Por otra parte, si bien es cierto que el procurador de la Defensa del Menor, de la Familia y el Indígena, como parte integrante del organismo público descentralizado denominado “Desarrollo Integral de la Familia” del Estado de Veracruz, tiene la facultad de proponer a las partes interesadas soluciones amistosas para el arreglo de sus conflictos y hacer constar los resultados en actas autorizadas, también lo es que la Ley de Asistencia Social que lo crea, no establece un procedimiento coactivo para el supuesto de que alguna de las partes incumpla con las obligaciones pactadas en la solución asentada en el acta respectiva y, por ello, las medidas que se adoptaran para el cumplimiento de tales obligaciones resultarían ineficaces.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 59/2000. Artemio Flores Jácome. 26 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Adrián Avendaño Constantino. Secretario: Israel Palestina Mendoza.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis X.3o.12 C, novena época, XIII, junio de 2001, p. 767.

SUSPENSIÓN. NO PROCEDE CONCEDERLA CONTRA LA MEDIDA PROVISIONAL QUE ORDENA AL PADRE ENTREGAR AL MENOR PARA SU GUARDA Y CUSTODIA A SU CÓNYUGE. De acuerdo al principio general rector de la decisión de guarda y custodia de los menores de edad, consistente en que éstos deben permanecer al lado de la madre, porque se atiende fundamentalmente a las circunstancias específicas que se encaminan a proteger el desarrollo de la familia y dentro de este concepto, por consiguiente, a velar por el desarrollo de los menores de edad, de tal suerte que existe interés social en que éstos estén bajo el resguardo de la madre hasta la edad que fije el Código Civil aplicable; luego, mientras el hijo se encuentre en esas hipótesis, resulta improcedente conceder la suspensión al quejoso (padre del menor) en virtud de que sus efectos se traducen en separar a los hijos de la madre, medida que aparte de causar un perjuicio para ambos, atenta contra el interés general que radica en que los



hijos menores de cierta edad no se alejen de la madre cuyos cuidados les son indispensables, lo que significa que al estar ese interés de por medio, no se satisfacen los requisitos de la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.

Incidente de suspensión (revisión) 25/2001. Miriam Elena Ultrilla Brindis. 26 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Humberto Benítez Pimienta. Secretario: Isaías Corona Coronado.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis XI.1o.17 C, novena época, XIII, mayo de 2001, p. 1175.

LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA PROMOVER INTERDICTO PARA RECUPERAR LA POSESIÓN DE UN MENOR A PESAR DE HABER PERDIDO PREVIAMENTE LA PATRIA POTESTAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN). El artículo 311 del Código Civil del Estado de Michoacán, el cual dispone que “Si el que está en posesión de los derechos de padre o de hijo fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio, sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión.”, es aplicable también al padre o a la madre que hubiere perdido legalmente la patria potestad de un hijo menor, si la sentencia que le impuso esa condena no se ha cumplimentado, porque en tanto no sea desposeído por esa causa, conserva la guarda y custodia de su hijo.

#### PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 491/2000. Rosa Ma. Cervantes Martínez. 13 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Ma. Álvaro Navarro. Secretaria: Marvella Pérez Marín.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis XX.97 C, novena época, IV, julio de 1996, p. 397.

GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR. AUN CUANDO EL PADRE POSEA UNA SITUACIÓN ECONÓMICA MÁS ELEVADA QUE LA DE LA MADRE ES INSUFICIENTE PARA ENTREGARLE 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.

#### TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO.

Amparo directo 1016/95. Cándido Girón Garay. 3 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez.

Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, tesis II.2o.C.T.7 C, novena época, II, agosto de 1995, p. 559.

MENORES DE EDAD. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS. Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que cuando se trata de menores de edad lo más benéfico para su desarrollo y estabilidad es que se encuentren bajo el cuidado de su madre, también lo es que esto no significa que tal criterio deba aplicarse indiscriminadamente a todos los casos, pues es obligación del juzgador tomar en cuenta, el interés del menor sobre cualquier otro.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 344/95. Elisa Rivera Uribe. 19 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Laura Rojas Vargas.