

LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD EN MÉXICO Y EL PREJUICIO DE GÉNERO: HACIA SU ERRADICACIÓN

Pablo Alfonso AGUILAR CALDERÓN*

Dominik Salayandia MORALES SILVA**

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco Conceptual y Metodológico. III. Guarda y Custodia de Menores de edad en Legislaciones Civiles y Familiares de México. IV. Hacia la Erradicación del Prejuicio de Género en el Otorgamiento de la Guarda y Custodia. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

RESUMEN: Se analizó la figura de la guarda y custodia de los hijos menores de edad e incapaces y su relación con el prejuicio de género para su asignación, para lo cual se hizo una revisión de las legislaciones familiares y civiles de cada entidad federativa de México, encontrando que algunas establecen la preferencia por la madre hasta determinada edad, sin tomar en cuenta el interés superior del menor, fomentando además que se continúe con los roles de género que han perdurado durante generaciones, haciendo a un lado el principio de igualdad y no discriminación

* Doctor en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores de Conahcyt Nivel 1. Profesor e investigador de tiempo completo de la Facultad de Derecho Mazatlán de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Contacto: pablo_aguilar@uas.edu.mx. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4939-0383>

** Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho Mazatlán de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Estudios de Maestría en género, derecho y proceso penal en el Centro de Estudios de Posgrado. Coordinadora del programa institucional de tutorías de la Facultad de Derecho Mazatlán de la Universidad Autónoma de Sinaloa. Contacto: dominiksalayandia@uas.edu.mx

fundamentado en tratados internacionales y en la Constitución Política de México, ello a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido tesis recomendando evitar el prejuicio de género.

PALABRAS CLAVE: guarda y custodia, prejuicio de género, igualdad.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the figure of guardianship and custody of minor and incapable children and its relationship with gender bias for their assignment, for which a review of the family and civil legislation of each entity was made. federation of Mexico, finding that some establish preference for the mother until a certain age, without taking into account the best interests of the minor, also encouraging the continuation of gender roles that have lasted for generations, setting aside the principle of equality and non-discrimination based on international treaties and the Political Constitution of Mexico, despite the fact that the Supreme Court of Justice of the Nation has issued a thesis recommending avoiding gender prejudice.

KEYWORDS: guard and custody, gender bias, equality.

I. INTRODUCCIÓN

La familia es lo más importante, es el núcleo básico de la sociedad y del propio Estado, por ende no se puede concebir una sociedad sin familia, por lo que se necesita una protección eficiente para sus instituciones acorde al contexto de la época, puesto que el derecho y particularmente el familiar siempre debe estar en constante evolución en base a los requerimientos de la humanidad siempre cambiante.

Una institución medular para intentar preservar en buen estado las relaciones familiares es la guarda y custodia de los hijos menores de edad e incapacitados durante los procesos de divorcio, disolución de concubinato o separación, pues su determinación

definitivamente influirá en su desarrollo para el futuro, de ahí radica la importancia de la decisión del juzgador para la asignación ya sea al padre o a la madre.

En el presente estudio se realizó un análisis de las 32 legislaciones civiles y familiares de las entidades federativas de México que regulan la guarda y custodia (cada Estado de la República Mexicana tiene su propio cuerpo normativo para las instituciones de derecho familiar), encontrándose que en 10, se tiene preferencia para la asignación de la guarda y custodia de los hijos menores de edad e incapacitados por la madre, hasta determinada edad ya sea 10 o 12 años, en donde ellos deberán permanecer bajo su cuidado, violando con ello la Constitución Política Mexicana y Tratados Internacionales, particularmente el principio de igualdad y no discriminación y dejando de lado el interés superior del menor, juzgando con prejuicio de género, a pesar de que el máximo tribunal mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya ha emitido tesis orientadoras sobre esta materia.

II. MARCO CONCEPTUAL Y METODOLÓGICO

Para fines del desarrollo del presente trabajo de investigación de tipo teórico, que tiene como tema medular la determinación de la guarda y custodia de las hijas e hijos menores de edad derivado de ya sea divorcio, disolución de concubinato o separación y el prejuicio de género, se utilizó la siguiente metodología: método deductivo buscando a partir de un objeto de la realidad , obtener puntos de vista generales para llegar a deducciones particulares; el método inductivo, que a *contrario sensu* analizando objeto en particular para llegar a conclusiones generales; el método exegético jurídico para interpretar el sentido de la ley y reflexionar si se adecúa al hecho de la realidad; método jurídico para el estudio de la validez y eficacia de la norma jurídica y finalmente el método bibliográfico para la obtención de las fuentes de información.

En semejante orden de ideas, es necesario la presentación y explicación del marco conceptual que servirá como base para la precisión y demostración del objeto de estudio, su situación actual así como la propuesta de solución al problema detectado.

El derecho familiar es “el conjunto de normas jurídicas, que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así como las externas, respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado”,¹ es una de las ramas más importantes del derecho, en razón de que regula las instituciones del elemento fundamental de la sociedad, que es la familia, la cual es:

“es una institución creada por la unión sexual de una pareja que puede o no procrear descendientes y así genera el parentesco de su prole entre sí y con los respectivos parientes de cada progenitor; asimismo crea el parentesco por afinidad entre los parientes de cada progenitor entre sí. Se puede originar naturalmente, convirtiéndose o no en concubinato, según si se cumple con ciertas condiciones, o en acto jurídico, cuando la pareja se une en matrimonio. Esta institución está sancionada por el orden público. Sus miembros usualmente viven bajo el mismo techo y bajo la autoridad de los progenitores que ejercen equitativamente la patria potestad”.²

En relación con lo anterior y con independencia de la manera de formar una familia, ya sea por matrimonio o concubinato, cuando surgen los problemas entre parejas y deciden poner fin a la unión, una figura jurídica familiar fundamental durante el proceso es la de guarda y custodia de los hijos menores de edad o incapaces y derecho de visitas, los cuales son ratificados o establecidos por el Juez de lo Familiar, dependiendo si hubo común acuerdo o discordia durante el proceso. En México existen dos modalidades de guarda y custodia, la compartida que es a cargo de los dos progenitores y la definitiva, que se le asigna a uno de ellos, por ende el otro solo tendrá derecho de visita y

¹ Güitrón Fuentevilla, Julián, *¿Qué es el derecho familiar?*, Ciudad de México, 2da. ed., Promociones Jurídicas y Culturales S.C. 1992, p. 40.

² Güitrón Fuentevilla, Julián, *Derecho familiar*, México, Porrúa y Facultad de Derecho UNAM, 2016, p. 43.

convivencia. En la primera se establece mediante convenio firmado por los progenitores ante el Juez por ambos “tomando en cuenta el interés primordial de los hijos y las condiciones particulares de los padres para ejercerla en condiciones de equidad e igualdad, debiéndose garantizar que ambos cumplan con las obligaciones de crianza, convivencia y protección de los hijos, sin que ello altere o ponga en riesgo la armonía de su vida cotidiana”.³ En la segunda, el Juez decidirá en base a las propuestas presentadas por las partes y el caso específico concreto, aplicando siempre el interés superior del menor, estableciendo primero guarda y custodia provisional, después la definitiva, aplicando generalmente el criterio de que los menores de 12 años de edad quedarán al cuidado de la madre salvo que ella significara un peligro para los hijos.⁴

En consecuencia de la preferencia por asignar a la madre la guarda y custodia de los hijos e hijas menores de 12 años, es preciso adentrarse al análisis de conceptos relacionados con ello, pues claramente hace predilección a roles predeterminados por el género, el cual se define como “el conjunto de atributos asignados socialmente a las personas a partir de su sexo. Es el que define, de acuerdo con los parámetros que se establecen en cada sociedad, cómo deben ser los hombres y las mujeres, cómo deben verse, cómo deben comportarse, a qué deben dedicarse, cómo deben relacionarse entre sí, etcétera”,⁵ es decir, refiere a la determinación del género que se le da a la persona al momento del nacimiento, mediante criterios previamente establecidos y adoptados por la población, para poder llamarle hasta ese momento hombre o mujer. Además “el género determina lo que se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto dado. En la mayoría de las sociedades existen diferencias y desigualdades entre mujeres y hombres en cuanto a las responsabilidades asignadas, las actividades realizadas, el

³ Pérez Contreras, María de Monserrat, *Derechos de las familias*, Ciudad de México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015, p. 36 y ss. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4025/5.pdf>

⁴ *Ibíd.*, p. 38.

⁵ *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p. 11. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>

acceso y control de los recursos, así como las oportunidades de toma de decisiones”⁶. Otro concepto importante para el desarrollo del presente trabajo de investigación es el de prejuicio, como “el conjunto de juicios y creencias de «carácter negativo» con relación a un grupo social. Son considerados como fenómenos compuestos de conocimientos, juicios y creencias, y como tales constituidos por «estereotipos»; es decir, el estereotipo sería el componente cognitivo (juicio, creencia) de los prejuicios (que son siempre de carácter negativo),⁷ particularmente asociado al género.

III. GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES DE EDAD EN LEGISLACIONES CIVILES Y FAMILIARES DE MÉXICO

En México, el derecho familiar y procesal familiar son considerados de carácter local, es decir, cada entidad federativa tiene ya sea su propio código familiar y procesal familiar o código civil y procesal civil para regular las instituciones y procesos aplicables para dirimir las controversias que se suscitan en torno a la familia. Es preciso señalar, que la autonomía del derecho familiar en relación con el civil, privado y público ya fue fundamentada por la teoría de Güitrón Fuentevilla⁸ desde finales de los años setenta, por lo que deberían existir solamente legislaciones exclusivas para la familia.

En la actualidad, de los 32 Estados de la república mexicana, 10 tienen código o legislación familiar, los cuales son:

1. Coahuila
2. Hidalgo
3. Michoacán

⁶ Cfr. *Conceptos y definiciones*, Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI) <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>

⁷ González Gabaldón, Blanca, “Los estereotipos como factor de socialización en el género”, *Comunicar, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Huelva, España, núm. 12, 1999, p. 78. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/158/15801212.pdf>

⁸ Cfr. Güitrón Fuentevilla, Julián, *Derecho familiar*, op. cit., p. 84 y ss.

4. Morelos
5. Oaxaca
6. San Luis Potosí
7. Sinaloa
8. Sonora
9. Yucatán
10. Zacatecas

Una vez ubicado el contexto actual de la regulación en torno a la familia, es preciso señalar que se realizó un análisis a las 32 legislaciones de todo el país incluyendo las civiles, en relación a la guarda y custodia de los menores de edad derivada de la nulidad de matrimonio, proceso de divorcio o disolución de concubinato, encontrándose que 10 de ellas tienen como característica principal que determinan una edad para que los hijos permanezcan bajo la custodia de la madre, cuyo orden se presentará por orden alfabético.

3.1. Baja California Sur

El Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur establece en su art. 262 que en los casos de nulidad de matrimonio, la custodia de los hijos le compete a la madre hasta los 7 años salvo en los casos excepcionales de enfermedades transmisibles, corrupción o maltrato de hijos. En los supuestos de divorcio de acuerdo a lo fundamentado en el art. 305 F de la legislación en comento, los hijos menores de 7 años permanecerán en custodia de la madre, a menos que se pruebe que la medida es inconveniente para su salud física y mental.⁹

3.2. Chiapas

El Código Civil de Chiapas en el art. 256 fundamenta que los hijos cuya edad sea inferior a 7 años, se mantendrán en custodia de la madre, ya sea en tratándose de divorcio o

⁹ Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, 1996. Disponible en: <https://www.cbcs.gob.mx/index.php/trabajos-legislativos/leyes>

nulidad de matrimonio, aunque considera que los menores que estén en condiciones de generar un juicio propio, deben de ser tomados en cuenta prevaleciendo el interés superior del menor.¹⁰

3.3. Chihuahua

El Código Civil para el Estado de Chihuahua, en relación a la guarda y custodia de los menores derivados de un proceso de nulidad de matrimonio refiere, en el art. 247 que los hijos menores de 7 años deben quedar bajo el cuidado de la progenitora, a menos que se dedicare al lenocinio, tenga problemas de adicción relacionados con el consumo de alcohol y drogas o su conducta pusiera en peligro grave la salud o la moralidad de los hijos según el art. 248; así pues en el mismo sentido operará la guarda y custodia en caso de sentencia de divorcio de acuerdo con el art. 268.¹¹

3.4. Ciudad de México

El Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) determina solamente en los casos de divorcio, que los menores de 12 años deberán quedar al cuidado de la madre a excepción de los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista un peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, acorde a lo estipulado en el art. 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero.¹²

3.5. Estado de México

El Código Civil para el Estado de México en lo referente a la guarda y custodia de los hijos menores de edad, especifica que dentro de las medidas precautorias en el proceso de divorcio, quedará preferentemente a favor de la madre, atendiendo el interés superior

¹⁰ Código Civil de Chiapas, 1938. Disponible en: https://www.congresochiapas.gob.mx/new/Info-Parlamentaria/LEY_0003.pdf?v=MTg=

¹¹ Código Civil del Estado de Chihuahua, 1974. Disponible en: <https://www.congresochihuahua2.gob.mx/biblioteca/codigos/archivosCodigos/13.pdf>

¹² Código Civil para el Distrito Federal (Estado Ciudad de México), 2000. Disponible en: <http://aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>

a menos que exista una causa justificada a criterio del Juez, dejando de lado el hecho de que ella carezca de recursos económicos.¹³

3.6. Nayarit

El Código Civil para el Estado de Nayarit establece que en los casos de divorcio, la guarda y custodia de los menores podrá ser para cualquiera de los cónyuges si existiera común acuerdo y en caso de no haberlo, el Juez decidirá quién; el caso de excepción es que cuando el hijo se encuentre en periodo de lactancia, quedará preferentemente al cuidado de la madre acorde al artículo 275 fracción V.¹⁴

3.7. Puebla

El Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla establece criterios para determinar la guarda y custodia de los hijos en el artículo 635 fracción II, en el caso en que los padres no tomen un acuerdo, los menores de 7 años permanecerán al cuidado de la madre salvo que represente un peligro para su sano desarrollo independientemente de la condición económica de la misma.¹⁵

3.8. Quintana Roo

El Código Civil para el Estado de Quintana Roo en su artículo 814 apunta las medidas provisionales con respecto a los hijos en caso de divorcio, pero particularmente para el caso de estudio del presente, en la fracción VII dice que los menores de 12 años quedarán bajo la custodia y cuidado de la madre; en el mismo sentido en el reconocimiento de hijos, así como si los progenitores viven separados de acuerdo con los artículos 914 y 997 respectivamente.¹⁶

¹³ Código Civil para el Estado de México, 2002. Disponible en: <https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>

¹⁴ Código Civil para el Estado de Nayarit, 1981. Disponible en: https://www.congresonayarit.mx/media/2289/codigo_civil_estado_de_nayarit.pdf

¹⁵ Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, 1985. Disponible en: https://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=6011&Itemid=

¹⁶ Código Civil para el Estado de Quintana Roo, 1980. Disponible en: <http://documentos.congresoqroo.gob.mx/codigos/C2-XVI-24112021-L1620211124157.pdf>

3.9. Sinaloa

El Código Familiar del Estado de Sinaloa expresa que en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, sin acuerdo previo de los padres, los menores de 12 años deberán quedar al cuidado de la madre salvo que ella no sea generadora de peligro para ellos, lo anterior establecido en el artículo 161.¹⁷

3.10. Sonora

El Código de Familia para el Estado de Sonora en el artículo 130, para las controversias de nulidad de matrimonio y divorcio los hijos menores de 7 años, se mantendrán bajo cuidado y supervisión de la madre hasta cumplir la edad mencionada, salvo el caso de ser un peligro para ello, se le dará la custodia al otro cónyuge o al ascendiente que asegure su desarrollo integral.¹⁸

En consecuencia, las diez legislaciones familiares y civiles observadas con anterioridad, tienen un común denominador, el determinar un rango de edad biológica para decidir en los casos de divorcio, nulidad de matrimonio o disolución de concubinato, a qué cónyuge debe otorgársele la guarda y custodia de los hijos menores, particularmente a favor de la madre -con la salvedad de que ella representara un peligro para su sano desarrollo-, sin un examen adecuado de las circunstancias del caso específico concreto que permita y abriese la posibilidad de que la pudiera detentar el padre independientemente de la edad de los hijos, por así encontrarse establecido en la legislación reguladora de la familia, que con su carácter de orden público e interés social, debe acatarse de forma obligatoria, lo cual viola el derecho humano y fundamental a la igualdad y no discriminación consagrados en la Constitución Mexicana y los Tratados Internacionales en los que México es Estado Parte.

¹⁷ Código Familiar para el Estado de Sinaloa, 2013. Disponible en: https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley_4.pdf

¹⁸ Código de Familia de Sonora, 2009. Disponible en: http://www.congresoson.gob.mx:81/Content/Doc_leyes/Doc_436.pdf

IV. HACIA LA ERRADICACIÓN DEL PREJUICIO DE GÉNERO EN EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 1 que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta legislación y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección.¹⁹ Por ende, es preciso remitirse a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en sus artículos 1, 2 y 7 protege los derechos de igualdad y no discriminación,²⁰ entendiendo por el primero como “el derecho que tiene toda persona a ser tratada sin distinción, exclusión o restricción cuyo objetivo sea menoscabar el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra”;²¹ la segunda refiere a dar un trato distinto a las personas que en esencia son iguales y gozan de los mismos derechos; ese trato distinto genera una desventaja o restringe un derecho a quien lo recibe.²² Por lo anterior se colige que el derecho de igualdad y no discriminación determina que debe ser tratado en desigualdad de condiciones bajo ningún supuesto, con el propósito ya sea consciente o inconsciente de perjudicar el ejercicio o disfrute de sus derechos humanos.

Derivado del análisis realizado en el apartado anterior, es prudente señalar que en México en algunas entidades federativas, la asignación de la guarda y custodia de menores de edad e incapaces en los procesos de divorcio, nulidad de matrimonio o disolución de concubinato, se están realizando con prejuicio de género, de acuerdo a lo establecido en el Código Civil o Familiar correspondiente, afectando al padre de familia o

¹⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

²⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

²¹ Olvera García, Jorge, *Manual para fortalecer la igualdad y erradicar la violencia de género de la Comisión de Derechos humanos del Estado de México* 2da. ed., Toluca México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2019, p. 17. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5930/12.pdf>

²² Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *El derecho a la no discriminación*, Ciudad de México, 2018, p. 6. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/21-Discriminacion-DH.pdf>

género masculino, al establecer una edad determinada para que las niñas, niños o adolescentes se encuentren forzosamente bajo el cuidado de la madre, a menos que represente una amenaza seria para ellos, a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) ya ha determinado que debe prevalecer el principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, así como no basarse en estereotipos ni prejuicios de género:

PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES. EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD NO DEBE ESTAR BASADO EN PREJUICIOS DE GÉNERO.

Tradicionalmente, la justificación de las normas civiles que otorgan preferencia a la madre en el otorgamiento de la guarda y custodia de los menores de edad se fundamentaba en una idea preconcebida, bajo la cual, la mujer gozaba de una específica aptitud para cuidar a los hijos. Esta justificación era acorde con una visión que establecía una clara división de los roles atribuidos al hombre y a la mujer. El género resultaba un factor determinante en el reparto de funciones y actividades, lo que conllevaba un claro dominio social del hombre sobre la mujer, la cual se concebía únicamente como madre y ama de casa que debía permanecer en el hogar y velar por el cuidado y bienestar de los hijos. Esta idea no es compartida por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y resulta inadmisibles en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el cual el principio de igualdad entre hombres y mujeres resulta uno de los pilares fundamentales del sistema democrático. La tendencia clara, en estos tiempos, marca el rumbo hacia una familia en la que sus miembros fundadores gozan de los mismos derechos y en cuyo seno y funcionamiento han de participar y cooperar a fin de realizar las tareas de la casa y el cuidado de los hijos. La mujer ha dejado de ser reducida al papel de ama de casa y, por el contrario, ejerce en plenitud, con libertad e independencia, la configuración de su vida y su papel en la familia. Esta Primera Sala también se separa de aquellas justificaciones basadas en que la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para el otorgamiento de la

guarda y custodia, tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional. Es un hecho notorio que el funcionamiento interno de las familias, en cuanto a distribución de roles entre el padre y la madre, ha evolucionado hacia una mayor participación del padre en la tarea del cuidado de los menores, convirtiéndose en una figura presente que ha asumido la función cuidadora. Dicha evolución no se ha generalizado en todas las familias, pero sí puede evidenciarse en muchas de ellas y dicha dinámica debe tener reflejo en la medida judicial que se adopte sobre la guarda y custodia de los hijos menores. En clara contraposición con el pasado, en el que el reparto de las tareas de la casa, incluido el cuidado de los hijos, venía impuesto por la tradición como algo dado, ahora, el reparto de las funciones familiares ha de ser objeto de discusión, de negociación, de pacto entre los cónyuges. Si se respeta el marco de la necesaria e insustituible libertad y autonomía de las partes (los miembros de la pareja), cualquier reparto resulta perfectamente válido, eficaz y merecedor de protección. En cualquier caso, lo relevante es que no existe una sola realidad en la que la mujer tenga como función única y primordial, el cuidado de los menores.²³

El máximo tribunal constitucional mexicano ha sido claro en su postura al determinar primeramente que la realidad social actual es otra en comparación a la que se vivía antes, en razón de la asignación de los roles a desempeñar en la familia por cuestiones de género, en donde la población en su mayoría destinaba las labores domésticas y de crianza a la madre, mientras que en el padre recaía el sostenimiento económico del hogar y aunque esa ideología aún prevalece, se está viviendo un periodo de transición ideológica hacia no estereotipar las tareas de la casa, pues ya sea mujer u hombre, cualquiera puede desempeñar labores de guarda y custodia de hijos menores de edad, haciendo respetar el principio de igualdad y no discriminación.

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL

²³ Tesis 1ª. XCV/2012 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, mayo de 2012, p. 1112. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000867>

**ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR
[INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL
CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO].**

Como ya lo ha establecido esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores pues, en principio, tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos. Así las cosas, el intérprete, al momento de aplicar el inciso a), de la fracción II, del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que dispone que si no se llega a ningún acuerdo respecto a la guarda y custodia, "los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor", deberá atender, en todo momento, al interés superior del menor. Lo anterior significa que la decisión judicial al respecto no sólo deberá atender a aquel escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino, por el contrario, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que resulte lo más benéfica para éste. La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del interés superior del menor, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta; la dinámica de las relaciones familiares es extraordinariamente compleja y variada y es dicha dinámica, así como las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia, la que determinará cuál es el sistema de custodia más beneficioso para los menores. Así las cosas, el juez habrá de valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre. En conclusión, la tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se

*otorgue la guarda y custodia en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más benéfica para el menor.*²⁴

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación refirma su postura en razón del principio de igualdad entre hombres y mujeres así como del interés superior del menor en asuntos de guarda y custodia de menores de edad, que debe establecerse tomando en cuenta el caso específico concreto que se esté dirimiendo, es decir, la situación que resulte más benéfica para los menores, facultando al intérprete de la legislación a poder omitir el rango de edad sugerido y establecido para que los infantes se queden con la madre cuando no exista un común acuerdo que es de diez años, según el cuerpo normativo analizado en la tesis.

GUARDA Y CUSTODIA. LA REGLA GENERAL ES QUE LOS PROGENITORES SON APTOS A MENOS QUE SE DEMUESTRE LA EXISTENCIA DE UN RIESGO PROBABLE Y FUNDADO PARA LOS NIÑOS Y NIÑAS INVOLUCRADOS.

Cuando se involucra una categoría de las prohibidas en el texto constitucional – como es la condición de salud de uno de los progenitores–, en relación con la ponderación del interés superior de niños y niñas, las y los juzgadores deben ser especialmente escrupulosos en el análisis de las circunstancias que rodean el asunto, de modo que, con base en pruebas técnicas o científicas, se evidencie que la condición de salud tiene un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del menor de edad. La regla general es que los progenitores son aptos para el cuidado de sus hijos e hijas, no obstante los defectos y carencias que acompañan necesariamente la condición humana. Lo contrario, la falta de aptitud, debe demostrarse, pues con ello se afectan los derechos y la esfera jurídica de los niños y niñas involucrados. Ninguna duda cabe que no existe un modelo de padres y madres ideales, acabado y perfecto, una especie de arquetipo ante el cual contrastar la conducta específica de los progenitores, con el fin de determinar si

²⁴ Tesis 1ª. J.53/2014 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. 1, junio de 2014, p. 217. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006791>

se está o no ante un buen padre y/o madre, y si, con base en esa imagen ejemplar, sean justificables o no ciertas restricciones en las instituciones protectores de la infancia, como lo es la guarda y custodia: no existe un tipo ideal de padres y madres, sino que es preciso sopesar si las conductas desempeñadas por los progenitores –que siempre constituyen un ejemplo, ya sea positivo o negativo y que necesariamente marcan la personalidad de los niños y niñas– son susceptibles de actualizar un riesgo probable y fundado en los niños y niñas. Esta Sala observa que debe existir un grado de probabilidad para determinar que efectivamente ciertas conductas ponen en riesgo a un niño o niña, con la razonable proyección a futuro de que la conducta sea de tal manera perniciosa que afecte sus derechos.²⁵

De acuerdo con la tesis expuesta, la SCJN establece que no existe un modelo de madre o padre ideal, sino que es necesario ponderar, analizar si el desempeño y conducta son los adecuados para el sano desarrollo de las niñas, niños y adolescentes al establecer la guarda y custodia, para el caso en que pudiera existir un riesgo probable para ellos, reafirmando así que cualquiera de los dos puede desempeñar de forma correcta la encomienda de crianza y cuidado de los hijos, independientemente del género, a *contrario sensu* de la preferencia por la madre estipulado en algunas legislaciones civiles y familiares en México.

En definitiva, la SCJN ya ha establecido criterios orientadores para la determinación y asignación de la guarda y custodia de los hijos menores de edad o incapacitados, proceso en el cual debe imperar el principio del interés superior del menor para su sano desarrollo y no el prejuicio de género, pues lo que se busca es el respeto al principio de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, establecido en tratados internacionales de derechos humanos y en la Carta Magna mexicana, por lo que se insta a la misma Corte a que emita Jurisprudencia para que de inmediato se eliminen o se modifiquen los artículos relacionados con guarda y custodia preferente para la madre

²⁵ Tesis 1ª. XLVII/2018 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 964. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017060>

en donde se establezca una edad, porque ello sigue motivando la desigualdad entre los seres humanos; así pues se invita a los congresos de los estados de la federación mencionados en el presente trabajo a que modifiquen sus cuerpos normativos en el sentido ya mencionado.

V. CONCLUSIONES

En toda controversia jurídica siempre debe imperar el respeto a la legislación, tal es el caso a lo establecido en la Constitución y tratados internacionales en lo referente al principio de igualdad y no discriminación, el cual es el sustento para un proceso en igualdad de condiciones para las partes, pues les da la oportunidad de defenderse sin ventaja alguna para nadie. Por ello es fundamental para el derecho familiar, procesal familiar y el bienestar de la familia, que la guarda y custodia de los hijos menores de edad o incapaces sea otorgada basándose en el interés superior del menor, buscando las mejores condiciones para su crecimiento y no mediante el prejuicio de género, favorable en este caso a la madre, al señalar en la ley preferencia para que los hijos se queden con ella hasta una determinada edad, por suponer que al ser mujer, puede desempeñar un mejor cuidado y ser más apta que el padre. Es entendible que se está en un proceso de transformación ideológica, pues por años al hombre y la mujer le fueron asignados roles en base a su género, pero gracias a la lucha por el respeto a los derechos de las mujeres y esa búsqueda de igualdad de género es que la situación ha ido cambiando, no se trata de polemizar quien tiene más derechos, sino de fomentar el principio de igualdad en todos los sentidos, pero particularmente para el problema detectado en este trabajo, que es la asignación de guarda y custodia, buscando siempre lo mejor para la familia. Por ende, es primordial que se reformen las legislaciones detectadas que propician la desigualdad de género y dan preferencia a la madre para la guarda y custodia.

VI. BIBLIOGRAFÍA

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho familiar*, México, Porrúa y Facultad de Derecho UNAM, 2016.

_____, *¿Qué es el derecho familiar?* Ciudad de México, 2da. ed., Promociones Jurídicas y Culturales S.C. 1992.

GONZÁLEZ GABALDÓN, Blanca, "Los estereotipos como factor de socialización en el género", *Comunicar, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, Huelva, España, núm. 12, 1999. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/158/15801212.pdf>

OLVERA GARCÍA, Jorge, *Manual para fortalecer la igualdad y erradicar la violencia de género de la Comisión de Derechos humanos del Estado de México* 2da. ed., Toluca México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 2019. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5930/12.pdf>

PÉREZ CONTRERAS, María de Monserrat, *Derechos de las familias*, Ciudad de México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4025/5.pdf>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *El derecho a la no discriminación*, Ciudad de México, 2018. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/21-Discriminacion-DH.pdf>

Conceptos y definiciones, Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI). Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>

Protocolo para juzgar con perspectiva de género, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2020. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>

Jurisprudencia

Tesis 1ª. XCV/2012 (10ª.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 1, mayo de 2012. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2000867>

Tesis 1ª. J.53/2014 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. 1, junio de 2014. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006791>

Tesis 1ª. XLVII/2018 (10ª.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio de 2018. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2017060>

Legislaciones

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, 1996. Disponible en: <https://www.cbcs.gob.mx/index.php/trabajos-legislativos/leyes>

Código Civil de Chiapas, 1938. Disponible en: https://www.congresochiapas.gob.mx/new/Info-Parlamentaria/LEY_0003.pdf?v=MTg=

Código Civil del Estado de Chihuahua, 1974. Disponible en:
<https://www.congresochoihuahua2.gob.mx/biblioteca/codigos/archivosCodigos/13.pdf>

Código Civil para el Distrito Federal (Estado Ciudad de México), 2000. Disponible en:
<http://aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf>

Código Civil para el Estado de México, 2002. Disponible en:
<https://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/cod/vig/codvig001.pdf>

Código Civil para el Estado de Nayarit, 1981. Disponible en:
https://www.congresonayarit.mx/media/2289/codigo_civil_estado_de_nayarit.pdf

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla, 1985. Disponible en:
https://www.congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=6011&Itemid=

Código Civil para el Estado de Quintana Roo, 1980. Disponible en:
<http://documentos.congresoqroo.gob.mx/codigos/C2-XVI-24112021-L1620211124157.pdf>

Código Familiar para el Estado de Sinaloa, 2013. Disponible en:
https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley_4.pdf

Código de Familia de Sonora, 2009. Disponible en:
http://www.congresoson.gob.mx:81/Content/Doc_leyes/Doc_436.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917. Disponible en:
<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948. Disponible en:
<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>