



ADVOCATUS



ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

La convivencia familiar. Un derecho humano de la niñez

Family Coexistence. An Essential Human Right

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.40.9914>

Resumen

La convivencia familiar de las niñas, niños y adolescentes es un derecho fundamental consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El objetivo principal de este artículo es poner sobre la mesa el ineludible derecho que tiene la infancia para convivir necesariamente con sus padres, lo cual en muchas ocasiones no se puede realizar de manera adecuada, poniendo en riesgo la naturaleza familiar de una sana convivencia. La metodología de este trabajo de investigación consistió en analizar información documental y legal sobre este tópico, que permitió concluir que es necesaria la intervención estatal para salvaguardar los derechos fundamentales de la niñez a una convivencia adecuada parental.

Palabras clave: Familia, convivencia familiar, custodia familiar, custodia compartida.

Abstract

As a fundamental right of family coexistence of girls, boys and adolescents with their parents, it is a general well-being in accordance with the best interest of children enshrined in Article 4 of the Political Constitution of the United Mexican States; The main objective is to highlight and put on the table the inescapable right of children to necessarily live with their parents, which on many occasions cannot be carried out adequately, putting at risk the family nature of a healthy coexistence. The methodology of the work consists of the analysis of doctrine and legal documents to reflect on the topic mentioned through the analysis of documentary and legal information, which allowed us to conclude as a result the due State intervention for the safeguarding of the fundamental rights of children to an adequate parental coexistence.

Keywords: Family, family coexistence, family custody, shared custody.

Juan Pablo Venegas Contreras.
Profesor-investigador de la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California, México. <https://orcid.org/0000-0003-0438-6863>. jpvenegas@uabc.edu.mx.

Como citar:

Venegas, J. P. (2023). La convivencia familiar. Un derecho humano de la niñez. *Advocatus*, 20(40), 13-28. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.40.9914>



Open Access

Recibido:
13 de febrero de 2023
Aceptado:
5 de mayo de 2023
Publicado:
15 de junio de 2023

Introducción

En este artículo de investigación se hace un análisis jurídico-descriptivo de la familia como institución, de la convivencia familiar y de la convivencia familiar compartida como derechos fundamentales y prevalentes en favor de la niñez. El estudio y nivel de investigación es descriptivo-analítico. Se parte de la definición de convivencia como institución, elemento de paz social e instrumento de relación jurídico-familiar entre padres e hijos en el ejercicio de la patria potestad, que es el objeto principal de investigación. El derecho a la efectiva convivencia de los hijos con sus padres está consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece el *interés superior de la niñez* mediante la figura de la convivencia familiar como derecho fundamental del niño.

Este trabajo contiene avances parciales de la investigación documental y formal que se llevó a cabo en la Universidad Autónoma de Baja California, México, con el título “El Centro de Convivencia Familiar Supervisada del poder Judicial del estado de Baja California. Su naturaleza jurídica y aplicabilidad”, cuya estrategia consistió en analizar una institución pública (Centro de Convivencia Familiar Estatal), su función social y jurídica como órgano estatal para garantizar el bienestar general de la niñez.

La convivencia es de vital importancia en los ámbitos personal, familiar y social, ya que nutre los lazos afectivos entre los integrantes de la

familia, especialmente entre padres e hijos, en razón de su protección en la esfera moral, material y jurídica, conforme al interés superior del niño, y debe tener un carácter prevalente. De ahí que la convivencia es un derecho imprescindible (prevalente) en el ejercicio del cúmulo de sus derechos en el espacio de la familia, que es la base para el desarrollo de las personas y en particular del niño, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹, que permite mantener los lazos jurídico-afectivos familiares permanentes y continuos con sus progenitores.

Cabe aclarar que la convivencia familiar es un sistema de ejecución de derechos y facultades. La familia es el espacio más íntimo y humanizado de las personas, en el que los niños, en particular, aprenden diversos roles para su futura vida de adultos (Chávez, 1992). Por esta razón, se puede afirmar que la convivencia familiar es el mecanismo legal, social y moral más adecuado para el ejercicio de la custodia y patria potestad de los padres hacia los hijos, lo cual la convierte en un instrumento garante de los derechos infantiles.

El presente artículo está dividido en cinco partes: 1) Convivencia familiar, 2) La custodia familiar, 3) El estado familiar y el ejercicio de la patria potestad, 4) Custodia compartida y sus efectos y 5) conclusiones y hallazgos a la

¹ Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

pregunta planteada: ¿La convivencia familiar es un derecho humano de los niños?

Convivencia familiar

La Declaración Universal de los Derechos Humanos² establece que la familia es el núcleo vital para el niño, es decir, que tiene el derecho a convivir con ambos padres cuando estos no viven juntos.

La figura de la convivencia familiar permite que las relaciones jurídicas que nacen del parentesco estén en contacto y comunicación permanente entre padres e hijos, creando un desarrollo afectivo, emocional, físico y moral, y fortaleciendo la relación paterno filial. Esta convivencia hace parte del ejercicio de la patria potestad (Echarte, 2000, p. 112), que es la institución de guarda y custodia en favor de la infancia. Así las cosas, la convivencia próxima del niño con sus padres genera un bienestar general, como lo expone Galicia: “Los niños se sienten más satisfechos en sus contactos y acceso a ambos padres y presentan un mayor nivel de autoestima y mejores niveles de adaptación...” (2010, p. 657).

Por esta razón, el bienestar del niño queda atendido o garantizado con la convivencia diaria, puesto que un abandono de sus derechos generaría un desenlace negativo en su vida futura. De ahí que la convivencia es fundamental y necesaria en el ejercicio y

positivización del cúmulo de derechos que representan su bienestar general y buen vivir, que son las condiciones generales para el desarrollo integral del niño, garantizando un clima de afecto y comprensión que permitan el respeto de sus derechos (Simón, 2009, p. 62).

Las niñas y los niños no deben ser objetos de discriminación por su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición, incluso las de sus padres o tutores. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos estableció que las niñas, niños y adolescentes no pueden ser discriminados en razón de sus propias condiciones y que dicha prohibición se extiende, además, a las condiciones de sus padres o familiares (Punto 151, *Atala Riffo vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, CIDH), por lo que la convivencia sana y pacífica es un mecanismo de rehabilitación de las relaciones jurídico-familiares permanentes.

La CIDH aclaró que separar a los hijos de sus padres por el hecho de su condición de estereotipo (como el caso de catalogar a la mamá como lesbiana) atenta contra la dignidad de las personas y es discriminatorio, porque no hay razón para castigar con la no convivencia en razón de opinión de estereotipos.

La custodia familiar

Durante el siglo XX se inició una disertación optimista en favor de la familia y, por ende,

² Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

del trato con los niños, principalmente con los deberes de los padres, más que en sus derechos o facultades. Es decir, que los padres en el ejercicio de la patria potestad desarrollan una función pública de vital importancia y salvaguarda para la niñez, como lo sostiene Villalta:

En las primeras décadas del siglo XX comenzó a formularse un discurso sobre la familia que enfatizaba fundamentalmente las obligaciones de los padres respecto de sus hijos. Así fueron relativizados los derechos, otrora considerados absolutos, de los progenitores y se hizo hincapié en las responsabilidades que estos debían asumir para ser considerados legalmente como tales. Si en el pasado la actitud jurídica y social hacia la familia había estado fuertemente influida por la Iglesia Católica, en el proceso de conformación de este nuevo discurso tuvieron un destacado papel los médicos y los juristas, aquellos individuos provenientes de las disciplinas que proporcionaron las claves de lectura para los “problemas sociales” de la época. En el plano normativo, una de sus consecuencias fue la reformulación de los alcances de la patria potestad. Institución proveniente del derecho romano en la que se conjugaban dos espacios de orientación jerárquica: el género y la edad, ya que hacía referencia a los derechos del padre varón sobre la persona y las propiedades de los hijos legítimos. (2010, pp. 71- 93)

En ese sentido, surgen las obligaciones parentales que constituyen las bases de atención y cuidado de que gozan los niños en los térmi-

nos de sus derechos humanos. De ahí que los padres carguen con obligaciones de carácter parental y obligaciones de carácter conyugal en la familia³.

Las obligaciones parentales son, en general, aquellas que tienden a la subsistencia, establecimiento y atención de la función nutricia, que corresponde al aspecto material y psicológico, y por supuesto, a la función normativa, referida a la humanización y a la socialización del niño. Soto Lamadrid (2011) sostiene al respecto que:

Son los padres, pues, en primer término, los obligados a cumplir actividades de enorme trascendencia para la vida, la salud y el correcto desarrollo de los menores a su cargo, como son las funciones nutricia; material y psicológica, y la normativa, que se manifiesta en dos vertientes: la humanización y la socialización [...] La función nutricia material se traduce en la obligación natural y jurídica de dar alimento a los menores e incapacitados, [...] que incluye la comida, la habitación, la ropa, la atención médica y medicinal y, para algunos códigos, la educación y el sano esparcimiento, cuando se trata de menores. (p. 138)

La función nutricia, conforme a la ley civil local⁴, comprende comida, vestido, habitación

3 En el caso de las familias constituidas por un solo papá, es decir, familia monoparental, no sería posible hablar de obligaciones conyugales, puesto que no hay otro papá con derechos u obligaciones frente a los derechos de la infancia en cuanto al tema de la convivencia, la custodia y la educación.

4 Código Civil para el Estado de Baja California (1974).

y asistencia en caso de enfermedad. Además, para los menores de edad, los gastos necesarios para la educación básica y la media superior obligatoria, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo, capacidades, potencialidades y circunstancias personales⁵. Por su parte, la atención material tiene que ver con aquellos nutrientes indispensables para su sano crecimiento y desarrollo; con la vestimenta que les permita cubrirse; la habitación, como el lugar material donde vivir. La atención médica se refiere a la obligación de atender la salud del niño, evitando enfermedades. Además, se debe proporcionar la oportunidad y el apoyo suficiente para que el niño acuda a la escuela y se forme en habilidades, oficios, destrezas o una profesión necesarias para su vida adulta.

Queda claro, entonces, que por alimentos son las asistencias que se prestan para el sustento y la sobrevivencia de una persona; así mismo, la prestación que en dinero o en especie puede reclamar una persona a otra en determinadas circunstancias, entre las señaladas por la ley (Baqueiro y Buenrostro, 2012, p. 33).

La función normativa corresponde a la humanización y socialización del niño, para que adquiera las cualidades y condiciones óptimas que le permitan relacionarse, siendo la familia la institución básica e inicial de la socialización, seguida de la escuela y de la sociedad, que complementa dicho proceso. Al respecto,

⁵ Artículo 305 del Código Civil para el estado de Baja California.

Soto Lamadrid sostiene que “... si lo que falta es la función humanizadora, el niño mantendrá, en mayor o menor medida, los rasgos propios de su origen animal; en los casos extremos de abandono, será incapaz de hablar o caminar erguido y, en los menos severos, responderá principalmente a sus instintos y no desarrollará la empatía y altruismo necesarios para vivir en sociedad...” (2011, p. 138). De ahí que las funciones nutricia y normativa son elementos que se integran en general a las obligaciones parentales que tienen los padres en la relación jurídica con sus hijos, como sujetos a derecho para la protección y el cuidado.

En ese sentido, la custodia se convierte en una institución necesaria para el desarrollo de la familia y el ejercicio de la patria potestad, siendo un derecho-deber de la guarda y cuidado de los niños (Méndez, 2018, p. 79). Antes de exponer sobre la custodia es necesario explicar la institución denominada patria potestad, que es la base superpuesta de la custodia material y jurídica en favor de los niños en su persona y sus bienes o patrimonio (Méndez, 2018, p. 79).

Según la tesis “Patria potestad. Su configuración como una institución establecida en beneficio de los hijos”, los órganos judiciales deben abandonar la concepción de la patria potestad como un poder omnímodo del padre sobre los hijos. La patria potestad no es un derecho del padre, sino una función encomendada a los padres dirigida a la protección, educación y formación integral de los niños. Los órganos jurisdiccionales deben partir de

dos ideas fundamentales: la protección del hijo menor y su plena subjetividad jurídica.

Por su parte, el trabajo de grado “Interés superior de los menores y atribución de la guarda y custodia” indica que en el ejercicio de la guarda y custodia debe prevalecer el interés superior del menor. En esta lógica, a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia se debe tener en cuenta cuántos deberes y facultades configuran la patria potestad.

El estado familiar y su ejercicio mediante la patria potestad

La base de los derechos y obligaciones de toda persona está en la propia familia, que es el lugar en el que las niñas, niños y adolescentes deben desarrollar las capacidades y cualidades que los prepara para su futura vida de adultos como personas plenas (Venegas y Salvador, 2020, pp. 768-779). Pues, mientras estén en la minoría de edad están sujetos a la protección de la patria potestad, que es la institución suprema de guarda y custodia⁶ de su persona y sus bienes. Es “... una función en la que los padres y los abuelos cuentan con determinadas facultades o derechos concedidos por la ley para que cuiden de la persona y bienes de sus descendientes, administren sus bienes y los representen” (Baqueiro, 2012, p. 267).

⁶ Existen guardas y custodias auxiliares en las que el Estado interviene a través de distintas instancias o instituciones para procurar la protección del niño, como el sistema DIF, albergues públicos, guarderías, etc.

La custodia es la institución natural del ejercicio de la patria potestad, como el efecto material de cuidado, crianza y educación del hijo. Nace de la patria potestad y de otras figuras como la tutela, siendo esta última una institución auxiliar en caso de que el niño no se encuentre sujeto a patria potestad (Venegas y Salvador, 2020, pp. 768-779). Por tal razón, no es posible hablar de patria potestad y su ejercicio sin la presencia de los padres o miembros directos⁷ de la familia, por lo que se reconoce el binomio de familia: estado familiar y patria potestad.

La patria potestad y su ejercicio son una relación de supra a subordinación asimétrica, principalmente para la protección de la infancia⁸, cuyo propósito final es la educación de los hijos, quienes tienen derecho a recibir un buen trato dentro de la comunidad familiar y social (Venegas y Salvador, 2020, pp. 768-779), en atención a los cuidados materiales, espirituales y jurídicos a los que son sujetos.

La patria potestad es el ejercicio legítimo de subordinación protectora, mas no de poder, sobre las niñas y niños, como la base principal de guarda, custodia y educación. Baqueiro y Buenrostro (2012) sostienen que

⁷ La codificación civil del estado de Baja California reconoce como parentesco legal en línea ascendente/descendente de manera ilimitada y colateral hasta el cuarto grado (arts. 294 y 295).

⁸ En el derecho romano la patria potestad era entendida con un carácter perpetuo y de absoluta potestad doméstica del titular o ascendiente. Cfr. Baqueiro Rojas, E & Buenrostro Báez, R (2012). *Derecho de familia*, México: Ed. Oxford.

es una institución derivada del vínculo paterno-materno filial que relaciona ascendientes con descendientes. Es el ejercicio legítimo de los ascendientes para que en aras del respeto a la ley cumplan con sus deberes de guarda, custodia, crianza y formación de sus descendientes, que se equipara a una función pública (p. 266).

No existe una definición formal de custodia (patria potestad), se sobreentiende de acuerdo con la redacción de la codificación civil para el estado de Baja California, que dice:

Artículo 410. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de las personas menores de dieciocho años de edad, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con Leyes y Reglamentos relativos a las personas menores de dieciocho años de edad.

La ejercen los padres sobre los hijos y en su ausencia (legalmente demostrada) los abuelos paternos o maternos (artículo 411 del Código Civil para el Estado de Baja California). Como se afirmó, la custodia consiste en la tenencia inmediata de los padres sobre sus hijos, implicando los derechos y obligaciones determinadas para el bienestar y cuidado integral del niño, con convivencia diaria y directa.

Se pueden clasificar dos tipos de custodia:

Custodia legal (en sentido estricto)

Custodia legal judicial

a) Custodia legal: se deriva de los efectos de la filiación entre padres e hijos. Opera sin pronunciamiento de mandato de autoridad alguna, pues es la ley (por ministerio de ley) la que impone esos deberes - derechos entre el padre y el hijo. Se parte de los efectos de la propia ley que protege a la infancia desde su nacimiento⁹ hasta la mayoría de edad. Son el cúmulo de normas jurídicas las que establecen las obligaciones parentales en su función nutricia y función socializadora comentada.

b) Custodia legal judicial: será aquella que se imponga por resolución judicial derivada propiamente de una diferencia o conflicto entre los padres respecto de los hijos, que amerite la sanción de restringir la custodia bajo la pérdida de la patria potestad.

Así pues, se dividen en custodia exclusiva y custodia compartida y preferente, de acuerdo con el interés superior del niño, en aras de su bienestar y protección, cuyo objeto primordial es garantizar la atención integral a los mínimos vitales, conceptualizados como derechos fundamentales y prioritarios del niño, como el derecho a la vida, a la educación, a la alimentación adecuada, a la salud, a la identidad, a la libertad y a la protección¹⁰, que corresponden

⁹ Cabe tener en cuenta que el ser concebido no nacido adquiere derechos de protección a su dignidad, persona, y en su caso, derechos de conservación de su patrimonio. Incluso el concepto legal de alimentos establece: "... Los alimentos para el concebido no nacido comprenden también los gastos de atención médica, tanto para él como para la mujer embarazada, incluyendo los del parto". Artículo 305 del Código Civil para el estado de Baja California.

¹⁰ <https://www.humanium.org/es/derechos/>.

a todos aquellos aspectos de salvaguarda de su dignidad y desarrollo humano.

Para enfatizar el régimen de custodia preferente y oportuna en favor del niño, es importante exponer las responsabilidades de abandono de las obligaciones parentales que gravitan en torno a los padres o custodios propiamente dichos, partiendo de que la conducta de los padres debe darse de acuerdo con las normas legales para hacer posible la sana convivencia familiar, por lo que el incumplimiento en la guarda y custodia impide o menoscaba la armonía entre los integrantes familiares (Chávez, 2003, p. 38), generando la sanción o sanciones en torno a tal ejercicio de custodia y patria potestad.

El abandono de las obligaciones parentales se puede dar por abandono de ambos padres o por uno. Al respecto, González Contró comenta que se ha atribuido la atención de las necesidades de los niños a la familia, tal vez por asumir que dentro de ella se encuentra protegido y deba desarrollarse plenamente (2011, p. 151). Aunque no siempre fue así, no siempre la familia o los padres están al cuidado de los hijos y de sus diversas necesidades nutricias o normativas en general.

Conforme a la función básica de la familia, esta adquiere una valor importante en las relaciones de sus integrantes; por tal razón, la ley reconoce y protege como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral de la niñez, correspondiendo prioritariamente al padre y a la madre la responsabilidad compar-

tada de la protección, atención y procuración de los diversos derechos del niño, según lo dispone el artículo 9o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que indica que los Estados parte velarán para que el niño no sea separado de sus padres contra su voluntad, salvo decisión en sede judicial.

Así mismo, el abandono o incumplimiento de las obligaciones parentales se puede dar por un solo padre. Existen casos en los que el niño no se encuentra en un estado de abandono total sino parcial, ya que solo uno de los padres incumple con sus obligaciones parentales. El niño queda a la guarda y custodia del otro padre. En este caso se puede hablar de custodia preferente o monoparental, generando la custodia exclusiva en el padre no incumplidor (Méndez, 2018, p. 82). Esto está sujeto a una valoración en sede judicial, donde el juez considerará lo más beneficioso para el niño.

Es posible que el abandono de la custodia y de las obligaciones parentales no se dé por el abandono de alguno de los padres, sino por compartir la custodia de manera simultánea y separada en el ejercicio de la patria potestad, dando lugar a la custodia compartida.

Custodia compartida y sus efectos

Ya se expuso que la custodia es un efecto principal de la patria potestad, como la institución derivada del vínculo paterno-materno filial, que relaciona ascendientes con descendientes (Baqueiro y Buenrostro, 2012, p. 267). Es importante conceptualizar la filiación como

la fuente del derecho de familia derivada por la procreación (unión de sexos y nacimiento de un hijo), que da lugar a la paternidad o maternidad. Se llama filiación desde el punto de vista del hijo y, paternidad, desde el punto de vista de los padres. De este modo, ambos conceptos se vinculan para sostener la institución relativa a la patria potestad, que a su vez es el vínculo legal que crea el parentesco por consanguinidad en línea directa, ascendente o descendente.

El Código Civil para el estado de Baja California no establece un concepto propiamente de filiación, sino que detalla los efectos de presunción de la paternidad de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio¹¹:

Artículo 321. Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Artículo 357. La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación

a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Tomando en cuenta que la paternidad de ambos padres queda plenamente demostrada si están casados, con el acta de nacimiento del hijo y con el acta de matrimonio, y en una de pareja sin matrimonio se prueba, en relación con la madre, por el hecho del alumbramiento, y con el padre, por reconocimiento voluntario o por sentencia que así la declare¹². Así pues, la filiación propiamente dicha da lugar a que el menor tenga derecho a llevar el apellido de los padres, a ser alimentado, a percibir su porción hereditaria y a los alimentos en los términos generales aplicables¹³.

En el proceso de la vida del niño se destacan sus desarrollos cognitivo, emocional y moral¹⁴ como elementos indispensables para su buen vivir. La convivencia familiar con sus padres conjuga dos derechos fundamentales: a) Derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y b) Derecho - deber de los padres en la crianza y educación de sus hijos en ejercicio de la autoridad familiar (Méndez, 2018, p. 87). Entonces, en atención a las obligacio-

11 En cuanto al estatus de hijo y sus diversos derechos de la infancia, no se pierden o se disminuyen por el simple hecho de que sus padres estén casados o no lo estén. El niño, por sí mismo, goza del cúmulo de derechos de protección y atención integral prevalentes a los que se ha hecho alusión, por el simple hecho de ser persona (4o. Constitucional).

12 Artículos 337 y 357 del Código Civil para el estado de Baja California.

13 Artículo 386 de la codificación civil estatal citada.

14 Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en caso de niñas, niños y adolescentes (2014), de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

nes parentales y en el ejercicio de la patria potestad y, por ende, de la custodia, deben procurarse a los niños el cuidado y bienestar general, de acuerdo con lo establecido en el artículo 103 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley especial de los derechos humanos de la niñez en México)¹⁵, que como derechos especiales indica: Garantizar sus derechos alimentarios, el libre desarrollo de su personalidad y el ejercicio de sus derechos; registrarlos dentro de los primeros sesenta días de vida; asegurar que cursen la educación obligatoria; impartir en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiada a niñas, niños y adolescentes; asegurar un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad; fomentar en niñas, niños y adolescentes el respeto a todas las personas, así como el cuidado de los bienes propios, de la familia y de la comunidad; protegerles contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, venta, trata de personas y explotación; abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física, psicológica o actos que menoscaben su desarrollo integral; evitar conductas que puedan vulnerar el ambiente de respeto y generar violencia o rechazo en las relaciones entre niñas, niños y adolescentes, y de estos con quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como con los demás miembros de su familia; con-

siderar la opinión y preferencia de las niñas, niños y adolescentes para la toma de decisiones que les conciernan de manera directa conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, y educar en el conocimiento y uso responsable de las tecnologías de la información y comunicación (Congreso de los Estados Unidos Mexicanos -2014-, Ley General de los Derechos de Niñas, niños y Adolescentes, *Diario Oficial de la Federación del 3 de diciembre de 2014*. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_110121.pdf).

Estos derechos especiales se hacen efectivos principalmente con la referida custodia, que consiste en la tenencia física, posesión o control real y material del niño (bajo el principio de protección y no de subordinación), que para este estudio, será compartida por los padres, dado sus obligaciones parentales, de acuerdo con la Codificación Estatal Civil, que se impone de dos formas:

- a) Por acuerdo de las partes
- b) Resolución judicial

a) Por acuerdo de las partes: conforme al derecho en el ejercicio de la patria potestad por ambos padres no convivientes, ambos gozan del derecho de custodia, que se ejerce conforme se pongan de acuerdo de manera amistosa y conveniente para los niños y ellos mismos. Se entiende que los padres no acarrearán alguna disputa o reclamo de custodia total del niño, sino por el contrario, en su responsabilidad paterna de comportarse con buen ejemplo

¹⁵ <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA.pdf>.

frente a sus hijos se logra esta modalidad conviviente y se cumple a cabalidad la tutela preferente de los hijos, sin necesidad de resolverse judicialmente qué padre es el más idóneo para detentarla. Este tipo de custodia implica el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en la educación, dirección, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos en el tiempo y el espacio de manera voluntaria. En la guarda y custodia compartida se deben atender las circunstancias especiales del caso, determinando el ambiente más propicio para el niño (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, septiembre), Tesis aislada de Tribunal Colegiado de Circuito, registro digital 2007478, décima época).

b) Por resolución judicial: partiendo de que los padres sostienen un conflicto o un desacuerdo en quién debe detentar la tenencia del niño, surge la necesidad de la intervención judicial al respecto, para que previo el desahogo del proceso legal se decida provisional o definitivamente qué padre debe ejercer la guarda y custodia, y en su caso, qué padre solo el otorgamiento de horas y días de convivencia. Esto, en atención que la filiación - paterna siempre debe verse como un derecho fundamental del niño antes que el de los padres. Al respecto, existe la tesis de que “en la guarda y custodia compartida se deben considerar las circunstancias particulares del caso, tomando en cuenta sus propios factores y pruebas desahogadas, para pronunciarse respecto de la posibilidad de que los hijos permanezcan bajo esa figura de manera plena e ilimitada

con ambos padres, lo que puede permitir la manutención de una alta autoestima, flexibilidad, y apertura al apoyo y ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio. Procurando el juzgador que la mayor cohabitabilidad de los niños sea de manera equilibrada, sin necesidad de imponer régimen de horas y días de visitas o convivencia, sino la guarda y custodia propiamente compartida, en beneficio explícito de los niños” (Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014, septiembre), Tesis aislada de Tribunal Colegiado de Circuito, registro digital 2007476, décima época).

Así como la siguiente tesis aislada que indica “el interés superior de los menores se ve más preservado y protegido cuando la guarda y custodia se comparte entre los padres, pues se reserva una esfera de derechos más adecuada y completa para el niño porque armoniza los legítimos derechos del padre y de la madre, en beneficio y bienestar general de aquel, así como de su sana convivencia con ambos padres” (Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014, septiembre), Tesis aislada de Tribunal Colegiado de Circuito, registro digital 2007477, décima época).

En primer lugar, se encuentra el derecho de convivencia con ambos padres, considerado como una prerrogativa de los niños, niñas y adolescentes, que debe prevalecer aún en casos de separación. Salvo que exista una situación de riesgo o violencia, los hijos e hijas mantienen el deseo de seguir vinculados a sus padres. Es decir, que la convivencia se debe

garantizar, y sólo bajo razones o situaciones de riesgo o afectación, separar a los hijos de sus padres será una opción viable, únicamente bajo causas o casos excepcionales (Villarreal Rodríguez, 2022, p. 8).

A continuación, se compara la situación legal de la familia, la custodia y la custodia compartida de Colombia y México, para abordar una perspectiva de derecho comparado, por lo menos de manera preliminar.

	COLOMBIA	MÉXICO
FAMILIA	ARTÍCULO 42: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre del hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.	LGNNA. ARTÍCULO 4 FRAC X. Familia de origen: Compuesta por titulares de la patria potestad, tutela, guarda o custodia, respecto de qué niñas, niños y adolescentes tienen parentesco ascendente hasta segundo grado.
CODIFICACIÓN SOBRE EL MENOR	Código de la infancia y la adolescencia. Ley 1098 de 2006.	Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.
SUJETOS TITULARES DE DERECHOS	Artículo 3. Todas las personas menores de 18 años; niños (as) de 0 a 12 y adolescente de 12 a 18.	Artículo 5. Niñas y niños menores de doce años y adolescentes entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años.
PATRIA POTESTAD	Artículo 288 CC. La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.	Artículo 413 CCF. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley de Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el DF.
GUARDA Y CUSTODIA	Artículo 23 CC. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.	

De estas aproximaciones comparativas entre Colombia y México, respecto del tema en estudio, se aprecia una similitud sobre las figuras de familia y custodia.

Fuente: Elaboración propia.

Conclusiones

- Como institución social, la familia es fundamental para la sociedad e indispensable para la niñez, porque es el espacio consustancial en el que se desarrollan las relaciones jurídico-familiares entre los padres e hijos mediante la convivencia. Es la base de la sociedad y, por ende, la institución necesaria para el desarrollo de las personas y en particular de las niñas, niños y adolescentes en atención a su bienestar integral y desarrollo humano.

- La convivencia familiar es un derecho fundamental y prevalente en favor de las niñas, niños y adolescentes. Es un mecanismo de relación jurídico-familiar entre los padres e hijos en el ejercicio de la patria potestad, que permite el derecho a la sana y efectiva relación entre los hijos con sus padres o progenitores, considerando que la custodia familiar es un derecho propiamente consagrado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- La convivencia familiar resulta de vital importancia en los ámbitos personal, familiar y social, ya que nutre los lazos afectivos establecidos entre los integrantes de la familia y, muy en particular, entre padres e hijos, en relación con la protección y bienestar general en la esfera moral, material y jurídica, debido al interés superior del niño, que debe ser con carácter prevalente.

- La convivencia real y material de la niñez con sus padres o progenitores permite que se

suplan sus necesidades de tipo material, moral y emocional, lo cual la convierte en una institución prevalente, garante de un derecho humano imprescindible.

- La patria potestad de los hijos puede estar materialmente dividida entre los padres custodios, que la deben ejercer de manera simultánea pero separada, dando lugar a la custodia compartida, que debe salvaguardar el derecho fundamental del niño como un derecho humano imprescindible para vivir y convivir con ambos padres.

- La custodia es un derecho consustancial para la vida y el desarrollo de la familia, tanto así, que la doctrina internacional establece que por ningún motivo se puede apartar a un a hijo de sus padres por cuestiones de discriminación o estereotipos (Caso, Atala Riffo vs. Chile, 24 de febrero de 2012, CIDH. Punto 151).

- La custodia es una institución necesaria para el desarrollo de la familia y del ejercicio de la patria potestad. Es un derecho-deber de la guarda y cuidado de los niños en el ejercicio de la patria potestad, como el efecto material de cuidado, crianza y educación del hijo.

Referencias

Baqueiro Rojas, E. & Buenrostro Báez, R. (2012). *Derecho de familia*. Editorial Oxford.

Chávez Asencio, M. (1992). La familia y los derechos humanos. <http://www.juridi->

cas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr10.pdf.

Chávez Asencio, M. & Hernández Barros, J. (2003). *La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana*, Editorial Porrúa.

Echarte Feliú, A. (2000). *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*. Ciudad Editorial Comares.

Galicia García, O. (2010). *La evaluación psicológica forense en juicios familiares*, en García López, Erik (director), Fundamentos de Psicología jurídica y forense. Editorial Oxford.

González Contró, M. (2011). Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Humanium. *Derechos del niño*. Disponible en: <https://www.humanium.org/es/derechos/>.

Lionetti, L. & Míguez, D. (comps.) (2010). *Las infancias en la historia argentina. Intersecciones entre prácticas, discursos e instituciones (1880-1960)*, Pro historia, Rosario.

Méndez Corcuera, L. (2018). *Temas actuales del derecho familiar*. Editorial Flores.

Soto Lamadrid, M. (2011). *Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa*, ciudad Editorial Beilis.

Simon, F. (2009). *Derechos de la niñez y adolescencia: de la convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*. Editorial Cevallos, Tomo II.

Venegas, J. & Salvador, R. (2020). Los centros de convivencia supervisada. Garantes del respeto de la custodia compartida. En J. Lera (coord.), *Desigualdad social, género y precarización. Mujeres en acción* (pp. 768-779). Eumed. <https://www.eumed.net/actas/20/desigualdad/5DESIGUALDAD.pdf>.

Villarreal Rodríguez, K. Y. (2022). La custodia monoparental en camino de transición hacia la custodia compartida en México. *Revista de Derecho Privado*, 1(18), 3–39. <https://doi.org/10.22201/ij.24487902e.2020.18.17405>. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/17405/17797>.

Normatividad

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf.

Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

Organización de las Naciones Unidas (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos (2014). Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_110121.pdf.

Congreso del Estado de Baja California. Código Civil para el Estado de Baja California (1974). <http://transparencia.pjbc.gob.mx/documentos/pdfs/Codigos/CodigoCivil.pdf>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014). Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso de niñas, niños y adolescentes. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_nna.pdf.

Jurisprudencia

Atala Riffo y Niñas vs. Chile 2 Víctima(s) Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. 3 Representante(s) - Macarena Sáez - Helena Olea - Jorge Contesse 4 Estado demandado Chile 5 # Petición/Caso ante la CIDH 12.502 6 # Caso ante la Corte IDH Serie C No. 239 Serie C No. 254 7 Tipo(s) de sentencia(s) y fecha(s) Fon-

do, Reparaciones y Costas. 24 de febrero de 2012 http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf (consultado el 15 de diciembre de 2022).

Guarda y custodia compartida. Su naturaleza jurídica y modalidades. Décima Época. Materias(s): Civil. Tesis: II.1o.11 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, septiembre de 2014, Tomo III, p. 2426. Tipo: Aislada.

Guarda y custodia compartida. Aspectos que deben considerarse para su fijación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2007476. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Décima Época. Materias(s): Civil. Tesis: II.1o.12 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, página 2424. Tipo: Aislada.

Guarda y custodia compartida. Protección más amplia del interés superior de los menores. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Registro digital: 2007477. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materias(s): Constitucional, Civil. Tesis: II.1o.13 C (10a.). Fuente: *Gaceta del Semanario*

Judicial de la Federación. Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, página 2425.
Tipo: Aislada.

RD:2009451. de la Suprema Corte de Justicia de la Unión. Patria potestad. Su configu-

ración como una institución establecida en beneficio de los hijos.

RD: 2006227. de la Suprema Corte de Justicia de la Unión. Interés superior de los menores y atribución de la guarda y custodia.