

El interés superior del menor a debate. El caso del código familiar de Sinaloa*

The Best Interests Of The Minor Under Discussion. The Case Of The Sinaloa Family Code

Pablo Alfonso Aguilar Calderón**

RESUMEN

El objetivo del presente artículo es el análisis de la asignación de la guarda y custodia de menores de edad e incapaces, derivado del proceso de divorcio, nulidad de matrimonio o disolución de concubinato, institución de derecho familiar fundamental para la conservación de las relaciones familiares, en donde particularmente en el Código Familiar de Sinaloa, se le da un trato preferencial a la madre sobre el padre, cuando los hijos son menores de 12 años de edad, dejando de lado el interés superior del menor, el cual, debería ser prioridad en esta controversia, juzgando con estereotipos y prejuicios de género, violentando el principio de igualdad y no discriminación fundamentado en tratados internacionales y en la Constitución Política de México, fomentando además que se continúe con los roles de género que han prevalecido durante generaciones.

PALABRAS CLAVE

Interés superior del menor, prejuicio de género, guarda y custodia, igualdad.

ABSTRACT

The objective of this article is the analysis of the assignment of guardianship and custody of minors and incapable persons, derived from the process of divorce, annulment of marriage or dissolution of concubinage, an institution of fundamental family law for the conservation of relationships. relatives, where particularly in the Family Code of Sinaloa, preferential treatment is given to the mother over the father, when the children are under 12 years of age, leaving aside the best interests of the minor, which should be priority in this controversy, judging with gender stereotypes and prejudices, violating the principle of equality and non-discrimination based on international treaties and the Political Constitution of Mexico, also encouraging the continuation of gender roles that have prevailed for generations.

KEYWORDS

Best interests of the minor, gender prejudice, guardianship and custody, equality.

*Artículo de Investigación

**Universidad Autónoma de Sinaloa. (pablo_aguilar@uas.edu.mx). <https://orcid.org/0000-0002-4939-0383>

SUMARIO.

1. Introducción.
2. Marco metodológico y conceptual.
3. La guarda y custodia en el Código Familiar de Sinaloa.
4. El interés superior del menor como principio rector para la asignación de la guarda y custodia.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN.

La familia es fundamental para la existencia de la sociedad y la conservación del Estado, por ende, no se puede concebir una sociedad sin familia, considerado como “el grupo primario por excelencia que surge debido a necesidades naturales, la reproducción por una parte y por la otra la sustitución de los integrantes de la sociedad. Forma parte de la estructura social, es la única institución que tiene presencia en la vida humana, a partir de las sociedades primitivas¹”, necesita de normas jurídicas actuales que permitan atender las necesidades de sus miembros que acuden a solicitar justicia pronta y expedita, sustentadas principalmente en derechos humanos y fundamentales, con la firme convicción de garantizar la prevalencia sana de las relaciones entre sus miembros, pues representan el futuro y los patrones a adoptar en razón de su formación. Por ello, es que se examinó la determinación de la guarda y custodia de menores de edad e incapaces en el Estado de Sinaloa, en donde se encuentra que el marco jurídico regulador, da una preferencia hacia la madre por encima del padre, estableciendo una edad biológica para ello, violentando derechos como lo son igualdad, no discriminación y el interés superior del menor, fomentando la prevalencia de estereotipos, roles y prejuicios de género que aún prevalecen en la población, pero que se encuentra en proceso de transición para su erradicación.

¹ Nuñez Carpizo, Elsie, “La figura paterna en el proceso de socialización” Revista de la Facultad de Derecho de México, T. 68, número 271, mayo-agosto del 2018, p. 128. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/irfdm/article/view/65320/57324>

2.- MARCO METODOLÓGICO Y CONCEPTUAL.

Para el desarrollo del presente artículo de investigación que tiene como premisa la determinación de la guarda y custodia de menores de edad e incapaces mediante el interés superior del menor, evitando el prejuicio, roles y estereotipos de género, es preciso apuntar que es de tipo teórico y se utilizó el método deductivo partiendo de un objeto de la realidad, para obtener puntos de vista generales y llegar a deducciones particulares; el método inductivo, analizando el hecho en particular para llegar a conclusiones generales y porque no, un establecimiento general de la propuesta de solución del problema en México; el uso del método descriptivo fue fundamental para explicar la situación de hecho que se genera en torno a guarda y custodia con prejuicio de género; con el método analítico se buscó la división del problema en partes, para conocer más a fondo el problema, explicarlo y poder establecer soluciones; 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 información.

Asimismo, es prudente precisar algunos conceptos fundamentales para el objeto del trabajo, como lo es familia, definida como

“una institución creada por la unión sexual de una pareja inicial 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 efecto, la anterior definición considera todas las formas posibles de formar una familia, considerada la institución social más importante para la conservación de la sociedad y del propio Estado, por ello debe tener un marco jurídico acorde a las necesidades siempre cambiantes de sus miembros, de ahí radica la importancia del derecho familiar, que es “el conjunto de normas jurídicas que regulan la vida entre los miembros de una familia, sus relaciones internas, así

² Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2016, p.43.

como las externas, respecto a la sociedad, otras familias y el propio Estado”³, encargado de regular las instituciones familiares para poder dirimir las controversias que surjan.

Una figura clave para intentar conservar de manera intacta y sin afectación las relaciones familiares es la guarda y custodia de los hijos menores de edad o incapaces, la cual se encuentra englobada bajo la institución patria potestad y se configura como el derecho de los padres a estar en compañía del menor, consistiendo en atención diaria y que se ejerce con la convivencia habitual, comprendiendo el cuidado directo⁴, es decir, asistencia, cuidado diario, atención, higiene, salud, educación, con el objeto de otorgarle una formación integral.

Así pues, para su determinación es de atención primordial, el principio de interés superior del niño o menor como uno de los principios rectores del derecho familiar, que fue instituido en la Convención de los Derechos del Niño de 1959, documento que al principio no tenía carácter obligatorio, pero tras años de negociaciones se aprueba el texto final en 1989, el cual fue ratificado por México en 1990⁵. De manera general, el principio en comento refiere al derecho que tiene el menor de que sus intereses preponderen encima de cualquier otro, tomando en cuenta su opinión de acuerdo a su desarrollo progresivo y capacidad psíquica e intelectual como figura principal de toma de decisiones⁶.

Específicamente, para una mejor comprensión de la universalidad del principio en mención el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, emitió en 2013 la Observación general No. 14 para que este sea considerado primordial y sea respetado por los Estado Parte, tomando como base el art. 3 párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño el cual establece “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos

³ Güitrón Fuentevilla, Julián, ¿Qué es el derecho familiar?, 2da. Edición, México, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales S.C., 1992, p.40.

⁴ Cfr. Delgado Sáenz, Jéssica, *La guarda y custodia compartida, estudio de la realidad teórico-práctica española*, Editorial Reus, Madrid, 2020, p. 17. https://books.google.com.mx/books?hl=es&tr=etd=KB15EAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=guarda+y+custodia&ots=hKmy6jMZ6x&sig=E55fW6HDIOWpT5LcNKK_b5sLNU&redir_esc=y#v=onepage&q=guarda%20y%20custodia&t=false

⁵ Cfr. Derechos del niño, Convención de los Derechos del Niño, UNICEF. <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>

⁶ Cfr. García Álvarez, Dianet y Rodríguez Febles, Javier, *Guarda y custodia compartida o alternativa en pos de la protección del interés superior del niño. Propuesta de Lege Ferenda*, en Congreso Internacional Abogacía 2019, gestión y solución de litigios jurídicos, La Habana, 2019, p. 7. Doi: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4487286>, https://www.academia.edu/49469435/Guarda_y_cuidado_compartida_o_alternativa_en_pos_de_la_proteccion_del_inter%C3%A9s_superior_del_ni%C3%B1o_Propuesta_de_lege_ferenda

legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”⁷.

La Observación General No. 14 (en adelante observación) en el apartado A, párrafo 6, refiere al principio de interés superior del niño como un concepto triple:

- Un derecho sustantivo.- El niño tiene derecho a que su interés superior sea considerado primordial y se tome en cuenta al valorar diferentes intereses al momento de tomar una decisión que pudiera afectarle.
- Un principio jurídico interpretativo fundamental.- Cuando una norma jurídica pudiese prestarse a más de una interpretación, se elegirá la interpretación que más satisfaga al menor.
- Una norma de procedimiento.- Al momento de resolver un asunto que involucre a un niño o grupo de niños en general, debe de considerarse los efectos ya sean positivos o negativos que van a repercutir en los interesados, por ello se requieren garantías procesales⁸.

Asimismo, la observación alude en el párrafo 32 a la flexibilidad y adaptabilidad del concepto de interés superior del niño, en relación a que debe ajustarse de forma individual, dependiendo de la situación particular de el o los afectados, así como su contexto y necesidades⁹.

En semejante orden de ideas, en el párrafo 52 y siguientes, se establecen los elementos que deben considerarse al momento de evaluar el interés superior del niño:

- La opinión del niño.- Debe de expresar su opinión en las decisiones que le afectan, de acuerdo a su edad y madurez.
- La identidad del niño.- Como consecuencia de la homogeneidad de los distintos grupos de niños que existen, se deben considerar sus características particulares como sexo, orientación sexual, nacionalidad, religión, creencias, identidad cultural y personal.
- Preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones.- Procurar buscar los medios idóneos para que el niño pueda mantener

⁷ Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, UNICEF. https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/Convencion_sobre_los_Derechos_del_Nino_0.pdf

⁸ Cfr. Observación general No. 14, Comité de los Derechos del Niño de la ONU, 2013, p. 4. https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc

⁹ *Ibidem*, p. 9.

y preservar en la medida de lo posible la relación familiar y convivencia, salvo que las mismas sean causa o peligro probable para su sano desarrollo.

- Cuidado, protección y seguridad del niño.- El Estado se encuentra obligado a determinar mecanismos de protección y salvaguarda de los niños, es decir, establecer las condiciones y medios necesarios para su sano desarrollo.
- Situación de vulnerabilidad.- Valorar si se encuentra el niño en una situación de vulnerabilidad como el tener alguna necesidad especial, pertenecer a un grupo minoritario, ser refugiado o solicitante de asilo, víctima de malos tratos, vivir en la calle, etc.
- El derecho a la salud.- Se tiene que valorar las posibilidades para el tratamiento de una enfermedad o si el mismo es incierto, ponderar las ventajas frente a riesgos y valorar la opinión del niño en función de su edad y madurez.
- Derecho a la educación.- Todas las decisiones que se tomen en torno a los niños, debe procurarse que se garantice el acceso a educación¹⁰.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), emitió jurisprudencia en donde define el concepto de interés superior del menor, haciendo alusión a todo lo que implica y la obligatoriedad del Estado de su procuración y aplicación con el objetivo primordial de que los niños alcancen el máximo bienestar.

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO.

Por interés superior del menor se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social¹¹.

¹⁰ *Ibidem*, p. 13 y ss.

¹¹ Tesis I.5º.C.J./16, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. 33, marzo de 2011, p. 2188. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/162562>

Por lo anterior se colige que el interés superior del niño es un principio fundamental y básico para la protección de sus derechos, pues como la observación alude tiene un amplio espectro protector, pues busca que esté por encima de otros factores que pudieran afectar sus intereses, de ahí radica que es un derecho sustantivo, un principio jurídico y una norma de procedimiento. Por ende el juzgador debe procurar acatar y aplicar los elementos expuestos de evaluación del principio en sus resoluciones, con el fin de salvaguardar los derechos de los menores para propiciar su sano desarrollo así como la conservación de las relaciones familiares.

En relación con el principio anteriormente expuesto, el cual debe prevalecer por encima de cualquier norma jurídica, en razón de que es un tratado internacional el cual México como Estado Parte de la ONU debe acatar por así estar dispuesto en la Carta Magna, viene a colación otro concepto toral para el presente, como lo es rol de género, entendido 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”¹²,

Entonces, el rol de género tiene como resultado la prevalencia de tareas pre-determinadas para mujeres y hombres, particularmente en la designación de la guarda y custodia de hijos menores de edad e incapaces derivado de la disolución de matrimonio, nulidad, concubinato o separación, provocando prejuicio, que de acuerdo con González, es “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)¹³, coligado al género, que “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

¹² Protocolo para juzgar con perspectiva de género, 2020, p.11. <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>

¹³ 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, 12, Huelva, España, 1999, p.78. <https://www.re-dalyc.org/pdf/158/15801212.pdf>

asignadas, las actividades realizadas, el acceso y control de los recursos, así como las oportunidades de toma de decisiones”¹⁴.

En virtud de lo formulado en este apartado metodológico conceptual, se procede al análisis del problema principal, que es la determinación de la guarda y custodia de hijos e hijas menores de edad e incapaces en Sinaloa, derivado de la disolución de matrimonio, nulidad, concubinato o separación, fundamentada en la legislación sinaloense en base a prejuicios y roles de género, con preferencia hacia la mujer, dejando de lado el principio de interés superior del menor, la igualdad y no discriminación, violentando Tratados Internacionales, la Constitución Política de México y Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3.- LA GUARDA Y CUSTODIA EN EL CÓDIGO FAMILIAR DE SINALOA.

Antes de observar y desarrollar el presente apartado de la investigación, es prudente señalar que en México, cada entidad federativa tiene su propia legislación ya sea familiar o civil, para regular las instituciones de derecho familiar, por lo que en el caso de Sinaloa, se cuenta con un Código Familiar para el aspecto sustantivo y un Código de Procedimientos Familiares para la cuestión adjetiva.

La figura jurídica de la guarda y custodia de menores de edad es fundamental para el futuro de los niños, niñas y adolescentes, pues de ella depende su estabilidad física y emocional para propiciar un sano desarrollo, puesto que son el futuro de la sociedad.

En un primer momento, cuando la pareja decide que ya no es viable continuar con el vínculo sentimental y en su defecto legal que los une, la institución en comento así como el derecho de visitas, es determinado por el juez de lo familiar, dependiendo si previamente o no, hubo un común acuerdo entre las partes, pudiendo ser compartida o definitiva. En la primera, los padres podrán tener al menor un determinado número de días en relación a lo que se haya acordado en el convenio el cual es revisado y aprobado por el juez, mientras que en la segunda uno de los progenitores tendrá a los menores viviendo con él y al otro se le debe autorizar y designar su derecho a visitas y convivencias, lo anterior establecido en los artículos 182 fracción II y 187 fracción II párrafo 1 del Código Familiar del Estado de Sinaloa¹⁵.

¹⁴ Cfr. Conceptos y definiciones, Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer (OSAGI). UNU. <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions.htm>

¹⁵ Código Familiar del Estado de Sinaloa, 6 de febrero de 2013, Congreso del Estado de Sinaloa: 16 de marzo de 2022. https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley_4.pdf

En relación con lo anterior, la legislación en análisis refiere en los artículos 161, 182 fracción II y 187 fracción II párrafo 1, 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 ellos¹⁶, instaurando un rango de edad biológica para que el juez de lo familiar otorgue la preferencia a la madre para asignarle la guarda y custodia de los hijos, con la excepción de la generación de violencia familiar, sin examinar las circunstancias del caso específico concreto para abrir la posibilidad de que el padre pudiese hacerse cargo, por así encontrarse asentado en el cuerpo normativo familiar.

Entonces, la legislación indica en primera instancia, que la mujer por el simple hecho de serlo, puede desempeñar un mejor trabajo de crianza que el hombre, provocando que se esté juzgando con prejuicio de género, perpetuando los roles de género previamente establecidos por la sociedad, a pesar de las intensas luchas de colectivos femeninos por la eliminación de los mismos, el respeto a la igualdad y no discriminación pero para efectos de esta investigación aplicado al hombre y por último pero más importante, no respetando el principio del interés superior del menor.

4.- EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO PRINCIPIO RECTOR PARA LA ASIGNACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

La asignación de la guarda y custodia en un proceso de separación ya sea divorcio, nulidad del matrimonio o concubinato, es de vital importancia para el futuro desarrollo integral de los menores, pues se consideran el futuro de nuestra sociedad, son quienes formarán las nuevas familias y marcarán la pauta para las próximas generaciones, por ello el desempeño en la práctica judicial, particularmente del juzgador y su decisión en torno a la familia para la institución analizada en el presente trabajo de investigación debe fundamentarse en el interés superior del menor y no solamente en lo estipulado en la norma jurídica, particularmente, cuando se trata plenamente de prejuicio y roles de género.

En lo referente a los artículos analizados del Código Familiar de Sinaloa, siendo el 161, 182 fracción II y 187 fracción II párrafo 1, en donde en los casos de nulidad de matrimonio o divorcio, cuando los progenitores no hayan llegado a un acuerdo sobre la guarda y custodia de los menores, el juez decidirá por ellos pero con cierta preferencia hacia la madre, en razón de que estipula que los

¹⁶ Cfr. Código Familiar del Estado de Sinaloa.

menores de 12 años de edad quedarán bajo su cuidado salvo que ella no represente un peligro para ellos como ejercer violencia familiar, lo anterior no implica que el padre no podrá verlos puesto que tiene derecho a que se le designen día y horas de visitas y convivencia sin que ello afecte las actividades esenciales de los hijos, pero si se tiene una afectación directa al progenitor porque se le está considerando incapaz de hacerse cargo de ellos, se le está discriminando, violentando derechos humanos y fundamentales, se juzga con prejuicio de género así como el fomentar la perpetuidad de los roles de género.

Con respecto a lo anterior, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 1 refiere: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Asimismo el artículo 2 indica “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...” Además el artículo 7 dicta “todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley...” Finalmente el artículo 17 establece que “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. “3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”¹⁷.

De lo expuesto, se infiere que el establecer una preferencia por la madre y una edad biológica determinada para la asignación de la guarda y custodia de los menores de edad e incapaces es violatorio de derechos humanos, específicamente de igualdad, no discriminación en razón de sexo, protección igual de la ley, equidad de derechos y obligaciones por disolución matrimonial, así como la protección que debe otorgar el Estado a la familia por ser el elemento fundamental para él y la sociedad. México al ser Estado Parte de la Organización de las Naciones Unidas debe ser respetuoso de los derechos humanos y garantizarlos a toda la población, puesto que ese es el compromiso como miembro de tan noble y distinguida institución.

¹⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, París Francia, 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

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 protección¹⁸, en consecuencia con la asignación de la guarda y custodia de menores de edad e incapaces de 12 años con preferencia para la madre, se están infringiendo los derechos fundamentales establecidos como de orden obligatorio en la Carta Magna a partir de 2011, principalmente el derecho a la igualdad y no discriminación.

En ese sentido, igualdad es “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”¹⁹, mientras que discriminación 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 recibe²⁰.

De lo anteriormente expuesto, se concluye que el derecho de igualdad y no discriminación determina que nadie 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 y fundamentales.

El máximo tribunal constitucional, la SCJN se ha preocupado por legislar para la protección del núcleo básico para la sociedad y el Estado, que es la familia, el emitir diversas resoluciones orientadoras sobre cómo se debe actuar para la asignación de la guarda y custodia de menores de edad e incapaces, con el propósito primordial de evitar que se realice en base a prejuicios o roles de género, para que se prevenga la violación al derecho de igualdad y no discriminación por razones de sexo o se creen falsas expectativas en base a que progenitor es mayormente capaz para el cuidado de los hijos, invitando a los juzgadores a la aplicación del interés superior del menor en la resolución de dichos asuntos, buscando siempre su bienestar y sano desarrollo.

¹⁸ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917, H. Congreso de la Unión: 28 de mayo de 2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

¹⁹ Olvera García, J. *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. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5930/12.pdf>

²⁰ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *El derecho a la no discriminación*, Ciudad de México, 2018, p. 6. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/21-Discriminacion-DH.pdf>

JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. CUANDO LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES ADVIERTAN LA ACTUALIZACIÓN DE UN PREJUICIO DERIVADO DE ESTEREOTIPOS DE GÉNERO QUE AFECTEN A UN MIEMBRO DE LA FAMILIA O PAREJA DEBEN ELIMINARLO, ATENTO AL DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD.

Los órganos jurisdiccionales deben juzgar con perspectiva de género dentro del ámbito de su competencia y eliminar los estereotipos que existen en el marco social y cultural del entorno familiar, respecto a los roles que cada individuo asume de acuerdo al género al que pertenece. Por lo que en aquellos casos en que ante la separación de una pareja, se advierta una clara circunstancia de asimetría e inequidad con respecto a los derechos y obligaciones que a cada uno de ellos corresponde, la autoridad jurisdiccional competente debe tomar las medidas y determinaciones jurídicas conducentes, procurando un trato uniforme para el hombre y la mujer, observando los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género contenidos en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Asimismo, reconocer la existencia de modelos de conducta que conllevan circunstancias de inequidad culturalmente aceptados, evitando así la normalización de éstos, por medidas que proscriban la desproporción que pueda surgir en los distintos ámbitos, como pueden ser el económico, social, familiar o, incluso, patrimonial, con procedimientos que garanticen un plano de igualdad en las relaciones que surgen entre los integrantes de una pareja o una familia. Por tanto, cuando los órganos jurisdiccionales adviertan la actualización de un prejuicio derivado de estereotipos de género que afecten a un miembro de la familia o pareja, deben eliminarlo, atento al derecho humano a la igualdad²¹.

La tesis expuesta con anterioridad es clara al precisar que el juzgador debe resolver con perspectiva de género, buscando eliminar los estereotipos y roles asignados tradicionalmente al hombre y la mujer, respetando el derecho a la igualdad y no discriminación fundamentados la carta magna, buscando evitar la afectación de los miembros de la familia, para el caso particular de la presente investigación, al padre y al menor.

²¹ Tesis VI.2o.C.72 C/2018, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 4, junio de 2018, p. 3081.

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 menores²².

La SCJN ha sido clara en lo referente a la asignación de la guarda y custodia, en razón de que afirma que las normas jurídicas reguladoras de las relaciones familiares mostraban una clara tendencia y preferencia por las aptitudes de la mujer como madre para quedarse al cuidado de los hijos menores por roles y estereotipos tradicionalmente preconcebidos, pero que actualmente con el proceso de transición ideológica que se vive, mediante el cual claramente las féminas son capaces de desempeñar cualquier tarea o función que ellas consideren prudente y los miembros de la familia gozan de plena igualdad en derechos y obligaciones, pudiendo realizar cualquier encomienda independientemente del género, es claro que el padre actualmente tiene una mayor participación en la crianza de los hijos. Por ende, se fundamenta lo establecido en esta investigación, que el otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos debe realizarse mediante un análisis del caso concreto con la aplicación del interés superior del menor, dejando de lado el prejuicio de género, el establecimiento de una edad biológica preferente para que sean cuidados por la madre.

GUARDA Y CUSTODIA. EL ARTÍCULO 282, APARTADO B, FRACCIÓN II, TERCER PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL (HOY CIUDAD DE MÉXICO), QUE LA CONCEDE EX ANTE A LA MADRE, ES VIOLATORIO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN [ABANDONO DE LA TESIS AISLADA 1a. XXXI/2014 (10a.)].

Se establece una preferencia a favor de la madre sobre la guarda y custodia de los menores de doce años, por el solo hecho de ser mujer, con fundamento en el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en la Ciudad de México. En el amparo indirecto en el que se reclamó el citado precepto se negó el amparo al considerar que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis 1a. XXXI/2014 (10a.), determinó que el mencionado precepto que confiere a la madre de menores la guarda y custodia, debe interpretarse a la luz del interés superior del menor y del principio de igualdad, por lo que era constitucional y convencional.

²² Tesis 1ª. XCV/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 1, mayo de 2012, p. 1112.

En contra de la sentencia de amparo se interpuso recurso de revisión. En una nueva reflexión, se considera necesario abandonar el criterio contenido en la mencionada tesis aislada, ya que la constitucionalidad de la disposición legal de que se trata no puede sostenerse a través de una interpretación conforme pues, de acuerdo a diversos criterios y precedentes de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, las normas generales que establecen distinciones basadas en las categorías sospechosas enunciadas expresamente en el artículo 1o. de la Constitución Federal –entre las que se encuentra el género–, no admiten este tipo de interpretación, antes bien, las mismas deben ser sometidas a un escrutinio estricto. Ello, debido a que la disposición en cita genera una distinción normativa en función del género y no cumple con los estándares del test de igualdad a la luz de un escrutinio estricto; en tanto no es una medida idónea para satisfacer de una mejor forma el interés superior del menor, pues establece una presunción *ex ante* en favor de la madre sin evaluar cuál sería la situación más benéfica para el infante, por lo que, lejos de potencializar este principio, lo contraviene al impedir que el juzgador cumpla con su obligación de evaluar tanto las condiciones fácticas que generan la controversia, ya sean las características y posibilidades de los progenitores, como la opinión del menor y su relación con éstos. Así, el establecimiento de una regla absoluta sin la admisión de excepciones encaminadas a buscar un mayor beneficio para el infante, ignora la pluralidad de la realidad social. Ello, aunado a que la preferencia materna y el presumir que los hijos deben quedar al cuidado y responsabilidad de las madres por presunción legal, no sólo reafirma estereotipos de género tradicionales, sino profundiza el mandato y la correspondiente culpa o doble carga de responsabilidad que se genera fundado en el binomio de mujer-madre. Por lo que, sostener decisiones legislativas que mantienen la preferencia materna en el cuidado y responsabilidad de las hijas e hijos impide el difícil y complejo sendero hacia la erradicación de la feminidad tradicional²³.

El tribunal constitucional, ahora en 2020 con la resolución expuesta reitera su postura firme de que la guarda y custodia no debe asignarse por medio de una interpretación conforme, es decir, basada en una norma que es violatoria del principio de igualdad, pues establece que la madre es la persona idónea para hacerse cargo de los menores de edad, arraigando los estereotipos de género que tradicionalmente han imperado en México, los cuales se han buscado erradicar, por ello debe prevalecer el interés superior del menor por encima de un precepto

²³ Tesis: 1a. XV/2020, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo IV, agosto de 2020, p. 3051.

que claramente trasgrede derechos humanos y fundamentales, tanto de las partes como de los menores principalmente. Por eso se reitera la posición ideológica original de la investigación, que es la preferencia del interés superior del menor y la igualdad, sobre los roles y prejuicios de género para los procesos de guarda y custodia de menores de edad.

5.- CONCLUSIONES

La familia, como institución más importante para la prevalencia de la sociedad y estabilidad del propio Estado, debe tener un marco jurídico protector acorde a la realidad social en que se vive, actualizaciones acordes a las necesidades de la población, pero sobre todo en armonía con los derechos humanos y fundamentales que la propia autoridad está obligada a garantizar por mandato constitucional.

El derecho familiar es una de las principales ramas de la ciencia jurídica, aunque a veces menospreciado por miembros de la comunidad jurídica, que no identifican la magnitud y trascendencia que tiene, pues se encarga de regular las instituciones familiares, con el objetivo principal de salvaguardar y mantener íntegro el vínculo entre los sujetos que la componen.

En el mismo orden de ideas, cada estado de la república mexicana tiene su propia legislación familiar o civil para reglamentar a la familia. En el caso de estudio de esta investigación, Sinaloa, tiene su código familiar, en donde claramente se demostró que las disposiciones normativas expuestas y analizadas, referentes a la designación de la guarda y custodia de menores de edad e incapaces derivadas de disolución de matrimonio, nulidad, fin de concubinato, presentan una preferencia clara para otorgarla a la madre, cuando los hijos tienen hasta 12 años de edad, salvo que ella sea la generadora de violencia familiar, que es claramente violatoria de derechos humanos y fundamentales establecidos en tratados internacionales y en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como lo son igualdad, no discriminación e interés superior del menor y de la propia familia, afectando una lucha de años por el avance y respeto de los mismos.

Lo anterior tiene como consecuencia que los juzgadores tiendan a resolver mediante la aplicación de una norma que arraiga aun más los roles, estereotipos y prejuicios de género que se buscan erradicar, obstruyendo el proceso de transición ideológica que ocurre en México actualmente, por lo que se insta al H. Congreso del Estado de Sinaloa y a los congresos estatales que aún mantienen disposiciones con estas características, a que inicien sus procesos de reforma por el bien del futuro de nuestra sociedad, que es la familia.

BIBLIOGRAFÍA

- Núñez Carpizo, Elssie, “La figura paterna en el proceso de socialización” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. 68, número 271, mayo-agosto del 2018, p. 128. <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/65320/57324>
- Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2016.
- Güitrón Fuentesvilla, Julián, *¿Qué es el derecho familiar?*, 2da. Edición, México, Editorial Promociones Jurídicas y Culturales S.C., 1992.
- Delgado Sáenz, Jéscica, *La guarda y custodia compartida, estudio de la realidad teórico-práctica española*, Editorial Reus, Madrid, 2020. https://books.google.com.mx/books?hl=es&lr=&id=KB15EAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=guarda+y+custodia&ots=hKmy6jMZ6x&sig=E55fW6H-DiOWpTa5LcNKK_b5sLNU&redir_esc=y#v=onepage&dq=guarda%20y%20custodia&f=false
- Derechos del niño, Convención de los Derechos del Niño, UNICEF. <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>
- García Álvarez, Dianet y Rodríguez Febles, Javier, *Guarda y custodia compartida o alternativa en pos de la protección del interés superior del niño. Propuesta de Lege Ferenda*, en *Congreso Internacional Abogacía 2019, gestión y solución de litigios jurídicos*, La Habana, 2019. Doi: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4487286>, https://www.academia.edu/49469435/Guarda_y_cuidado_compartida_o_alternativa_en_pos_de_la_proteccion_del_inter%C3%A9s_superior_del_ni%C3%B1o_Propuesta_de_lege_ferenda
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, UNICEF. https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino_0.pdf
- Observación general No. 14, Comité de los Derechos del Niño de la ONU, 2013, p. 4. https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc
- Tesis I.5°.C.J./16, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. 33, marzo de 2011, p. 2188. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/162562>
- Protocolo para juzgar con perspectiva de género, 2020. <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>
- 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*, 12, Huelva, España, 1999. <https://www.redalyc.org/pdf/158/15801212.pdf>
- Código Familiar del Estado de Sinaloa, 6 de febrero de 2013, Congreso del Estado de Sinaloa: 16 de marzo de 2022. https://gaceta.congresosinaloa.gob.mx:3001/pdfs/leyes/Ley_4.pdf
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, Organización de las Naciones Unidas, París Francia, 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917, H. Congreso de la Unión: 28 de mayo de 2021. <https://www.diputados.gob.mx/Leyes-Biblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Olvera García, J. 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. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5930/12.pdf>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, El derecho a la no discriminación, Ciudad de México, 2018, p. 6. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/21-Discriminacion-DH.pdf>
- Tesis VI.2o.C.72 C/2018, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 4, junio de 2018, p. 3081.
- Tesis 1ª. XCV/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 1, mayo de 2012, p. 1112.
- Tesis: 1a. XV/2020, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo IV, agosto de 2020, p. 3051.