

La convivencia familiar. Un derecho humano de la niñez

Family Coexistence. An Essential Human Right

Juan Pablo Venegas Contreras¹

Recibido: 13/02/2023

Aceptado: 05/05/2023

Publicado: 15/06/2023

Resumen

Como derecho fundamental de convivencia familiar de las niñas, niños y adolescentes para con sus padres, es un bienestar general de acuerdo al interés superior de la niñez consagrado en el artículo 4to de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el objetivo principal es destacar y poner sobre la mesa el ineludible derecho de la infancia para convivir necesariamente con sus padres, que en muchas ocasiones, no se puede llevar a cabo de manera adecuada, poniendo en riesgo la naturaleza familiar de una sana convivencia. La metodología del trabajo consiste en el análisis de doctrina y documentos jurídicos para reflexionar sobre el tópico apuntado mediante el análisis de información documental y legal, que permitió concluir como resultado en la debida intervención Estatal para la salvaguarda de 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.

¹ Profesor-Investigador- Facultad de Derecho Mexicali. Universidad Autónoma de Baja California. México. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0438-6863>.

I.-Introducción

El artículo de investigación se refiere a un análisis jurídico descriptivo de la institución familia y convivencia familiar, así como la convivencia familiar compartida como derechos fundamentales y prevalentes en favor de la niñez. El estudio y nivel de investigación es descriptivo - analítico, partiendo de la definición sobre convivencia como institución o elemento de paz social y como instrumento de relación jurídico familiar entre los padres e hijos en el ejercicio de la patria potestad, como objeto principal de investigación. El derecho a la efectiva convivencia de los hijos con sus padres, como un derecho humano propio de estos, consagrado en el artículo 4to. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al establecer el *interés superior de la niñez*, mediante la figura de la convivencia familiar como derecho fundamental del niño.

Dicha investigación representa 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”, que como estrategia fue analizar la figura e institución pública (El Centro de Convivencia Familiar Estatal), así como su función social y jurídica como una de los órganos estatales para garantizar el bienestar general de la niñez mediante la figura de la custodia compartida, entre los padres en beneficio de este último.

Así pues, la convivencia es de vital importancia tanto a nivel personal, familiar y social ya que nutre los lazos afectivos establecidos entre los integrantes de la familia y, muy en particular, con los padres y sus hijos, en razón de su protección en la esfera moral, material y jurídica conforme al interés superior del niño que debe ser con carácter prevalente. De ahí entonces, que la convivencia es un derecho imprescindible (prevalente) de las niñas, niños y adolescentes, en el ejercicio del cúmulo de sus derechos en el espacio de la familia. Familia como la base para el desarrollo de las personas y en

particular del niño, conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos², que permite mantener los lazos jurídico afectivos familiares permanentes y continuos con sus progenitores.

Resulta oportuno exponer, que la convivencia familiar es un sistema de ejecución de derechos y facultades. Recordemos que la familia es el espacio más íntimo y humanizado de las personas donde los niños en particular, aprenden sus diversos roles para su futura vida de adultos (Chávez, Ascencio, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr10.pdf>). Por ende, podemos 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, luego entonces, la investigación permite arribar que la convivencia familiar es un instrumento garante de los derechos infantiles, que por su importancia en el desarrollo y su crianza se cristalizan sus derechos constitucionales.

La estructura del presente artículo está establecida en cinco capítulos: I.- Convivencia familiar. II.- La custodia familiar. III.- El estado familiar y el ejercicio de la patria potestad. IV.- Custodia compartida y sus efectos, así como la parte conclusiva y explicativa de los hallazgos a la pregunta planteada: ¿La convivencia familiar es un derecho humano de los niños?

II.- Convivencia familiar

El centro de la convivencia es la familia, espacio para la construcción familiar y, por ende, del niño. La Declaración Universal de los Derechos Humanos³, establece que la familia es el núcleo vital para el niño, es decir, que el niño tiene el derecho a convivir con ambos padres cuando estos no viven juntos.

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

³ Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

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 el desarrollo afectivo, emocional, físico y moral, fortaleciendo la relación paterno filial. La convivencia familiar, es parte en sí, del ejercicio de la patria potestad (Echarte, 2000, p. 112), que es la institución de guarda y custodia en favor de la infancia. Luego entonces, la convivencia próxima del niño con sus padres es tan importante que genera un bienestar general, tal 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 ello, 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 futura vida. Por ello, la convivencia es fundamental y necesaria en el ejercicio y positivización de ese cúmulo de derechos y que se representan en su bienestar general y buen vivir. Se entiende por buen vivir las condiciones generales para el desarrollo integral del niño, que garantizan un clima de afecto y comprensión que permitan el respeto de sus derechos (Simón, 2009, p.62).

Con esas ideas apuntadas, 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, inclusive de sus padres o tutores. Un estándar en materia internacional fue determinado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al emitir 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.

El fundamento que destacamos es que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, aclaró que si separa a sus hijos de sus padres por el hecho de su condición de estereotipo (como el caso de catalogar a la mamá como lesbiana) es atentatorio a la dignidad de las personas y discriminatorio porque no hay razón para castigar con la no convivencia a ningún hijo con su padre por tal razón de opinión de estereotipos.

III.- La custodia familiar

La convivencia real de la niñez para con sus padres es de vital importancia para el sano desarrollo material, moral y emocional de los mismos, por ende, la atención familiar es un derecho propio de los niños consagrado en el artículo 4to de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al establecer el interés superior de la niñez.

Durante el siglo XX se inicia con una disertación optimista en favor de la familia y por ende del trato con los niños, principalmente, con los deberes de los padres, más que en sus derechos o facultades; esto es, que los padres en el ejercicio de la patria potestad desarrollan una función pública de vital importancia y salvaguarda para la niñez, como aporta Villalta, quien afirma:

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).

Luego entonces, surgen las obligaciones parentales que constituyen bases de atención y cuidado que los niños gozan en los términos de sus derechos humanos. De ahí, que los padres cargan con obligaciones de carácter parental y obligaciones de carácter conyugal en la familia⁴.

Las obligaciones parentales son en general aquellas que tiendan 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, p. 138), quien al respecto expone:

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 pero, [...] 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. (2011, p. 138)

Por función nutricia, conforme a la ley civil local⁵, se comprenden los alimentos en general como la comida, vestido, habitación 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 personales⁶. Por lo que resulta la atención material que significa la atención al alimento como aquellos

⁴ En el caso de las familias constituidas por un solo papa, es decir, familia monoparental no sería posible hablar de obligaciones conyugales, puesto que no hay otro papa con derechos y/o obligaciones, frente a los derechos de la infancia en cuanto al tema de la convivencia, custodia y educación.

⁵ Del Código Civil para el Estado de Baja California (1974).

⁶ Artículo número 305 del Código Civil para el Estado de Baja California.

nutrientes indispensables que deben otorgarse a la niña o niño, para su sano crecimiento y desarrollo. La vestimenta como las prendas que le permitan cubrirse. La habitación como el lugar material donde vivir. La atención médica como la obligación de atender la salud del niño, evitando enfermedades. Así como proporcionar la oportunidad y el apoyo suficiente para que el niño acuda a la escuela y formarse en habilidades, oficios, destrezas o profesión necesaria para su vida adulta.

En este tenor, queda claro que por alimentos serán las asistencias que se prestan para el sustento y la sobrevivencia de una persona; asimismo, la prestación que en dinero o en especie una persona, en determinadas circunstancias puede reclamar de otras, entre las señaladas por la ley (Baqueiro y Buenrostro, 2012, p. 33).

La parte que corresponde a la función normativa tiende a corresponder al aspecto de la humanización y socialización del niño, para que adquiera diversas cualidades y condiciones óptimas que le permitan relacionarse; siendo la familia como institución básica e inicial de la socialización y la escuela, como la segunda y que por ende la sociedad la que complementa tal proceso de socialización. Al respecto y de acuerdo al tema, insiste Soto Lamadrid, 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, la función nutricia y la función normativa son elementos que se integran en general a las obligaciones parentales que los padres tienen en la relación jurídica con sus hijos como sujetos a derecho para la protección y cuidado.

Así pues, la custodia se convierte en una institución necesaria para el desarrollo de la familia y del ejercicio de la patria potestad, siendo un derecho – deber de la guarda y cuidado de los niños (Méndez, 2018, p. 79). Ahora bien, 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).

Para finalizar este sub apartado, mencionaré algunos criterios orientadores al respecto de la patria potestad como una configuración establecida en beneficio de los hijos, como se cita en la tesis con registro digital número 2009451, y titulada: 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, como son la protección del hijo menor y su plena subjetividad jurídica (RD:2009451; PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS).

En el registro digital 2006227, se establece la tesis jurisprudencial que indica que, en el ejercicio de la guarda y custodia, debe prevalecer el interés superior del menor. Establece que el interés superior ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia. En esta lógica, a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad (RD: 2006227; INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA).

IV.- El estado familiar y su ejercicio mediante la patria potestad

Queda claro que la base de los derechos y obligaciones de toda persona está en la propia familia, que, por ende, es el lugar de las niñas, niños y adolescentes donde deben desarrollarse en sus capacidades y cualidades que los prepara para su futura vida de adultos como personas plenas (Venegas y Salvador, 2020, p. 768 – 779). Así pues,

mientras se esté en la minoría de edad, están sujetos a la protección de la patria potestad, que es la institución suprema de guarda y custodia⁷ de su persona y sus bienes (Ibidem). La que se entiende “... 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).

La custodia es la institución natural del ejercicio de la patria potestad, como el efecto material de cuidado, crianza y educación del hijo. La custodia nace tanto de la patria potestad como de otras figuras como la tutela, siendo esta última, una institución auxiliar para el caso de que el niño no se encuentre sujeto a patria potestad (Venegas y Salvador, 2020, p. 768 – 779). Por tal razón, no es posible hablar de patria potestad y su ejercicio, sin la presencia de los padres o miembros directos⁸ 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, una relación asimétrica principalmente en aras de protección de la infancia⁹, que en su contenido tiene como propósito la educación de los hijos, quienes tienen derecho a recibir un buen trato dentro de la comunidad familiar y social (Venegas y Salvador, 2020, p. 768 – 779), en atención a los cuidados materiales, espirituales y jurídicos a los que son sujetos.

Por ello, 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 dicen que es una institución derivada del vínculo paterno-

⁷ Nota: Ya que es posible afirmar guardas y custodias auxiliares en las que el Estado interviene a través de las distintas instancias o instituciones de procuración y protección del niño como el sistema DIF, albergues públicos, guarderías, etc.

⁸ Nota: 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. Artículo 294 y 295.

⁹ 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, Edgard y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*, México, Ed. Oxford, 2012, p. 265.

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 (Baqueiro, 2012, p. 266).

No se cuenta con un concepto formal de custodia (patria potestad), sino que se sobreentiende de acuerdo a la redacción de la codificación civil para el estado de Baja California, que a la letra dice:

ARTICULO 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 infractores.

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

En este tenor, podemos clasificar dos tipos de custodia:

Custodia legal (en sentido estricto), y
Custodia legal judicial.

a).- Custodia legal.- Se deriva de los efectos de la filiación entre padres e hijos. La misma opera sin pronunciamiento de mandato de autoridad alguna, pues es la misma 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 nacimiento¹⁰ hasta la mayoría de edad. Será el cúmulo de normas jurídicas las que establezcan las obligaciones parentales en su función nutricia y función socializadora antes 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, derivaría la subclasificación en custodia exclusiva y custodia compartida y preferente de acuerdo al interés superior del niño, en aras de su mejor bienestar y protección que tenga por objeto primordial 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 protección¹¹, que corresponden 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 oportuno exponer sendas responsabilidades de abandono de las obligaciones parentales que gravitan en torno a los padres o custodios propiamente dichos, partiendo que la conducta de los padres que debe darse de acuerdo a las normas legales para hacer posible la sana convivencia familiar apuntada. Por lo que, el incumplimiento en la guarda y custodia impide o menoscaba la armonía entre los integrantes familiares (Chávez, 2003, p. 38), y generará la sanción o sanciones en torno a tal ejercicio de custodia y patria potestad.

¹⁰ Nota: Tómese en cuenta que el ser concebido no nacido, adquiere derechos de protección a su dignidad, persona y/o en su caso, derechos de conservación de su patrimonio. Inclusive 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.

¹¹ <https://www.humanium.org/es/derechos/>

El abandono de las obligaciones parentales se puede dar por abandono de ambos padres o por uno:

El abandono por los dos padres. 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 siempre 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, la ley reconoce y protege como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral de la niñez, por ello, corresponde prioritariamente al padre y a la madre la responsabilidad compartida de la protección, atención y procuración de los diversos derechos del niño, según se dispone así en el artículo 9no. 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 la voluntad de estos, salvo decisión en sede judicial.

También el abandono o incumplimiento de las obligaciones parentales se puede dar por un solo padre. Hay casos en 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, donde podemos hablar de custodia preferente o monoparental, generando la custodia exclusiva en el padre no incumplidor (Méndez, 2018, p. 82), entendido que derivará de una valoración en sede judicial, donde el Juez considerará lo más beneficio para el niño.

Asimismo, 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 propiamente a la custodia compartida, de ahí, el siguiente punto.

V.- Custodia compartida y sus efectos

Ya expusimos 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). Luego entonces, es importante definir la conceptualización de la filiación, como la fuente del derecho de familia derivada por la procreación (unión de sexos y nacimiento de un hijo), que da lugar precisamente 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 recta ascendente o descendente.

Asimismo, 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 matrimonio¹²:

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.

¹² Nota: 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 hemos hecho alusión, por el simple hecho de ser persona. 4to. Constitucional.

Tomando en cuenta, que la paternidad de ambos padres, queda plenamente demostrado si están casados, con el acta de nacimiento del hijo y con el acta de matrimonio de los padres y, en una de pareja sin matrimonio, se prueba, en relación a la madre, por el hecho del alumbramiento y, con relación al padre, por reconocimiento voluntario o por sentencia que así la declare¹³. Así pues, la filiación propiamente dicha da lugar a que el menor hijo 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 aplicables¹⁴.

En el proceso de la vida del niño se destacan su desarrollo cognitivo, desarrollo emocional y desarrollo moral¹⁵, como elementos indispensables para su buen vivir; luego entonces, 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). Luego entonces, en atención a las obligaciones 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 a 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)¹⁶, 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

¹³ Artículos 337 y 357 del Código Civil para el Estado de Baja California.

¹⁴ Artículo 386 de la Codificación Civil Estatal citada.

¹⁵ Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en caso de niñas, niños y adolescentes, 2014, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁶ <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA.pdf>

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 éstos con quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como con los demás miembros de su familia; considerar 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, Diario Oficial de la Federación del 03 de diciembre de 2014. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_110121.pdf.

Derechos especiales que se harán 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, en el caso en estudio, será compartida por los padres dado sus obligaciones parentales, de acuerdo a la Codificación Estatal Civil que se impone de dos formas:

- a).- Por acuerdo de las partes, o
- b).- Resolución judicial.

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 ejercerá conforme se pongan de acuerdo de manera amistosa y conveniente para los niños y ellos mismos. Se entiende que los padres no acarrean alguna disputa o reclamo de custodia

total del niño, sino, por el contrario, en su responsabilidad paterna de comportarse con buen ejemplo frente a sus hijos se logra esta modalidad conviviente y se cumple a cabalidad la tutela preferente de los hijos, sin la necesidad de resolverse judicialmente qué padre es el más idóneo para detentarla, siendo esta custodia compartida y entendida entre ambos padres que tienen la custodia legal de sus hijos, con la concurrencia en el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades en la educación, dirección, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos de manera convenida en el tiempo y el espacio de manera voluntaria. Sirve a esta consideración la siguiente tesis que dice que en la guarda y custodia compartida se deberá atender a las circunstancias especiales del caso determinando cual es 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).

Por resolución judicial. Partiendo que los padres sostienen un conflicto o un desacuerdo en quien 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 ya provisional o ya en definitiva qué padre debe ejercer la guarda y custodia y en su caso, qué padre solo el otorgamiento de horas y días de convivencia; ello, en atención que la filiación – paterna siempre debe verse como un derecho fundamental del niño antes que el de los padres. Fundamenta la tesis aislada de Colegiado que indica 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 mismo, 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, K. Y. 2022, p. 8).

Cabe agregar unos párrafos legales en los que podamos comparar la situación legal de la familia, la custodia y la custodia compartida al caso entre 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	LGNNA. ARTÍCULO 4 FRAC X. Familia de Origen: Aquella compuesta por titulares de la patria potestad, tutela, guarda o custodia, respecto de quienes

	y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.	niñas, niños y adolescentes tienen parentesco ascendente hasta segundo grado;
CÓDIFICACIÓN SOBRE EL MENOR	Código de la infancia y la adolescencia. LEY Núm. 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 (a) de 0 a 12 y adolescente de 12 a 18.	Artículo 5. Niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad.
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 primeras aproximaciones comparativas entre Colombia y México, respecto del tema en estudio, se aprecia una similitud sobre las figuras de familia y de custodia.

Fuente: Elaboración propia.

VI.- Conclusión

PRIMERO. - La familia como institución social es fundamental para la sociedad e indispensable para la niñez, porque es su espacio consustancial donde se desarrollan las diversas relaciones jurídico familiares entre los padres e hijos, mediante la convivencia

respectiva, por lo que 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 para la atención a su bienestar integral y desarrollo humano.

SEGUNDO. - 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 4to. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

TERCERO. - La convivencia familiar, por ende, resulta de vital importancia tanto a nivel 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 a la protección y bienestar general en la esfera moral, material y jurídica debido al interés superior del niño que debe ser con carácter prevalente.

CUARTO. - La convivencia real y material de la niñez con sus padres o progenitores permite que se colmen sus necesidades de tipo material, moral y emocional de los mismos, por lo que convierte aquella en una institución prevalente garante de un derecho humano imprescindible.

QUINTO. - 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, misma que en su ejecución se debe salvaguardar el derecho fundamental del niño como un derecho humano imprescindible para vivir y convivir con ambos padres.

SEXTO. - Se aprecia con meridiana claridad que la custodia es un derecho consustancial para la vida y desarrollo de la familia, y tan es así, que la doctrina internacional enunciada 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).

SÉPTIMO. - 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 dentro del ejercicio de la patria potestad, como el efecto material de cuidado, crianza y educación del hijo.

Referencias

- Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R. (2012). Derecho de familia. Editorial Oxford.
- Chávez Asencio, M. La familia y los derechos humanos. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/21/pr/pr10.pdf>
- Chávez Asencio, M. y Hernández Barros, J. (2003). La violencia intrafamiliar en la legislación mexicana, Editorial Porrúa.
- Echarte Feliú, A. (2000). Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial. 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. <https://www.humanium.org/es/derechos/>.
- Lionetti, L. y 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, 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. y 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/ijj.24487902e.2020.18.17405>. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/17405/17797>

Referencias normativas

- 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.

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf
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

Referencia Jurisprudencial

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) Fondo, 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.10.11 C (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 10, septiembre de 2014, Tomo III, página 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.10.12 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.10.13 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 CONFIGURACIÓN 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).