

**PONENCIA DICTADA POR EL M. en D. LUIS GONZÁLEZ RIVERA EN EL PRIMER SIMPOSIO SOBRE SAP “LA CUSTODIA DE MENORES Y EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL” REALIZADO EN LA UNIVERSIDAD ANÁHUAC, MÉXICO NORTE; EL 3 DE JULIO DE 2009 EN EL ESTADO DE MÉXICO.**

**LA CUSTODIA DE MENORES Y EL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN EL ESTADO DE MÉXICO.**

Resulta con relativa facilidad para los abogados litigantes, preparar un caso de guarda y custodia en favor de la madre o padre según sea el caso; tan sólo basta con aconsejar la sustracción del menor e impedir por los medios legales el contacto con el otro progenitor por algunos meses, a sabiendas que la opinión del niño es factor trascendental al momento de determinar en la Audiencia de Conciliación y Depuración Procesal, a quién de los padres le corresponderá la guarda y custodia provisional del menor independientemente de que exista evidencia clara de que el niño está influenciado; más aún porque generalmente esta custodia provisional se confirma en el mismo sentido al momento de dictar sentencia al declarar la custodia definitiva. Lo anterior obedece en gran medida a la falta de una legislación adecuada; al desconocimiento del tema del SAP por parte de los Jueces, abogados, peritos y demás profesionales que intervienen en el proceso; así como a la fácil manipulación de los menores.

Uno de los temas más apasionantes del Derecho de Familia, indudablemente es el de la guarda y custodia de los hijos en caso de separación o divorcio, siendo a la vez el más trascendente en cuanto a su regulación, pues no se debe soslayar que el interés del menor está por encima de cualquier otra circunstancia a determinar en estas situaciones.

Generalmente y como bien es sabido, en un proceso de separación o divorcio, es recurrente el problema concerniente a la conservación de los hijos, es decir, la custodia<sup>1</sup>, y cómo la misma se convierte para cualquiera de los progenitores en un arma en contra del otro, acarrea las consecuencias más serias para los seres con mayor vulnerabilidad: los menores; emanadas a su vez, de las decisiones que se deban tomar en lo referente a la custodia provisional o definitiva y la convivencia que se debe tener entre éstos y sus padres.

El artículo 4.205 del Código Civil del Estado de México, estatuye los lineamientos provisionales a seguir una vez ocurrida la separación de quienes ejercen la patria potestad; estableciendo que, en caso de no existir acuerdo sobre la custodia, el Juez resolverá teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo, determinando que quien no tenga la custodia le asiste el derecho de visita.

Así pues, al momento en que el juzgador determina a quien le corresponde la custodia provisional o definitiva, debe considerar diversos criterios para su otorgamiento, tomando en cuenta lo que él estima a priori, al menos al momento de decretar la custodia provisional, el mejor interés de menor.

Son diversos los razonamientos en los que debe basarse el Juzgador al momento de emitir su decisión, debiendo ésta ser lo suficientemente motivada y sobre todo orientada a las necesidades del niño, las habilidades de los padres y al mejor ajuste entre ambos.

Entre los referidos se encuentran la opinión del menor, género y edad, así también la persona que se ha desempeñado como cuidador

---

<sup>1</sup> La custodia implica el ejercicio de derechos y obligaciones con respecto a los hijos y la convivencia con los mismos en la vida diaria y que comprende por lo tanto, el deber y la facultad de tener a los menores en la compañía de los padres, afectando, únicamente a una parte de las facultades integrantes de la patria potestad. Cfr. ZANÓN Masdeu, Luis. *Guarda y Custodia de los Hijos*. Barcelona: Bosch, 1996. 64p.

habitual, las condiciones y capacidad del custodio, la residencia del niño, la conservación de la unidad filial, existencia de enfermedad en el progenitor y hasta la orientación sexual de éste.

Además de los anteriores, se puede tomar en cuenta cualquier otro factor que esté relacionado con el desarrollo integral y bienestar del niño. Debo apuntar, que los mencionados criterios no fueron citados bajo prelación alguna, sino que se hizo con el ánimo de señalar algunos de los aspectos que toman en consideración determinados Jueces al momento de determinar a quién le corresponde la guarda y custodia de los hijos.

Así pues el artículo 4.228 del Código Civil para el estado de México preceptúa que:

**“Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:**

- I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;
- II. **Si no llegan a ningún acuerdo:**
  - a) **Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor;**
  - b) El Juez, después de oír a los interesados, decidirá quién se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce;
  - c) Los mayores de catorce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.”

Como puede advertirse, en todos los casos en que el niño sea menor de 10 años la guarda y custodia quedará a favor de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor, pero yo preguntaría cómo podría el Juez del conocimiento en una sola audiencia previa al caudal probatorio, en la que resolverá sobre la guarda y custodia provisional, determinar si el estar con la madre es perjudicial para el menor, lo cual sólo podrá hacer acreditado con los elementos de prueba que durante la

secuela procesal lo demuestren; por lo tanto, siempre la madre en estos casos conservará la custodia provisional del menor; pero nuevamente pregunto esto será lo mejor para éste. Ahora bien, en los casos del segundo y tercer precepto que prevé la ley, es decir niños mayores de diez años pero menores de catorce, así como mayores de catorce, en los que se oirá al menor en el primer supuesto y, en el segundo el mayor de catorce elegirá quien de los padres se hará cargo de él. Preguntando: sí después de haber sustraído a mis menores hijos e impedido la convivencia con el otro progenitor por varios meses, no resultará fácil influenciarlos para que al momento en que ellos sean escuchados por el Juez, decidan a mi favor.

Es esta consideración, la que da pauta para que los Juzgadores decidan automáticamente en favor de la mujer, situación que invariablemente puede no ser acertada, dado que se puede tratar de un caso de Alienación Parental cuyas consecuencias en los menores se consideran como maltrato infantil, por citar un ejemplo, además de que se propicia la inequidad de género.

De igual forma, en dicho artículo se puede observar no sólo una discriminación por sexo, sino también una discriminación en relación con la edad del menor, fijando un favoritismo nuevamente hacia la madre fundándose en la juventud o sexo de los niños, contribuyendo aún más con la desigualdad entre el hombre y la mujer, siendo que en este caso, no existe argumentación válida alguna para descalificar a un padre respecto del otro en la tenencia de los hijos, salvo que, como el aludido lo establece, importen peligro para éstos, todo lo cual como ya lo he dicho solo podrá acreditarse durante la secuela procesal y nunca al resolver sobre la custodia provisional.

En este supuesto, únicamente se otorgará la custodia al padre en base a un criterio de exclusión de la madre, derivado de algún demerito

de la misma; como por ejemplo, la adicción, el maltrato o una enfermedad mental, por citar algunas circunstancias.

Ello es así, porque a decir de los legisladores y de los propios Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

**“Se debe a que en circunstancias normales, el cuidado de la madre es el más conveniente para los menores, dadas las limitaciones y necesidades inherentes a su edad,** sin embargo lo anterior no es una disposición absoluta, ya que el Juez puede asignar a distinta persona, toda vez que está obligado a valorar las particularidades de cada caso, en aras de proteger el desarrollo de la familia y salvaguardar el interés superior de los menores.”<sup>2</sup>

Situación que a mi consideración resulta ser completamente irrisoria y sin fundamento lógico; dado que en la actualidad, un hombre es igualmente apto en la crianza de los hijos desempeñando el mismo rol que una madre, excepto la parte biológica referente a la lactancia, luego entonces, la consideración vertida está indiscutiblemente fuera de la realidad social en la que vivimos.

Aunado a lo anterior, se sostiene que “el criterio para otorgar la custodia a la madre, posee como sustento que el legislador atiende a la realidad social y a las costumbres imperantes dentro del núcleo social familiar”; sin embargo, este criterio jurisprudencial contrariamente no es acorde a la realidad social que abandera, toda vez que dicha realidad se ha venido transformando, pues nos enfrentamos a un cambio en la estructura y en el rol que desempeña cada uno de los integrantes de la familia tradicional.

---

<sup>2</sup> SÁNCHEZ Cordero de García Villegas, Olga. *Ponencia: La justicia Constitucional y el Derecho Familiar. Dinamismo y Evolución de una Cultura Jurídica que mira hacia la Igualdad*. Enero 27 del 2006, 20 p. <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscgv/Conf/justicia-constitucional-derecho-familiar.pdf> (Enero 19, 2009).

Tan es así, que de acuerdo a datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en el 2005 los hogares nucleares mono-parentales se incrementaron del 9.2% al 10.3% en un lapso de cinco años.

Hoy en día, la mujer se ha incorporado al mundo laboral y goza de independencia económica; el hombre colabora con las tareas del hogar; la educación de los hijos es asumida y compartida por ambos progenitores; por tanto, las manifestaciones de género que determinan la custodia en favor de la madre, son sobrepasadas por el contexto actual, independientemente de la edad o sexo de los niños, pero que lamentablemente los legisladores del estado de México no lo han contemplado para la debida adecuación de la ley.

Tan solo en el 2006 el INEGI registró 7,716 casos de divorcio en México, de los cuales el número total de hijos en custodia fue de 72,396; de ellos 37,486 casos fueron otorgados a la madre y 1,746 al padre. En base a estos datos, el problema entonces, consiste en dilucidar si lo señalado anteriormente tiene un fundamento de razón, o si se trata únicamente de una creencia.

Ahora bien, las decisiones de los Jueces respecto a la guarda y custodia se deben tomar en base al interés superior del menor, pero asombrosamente, no existen criterios o pautas para determinar en qué consiste o cómo se toma este principio.

Ni la jurisprudencia, ni la legislación federal o estatal establecen elemento alguno para determinar el contenido del interés superior del menor, permitiendo entonces, el ejercicio de un amplio poder discrecional por parte del Juzgador.

Poder discrecional que puede ser perjudicial para las partes, dado que cada uno de los juzgadores tiene ideologías, predilecciones y valores que se ven reflejados ya en la situación contenciosa.

Pues bien, si el interés superior del menor debe ser el principio inspirador de las actuaciones y decisiones públicas en todas las medidas concernientes a éstos, según lo preceptuado por el artículo 3.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño<sup>3</sup>, y tomando en cuenta, que no existen criterios fijos que determinen el significado y contenido de lo más benéfico para aquellos; luego entonces, cómo puede la autoridad asegurar o garantizar la correcta declaración en la asignación de la guarda y custodia del menor .

Debe considerarse que cada uno de los padres entiende que el mejor bienestar de su hijo es permanecer con él o ella, según sea el caso, por lo que dependiendo de sus experiencias en la relación y su deseo por mantener el poder y perpetuar el conflicto, alguno de ellos puede manifestar rasgos de Alienación Parental. En estos casos, el Juez voluntaria o involuntariamente es más susceptible de convertirse en cómplice legal del progenitor alienador dadas las argumentaciones falsas que éste proporcione, como por ejemplo, el abuso sexual que inmediatamente hará que se prejuzgue a la contraparte y sea etiquetado por la sociedad; y considerando el libre arbitrio de la autoridad, las determinaciones que se tomen en cuanto a la guarda y custodia resultarán completamente en detrimento de los menores.

Son estas las consideraciones las que hacen que el Juez entregue la custodia provisional y en su caso la definitiva, al progenitor que actúe o mejor programe a los hijos conforme a su propio interés, dando pauta

---

<sup>3</sup> Ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991 y por tanto considerada como Ley Suprema de toda la Unión, de acuerdo al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

para que bajo su anuencia y colaboración, se entorpezca aún más la relación familiar, decidiendo en consecuencia el manipulador sobre la salud y lo académico; decidiendo a su conveniencia lo que puede ser bueno o malo para los niños.

Sumado a esto, también es frecuente encontrar situaciones en las que el progenitor alienador bajo cualquier excusa, no respetará las Resoluciones o los acuerdos dictados por el Juez Familiar, en los que se fijan los días de convivencia en favor del progenitor no custodio, así pues, aunque se impongan las medidas de apremio que marca el Código de Procedimientos Civiles de la entidad, estas medidas son insuficientes, pues aún si se llegará al arresto, no habrá nada que obligue al progenitor alienador a cambiar su conducta, pudiendo llegar el impedimento de contacto a presentarse por meses o años; acto que debo señalar no está sancionado en la legislación del estado de México y en ninguna otra de la República Mexicana, salvo en los estados de Aguascalientes y Querétaro. Esta laguna en la ley puede generar situaciones más graves, como la sustracción de menores, provocando entonces una afectación mayor a la estabilidad de los hijos y a su sano desarrollo integral.

Es por eso que en la determinación del mejor interés para el menor, al momento de precisar a quién le corresponde la guarda y custodia ya sea provisional o definitiva, el Juez competente debe considerar todos los factores relevantes, incluyendo la inculcación maliciosa, ya que los intentos por parte de uno de los progenitores para excluir al otro de la vida del hijo y las consecuencias perniciosas que se producen en éstos, son en mi opinión, relevantes para la determinación del interés superior del menor.

Otro problema al que nos enfrentamos en los procesos judiciales en los que se controvierte la guarda y custodia de un hijo, es el referente a el derecho de los niños a expresar libremente su opinión;

derecho que invariablemente el juzgador lo ejecuta al escuchar en todos los juicios a los menores.

El artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece el derecho del menor a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afecten, tomándose en cuenta su edad y madurez.

Por su parte, el Código de Procedimientos Civiles para el estado de México dispone en el numeral 2.140 que en los casos en que se solicite o a juicio del Juzgador, éste deberá escuchar la opinión de los menores y valorará de acuerdo al grado de madurez que aprecie en éstos, a efecto de determinar en forma definitiva sobre su guarda y custodia; serán representados en todo momento por el Representante Social quien velará por los derechos de los menores, pero invariablemente tendrán la misma preferencia al padre o a la madre en base a su género, experiencia personal-familiar o según el llanto de algún padre o madre le convenza.

Debe considerarse que aún cuando la voluntad del hijo debe ser tomada en cuenta, esa sola exteriorización no puede ser determinante para que la autoridad correspondiente decida su situación, pues deben analizarse cuidadosamente las circunstancias de cada caso, ya que puede ocurrir que cualquiera de los padres para favorecer sus intereses, manipule o influencie la opinión del niño para rechazar al otro progenitor.

Sin embargo, dada la ignorancia del tema de Alienación Parental por parte de todos los que intervienen en un proceso judicial, sumada a la falta de lineamientos específicos para diagnosticar SAP dando como resultado peritajes erráticos y discordantes, en la mayoría de las ocasiones, la opinión del menor ante el Juzgador respecto a su preferencia hacia cualquiera de sus padres Sí influye en el resultado,

favoreciendo los intereses de uno sólo de los progenitores, pero en detrimento del suyo propio.

Se ha sostenido que la opinión del menor tiene que manejarse con un criterio restrictivo, fundado en que es negativo para el desarrollo mental de los menores hacerlos partícipes de la contienda y erigirlos como Jueces de sus padres.<sup>4</sup> De allí que los ordenamientos señalen que dicha opinión será valorada conforme a la edad y el grado de madurez que presenten aquellos. Sin embargo, por experiencia personal en todos los casos en que el Juez asigna la guarda y custodia a favor de alguno de los padres, siempre lo hace respetando la opinión de los niños, sin ni siquiera al menos cuando se decreta la custodia provisional hacer una evaluación pericial a fin de determinar si existe o no influencia del padre a favor del cual los niños deciden quedarse. Esto es, diagnosticar como acto obligado previo a la declaración de custodia provisional sí se presenta en los menores el Síndrome de Alienación Parental.

Así pues, el inciso C del artículo 4.228 del Código Civil para el estado de México y correlativos de algunas entidades federativas, preceptúa que los mayores de catorce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos. Considerando la referida edad, como una pauta para tomar en cuenta la decisión de los menores.

La redacción de este numeral, permite que los hijos se tornen en decisores de la cuestión, lo que deriva en un conflicto de lealtades y provoca en consecuencia un desequilibrio mental y emocional.

Aunado a lo anterior, se debe tener presente que el concepto de madurez legal y madurez psicológica no siempre coincide, ya que puede suceder que la etapa considerada como inmadura se prolongue más allá

---

<sup>4</sup> Cfr. MIZRAHI, Mauricio Luis. Op. Cit. 485 p.

de los límites cronológicos o viceversa. Además con dicha pauta, se le otorga en automático un poder inadecuado a los hijos, para decidir sobre un ámbito en el que probablemente exista Síndrome de Alienación Parental.

Con lo anterior no quiero decir, que no se deba tomar en cuenta la opinión de los menores, sino que por el contrario, considero que es de suma importancia que en todos los casos en los que se discuta la guarda y custodia, se celebre obligatoriamente una audiencia o entrevista con el menor, cualquiera que sea su edad, previa a la designación de guarda y custodia provisional, descartándose en todos los casos una dinámica patógena de corte alienador.

Ahora bien, “para que el menor pueda opinar de manera mínimamente valiosa y atendible en Derecho, debe conocer los datos y opciones que determinarán su opinión o su deseo; por lo que antes de esa audiencia será necesario suministrarle la información suficiente, y en todo caso adecuada a su edad y discernimiento”<sup>5</sup>

Y para evitar que los hijos se conviertan en inquisidores de sus padres tal como lo ocasiona el dispositivo legal referido, el Juzgador además de conocer del tema y ordenar en su caso los estudios correspondientes para excluir SAP, tendrá que evitar preguntas directas relativas a la voluntad de los niños respecto a convivir con uno o con otro progenitor, realizando entonces preguntas indirectas, observando con cuál de ellos se tiene una relación más intensa, cuál es el que ha asumido la mayoría de las responsabilidades, entre otras circunstancias; de éste modo se protegerá la psique de los menores y por ende, su interés superior.

---

<sup>5</sup> RIVERO Hernández, Francisco. *El Interés del menor*. 2ª ed. España: Dykinson, 2007. 193 p.

### **A modo de conclusión.**

En razón de todo lo expuesto, se puede ratificar entonces que, la compleja decisión sobre la guarda y custodia de menores en tratándose del Estado de México, se toma en base a consideraciones discriminatorias que establecen una elección a priori, soslayando la posibilidad de que el Juez evalúe en toda su dimensión, cuál es el interés superior del menor. En consecuencia, puedo señalar que las decisiones sobre guarda y custodia de menores, podrían no estar defendiendo el mejor interés de éstos, ya que se aplican soluciones estándar, sin tomar en cuenta la realidad concreta de cada niño.

Los cambios en la realidad social, lejos de infundirnos temor, deben de constituirse como un reto para el mejoramiento de la condición humana. El Derecho de Familia debe quedar actualizado y adaptarse a estos cambios, se deben quebrantar disposiciones y creencias antiguas que resultan inaplicables e inadmisibles para la vida actual, como lo es la discriminación por género. Así se proporcionará certeza y seguridad jurídica a todos los interesados, así como una verdadera protección a los derechos de de la infancia y se evitará que en el futuro los niños –si es que lo tienen- repliquen patrones conductuales en sus propias familias, pues se debe tener presente que **“LO QUE SE LES DÉ A LOS NIÑOS, LOS NIÑOS DARÁN A LA SOCIEDAD.**

**NOTA. LA PRESENTE PONENCIA HA SIDO MODIFICADA RESPECTO DE LA ORIGINAL.**