

**UNIVERSIDAD JUÁREZ DEL ESTADO DE DURANGO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN**

**“LA CUSTODIA COMPARTIDA. UNA MEDIDA PARA  
COMBATIR LA ALIENACIÓN PARENTAL”**

**Tesis para obtener el grado de Maestría en Derecho  
que presenta:**

**LIC. STEPHANIE GUERRERO RAMÍREZ**

**Director de Tesis: Dr. Carlos Sergio Quiñones Tinoco**

**Victoria de Durango, Dgo., Febrero de 2020**

## **Dedicatoria:**

A Dios; a mi familia que siempre ha estado apoyándome en los momentos importantes de mi vida; a mis maestros que con sus enseñanzas me brindaron la formación profesional que ahora tengo; a mis sinodales del presenta trabajo ya que su asesoría hizo posible el desarrollo final de la tesis; a la Dra. Brenda Fabiola Chávez Bermúdez porque su asesoría y apoyo fueron fundamentales para el desarrollo de este proyecto; al Dr. Carlos Sergio Quiñones Tinoco por compartirme sus conocimientos y brindarme su tiempo para el desarrollo de trabajos de academia e investigación, y a la UJED y al Posgrado de la FADER y CIPOL por las facilidades para el desarrollo y la culminación de mis estudios de posgrado.

## ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| PRESENTACIÓN.....  | 1  |
| CAPÍTULO PRIMERO.- Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.....                                    | 5  |
| 1. Nociones básicas sobre la custodia y protección de los Derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes..... | 5  |
| A) Los derechos fundamentales de los menores de edad en el contexto constitucional mexicano.....                         | 5  |
| B) Los derechos de los menores en la legislación secundaria.....   | 9  |
| C) Los derechos fundamentales de los menores de edad en el contexto internacional.....                                   | 15 |
| a) La Declaración sobre los Derechos del Niño.....   | 15 |
| b) La Convención sobre los Derechos del Niño.....  | 16 |
| c) Derechos fundamentales de los menores de edad en materia de custodia y protección.....                                | 21 |
| 2. Separación y divorcio y los efectos en la custodia y cuidado de los hijos menores de edad.....                        | 29 |
| A) Matrimonio y otras formas de unión intersexual.....   | 29 |
| B) Separación y divorcio, separación de concubinos y de otras uniones...   | 43 |
| 3. Derechos y obligaciones de los padres, patria potestad y custodia. El principio del Interés Superior del Menor.....   | 46 |
| 4. La alienación parental.....   | 56 |
| A) Concepto.....   | 56 |
| B) Consecuencias Jurídicas de la alienación parental.....  | 66 |
| C) Análisis comparado de las legislaciones estatales.....  | 74 |
| a) Legislación del Estado de Colima.....   | 77 |
| b) Legislación del Estado de Baja California Sur.....  | 79 |
| CAPÍTULO SEGUNDO.- Contextualización jurídico-social de la “guarda” y “custodia”.....                                    | 81 |

|  |     |
|--|-----|
| 1. Los vocablos “guarda” y “custodia” y su aplicación en el derecho de familia                                 | 81  |
| 2. Guarda y custodia monoparental y alienación parental.....   | 84  |
| 3. Guarda y custodia compartida vs alienación parental.....  | 102 |
| 4. Características y beneficios de la guarda y custodia compartida.....  | 109 |
| 5. Regulación de la custodia compartida.....   | 114 |
| A) México: tratados internacionales y legislación nacional.....  | 114 |
| B) Análisis de legislación comparada en la custodia compartida.....  | 120 |
| C) Legislación del Estado de Durango.....  | 123 |
| CAPÍTULO TERCERO.- La prevención, corrección y sanción de la alienación<br>parental.....                       | 126 |
| 1. Alienación parental y normatividad en el Estado de Durango para su<br>prevención, corrección y sanción..... | 126 |
| 2. La necesaria regulación de la custodia compartida en la legislación del<br>Estado de Durango.....           | 131 |
| 3. Aspectos que deben regularse para priorizar la guarda y custodia<br>compartida.....                         | 147 |
| CONCLUSIONES.....  | 152 |
| FUENTES DE INFORMACIÓN.....  | 154 |
| A) Bibliográficas.....   | 154 |
| B) Hemerográficas.....   | 155 |
| C) Legislación.....  | 156 |
| D) Tratados/Acuerdos.....  | 157 |
| E) Páginas electrónicas.....   | 158 |

## PRESENTACIÓN

En la presente investigación se propone el estudio de la alienación parental que puede presentarse en perjuicio de los hijos –habidos en matrimonio, en concubinato o en parejas unidas libremente sin relación y convivencia permanentes–, como consecuencia del divorcio o separación de parejas, pues en cualquiera de los dos casos, regularmente los hijos menores de edad quedan bajo la custodia y cuidado de uno solo de los progenitores.

Esto en virtud de que los divorcios o separaciones frecuentemente se dan en malos términos, quedando las personas con diversos resentimientos que son proyectados en los pleitos por la custodia y derechos de convivencia con los hijos, afectando con ello a los mismos, pues actualmente se está presentando con frecuencia el fenómeno denominado “Alienación Parental”, el cual consiste en el odio que muestra un menor de edad hacia uno de sus progenitores y que puede extenderse a la familia de éste, resultante de la manipulación del otro progenitor o bien, como resultado de las expresiones de odio que le escucha decir en contra del mismo, así como de otros parientes.

La custodia de los menores de edad otorgada a uno sólo de los progenitores, deriva en el establecimiento de nuevas formas de relación entre los padres y los hijos, y dado que los progenitores no desean continuar con su relación, se genera un escenario en el que el progenitor con la custodia del menor de edad frecuentemente tome decisiones unilateralmente y lo cuide solamente él. Los derechos de visita y convivencia pueden ser acordados por los padres o establecidos por decisión judicial y estos, independientemente de cómo haya ocurrido el caso de separación o divorcio, deben respetarse procurando el desarrollo integral del menor de edad.

El problema a que hago referencia se plantea en los siguientes términos:

La relación entre padres e hijos, que por virtud de divorcio o separación, dejan de cohabitar y por consecuencia de convivir de manera continuada, puede verse afectada en sus aspectos emocionales, cuando el progenitor custodio del menor induce en éste sentimientos y actitudes de rechazo,

animadversión, miedo, odio hacia el otro progenitor; lo anterior encuentra un vacío legal en el caso del Estado de Durango, que solucione desde el ámbito jurídico la prevención y/o corrección del proceso de alienación parental y en su caso sancione al progenitor alienante.

La solución propuesta para la prevención de procesos de alienación parental en el menor de edad, es la determinación de la custodia compartida, lo que da título al presente trabajo – “La custodia compartida. Una medida para combatir la alienación parental” – y con su desarrollo se pretende para confirmar la siguiente hipótesis:

La custodia compartida entre los progenitores de los hijos menores de edad, en los casos de separación y/o divorcio, constituye una alternativa de solución a los procesos de alienación parental que se presentan en ambos casos, en virtud de que permite una distribución más equitativa de los tiempos de convivencia de los hijos con ambos progenitores, y su instauración en la legislación civil, en su apartado de Derecho Familiar, para el caso del Estado de Durango, permitirá prevenir y dar tratamiento para corregir la alienación parental y en su caso sancionar al progenitor alienante.

Así, el desarrollo del trabajo, distribuido en tres capítulos, se aborda con la siguiente temática:

En el Capítulo Primero se describen los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes previstos en los diversos cuerpos normativos a partir del contexto constitucional mexicano examinando los derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la legislación secundaria expresada en el texto de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; enseguida se describen los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes reconocido en los siguientes instrumentos internacionales la Declaración sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; de ahí se pasa al estudio de los Derechos fundamentales de los menores de edad en materia de

custodia y protección; en el siguiente punto de este capítulo se examinan la separación y el divorcio y los efectos en la guarda custodia y cuidado de los hijos menores de edad; en un tercer punto se examinan los derechos y obligaciones de los padres, patria potestad y custodia y el Interés Superior del Niño, para cerrar el capítulo con una conceptualización de la alienación parental y su definición en el Código Civil del Estado de Durango, las consecuencias jurídicas del proceso y un breve estudio comparado con las legislaciones de los Estados de Colima y Baja California Sur.

El Segundo Capítulo, inicia con las definiciones de los conceptos de “guarda” y “custodia” y su aplicación en el derecho de familia; en un segundo punto, se establece la relación existente entre guarda y custodia monoparental y la alienación parental; en el tercer apartado de este capítulo se contrastan la custodia compartida y la alienación parental como procesos contrarios; en cuarto apartado se exponen las características y beneficios de la guarda y custodia compartida, para concluir este capítulo con un quinto apartado examinado la regulación sobre guarda y custodia en el plano internacional y en el plano nacional.

En el Tercer Capítulo, y el último, se estudia, en el primer apartado, la alienación parental y la normatividad en el Estado de Durango para su prevención, corrección y sanción; en el segundo apartado se define la necesaria regulación de la custodia compartida en la legislación del Estado de Durango, considerando en este apartado la mediación como mecanismo de solución para lograr la guarda y custodia compartida, concluyendo este capítulo con una propuesta de los aspectos que deben considerarse para una regulación de la custodia compartida.

Cierro el trabajo con las Conclusiones que derivan del capitulado descrito, considerando las ventajas expuestas de la custodia compartida como una demostración de la hipótesis planteada.

Espero que este trabajo sea eventualmente considerado de utilidad para el ámbito jurídico, especialmente para las ramas de los Derechos Civil y Familiar, y creo muy importante y necesario profundizar sobre el problema de la alienación parental, puesto que la alienación parental puede ocasionar graves consecuencias para los

niños, niñas y adolescentes y para la sociedad. Es conveniente que desde el ámbito jurídico se provean mecanismos para su prevención, su tratamiento y en su caso, sanción al padre alienante y que se tenga a la guarda y custodia compartida como opción preferente para el cuidado y procuración del desarrollo integral de los hijos cuando los padres decidan separarse.

## CAPÍTULO PRIMERO

### Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes

#### 1. Nociones básicas sobre la custodia y protección de los Derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

##### A) Los derechos fundamentales de los menores de edad en el contexto constitucional mexicano

La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>1</sup> aprobada por el Poder Constituyente permanente mediante “*Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de Junio de 2011 y en vigor a partir del día siguiente, ha significado una importante acción para el fortalecimiento de los derechos humanos en México, ya que supone el reconocimiento por parte del Estado mexicano de la necesidad de emprender la vía de la denominada “*acción positiva del Estado*”.

Cabe destacar dos aspectos muy importantes en esta reforma, señalados por José Luis Caballero Ochoa<sup>2</sup>, en virtud de que constituyen nuevas bases de sustentación de la legislación secundaria sobre *derechos humanos o derechos fundamentales*:

1. El fortalecimiento del concepto de los derechos humanos, al establecer el principio de su goce por todas las personas y la garantía para su protección, conforme a los principios de “*interpretación conforme*” y “*pro persona*”, y

---

<sup>1</sup> H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), disponible: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_270818.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf), Consultada el 28 de Agosto de 2018.

<sup>2</sup> Caballero Ochoa, José Luis. “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (Artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución)” en: *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México. Coordinadores Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro 2011. [Consultado el 13 de Marzo de 2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/6.pdf>.

2. La apertura al derecho internacional para la protección, defensa y restablecimiento de los derechos humanos.

El primero de estos aspectos, deriva del texto del primer párrafo del artículo 1º reformado de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* que establece que: *“todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”*.

El principio de *interpretación conforme* establecido en el segundo párrafo del citado artículo 1º constitucional, previene que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos se hará de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales, y el siguiente párrafo del mismo precepto contiene los principios mínimos conforme a los cuales deben darse tales interpretaciones, a saber: los principios de universalidad, de interdependencia, de indivisibilidad y de progresividad.

Hay que recordar con Luigi Ferrajoli que los derechos fundamentales son *“aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos capaces de obrar”*.<sup>3</sup>

El principio de universalidad de los derechos humanos deriva de su esencia jurídica, natural y moral, por lo que se mantienen con independencia de que sean o no reconocidos por el sistema positivo de derecho de un Estado determinado; *“los derechos humanos se adscriben a todos los seres humanos”*; este nivel de abstracción hace que los derechos reconocidos como derechos humanos *“sean exigibles por todos los seres humanos en cualquier contexto político, jurídico, social,*

---

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, citado por Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”. *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: Coordinadores Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro 2011. p. 4. [Consultado el 13 de Marzo de 2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7>.

*cultural, espacial y temporal*”. La universalidad de los derechos humanos se identifica con la igualdad jurídica o igualdad ante la ley.<sup>4</sup>

En relación con el principio de indivisibilidad, la Proclamación de Teherán de 1968 utiliza el término indivisible en sentido fuerte: *“esto es, que preferir a los derechos civiles y políticos e ignorar a los económicos, sociales y culturales hace imposible el disfrute de los primeros”*.<sup>5</sup>

El principio de interdependencia significa que todos los derechos humanos *“son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos”*; este principio *“señala la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de otro derecho o de un grupo de derechos”*. Indivisibilidad e interdependencia se implican en virtud de que la *“existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizado por el reconocimiento integral de cada uno de ellos”*, pues no puede haber separación, categorización o jerarquía entre los derechos humanos.<sup>6</sup>

El principio de progresividad significa gradualidad y progreso:

La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes.<sup>7</sup>

En concordancia con los anteriores principios, se encuentra el principio *pro persona*, implícito en el párrafo segundo del mismo artículo constitucional que ordena favorecer *“en todo tiempo a las personas la protección más amplia”*, conforme a los principios ya referidos de universalidad, de interdependencia, de indivisibilidad y de progresividad; de ahí se deriva el reconocimiento de la *acción positiva del Estado*, en virtud de que de acuerdo con lo prescrito en el dispositivo constitucional referido, *“el*

---

<sup>4</sup> Vázquez, Luis Daniel y Serrano Sandra, *Op.Cit.* p. 6.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 25.

*Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.*

El segundo aspecto que destaca en la reforma a la Constitución, consiste en la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, y presenta como principal característica la de incorporar al derecho internacional, expresado en los tratados internacionales de los que México es parte, como fuente de los derechos humanos y de las obligaciones del Estado mexicano; de acuerdo con esto, se actualiza un efecto de fusión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos con las disposiciones constitucionales relativas.

Por otra parte, el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce la igualdad jurídica del varón y la mujer; contiene la garantía de protección a la organización y desarrollo de la familia y del derecho a decidir de manera libre, responsable e informada el número y espaciamiento de sus hijos y contiene además una serie de derechos humanos cuyo disfrute permitirá el desarrollo y progreso de las personas y la familia, tales como los derechos a: a) la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad, b) la protección de la salud, c) un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, d) el acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, e) disfrutar de vivienda digna y decorosa, f) el acceso a la cultura y el disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia así como el ejercicio de sus derechos culturales y g) la cultura física y a la práctica del deporte.

En esta misma disposición constitucional, se contienen de manera específica los derechos de los niños, niñas y adolescentes y las obligaciones del Estado para su efectiva realización; textualmente establece, en los párrafos 8, 9 y 10, lo siguiente:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

El principio básico para que puedan hacerse efectivos los derechos de los niños y niñas, es el *Principio del Interés Superior de la Niñez*, el cual, según se ve en la Opinión Consultiva 17/02, de fecha 28 de Agosto de 2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se funda “*en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de la niñez, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos (sic), con pleno aprovechamiento de sus potencialidades*”; considera la misma Corte que el Principio del *Interés Superior de la Niñez* es el punto de referencia para asegurar la realización efectiva de todos los derechos de los niños.<sup>8</sup> Por encontrarse el Estado mexicano obligado a velar y a cumplir con este principio, debe proporcionar una amplia protección a las normas que amparan los derechos humanos y limitar el alcance de otras reglas que puedan limitar el goce de los derechos de los niños y niñas.

## **B) Los derechos de los menores en la legislación secundaria**

La legislación reglamentaria nacional para la protección de los derechos humanos de los menores está expresada en el texto de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes<sup>9</sup>; esta Ley, de acuerdo con el artículo 1º es de orden público, interés social y de observancia general en toda la República Mexicana y tiene por objeto según se desprende de la lectura de sus cuatro fracciones, garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Por su parte el artículo 2º, establece:

---

<sup>8</sup> López-Contreras, Rony Eulalio. Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales. Niñez y Juventud*. 13 (1): 54. México, 2015. [Consultado el 4 de Septiembre de 2017] Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>.

<sup>9</sup> H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), disponible: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA\\_200618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_200618.pdf), Consultada el 21 de Junio de 2018.

Para garantizar la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, las autoridades realizarán las acciones y tomarán medidas, de conformidad con los principios establecidos en la presente Ley. Para tal efecto, deberán:

- I. Garantizar un enfoque integral, transversal y con perspectiva de derechos humanos en el diseño y la instrumentación de políticas y programas de gobierno;
- II. Promover la participación, tomar en cuenta la opinión y considerar los aspectos culturales, éticos, afectivos, educativos y de salud de niñas, niños y adolescentes, en todos aquellos asuntos de su incumbencia, de acuerdo a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, y
- III. Establecer mecanismos transparentes de seguimiento y evaluación de la implementación de políticas, programas gubernamentales, legislación y compromisos derivados de tratados internacionales en la materia.

Continua señalando esta disposición que el *Interés Superior de la Niñez* deberá ser considerado de manera primordial en cualquier toma de decisión sobre cuestiones debatidas que involucre a niñas, niños y adolescentes y ante diferentes interpretaciones se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el referido principio rector; cuando existe afectación de niñas, niños y adolescentes en lo individual o colectivo deberán evaluarse y ponderarse las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su Interés Superior y garantías procesales.

El artículo 5º establece que para los efectos de la Ley, *“son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas de entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad”*.

El artículo 6º establece los principios rectores que deben ser considerados en la aplicación del artículo 2º de la misma ley, y son los siguientes:

- I. *El interés superior de la niñez.*
- II. *La universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad e integralidad de los derechos de niñas, niños y adolescentes, conforme a lo dispuesto en los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en los tratados internacionales.*
- III. *La igualdad sustantiva.*

- IV. *La no discriminación.*
- V. *La inclusión.*
- VI. *El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.*
- VII. *La participación.*
- VIII. *La interculturalidad.*
- IX. *La corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades.*
- X. *La transversalidad en la legislación, políticas públicas, actividades administrativas, económicas y culturales.*
- XI. *La autonomía progresiva.*
- XII. *El principio pro persona.*
- XIII. *El acceso a una vida libre de violencia.*
- XIV. *La accesibilidad.*

Los artículos 7º y 8º, se encuentran en concordancia con el artículo 2º, que dispone que: el *Interés Superior de la Niñez*, como principio rector, deberá considerarse primordialmente en la toma de decisiones en una cuestión que involucre niñas, niños y adolescentes y que ante diferentes interpretaciones se elegirá aquella que efectivamente lo satisfaga; así el artículo 7º prescribe que las leyes federales y la de los Estados deberán garantizar el ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, al igual que prever las acciones para su crecimiento y desarrollo integral plenos. Complementariamente el artículo 8º establece la obligación que tienen las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal<sup>10</sup> de impulsar la cultura de respeto, promoción y protección de derechos de niñas, niños y adolescentes de conformidad con los principios rectores de la ley entre los que se incluye de manera primordial el del *Interés Superior de la Niñez*.

---

<sup>10</sup> La Ley comentada aún mantiene esta conceptualización. Como es sabido con la reforma al régimen jurídico del Distrito Federal, éste se transformó en una entidad federativa más con el nombre de Ciudad de México y las demarcaciones territoriales o delegaciones en alcaldías.

De conformidad con lo que dispone el Título Segundo de la Ley, niñas, niños y adolescentes tienen los siguientes derechos:

1. **Derecho a la vida.**- Niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a que se garantice en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo.
2. **Derecho de prioridad.**- Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se les asegure prioridad en el ejercicio de sus derechos, especialmente a que:
  - a) Se le brinde protección y socorro en cualquier circunstancia y con la oportunidad necesaria.
  - b) Se les atienda antes que a los adultos en todos los servicios en igualdad de condiciones.
3. **Derecho a la identidad.**- El derecho a la identidad comprende:
  - a) Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el registro civil.
  - b) Tener una nacionalidad de acuerdo con lo establecido en la Constitución.
  - c) Conocer su filiación y su origen, cuando sea posible, siempre que esto sea acorde con el Interés Superior de la Niñez.
  - d) Preservar su identidad, incluidos el nombre, nacionalidad y su pertenencia cultural, y sus relaciones familiares.
4. **Derecho a vivir en familia.**- La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de su familia de origen o de los familiares con los que convivan, ni causa de la pérdida de la patria potestad.
5. **Derecho a la igualdad sustantiva.**- Niñas, niños y adolescentes tienen derecho al acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.
6. **Derecho a la no discriminación.**- Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a no ser sujetos de discriminación alguna ni de discriminación o restricción de sus derechos en razón de raza, color, sexo, idioma o lengua, religión, opinión política, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad física, circunstancias de nacimiento o cualquier otra condición.
7. **Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral.**- Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en un ambiente sano y sustentable en condiciones que permitan su desarrollo, bienestar, crecimiento saludable y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, cultural y social.

8. **Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad personal.-** Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir una vida libre de toda forma de violencia y a que se resguarde su integridad personal, elementos necesarios para lograr las mejores condiciones de bienestar y el libre desarrollo de su personalidad.
9. **Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social.-** Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud, así como a recibir la prestación de servicios de atención médica gratuita y de calidad, de conformidad con la legislación aplicable, para prevenir, proteger y restaurar su salud.
10. **Derechos a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad.-** Niñas, niños y adolescentes con discapacidad tienen derecho a la igualdad sustantiva y a disfrutar de los derechos contenidos en la presente Ley, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales y demás leyes aplicables. Son niñas, niños o adolescentes con discapacidad los que teniéndola por razón congénita o que habiéndola adquirido, presentan una o más deficiencias de carácter físico, mental, intelectual o sensorial, ya sea permanente o temporal y que al interactuar con los obstáculos que les impone la sociedad, ven impedida su inclusión plena y efectiva.
11. **Derecho a la educación.-** Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a una educación que contribuya al conocimiento de sus propios derechos y, basada en un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva, que garantice el respeto a su dignidad humana; y que permita el desarrollo armónico de sus potencialidades y de su personalidad.
12. **Derecho al descanso y al esparcimiento.-** Niñas, niños y adolescentes tienen derecho al descanso, al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad; de igual manera a participar con libertad en actividades culturales, deportivas y artísticas, consideradas como factores primordiales de su desarrollo y crecimiento.
13. **Derecho de libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura.-** Niñas, niños y adolescentes gozarán de libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura, y no podrán ser discriminados de ninguna forma por ejercer tales derechos; igualmente tienen derecho a disfrutar libremente de su lengua, cultura, usos, costumbres, prácticas culturales, religión, recursos y formas específicas de organización social y todos los elementos que constituyan su identidad cultural.
14. **Derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información.-** La libertad de expresión de niñas, niños y adolescentes conlleva el derecho a que se tome en cuenta su

opinión respecto de los asuntos que les afecten directamente, o a sus familias o comunidades; así mismo tienen derecho a obtener información.

15. **Derecho a la participación.-** Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados y tomados en cuenta en los asuntos de su interés, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.
16. **Derecho de asociación y reunión.-** Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a asociarse y reunirse libremente para cuyo caso contarán con la representación de quienes ejercen la patria potestad, tutela, guarda o custodia.
17. **Derecho a la intimidad.-** Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la intimidad personal y familiar, y a la protección de sus datos personales; igualmente se reconoce su derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia; también gozan del derecho de no ser objeto de divulgaciones o difusiones ilícitas de información o datos personales, incluyendo aquella referencia que tenga carácter informativo a la opinión pública o de noticia que permita identificarlos y que atenten contra su honra, imagen o reputación.
18. **Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso.-** Niñas, niños y adolescentes gozan de los derechos y garantías de seguridad jurídica y debidos procesos establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales, esta Ley y demás disposiciones aplicables.
19. **Derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes.-** Niñas, niños y adolescentes en situación de migración, acompañados, no acompañados, separados, nacionales, extranjeros y repatriados en el contexto de movilidad humana, tienen derecho a recibir los servicios especiales de protección bajo el principio del *Interés Superior de la Niñez*, que será considerado primordialmente durante el procedimiento administrativo correspondiente.

Para la eficacia en la materialización de los derechos fundamentales de los menores de edad reseñados, en el texto de la misma *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, se contemplan los mecanismos y procedimientos para su realización.

## **C) Los derechos fundamentales de los menores de edad en el contexto internacional**

### **a) La Declaración sobre los Derechos del Niño**

El antecedente más importante sobre el reconocimiento de los derechos de los niños lo es la *Declaración sobre los Derechos del Niño*<sup>11</sup>, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 20 de Noviembre de 1959. La razón de esta declaración se basó en “*que (ni) los instrumentos generales de derechos humanos ni la humanidad de los niños ha sido suficiente para garantizar sus derechos fundamentales*”.<sup>12</sup>

En esta declaración se establecen diez principios fundamentales<sup>13</sup>; éstos son:

1. El derecho a gozar de todos los derechos humanos reconocidos en esta declaración y otros instrumentos sobre la materia.
2. El derecho a protección especial que garantice su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social sano, en condiciones de dignidad.
3. Derecho a su filiación.
4. Derecho a la seguridad social.
5. Derecho a recibir la atención pertinente en caso de menores con discapacidad.
6. Derecho a vivir en familia, y en caso de no tenerla, a ser protegido por el Estado.
7. Derecho a la educación.
8. El derecho de prioridad.
9. El derecho a una vida libre de explotación y violencia.
10. El derecho a la no discriminación.

Esta declaración y los principios establecidos en ella, constituyen la base del contenido de la *Convención de los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea

---

<sup>11</sup> Organización de los Estados Americanos, Secretaría de Asuntos Jurídicos (SAJ), Declaración de los Derechos del Niño (DDN), disponible: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>, Consultada el 12 de Febrero de 2017.

<sup>12</sup> Pérez Contreras, María de Montserrat. Las leyes federal y del Distrito Federal sobre protección de los derechos de niñas y niños. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXXIV - N° 102. México, 2001. [Consultado el 12 de Febrero de 2017]. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3697/4532>.

<sup>13</sup> Declaración de los Derechos del Niño, *Op.Cit.* pp. 1-3.

General de la ONU, en su Resolución 44/25 de 20 de Noviembre de 1989, y en vigencia a partir del día 02 de Septiembre de 1990, ratificada por México el 21 de los mismos mes y año y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de Enero de 1991.

Sobre esta Convención, el Fondo de las Naciones Unidas para la Niñez (UNICEF), ha señalado que:

Basada en diversos sistemas jurídicos y tradiciones culturales, la Convención está compuesta de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos. Estas normas básicas –denominadas también derechos humanos— establecen derechos y libertades mínimas que los gobiernos deben de cumplir. Se basan en el respeto a la dignidad y el valor de cada individuo, independientemente de su raza, color, género, idioma, religión, opiniones, orígenes, riqueza, nacimiento o capacidad, y por tanto se aplican a todos los seres humanos en todas partes. Acompañan a estos derechos la obligación de los gobiernos y los individuos de no infringir los derechos paralelos de los demás. Estas normas son interdependientes e indivisibles; no es posible garantizar algunos derechos a costa de otros.<sup>14</sup>

La Convención de los Derechos del Niño, reafirma los derechos fundamentales de niños y niñas y se clasifican, siguiendo la clasificación doctrinaria de los derechos humanos en: derechos civiles, sociales, culturales y económicos; no se incluyen los derechos políticos ya que éstos se ejercen hasta alcanzar la mayoría de edad.

### **b) La Convención sobre los Derechos del Niño**

La Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y ratificada por México el 21 de Septiembre de 1990, establece en el artículo 1º que *“se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*. Por su parte el artículo 2º previene:

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin

---

<sup>14</sup> Organización de las Naciones Unidas (ONU), Children day, La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), disponible: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, Consultada el 5 de Enero de 2018.

distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Los Estados Partes de la Convención deberán tomar las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la propia Convención, debiendo atender primordialmente al *Interés Superior del Niño*. A partir de estas prevenciones, la Convención reconoce una amplia gama de derechos fundamentales de los niños y niñas, que se presentan en la siguiente breve síntesis:

1. Todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida, por lo que debe garantizarse en la medida máxima posible su supervivencia y su desarrollo. (Art. 6)
2. El niño deberá ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, por lo que deberá velarse por la aplicación de estos derechos conforme a la legislación nacional y las obligaciones contraídas en virtud de los instrumentos internacionales respectivos. (Art. 7)
3. El niño tiene derecho a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares conforme a la ley; en el caso de que se vea privado de alguno de estos elementos de su identidad o de todos ellos, deberá prestársele la asistencia y protección apropiadas para restablecer su identidad. (Art. 8)
4. El niño tiene derecho a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos; cuando el niño se encuentre separado de uno o ambos padres por determinación de las autoridades competentes, tendrá derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular; en ambos casos deberá cuidarse el interés superior del niño. (Art. 9)
5. El niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten; se le dará oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, (Art. 12)

6. El niño tiene derecho a la libertad de expresión, ese derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, en forma oral, en forma escrita o impresa, en forma artística o por cualquier otro medio que elija, sin consideración de fronteras; este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que la ley prevea y sean necesarias para el respeto de los derechos o la reputación de los demás o para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud pública o la moral pública (Art. 13)
7. El niño tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; deberá respetarse el derecho de los padres para guiar al niño en el ejercicio de este derecho; el ejercicio de este derecho estará sujeto a las limitaciones que establezca la ley para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás. (Art. 14)
8. El niño tiene derecho a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas; no puede haber más restricciones que las establecidas en la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás. (Art. 15)
9. El niño tiene derecho a la protección de la ley en contra de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia y tiene derecho a la protección de la ley en contra de ataques a su honra y a su reputación. (Art. 16)
10. El niño tiene derecho a ser protegido contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras se encuentre bajo custodia de los padres, de un representante legal o cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; las medidas de protección deberán comprender procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como de otras formas de prevención para la identificación, notificación, remisión a una institución y para la investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos previstos, y según corresponda para la intervención judicial. (Art. 19)
11. El niño temporal o permanentemente privado de su ambiente familiar o cuyo superior interés exija que no permanezca en dicho ambiente, tiene derecho a la protección y asistencia especiales del Estado y otros tipos de cuidados de conformidad con las leyes nacionales; entre esos cuidados estarán la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores; en todo caso deberá prestarse atención a la

conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. (Art. 20)

12. El niño mental o físicamente impedido tiene derecho a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan bastarse a sí mismo y le faciliten la participación activa en la comunidad, tiene derecho además a recibir cuidados especiales; los Estados Partes alentarán y asegurarán al niño y a los responsables de su cuidado la asistencia que solicite y que sea adecuada al estado del niño y las circunstancias de sus padres o de otras personas que le cuiden. (Art. 23)
13. El niño tiene derecho al más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud; los Estados Partes adoptarán medidas para: reducir la mortalidad infantil y en la niñez; asegurar asistencia médica y la atención sanitaria y el desarrollo de la atención primaria de salud; combatir las enfermedades y la malnutrición; asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal a las madres; que los sectores y particularmente los padres conozcan los principios básicos de salud, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y la prevención de accidentes; desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia; abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. (Art. 24)
14. El niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental, tiene derecho a un examen periódico del tratamiento y de todas las demás circunstancias propias de su internación. (Art. 25)
15. El niño tiene derecho a beneficiarse de la seguridad social y del seguro social; los Estados Partes adoptarán medidas para lograr la plena realización de este derecho, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas responsables de su mantenimiento. (Art. 26)
16. El niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; corresponde primordialmente a los padres u otras personas encargadas del niño proporcionar las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño; los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres u otras personas responsables por el niño a proporcionar asistencia material y programas de apoyo con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda; y tomarán las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia. (art. 27)
17. El niño tiene derecho a la educación; a fin de que se pueda ejercer este derecho progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades, los Estados Partes

deberán: implantar la enseñanza primaria y gratuita, fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria incluida la enseñanza general y profesional, hacer accesible la enseñanza profesional a todos, hacer que los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales, adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar, adoptar medidas para que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño. (Art. 28)

18. El niño perteneciente a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas o de origen indígena, tiene derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. (art. 30)
19. El niño tiene derecho al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes; los Estados Partes respetarán y promoverán el ejercicio de estos derechos. (Art. 31)
20. El niño tiene derecho a ser protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social; los Estados Partes adoptaran medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar este derecho, para lo cual: fijarán una edad o edades mínimas para trabajar, dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo, estipularán las penalidades u otras sanciones para asegurar la aplicación efectiva de estas disposiciones. (Art. 32)
21. El niño tiene derecho a ser protegido contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes; los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para este efecto y para impedir que se utilice a niños en la producción y tráfico ilícitos de esas sustancias. (Art. 33)
22. El niño tiene derecho a ser protegido contra el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma; los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral o multinacional que sean necesarias para el efecto. (Art. 35)
23. El niño tiene derecho a ser protegido contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar. (Art. 36)
24. El niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, o conflictos armados, tiene derecho a su recuperación física y psicológica y a la reintegración social en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y su dignidad. (Art. 39)

25. El niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, tiene derecho a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, teniendo en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y que éste asuma una función constructiva en la sociedad; los Estados Partes garantizarán: que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales ni se le acuse o declare culpable por actos u omisiones que no estaban prohibidos en el momento en que se cometieron, además garantizarán: que se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley, que será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él y de que dispondrá de asistencia jurídica apropiada para su defensa, que la causa será dirimida sin demora por autoridad u órgano judicial competente, que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que contará con asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado, que será respetada su vida privada en todas las fases del procedimiento. (Art. 40)

### **c) Derechos fundamentales de los menores de edad en materia de custodia y protección**

El fortalecimiento de los derechos humanos que deriva de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prescribe en su segundo párrafo que las normas relativas a los derechos humanos deberán interpretarse en conformidad con la propia Constitución y los tratados internacionales favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas y, por otra parte, la apertura al derecho internacional para igualmente fortalecer la protección, defensa y restablecimiento de los derechos humanos, conforman un bloque de derechos humanos cuyo goce y ejercicio no podrán ser suspendidos.

Este bloque de constitucionalidad de derechos humanos, tiene un apartado que se refiere a derechos fundamentales de la familia y de los niños y niñas. Así, el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ordena que el varón y la mujer son iguales ante la ley y que ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia, y más adelante previene que:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del Interés Superior de la Niñez garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Derivado de estas prescripciones constitucionales en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, destacan una serie de derechos fundamentales en materia de custodia y protección que definen el enfoque del Estado mexicano en el propósito de fortalecer a la familia y proteger el *Interés Superior de la Niñez*. Considero que integran este conjunto de derechos en materia de custodia y protección en favor de los niños, niñas y adolescentes, los siguientes:

- a) Derecho a la vida;
- b) Derecho a la identidad;
- c) Derecho a vivir en familia;
- d) Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo;
- e) Derecho a vivir una vida libre de violencia;
- f) Derecho a vivir con un alto nivel de salud;
- g) Derecho a la educación;
- h) Derecho al descanso y al esparcimiento, y
- i) Derecho a la intimidad.

Este conjunto de derechos fundamentales son garantizados en primera instancia por la familia, particularmente por los padres o tutores que tienen a su cargo la custodia de los menores, y sólo en ausencia de ellos, corresponde al Estado brindar la protección necesaria para que los niños, niñas y adolescentes puedan disfrutar de este conjunto de derechos.

Al anterior conjunto de derechos fundamentales de custodia y protección se suman los establecidos tanto en la Declaración sobre los Derechos del Niño como en la Convención sobre Derechos del Niño. En el primer documento de las Naciones Unidas, destacan los siguientes derechos:

- a) Derecho a protección especial para su pleno desarrollo;

- b) Derecho a su filiación;
- c) Derecho a vivir en familia, y
- d) Derecho a la educación.

Y en la Convención sobre los Derechos del Niño, destacan los siguientes:

- a) Derecho a un nombre y a conocer a sus padres;
- b) Derecho a no ser separado de sus padres, y
- c) Derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo.

Es pertinente observar que en los diversos cuerpos legales antes relacionados, es posible encontrar diversas acepciones para referirse a los sujetos destinatarios de los derechos humanos que reconocen y protegen: en todos los casos los sujetos son las personas que se encuentran en estado de minoría de edad y que por esta condición requieren de una protección especial para garantizar su desarrollo integral como personas. De esta suerte, considero necesario demarcar o concretar una conceptualización genérica de las personas que se encuentran en estado de minoría de edad, conforme al razonamiento que presento enseguida.

Para analizar este punto, considero pertinente partir de la definición del concepto de persona derivado del artículo 1° constitucional y su referencia en el artículo 4°; en relación con este concepto, que debe aplicarse sin distinciones de ninguna naturaleza a los niños, niñas y adolescentes, pues a ellos se refiere de manera particular la segunda disposición constitucional referida, en diversos párrafos y prescripciones cuya aplicación se encuentra estipulada en las leyes reglamentarias de este artículo así como en los documentos de carácter internacional ya reseñados.

El artículo 1° de la Constitución General de la República establece en su primer párrafo que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. En concordancia con esto, el siguiente párrafo ordena que la aplicación de las normas relativas a los derechos

humanos, se haga favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a la persona.

Es preciso señalar que el fundamento filosófico del reconocimiento de los derechos humanos y su protección por parte del Estado, tiene su origen en las concepciones liberales surgidas durante la Ilustración en la que se privilegiaron como derechos inherentes de la persona, la vida, la propiedad y la libertad, es decir, un conjunto de derechos liberales y de carácter meramente individual, que igualaba a las personas ante la ley. De acuerdo con esto, en opinión de César Landa: “se asume desde entonces que la persona humana autónomamente y en el seno de la sociedad civil, cuenta con las capacidades y potencialidades por sí misma para el ejercicio de sus derechos fundamentales”<sup>15</sup>; sin embargo, considero que en esta concepción, el ejercicio de los derechos se encontraba ampliamente restringido para aquellas personas que de acuerdo con la propia ley carecían de capacidad de ejercicio, pues sus derechos eran decididos por quienes ejercían sobre ellos alguna especie de custodia o patria potestad o tutela.

De acuerdo con el citado César Landa, bajo el nuevo paradigma constitucional de los Derechos Humanos, establecido en el artículo 1º, en la actualidad,

[. . .] esta clásica concepción de la persona humana, sólo se puede entender a cabalidad en el marco de la segunda parte del mencionado artículo primero; es decir, integrándola a la dignidad de la persona humana, desde una perspectiva de los derechos fundamentales y de la interpretación constitucional propia de la teoría institucional.<sup>16</sup>

Es así que el concepto de persona tiene una connotación o extensión de carácter universal, puesto que no hace distinciones para el disfrute de los derechos humanos reconocidos por razones de edad, condición social o económica, sexo, pertenencia a grupos étnicos, religión, condición de salud, pensamiento o creencia religiosa, ni cualquier otra condición que signifique discriminación o menoscabo de la dignidad. Este último concepto puede considerarse como una calidad inherente a la

---

<sup>15</sup> Landa, César. “Dignidad de la persona humana”, en Cuestiones Constitucionales. *Revista mexicana de derecho constitucional*. Nº 7: 1. México, 2002. [Consultado el 24 de Agosto de 2017] Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5649/7377>  
Consultada en 24/08/2017.

<sup>16</sup> *Ídem*.

persona humana; es decir, es una calidad que posee la persona humana por el solo hecho de serlo.

A partir de la anterior conceptualización, los niños, niñas y adolescentes son personas con igual dignidad que las personas adultas y con capacidades de goce de derechos cuyo ejercicio está garantizado por el Estado conforme al principio de la protección más amplia, el cual se encuentra fortalecido de manera particular por el principio del *Interés Superior del Menor*, que atendiendo a su condición de personas en desarrollo envuelve el ejercicio de derechos que salvaguardan su crecimiento físico en condiciones saludables, así como su formación intelectual y sus procesos de desarrollo emocional y moral.

El artículo 4° constitucional, establece como garantía la protección de la familia considerada como el núcleo básico social, donde comúnmente se desarrolla el menor desde su nacimiento hasta llegar a la edad adulta; la protección a la familia implica la protección de los menores que en ella viven y se desarrollan, y dentro de la cual, la propia Constitución y diversas leyes reglamentarias de este artículo reconocen la existencia de un conjunto de derechos a favor de los menores, cuya materialización corre a cargo de quienes ejercen la patria potestad, la tutela o cualquier otra forma legal de custodia de los menores.

La custodia y protección de los niños, niñas y adolescentes a cargo de quienes ejercen la patria potestad o tutela, y excepcionalmente por el Estado, estarán siempre orientadas por el principio del *Interés Superior del Menor*, lo que significa que en caso de conflicto entre los derechos que son inherentes a estas funciones de custodia y protección y los del menor, deberán ponderarse tales derechos a fin de hacer prevalecer el *Interés Superior del Menor*.

En esta virtud, es necesario definir el concepto “Interés Superior del Menor”, que se identifica también bajo otras denominaciones, tales como “Interés Superior de niños, niñas y adolescentes”, “*Interés Superior de la Niñez*” y otros de la misma índole, lo que conduce a llevar a cabo, de manera preliminar, la delimitación del concepto “menor”, que considero preferible al de “niños, niñas y adolescentes” y al de “niñez”, por estimar que el concepto “menor” (y su derivación al plural “menores”)

tiene una extensión más amplia que los otros referidos, es decir, que tiene un carácter genérico, en donde caben los conceptos anteriormente indicados, que por tener una menor extensión constituyen especies del primero. Y es que la diversidad de significados de estos conceptos puede llevar a confusiones, debido a que en un lenguaje cotidiano, los conceptos de niño, niña y niñez se refieren a personas que se encuentran en una primera etapa de su vida, generalmente estimada entre el nacimiento y los doce años de edad, mientras que el concepto adolescente se reserva para personas que se encuentran en una segunda etapa de vida que se estima entre los doce o trece años hasta que se alcanza la mayoría de edad a los dieciocho años cumplidos. Por otra parte, cabe hacer la observación de que las definiciones legales de estos conceptos, tanto en leyes protectoras de personas que aún no han alcanzado la mayoría de edad, como en convenios y tratados internacionales presentan diferencias de conceptualización, mientras que en la legislación familiar y civil, generalmente se emplea el concepto *menor de edad o menores de edad* para regular su protección y el ejercicio de sus derechos.

De acuerdo con Nuria González y Sonia Rodríguez, debe partirse de la delimitación del elemento subjetivo objeto de esta discusión, esto es, del término “menor/niños, niñas y adolescentes”<sup>17</sup>. “Lo anterior se justifica porque ésta es la piedra angular de la que debemos partir para poder contextualizar las ideas”<sup>18</sup> sobre custodia y protección de los menores de edad bajo el principio de su *Interés Superior*.

Dicen estas autoras:

En primer lugar, es necesario determinar qué es un “menor” de edad desde el punto de vista jurídico mexicano, principalmente en función de los compromisos internacionales, que en forma de convenios (convenciones, tratados o acuerdos), México ha adquirido; un punto de vista jurídico que no puede descuidar la arista social en orden a alcanzar, es decir un correcto entendimiento de la protección que amerita y de la que debe ser titular todo menor. Derivado de lo anterior creemos preciso trazar una frontera entre el concepto de “menor” y el de “incapaz”.

---

<sup>17</sup> González, Nuria y Rodríguez, Sonia. El interés superior del menor. Contexto conceptual. *Serie Doctrina Jurídica*. N° 586: 1. México, 2011. [Consultado el 1 de Septiembre de 2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2961/1.pdf>.

<sup>18</sup> *Ídem*.

En segundo lugar, resta determinar si el concepto adecuado para referirnos a este sector poblacional es el de “menor”, o por el contrario, debemos recurrir a otros términos, de reciente acuñación y creciente aceptación, como el de “niños, niñas o adolescentes”. Queremos ver si esta polémica representa una discusión baladí, del simple *nomen iuris*, o si por el contrario, encierra otros problemas que van más allá del aspecto meramente semántico.<sup>19</sup>

Precisan las autoras en mención que el término “menor” equivale a “menor de edad”, ajustándose con esto al concepto que ofrece y mantiene el derecho civil<sup>20</sup>; el concepto “menor” es un concepto jurídico, delimitado por el derecho positivo que otorga a las personas que cumplen esta condición, derechos y obligaciones para ellas y las personas que forman su entorno familiar, pues aunque la protección del menor debe estudiarse desde la esfera jurídica, no debe perderse de vista, que ésta, está conectada a la esfera humana, en virtud de que:

a) el menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos) sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa); b) además, es una realidad humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia con el transcurso del tiempo, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor, para el que cada día que vive y pasa le aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a que aspira.<sup>21</sup>

La connotación jurídica de menor, implica como garantía la salvaguarda de sus derechos fundamentales; esto significa que el menor es propietario de los derechos fundamentales que son reconocidos a todas las personas, los cuales se enfocan a proteger los derechos de su personalidad y el respeto a su dignidad. La mezcla de las esferas jurídica y social conlleva a afirmar que el menor de edad tiene derecho a una vida feliz y al bienestar<sup>22</sup>:

En relación con esta primera idea —señalan las autoras ya citadas— debemos considerar que el “menor” no es un “incapaz”; por el contrario, es una persona cuya capacidad de obrar y/o actuar está limitada, lo cual justifica en este punto la función

---

<sup>19</sup> *Íd.*

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 3-4.

tuitiva que debe representar la patria potestad. En este contexto de ideas encontramos un sector doctrinal, con el que coincidimos plenamente, el cual señala que la minoría de edad “es un estado civil que lleva implícita la protección, pero que en ningún caso debemos identificar con el estado civil de incapacitado, ni con la situación de hecho de la incapacidad”.<sup>23</sup>

Por otra parte, hay un aspecto que debe considerarse, que es el relativo a las edades de las personas que pueden ser consideradas menores de edad para los efectos legales de custodia y protección. Diversas disposiciones de carácter internacional establecen la minoría de edad en número de años cumplidos que varían hasta alcanzar la edad adulta, de los 16 a los 21 años, estableciendo como edad promedio para alcanzar la mayoría de edad los 18 años; esto ha provocado que en diversas disposiciones de carácter internacional (ej. La Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño, antes referidas) se establezca que en todo caso debe sujetarse a la normatividad interna de cada país que determine si esta minoría termina en un rango inferior a los 18 años o superior a esta edad.

En nuestra legislación, la mayoría de edad se encuentra asociada al ejercicio de la ciudadanía, que implica el ejercicio de derechos civiles, liberales, políticos y sociales. De acuerdo con el artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan, además, los siguientes requisitos:

I.- Haber cumplido 18 años, y

II.- Tener un modo honesto de vivir.

En concordancia con la disposición constitucional, el artículo 646 del Código Civil Federal establece que: “La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos”, y en el siguiente numeral prescribe que: “El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes”. De lo anterior se infiere que la minoría de edad es la etapa de las personas que comprende desde su nacimiento hasta alcanzar la edad de dieciocho años. En consecuencia, las demás leyes protectoras

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 4.

de los derechos de los menores de edad y garantes de su desarrollo se han establecido a partir de los parámetros que derivan de las prescripciones constitucionales y del Código Civil Federal.

Considerando lo expuesto hasta aquí, son personas menores de edad para los efectos de la ley, aquellas personas que se encuentran en la etapa de vida comprendida desde su nacimiento hasta cumplir dieciocho años, periodo durante el cual sufre un proceso evolutivo que le permite ir adquiriendo capacidad de obrar y decidir sobre su persona y sus intereses y bienes, con las limitaciones que la ley establece considerando el desarrollo de sus capacidades de acuerdo con su crecimiento físico, intelectual y emocional. Así, la minoridad de edad es un estado civil de la persona aplicable en la etapa de la vida antes descrito, es un estatus jurídico que se encuentra sujeto a un régimen legal particular de protección garantizada por el Estado y que obliga al cumplimiento de deberes por parte de quienes ejercen la patria potestad o tutela, que traen aparejados un conjunto de derechos del menor que deben ser protegidos atendiendo al interés del menor, considerado por la ley como superior.

Así pues, en el desarrollo de este trabajo se emplearán los términos “menor/menores” y “menor/menores de edad” –según el contexto– como términos genérico para hacer referencia a niños, niñas, adolescentes, niñez o cualquier otra denominación que se refiera a personas en estado de minoría de edad. Lo anterior sólo con fines académicos en virtud de que estimo necesario elaborar un lenguaje explicativo o aclarativo para ubicar en contexto conceptos que son usados con significados que convergen en una misma idea.

## **2. Separación y divorcio y los efectos en la custodia y cuidado de los hijos menores de edad**

### **A) Matrimonio y otras formas de unión intersexual**

En el presente apartado, previo al examen de los efectos que sobre la custodia de los hijos menores de edad que producen la separación y el divorcio de los padres, se desarrollarán en breve síntesis el concepto de matrimonio y otras uniones intersesuales y la proyección que estos vínculos reconocidos por la ley tienen

sobre los hijos durante su minoría de edad. Tal proyección tiene diversas vertientes que se traducen en las obligaciones que tienen el padre y la madre relativos a la manutención de los hijos, lo que comprende alimentación, vestido, habitación, educación, recreación, etcétera; y por otra parte obligaciones de protección y de otorgar un sano desarrollo físico, psíquico, emocional y moral.

Los padres al mismo tiempo que contraen estas obligaciones, conjuntamente pueden ejercer una serie de derechos sobre el menor de edad, tales como: los de obligarles a vivir en el domicilio paterno, de corrección disciplinaria, de decisión de actos enfocados a la protección de la salud del menor de edad, a la instrucción en el conocimiento de las ciencias y las artes (educación escolar), a la formación moral y religiosa, a permisos de traslados foráneos, entre otros. Por otra parte, cabe precisar que este conjunto de obligaciones tienen como contrapartida la existencia de una serie de derechos del menor de edad.

A la luz de los derechos fundamentales reconocidos a los menores de edad y bajo el principio de que debe privilegiarse el *Interés Superior del Menor*, estos derechos que tienen los padres no son derechos absolutos, puesto que como ya ha sido señalado, los deberes y derechos de los padres están condicionados en virtud de que frente a ellos se encuentran los derechos de los menores y su superior interés.

El matrimonio es la fuente y la base principal de la integración de una familia, aun cuando la ley reconoce otras formas de sustentación de una familia. En esta virtud, he considerado necesario iniciar este apartado con la caracterización del matrimonio y su proyección sobre los menores hijos habidos dentro de esta institución.

El matrimonio ha sido caracterizado desde dos puntos de vista diferentes; el primero de ellos lo considera como un acto jurídico, el segundo como un estado de vida permanente de los cónyuges; según esto, y de acuerdo con Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, la definición del matrimonio implica dos acepciones:

1. Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el Estado designa para realizarlo.

2. Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.<sup>24</sup>

Los mismos autores señalan que el estado matrimonial es el que adquieren los esposos al haberse celebrado un matrimonio, y que implica la adquisición de derechos y deberes propios del matrimonio.<sup>25</sup> Los efectos que nacen del estado matrimonial se han dividido en tres:

- a) Efectos respecto de las personas de los cónyuges;
- b) Efectos respecto de los bienes de los esposos, y
- c) Efectos respecto de las personas y bienes de los hijos.

En atención a los fines de este trabajo, sólo voy a referirme a los efectos que tiene el matrimonio, y en su caso la separación de los cónyuges y el divorcio, respecto de las personas de los hijos, conforme a lo establecido en el Código Civil vigente en el Estado de Durango.

Un primer efecto sobre los hijos habidos en el matrimonio es el vínculo filial entre padres e hijos; el Código Civil vigente en el Estado de Durango establece que:

ARTÍCULO 333.- La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni transacción, ni compromiso en árbitros.

ARTÍCULO 333 BIS.- La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación de los padres y los hijos respectivamente, cualquiera que sea su origen.

Derivado de lo anterior, el artículo 407 del mismo Código previene que los menores de edad no emancipados estarán bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla de acuerdo con la ley.

La patria potestad significa la autoridad o mando que puede ejercer sobre un menor algún ascendiente directo en el orden de prevalencia que determine la ley; de esto deriva la facultad de imperio que puede ejercerse sobre el menor y sus bienes.

---

<sup>24</sup> Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. *Derecho de familia y sucesiones*. México: Harla, 1990. p. 39.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 75.

El orden de prevalencia lo establece el artículo 409 del citado Código Civil, que previene que la patria potestad se ejerce por los padres y cuando alguno deje de ejercerla le corresponde al otro; así mismo previene que a falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia, corresponde su ejercicio a los ascendientes de segundo grado en el orden que determine el Juez de lo Familiar atendiendo a las circunstancias del caso. El artículo 416, establece que mientras el hijo se encuentre en la patria potestad no podrá dejar la casa de quienes la ejercen sin permiso de ellos o sólo por decreto de la autoridad competente.

“A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente”, según dispone el artículo 417, y el siguiente dispositivo otorga a quienes ejerzan la patria la facultad de corregir, a la vez que les impone la obligación de observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo; de acuerdo con este dispositivo, la facultad de corregir no faculta a infligir al menor de edad, actos que atenten contra su integridad física, psíquica o sexual.

Por lo que se refiere a los efectos de la patria potestad sobre los bienes del menor de edad, el artículo 420 del mismo Código Civil, previene que quienes la ejercen son los legítimos representantes de quienes están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes que le pertenecen a éstos; cuando la patria potestad sea ejercida por el padre y la madre, el abuelo y la abuela o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero deberá consultar a su consorte en todos los negocios y requerirá de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración, de acuerdo con lo que dispone el artículo 421, mientras que el artículo 422 establece que la persona que ejerza la patria potestad representará a los hijos en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo sin el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley expresamente lo requiera.

Cabe advertir que estos derechos que otorga la legislación civil a quienes ejercen la patria potestad no constituyen derechos absolutos sobre la persona del menor y sobre sus bienes, pues su ejercicio se encuentra sujeto al principio de protección del *Interés Superior del Menor* y bajo los parámetros de los derechos de

los menores establecidos en los cuerpos legales, locales e internacionales antes reseñados; es decir, la patria potestad debe ejercerse bajo la perspectiva de reconocimiento, respeto y promoción de los derechos fundamentales del menor. Esto significa, como ya ha sido señalado, que frente a los derechos y obligaciones de la patria potestad, deben prevalecer los derechos fundamentales del menor y en caso de conflicto entre los derechos de patria potestad y los derechos del menor, deberá ponderarse, bajo la perspectiva del *Interés Superior del Menor*, la prevalencia de uno y otro, de forma que no se vuelvan nugatorios ni el ejercicio de la patria potestad ni el ejercicio de los derechos fundamentales del menor.

Otro tipo de relación intersexual regulado por la legislación lo constituye el concubinato, al que en virtud de su permanencia y estabilidad, le ha sido reconocido su carácter de fuente y base de edificación de una familia<sup>26</sup>. Doctrinalmente el concubinato ha sido definido de la siguiente manera:

Es la unión entre un hombre y una mujer que sin haber contraído matrimonio, pese a no estar impedidos para hacerlo, llevan vida en común de manera pública, constante y permanente como si fueran esposos, y que se mantienen unidos por el término legalmente preestablecido, o bien, procrean hijos; unión que, sin estar revestida de formalidad legal alguna, produce efectos jurídicos.<sup>27</sup>

La misma fuente doctrinal especifica que el concepto se conforma con los siguientes elementos:

- ) Es la unión entre un hombre y una mujer;
- ) La pareja no debe estar unida en matrimonio ni tener impedimento para casarse;
- ) La concubina y el concubinario deben llevar vida en común, como si fueran esposos;
- ) La unión debe perdurar, por lo menos, durante el término legal preestablecido, salvo que los concubinos procreen hijos en común, y

---

<sup>26</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Colección Temas Selectos de Derecho Familiar: Concubinato*. 5ta. Reimpresión. México: SCJN, 2017. p. 6.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 15.

) La unión no se encuentra revestida de formalidad alguna, pero sí produce efectos jurídicos.<sup>28</sup>

El concubinato es definido por el Código Civil del Estado de Durango<sup>29</sup> en los siguientes términos:

Artículo 286-1

El concubinato es la unión de un solo hombre y una sola mujer, libres de impedimentos de parentesco y ligamen matrimonial, con el propósito tácito o expreso de integrar una familia a través de la cohabitación doméstica y sexual, el respeto y la protección recíproca, así como la perpetuación de la especie.

Para que exista concubinato jurídicamente es necesario que la unión entre el concubino y la concubina, cumpla con los fines a que se refiere el párrafo anterior y que esta unión se prolongue por un periodo mínimo de tres años, de manera pública y permanente.

De acuerdo con la disposición transcrita, los elementos legales del concubinato son los siguientes:

- a) La unión de un solo hombre y una mujer, entre los que no debe existir parentesco y además que ninguno de ellos esté unido en matrimonio con persona diversa;
- b) Que exista el propósito definido de integrar una familia a través de la cohabitación doméstica y sexual, lo que significa que debe ser una unión permanente en la que los concubinos habiten la misma casa cotidianamente;
- c) Que dicha unión este fundada en el respeto y la protección recíproca;
- d) Que tal unión tenga además como propósito la procreación de la especie;
- e) Que la unión permanente de la pareja se prolongue por un tiempo mínimo de tres años de manera ininterrumpida, y
- f) Que la unión y convivencia sea de manera pública y permanente, lo que podría significar que ante los ojos de la sociedad se manifieste la cotidianeidad de una familia.

De lo anterior se sigue que faltando alguna de las condiciones referidas, no se constituye el concubinato y no se surten los efectos de derecho en lo que se refiere a los con miembros de la pareja, aunque si se surtirán efectos de derecho en relación

---

<sup>28</sup> *Ibid.*, pp. 16-17.

<sup>29</sup> H. Congreso del Estado de Durango, Código Civil del Estado de Durango (CCED), disponible: <http://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/CODIGO%20CIVIL.pdf>, Consultada el 3 de Julio de 2018.

con los hijos si los hay, pues las obligaciones derivadas de la paternidad no están condicionadas por la situación legal o estado civil de los padres.

A su vez, el artículo 286-2 del mismo Código, previene que el concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de otros derechos que el propio Código reconozca o sean reconocidos por otras leyes.

De las anteriores consideraciones teóricas y del contenido del texto legal citado, puede inferirse que rigen al concubinato todos los derechos y obligaciones que son inherentes a la familia, por lo que en consecuencia, en relación con los hijos habidos en concubinato, resultan aplicables las mismas normas de protección de los hijos de matrimonio, toda vez que la familia surgida del concubinato según las disposiciones citadas, se ha equiparado a la familia surgida del matrimonio.

En relación a las uniones intersexuales libres entre un hombre y una mujer, que no constituyen ni matrimonio ni concubinato, pero en las que hay descendencia, puede señalarse que en estos casos, la ley no brinda protección a estas uniones ni las considera fuentes de familia, por lo que entre los miembros de dichas uniones difícilmente pueden generarse derechos y obligaciones de carácter alimentario y sucesorio; sin embargo, tratándose de la prole de estas parejas, si existe el reconocimiento por parte de sus progenitores o en su caso el reconocimiento de paternidad requerido por resolución judicial, se adquieren derechos alimentarios y sucesorios, revestidos por el principio del *Interés Superior del Menor*, esto significa, que durante la minoría de edad, los descendientes de las parejas que viven en unión libre diversa al concubinato, gozarán de los derechos fundamentales reconocidos por los instrumentos jurídicos reseñados en las primeras líneas de este trabajo (Ej. La Constitución, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, la Declaración sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)-, La Convención sobre los Derechos del Niño -probada por la Asamblea General de las Naciones Unidas- y el Código Civil) y serán sus progenitores quienes estarán obligados a velar de que los menores de edad disfruten de ellos. Cabe reconocer que en estas situaciones se presenta un

mayor grado de dificultad para lograr la materialización de los objetivos perseguidos por los referidos cuerpos legales (los instrumentos jurídicos reseñados, antes mencionados). El grado de dificultad que esto puede ofrecer deriva de que en ocasiones, en este tipo de uniones, los hijos no son reconocidos por el padre. En estos casos para poder hacer efectivos los derechos del menor de edad es necesario, que en estos casos, la madre, que tiene la representación legal del menor de edad tenga que demandar judicialmente al progenitor el reconocimiento de la paternidad.

No debe perderse de vista que en la actualidad ha sido reconocidas las relaciones intersexuales entre personas del mismo sexo, en reconocimiento al derecho fundamental a la no discriminación y al derecho al pleno desarrollo de la persona, como es, entre otros el derecho a que se respete su preferencia sexual, con lo que se han quitado acotaciones al matrimonio y al concubinato; así, en conformidad con el último párrafo del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, han sido reconocidos el matrimonio entre personas de un mismo sexo y el concubinato igualmente entre personas del mismo sexo. Así lo ha definido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sendas tesis definidas de Jurisprudencia, como las siguientes, relativas al matrimonio entre personas del mismo sexo:

**MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LA DEFINICIÓN LEGAL DEL MATRIMONIO QUE CONTENGA LA PROCREACIÓN COMO FINALIDAD DE ÉSTE, VULNERA LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.**

Las definiciones legales de matrimonio que contengan la procreación como finalidad de éste, vulneran los principios de igualdad y no discriminación contenidos en el artículo 1o. de la Constitución, al excluir injustificadamente a las parejas del mismo sexo de dicha institución, toda vez que no está directamente conectada con dicha finalidad. Como lo ha sostenido esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Constitución protege a la familia como realidad social, es decir, todas las formas y manifestaciones de familia que existen en la sociedad, entre las que se encuentran las homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos. En este sentido, la distinción resulta claramente sobreinclusiva porque quedan comprendidas en la definición de matrimonio las parejas heterosexuales que no acceden a esta institución con la finalidad de procrear, lo que muestra la falta de

idoneidad de la medida para cumplir con la protección de la familia como realidad social, y que se contraponen a lo sostenido por este alto tribunal en el sentido de que ha desvinculado el matrimonio de la función procreativa. Por otro lado, resulta subinclusiva porque excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales, lo que ocasiona que se les prive de obtener los beneficios tangibles e intangibles que otorga dicha institución a estas parejas y a los niños que decidan criar.

Precedentes: Amparo en revisión 581/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo en revisión 457/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz.

Amparo en revisión 567/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alejandro García Núñez.

Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular, en el que estima que en el caso no existió acto concreto de aplicación de la norma impugnada. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi.

Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular, en el que estima que en el caso no existió acto concreto de aplicación de la norma impugnada. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Tesis de jurisprudencia 85/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinticinco de noviembre de dos mil quince.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de diciembre de 2015 a las 11:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 14 de diciembre de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Registro digital: 2010675 Localización: 10a. Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 184, jurisprudencia, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a./J. 85/2015 (10a.)

**MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. LAS NORMAS CIVILES QUE IMPIDEN ESTA POSIBILIDAD, PROVOCAN UNA DOBLE DISCRIMINACIÓN, AL PRIVAR A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES DE LOS BENEFICIOS MATERIALES Y EXPRESIVOS QUE SE OBTIENEN CON DICHA INSTITUCIÓN. EL**

matrimonio comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados a dicha institución, así como el derecho a otros beneficios materiales, económicos y no económicos, que las leyes adscriben al matrimonio (por causa de muerte de uno de los cónyuges, de solidaridad, de propiedad, en la toma subrogada de decisiones médicas, migratorios, etcétera). En este sentido, las normas civiles que impiden a las parejas del mismo sexo el acceso a la institución matrimonial producen una doble discriminación, pues no sólo se les priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos que comporta el matrimonio, sino también de los materiales; exclusión que pudiera incluso llegar a afectar a sus hijos al colocarlos en un plano de desventaja respecto de los hijos de parejas heterosexuales.

Precedentes: Amparo en revisión 581/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo en revisión 457/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mireya Meléndez Almaraz.

Amparo en revisión 567/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien formuló voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alejandro García Núñez.

Amparo en revisión 152/2013. 23 de abril de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular, en el que estima que en el caso no existió acto concreto de aplicación de la norma impugnada. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi.

Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular, en el que estima que en el caso no existió acto concreto de aplicación de la norma impugnada. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Tesis de jurisprudencia 86/2015 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veinticinco de noviembre de dos mil quince.

Esta tesis se publicó el viernes 11 de diciembre de 2015 a las 11:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 14 de diciembre de 2015, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Registro digital: 2010677 Localización: 10a. Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 187, jurisprudencia, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a./J. 86/2015 (10a.)

Y en relación con el concubinato, la misma Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en Tesis aisladas, ha definido lo siguiente:

**CONCUBINATO. LOS BENEFICIOS TANGIBLES E INTANGIBLES QUE SON ACCESIBLES A LOS CONCUBINOS HETEROSEXUALES DEBEN RECONOCERSE A LAS PAREJAS HOMOSEXUALES.** Las relaciones que entablan las parejas del mismo sexo pueden adecuarse a los fundamentos de la figura del concubinato y más ampliamente a los de la familia, ya que para todos los efectos relevantes, las parejas

homosexuales se encuentran en una situación equivalente a las heterosexuales; de ahí que sea injustificada su exclusión del concubinato. Ahora bien, el derecho a conformar una relación de concubinato no sólo comporta el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados a dicha figura, sino también a los materiales que las leyes adscriben a la institución; en ese sentido, en el orden jurídico nacional existe una gran cantidad de beneficios, económicos y no económicos, asociados al concubinato, entre los que destacan: 1) los fiscales; 2) los de solidaridad; 3) en materia de alimentos; 4) por causa de muerte de uno de los concubinos; 5) los de propiedad; 6) en la toma subrogada de decisiones médicas; 7) en la toma de decisiones médicas post mortem; y, 8) los migratorios para los concubinos extranjeros. Así, negar a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles que son accesibles a las personas heterosexuales a través del concubinato, implica tratarlas como si fueran "ciudadanos de segunda clase", porque no existe justificación racional alguna para no reconocerles los derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, simultáneamente, un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual y se vinculan en relaciones estables de pareja; además, la exclusión de las parejas del mismo sexo de la figura de concubinato perpetúa la noción de que son menos merecedoras de reconocimiento que las heterosexuales, con lo que se ofende su dignidad como personas y su integridad.

Precedentes: Amparo en revisión 263/2014. 24 de septiembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada.

Esta tesis se publicó el viernes 31 de octubre de 2014 a las 11:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Registro digital: 2007794. Localización: 10a. Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, p. 596, aislada, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a. CCCLXXVII/2014 (10a.)

**CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 291 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN, QUE DEFINE A ESA INSTITUCIÓN COMO LA UNIÓN DE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL.** Una distinción se basa en una categoría sospechosa cuando utiliza alguno de los criterios enunciados en el artículo 1o., párrafo último, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a

saber: origen étnico, nacionalidad, preferencias sexuales, estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. Así, el uso de esas categorías debe analizarse con mayor rigor, porque sobre ellas pesa la sospecha de ser inconstitucionales, ya que si bien la Constitución Federal no las prohíbe, sí proscribire su utilización injustificada. Ahora bien, el artículo 291 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, al definir el concubinato como la unión de un hombre y una mujer, es inconstitucional al ser discriminatorio, pues priva a las parejas del mismo sexo del acceso a dicha institución y a gozar de sus beneficios y, en ese sentido, niega a las parejas homosexuales los beneficios tangibles e intangibles accesibles a las personas heterosexuales a través del concubinato, lo cual implica tratarlos de forma diferenciada sin que exista una justificación racional para ello, lo que además conlleva negarles derechos fundamentales que les corresponden como individuos y, al mismo tiempo, otorgarles un conjunto incompleto de derechos cuando se conducen siguiendo su orientación sexual.

Precedentes: Amparo en revisión 1127/2015. 17 de febrero de 2016. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Norma Lucía Piña Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ausente y Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo; en su ausencia hizo suyo el asunto el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Mercedes Verónica Sánchez Miguez.

Esta tesis se publicó el viernes 09 de septiembre de 2016 a las 10:18 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Registro digital: 2012507. Localización: 10a. Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 501, aislada, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a. CCXXIV/2016 (10a.).

Consecuente con las anteriores Tesis emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se desconoce ni se deja de lado la posibilidad de que las parejas homosexuales puedan tener hijos naturales de uno o ambos integrantes de la pareja mediante inseminación artificial con cualquiera de los procedimientos creados por la ciencia, tal como ha sido previsto en la Tesis de Jurisprudencia número 1a./J. 86/2015 (10a.), antes transcrita, así como de que tengan hijos por adopción, como ha sido definido por la siguiente Tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

**ADOPCIÓN. LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO TIENEN EL DERECHO A SER CONSIDERADOS PARA REALIZARLA EN IGUALDAD DE CONDICIONES QUE LOS MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS HETEROSEXUALES.**

Esta Primera Sala ha establecido en varios precedentes que la vida familiar de dos personas del mismo sexo no se limita a la vida en pareja sino que, como cualquier pareja heterosexual, se puede extender, de así desearlo, a la procreación y la crianza de niños y niñas. También ha destacado que existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreadas o adoptadas por algún miembro de la pareja, o parejas homosexuales que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear o tienen hijos a través de la adopción, con independencia de que se les permita el acceso al poder normativo para contraer matrimonio. Ahora bien, una vez establecido que no existe razón constitucional para negar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio y que es discriminatorio crear una figura alternativa para ellas, esta Primera Sala determina que los matrimonios entre personas del mismo sexo tienen el derecho de ser considerados para adoptar, en igualdad de condiciones que los matrimonios entre personas heterosexuales y cumpliendo con los requisitos pertinentes.

Precedentes: Amparo en revisión 704/2014. 18 de marzo de 2015. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Karla I. Quintana Osuna.

Esta tesis se publicó el viernes 27 de noviembre de 2015 a las 11:15 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Registro digital: 2010482 Localización: 10a. Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, p. 950, aislada, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a. CCCLIX/2015 (10a.)

Lo anterior es de suma importancia, ya que las consideraciones hechas en los párrafos anteriores en relación con el matrimonio, el concubinato y las uniones libres heterosexuales, son aplicables a estas formas de relación intersexuales entre personas del mismo sexo, ya que de acuerdo con las definiciones de la Jurisprudencia y las Tesis aisladas emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde el punto de vista jurídico, en nada difieren y todos los derechos y obligaciones parentales son exactamente los mismos, por lo que lo expuesto antes en relación con las parejas matrimoniales, concubinarias y de unión

libre, resultan aplicables en relación con las parejas homosexuales integradas en las mismas modalidades.

### **B) Separación y divorcio, separación de concubinos y de otras uniones**

La separación y el divorcio son procesos que ponen fin a la relación de pareja unida en matrimonio, aunque con consecuencias diversas en relación con los derechos existentes generados por el matrimonio en favor de cada uno de los cónyuges y también en relación con los hijos menores de edad habidos durante el matrimonio y sus derechos y sus bienes.

La separación constituye una situación derivada de la salida del hogar conyugal por alguno de los esposos, que mantiene la existencia del matrimonio. La desatención, por parte del cónyuge que se retira del hogar, en tanto que pueden significar abandono de las obligaciones alimentarias, deja expedita la acción de los acreedores alimentarios para acudir ante los tribunales en demanda del pago de la pensión alimenticia correspondiente, así como para reclamar la custodia de los hijos menores de edad en favor del cónyuge que permanezca en el hogar conyugal. Situación diferente se presentaría en el caso de que quien reclame la custodia de los menores sea el cónyuge que se separa del hogar conyugal, debido a causas graves que hagan imposible la convivencia y que le obliguen a la separación del hogar por causas atribuibles al cónyuge que permanece en la habitación donde se encuentra asentado el hogar familiar.

Por otra parte, el divorcio es el proceso mediante el cual se disuelve el matrimonio por declaración judicial; así, el divorcio genera consecuencias de derecho que serán decretadas por el juez que conozca la causa, que afectarán los derechos patrimoniales y hereditarios de los cónyuges, derivados del matrimonio, más no será así en relación con los derechos de los menores, quienes no deben ver alterados sus derechos alimentarios, así como tampoco sus derechos de cuidado y atención por parte de sus progenitores ni sus derechos patrimoniales ni toda la gama de derechos contenidos en los cuerpos legales referidos en la primera parte de este capítulo, los cuales deben ser garantizados en la sentencia que declare el divorcio y la situación de los menores con respecto al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia y

salvaguarda de sus bienes, de conformidad con la aplicación del principio de protección del *Interés Superior del Menor*, cuya determinación estará definida por la causal que haya dado origen al divorcio.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado al respecto:

**DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS).** El libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de "autonomía de la persona", de acuerdo con el cual al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida, el Estado tiene prohibido interferir en la elección de éstos, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución. En el ordenamiento mexicano, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que permite a los individuos elegir y materializar los planes de vida que estimen convenientes, cuyos límites externos son exclusivamente el orden público y los derechos de terceros. De acuerdo con lo anterior, el régimen de disolución del matrimonio contemplado en las legislaciones de Morelos y Veracruz (y ordenamientos análogos), que exige la acreditación de causales cuando no existe mutuo consentimiento de los contrayentes, incide en el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, se trata de una medida legislativa que restringe injustificadamente ese derecho fundamental, toda vez que no resulta idónea para perseguir ninguno de los límites que imponen los derechos de terceros y de orden público. En consecuencia, los artículos 175 del Código Familiar para el Estado de Morelos y 141 del Código Civil para el Estado de Veracruz, en los cuales se establecen las causales que hay que acreditar para que pueda decretarse la disolución del matrimonio cuando no existe mutuo consentimiento de los cónyuges, son inconstitucionales. De acuerdo con lo anterior, los jueces de esas entidades federativas no pueden condicionar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal, de tal manera que para decretar la disolución del vínculo matrimonial basta con que uno de los cónyuges lo solicite sin necesidad de expresar motivo alguno. No obstante, el hecho de que en esos casos se decrete el divorcio sin la existencia de cónyuge culpable no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio, como pudieran ser

la guarda y custodia de los hijos, el régimen de convivencias con el padre no custodio, los alimentos o alguna otra cuestión semejante.<sup>30</sup>

En relación con esto, considero que aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido que no será necesaria probar la causa del divorcio para que éste sea decretado en todo caso, pues debe protegerse el derecho humano al desarrollo de la personalidad, para los efectos de reclamo del ejercicio de la patria potestad y la custodia de los menores de edad, si es importante probar la causa del divorcio cuando existen condiciones de violencia intrafamiliar que afecte o esté dirigida en contra de los hijos por parte de uno de los cónyuges, en virtud de que en el Código Civil del Estado de Durango, en su artículo 262 no han sido separadas las causales de suspensión o pérdida de la patria potestad de las causales de divorcio que determinan a cuál de los progenitores le corresponderá la guarda y custodia; aún se mantienen de forma específica causales de divorcio que por la gravedad de las acciones que las constituyen, como sería la violencia intrafamiliar en cualquiera de sus manifestaciones, tanto en contra del cónyuge como en contra de los hijos, lo que pone en riesgo la integridad de los menores de edad, así como su desarrollo físico, emocional, afectivo y moral.

En el caso de concubinato, sólo puede hablarse de separación de las parejas en esta situación; en este caso las consecuencias de esta separación afectarán los derechos alimentarios y sucesorios y todos aquellos previstos en las leyes que derivan de esta forma de unión de pareja; por cuanto a los derechos de los menores de edad deben ser protegidos de la misma forma en que son protegidos los de los menores hijos de matrimonio y el reclamo de ejercicio de la patria potestad y de la custodia debe fundarse en causas graves derivadas de conductas que pongan en peligro la integridad de los menores de edad y su desarrollo físico, emocional, afectivo y moral.

---

<sup>30</sup> Sitio web del Semanario Judicial de la Federación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. [Consultado el 13 de Marzo de 2017]. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2009591&Clase=DetalleTesisBL>.

Tratándose de otras uniones libres, que no constituyen concubinato, y en las que haya descendencia, los únicos derechos que la ley reconoce son los de los menores de edad que derivan de la maternidad, así como aquellos que derivan del reconocimiento que haga el padre ante el registro civil con lo cual es probada la filiación entre el padre y el hijo nacido como producto de este tipo de uniones libres; en estos casos, el reconocimiento de la filiación con el padre que se haga ante el registro civil, será la prueba suficiente para reclamar pensión alimenticia a favor de los menores de edad y otros derechos como el reclamo del ejercicio de la patria potestad y de guarda y custodia; en estos casos, el juez que conozca de la causa deberá vigilar siempre la protección de los derechos alimentarios y patrimoniales del menor de edad, y resolver sobre el ejercicio de la patria potestad y custodia cuidando en todo momento la protección del *Interés Superior del Menor* para determinar la situación alimentaria del menor de edad así como a quién corresponde el ejercicio de la patria potestad y la custodia.

### **3. Derechos y obligaciones de los padres, patria potestad y custodia. El principio del Interés Superior del Menor**

Los derechos y obligaciones que tienen los padres en relación con los hijos menores de edad, de acuerdo con María de Montserrat Pérez Contreras, se encuentran vinculados a dos tipos de interés: el moral y el material; el primero referido a la asistencia formativa, y el segundo, a la asistencia protectora.<sup>31</sup>

De acuerdo con el artículo 409 del Código Civil del Estado de Durango, “La Patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos corresponderá su ejercicio al otro”; esto significa que tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad son conjuntos por parte de ambos padres, independientemente de que se trate de hijos nacidos dentro del matrimonio o en situación extramatrimonial de sus progenitores o de que sean adoptivos. Es decir, que legalmente el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia corresponde conjuntamente a ambos progenitores; esta es la regla, y sólo excepcionalmente, existiendo causa que los justifique, podrá retirarse este ejercicio

---

<sup>31</sup> Pérez Contreras, María de Montserrat. *Derecho de familia y sucesiones*. México: Nostra Ediciones, 2017. p. 151.

mediante la pérdida o suspensión decretada por juez competente cuando se afecte el desarrollo integral del menor de edad o su interés superior que protege al ley.

La Patria Potestad consiste en la regulación jurídica que se hace de los deberes y derechos que se reconocen a los padres en la legislación civil y/o familiar sobre los hijos y sus bienes. Implica el reconocimiento de los mismos con el fin de proveer a la protección y desarrollo integral de los hijos menores.<sup>32</sup>

La patria potestad confiere a quienes la ejercen ciertas prerrogativas, “que no pueden ser analizadas en términos de derechos subjetivos”, puesto que tales derechos implican la responsabilidad que tienen los padres frente a la ley de la asistencia formativa y protectora, y la autoridad que se reconoce a los titulares de la patria potestad no debe ser un poder abusivo; la patria potestad es un “derecho-función” o “derecho-deber” que fija la ley para la protección de los hijos.<sup>33</sup>

La función tuitiva –dice Walter Howard— que los padres deben desplegar respecto a sus hijos, en rigor, es independiente de las vicisitudes que ocurran en la vida familiar. La importancia que cabe atribuir, legal y socialmente, a la adecuada salvaguarda de la condición de los hijos permite aventar toda vinculación entre esa trascendente misión y los avatares de la pareja que conforman sus ascendientes más inmediatos. En este rumbo, dado el carácter poliforme de la guarda, es apta para amoldarse a cada ambiente en que ella se desarrolla.

De lo expuesto por Howard se deriva que el cambio de una situación familiar, es decir, la desintegración de las relaciones familiares, hace necesaria una nueva forma o modo de ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones por parte de los padres; el principio es que en el plano de las relaciones paterno-filiales la separación o el divorcio de los padres no disuelve el vínculo creado entre padres e hijos.

Se trata de una indisolubilidad natural que es tomada por la ley positiva: el divorcio deja subsistentes los derechos y los deberes que tanto el padre como la madre tiene respecto a sus hijos. Empero, la teoría de la no incidencia del divorcio sobre aquellas relaciones, en cierta medida, es una abstracción, pues aun cuando las reglas no varíen

---

<sup>32</sup> *Ídem.*

<sup>33</sup> Howard, Walter. *El interés del menor en las crisis familiares: guarda, comunicaciones y visitas.* Uruguay: Universidad de Montevideo, 2012. p. 336.

su aplicación práctica, se pasa necesariamente por una adaptación a la nueva situación.<sup>34</sup>

En el caso de la legislación mexicana se prevén excepciones a la aplicación de la no incidencia, puesto que en el caso de abandono de los deberes y de la comisión de violencia intrafamiliar probadas en contra de los hijos, trae como consecuencia la pérdida del ejercicio de la patria potestad, más no la del cumplimiento de los deberes de asistencia protectora que tienen que ver fundamentalmente con el interés material, es decir, el otorgamiento de los recursos para la subsistencia de los hijos menores, con la mayor calidad de vida posible, en tanto que la asistencia formativa es altamente restringida por la determinación judicial que condene a la pérdida de la patria potestad.

Y es que la asistencia formativa sólo puede darse a partir de ciertos parámetros los cuales son sintetizados por María de Montserrat Pérez Contreras, con los siguientes conceptos:

Todas las actividades consideradas como parte del desarrollo y ejercicio de la patria potestad pueden y deben relacionarse directamente con un deber fundamental de quienes ejercen la patria potestad, que es el de educar, y en nombre del mismo se incluye en ella, es decir, la educación.

En el mismo sentido, tanto la educación como las relaciones familiares deben tener por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana del menor en el respeto al principio de convivencia, a sus derechos humanos y libertades fundamentales; cuestión que de alguna manera se encuentra regulada y establecida en la legislación familiar al afirmar que: “En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos cualquiera que sea su estado, edad y condición”.<sup>35</sup>

La condición de que debe imperar el respeto y la consideración mutuos entre ascendientes y descendientes, es de capital importancia, pues de ello dependen por una parte que los padres puedan tener la custodia de los hijos menores y en caso extremo de que llegaren a perder ésta, que puedan seguir ejerciendo la patria potestad.

---

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 338-339.

<sup>35</sup> Pérez Contreras, María de Montserrat, *Op.Cit.* p. 151.

La custodia de los hijos menores de edad es inherente al ejercicio de la patria potestad, de ahí que la legislación establezca que el menor sometido a patria potestad deberá habitar en el domicilio de los padres y no podrá abandonarlo sin consentimiento; sin embargo, cuando no existen respeto y consideración mutuos entre padres e hijos, y se presentan situaciones de violencia familiar, podrá retirarse la custodia de los menores de edad mediante condena judicial que así lo establezca, bajo la perspectiva de protección del *Interés Superior del Menor*.

Para definir el alcance del concepto *Interés Superior del Menor*, acudo a las palabras de Isaac Ravetllat Ballesté, profesor de la Universidad de Barcelona, quien explicita lo siguiente:

El principio del interés superior del niño ha sido recogido tanto por los textos internacionales como por las disposiciones europeas, nacionales y autonómicas más relevantes en la protección y promoción de las personas menores de edad. La constante apelación de las leyes a tal interés tiene una justificación objetiva tanto en la particular situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes, como en la imposibilidad que tienen de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente madurez y responsabilidad, así como en la necesidad de que las circunstancias que les rodean les sean especialmente favorables en esta etapa vital de su desarrollo como ser humano.

El principio del interés superior del niño pone acertadamente el acento en su realidad como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección. Este criterio ha de aplicarse en todas aquellas situaciones o conflictos donde se hallen involucrados menores de edad. Pero esta cláusula general, lejos de configurarse como un concepto pacífico, es objeto de múltiples y diversas controversias que tienen una influencia negativa en su eficacia práctica.<sup>36</sup>

Desde esta perspectiva, considero que el legislador en Durango ha acertado al establecer las causales por las cuales puede condenarse a la pérdida de la patria potestad, y desde luego de la custodia, que si bien es cierto que se encuentran estrechamente vinculadas en el Código Civil vigente a las causales de divorcio necesario, estimo que tal acierto deriva de la apreciación de que cuando se presentan situaciones de violencia intrafamiliar, y sobre todo que se infiera directamente en

---

<sup>36</sup> Ravetllat Ballesté, Isaac. El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*. 2 (30): 90-91. España, 2012. [Consultado el 30 de Noviembre de 2017]. Disponible en: [revistas.um.es/educatio/article/view/153701/170741](http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/170741).

contra de los hijos, acaba con la consideración que se deben mutuamente padres e hijos, pero además vulnera la autoestima de los menores de edad impidiéndoles un sano desarrollo, vulnerando el *Interés Superior del Niño*, figura jurídica que pone el acento en la dignidad del menor de edad como persona y su derecho a ser protegido y atendido como sujeto principal en la relación paterno-filial cuyos derechos son prioritarios en la ponderación entre derechos de los padres y derechos de los menores de edad. Mediante una interpretación funcional y sistemática de la normatividad correspondiente son aplicables en los casos en que se surtan las modalidades de violencia causales de divorcio, en las relaciones familiares y paterno filiales de las otras formas de unión que conforman familia o en las que los menores de edad han sido reconocidos como hijos de la unión libre de pareja, no importando la condición legal de ésta.

Entre paréntesis, cabe señalar que a virtud de la jurisprudencia ya antes citada, con el rubro **DIVORCIO NECESARIO. EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO QUE EXIGE LA ACREDITACIÓN DE CAUSALES, VULNERA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD (CÓDIGOS DE MORELOS, VERACRUZ Y LEGISLACIONES ANÁLOGAS)**, en Durango se ha implementado la procedencia del divorcio sin causa, aun cuando no se encuentra legislado. Esta modalidad de divorcio presenta el riesgo de que quede oculta la violencia intrafamiliar. Al no ser necesario invocar una causal para el divorcio y sólo invocar el derecho al desarrollo personal como justificación, no existe causa para retirar en ninguna forma el ejercicio de la patria potestad, quedando ambos progenitores en pleno ejercicio de ésta y sin restricciones para acercarse a los menores de edad, aun cuando el padre no custodio, gozando del régimen de visitas y convivencias con los menores de edad, siga infringiéndoles violencia. Considero que esta es una asignatura pendiente de legislar previendo este riesgo para evitar manipulaciones y elusión de la ley en perjuicio del interés superior de los niños habidos en el matrimonio.

El artículo 262 del Código Civil vigente en el Estado de Durango, establece las causales por las cuáles puede darse la pérdida de la custodia para alguno o ambos progenitores, que se consideren culpables o causantes del divorcio necesario; de estas causales la propia disposición legal referida hace dos grupos, dependiendo de

la gravedad de la causal del divorcio y su repercusión en las relaciones familiares, atendiendo a si se han dado o no, y en qué grado no se han dado, el respeto y consideración mutuos entre uno o ambos padres de los hijos menores y éstos.

Así, son causa de la pérdida de la custodia de uno o ambos cónyuges, y si es el caso a la pérdida de la patria potestad, conforme al análisis que haga el juzgador de las consideraciones particulares de cada caso, las siguientes causales de divorcio previstas en las fracciones del artículo 262 del Código Civil que en seguida se presentan:

III. La propuesta de un cónyuge para prostituir al otro, ejercitando la fuerza, la coerción, el chantaje, el soborno, la intimidación o la amenaza, para realizar un acto sexualmente no deseado, no sólo cuando él mismo lo haya hecho directamente, sino también cuando se pruebe que ha recibido cualquier remuneración con el objeto expreso de permitir que se tenga relaciones sexuales con ella o con él;

IV. La incitación o la violencia física, emocional o psicológica, hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito o acto en contra de su voluntad que atente contra la integridad y desarrollo de su persona;

V. Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

X. La sevicia, las amenazas o las injurias, y las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro, hacia los hijos de ambos, de alguno de ellos, o de los ascendientes y descendientes que vivan o estén en el mismo domicilio;

XI. La negativa injustificada de los cónyuges en darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento;

XV. El mutuo consentimiento; y

XVI. El incumplimiento injustificado de las determinaciones de las autoridades administrativas o judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de violencia familiar.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones III, IV y V, del artículo 262, los hijos quedarán bajo la custodia del cónyuge no culpable.

Es de destacar que en el artículo 439 del Código Civil, se contemplan causas de pérdida de patria potestad muy frecuentes en estos tiempos: 1) el no pagar pensión alimenticia; y 2) por el caso de niños y niñas en el DIF por abandono o retiro de los padres y familiares en general, así como también no tan frecuentes como lo es el caso de ser hijo de padres drogadictos.

Por otra parte, en el artículo 439 del Código Civil del Estado de Durango establece diversas causales de pérdida de la patria potestad, todas ellas derivadas de violencia intrafamiliar que puedan ejercer los progenitores sobre sus menores hijos.

Esta disposición legal estipula lo siguiente:

#### ARTÍCULO 439

La Patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, cuando sea condenado por la comisión de un delito en perjuicio del menor; o cuando sea condenado por otros delitos graves;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 278.

III.- Cuando el que la ejerce incurra en conductas de violencia familiar en contra del menor en los términos del artículo 318-2 de este Código o cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de dos meses.

Cuando se acredite que el menor es expósito, la pérdida de la patria potestad operará de inmediato.

V.- Por la entrega que el padre o la madre o quien ejerce la patria potestad hiciere del menor a una institución de asistencia social pública o privada con la finalidad de que sea dado en adopción;

VI.- Cuando se tolere que otras personas cometan atentado o pongan en riesgo la integridad física, psíquica o sexual de los menores;

VII.- Por no dar cumplimiento por más de seis meses, sin causa justificada, a las obligaciones de crianza, a los sujetos a patria potestad; y.

VIII.- Por la negativa injustificada, por más de tres meses, de no proporcionar alimentos a quien tenga obligación de darlos.

IX.- Cuando uno de los progenitores realice, en forma reiterada y grave, en la persona de los hijos, conductas que ocasionen alienación parental que impacte al menor en su desarrollo armónico, o afecte a la persona, libertad o patrimonio del otro que ejerce la patria potestad, acreditable mediante dictamen que ordene el juez a perito especializado en la materia. La pérdida cesará una vez que el alineador justifique, al Juez que conoce del asunto, haberse sometido al tratamiento que le permita tener una sana relación con el menor

Cuando el que ejerce la patria potestad la pierda por incurrir en los supuestos de las fracciones III, VII y VIII de este artículo, no podrá recuperarla.

Puede advertirse que estas causas de pérdida de la patria potestad revisten un carácter particularmente grave, ya que son causales que derivan del empleo permanente o recurrente de violencia familiar, dirigida especialmente a los hijos. Violencia que de acuerdo con el artículo 318– 2, puede tener diversas modalidades como se deriva de lo establecido en dicho dispositivo:

#### ARTÍCULO 318-2

Por violencia familiar se entiende como todo acto abusivo de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir de manera física, verbal, psicológica, patrimonial, económica o sexual a cualquier miembro de la familia, cuyo agresor tenga o haya tenido relación de parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil, o mantenga o haya mantenido una relación de concubinato.

En los casos en que la violencia se ejerza en los términos de esta disposición o cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pueda comprometerse la salud, la seguridad de los hijos, o cuando no se dé cumplimiento a las obligaciones de crianza durante un lapso de seis meses sin causa justificada o cuando exista negativa injustificada de dar alimentos por un lapso de tres meses, se considera de tal gravedad, la violencia, que el progenitor que la pierda por estas causales no podrá recuperarla.

Cabe precisar que en todos los casos establecidos en las disposiciones antes transcritas artículo 262, si ambos cónyuges son culpables, los menores de edad

quedarán bajo la custodia del ascendiente que corresponda, y si es el caso de que no lo haya, se designará un tutor.

En un segundo grupo se contienen las causales de divorcio, por las cuales también el cónyuge causante del divorcio o ambos pueden perder el ejercicio de la patria potestad y desde luego la custodia de los hijos menores de edad; en estos casos, al igual que en los anteriores, el juzgador deberá analizar las consideraciones particulares de cada caso para decidir si condena a la pérdida de la patria potestad; en el caso de que ambos sean culpables, la patria potestad se suspenderá a ambos, hasta la muerte de alguno de ellos, en cuyo caso el sobreviviente la recuperará; las causales de divorcio que aplican en estos casos son las que en seguida se transcriben, establecidas también el referido artículo 262 del Código Civil:

X.- La sevicia, las amenazas o las injurias, y las conductas de violencia familiar cometidas por uno de los cónyuges contra el otro, hacia los hijos de ambos, de alguno de ellos, o de los ascendientes y descendientes que vivan o estén en el mismo domicilio;

XI.- La negativa injustificada de los cónyuges en darse alimentos de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 159, sin que sea necesario agotar previamente los procedimientos tendientes a su cumplimiento; y

XV.- El mutuo consentimiento.

En los casos de este segundo grupo, establecidos en las disposiciones antes transcritas, los menores de edad quedarán bajo la custodia del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad.

Por otra parte, si el divorcio ha sido necesario a causa de enfermedad crónica o de incapacidad de uno de los cónyuges según el análisis de las particularidades del caso<sup>38</sup>, los hijos menores de edad quedarán bajo la custodia del cónyuge sano, lo cual resulta comprensible en virtud de que éste tendrá toda la aptitud para brindar las dos clases de asistencias: formativa y protectora. En el caso de los divorcios por mutuo consentimiento, la custodia de los menores de edad deberá quedar establecida en el convenio que se celebre, pudiendo ser tal custodia monoparental o compartida, para la aprobación del convenio en cualquiera de las modalidades, el

---

<sup>38</sup> Lo cual se presta en ocasiones a ser discriminatorio porque estar enfermo, no es motivo para ser culpable o considerar que se incurre en una causal en ambos casos, para perder la patria potestad.

juzgador deberá analizar las circunstancias de cada caso y resolver sobre la aprobación o no del convenio bajo la perspectiva de protección del *Interés Superior de los Menores*: en este caso, ambos conservarán el ejercicio de la patria potestad, en virtud de que ésta no es renunciable.

En todos los casos antes referidos, el juzgador deberá así mismo establecer las medidas necesarias para el cumplimiento de los deberes que tienen los padres hacia sus menores hijos, que en ningún caso quedarán exentos de ello, aun cuando sean condenados a la pérdida de la custodia y de la patria potestad, de acuerdo con las prevenciones establecidas en la ley, ya presentadas renglones atrás.

Por su parte el, el artículo 280 del Código Civil menciona: “El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos”. Esto significa que la pérdida de la patria potestad no libera a los padres de sus obligaciones parentales, toda vez que éstas nacen del vínculo natural que existe entre padres e hijos por virtud del lazo consanguíneo existente entre ellos.

Respecto a los casos donde se pierde la patria potestad y su vínculo con la pérdida o vigencia del derecho a la convivencia con el menor de edad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado:

**PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO CONLLEVA INDEFECTIBLEMENTE IMPEDIR QUE EL MENOR EJERZA EL DERECHO DE CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES.**

Una de las consecuencias de la pérdida de la patria potestad es que el progenitor condenado no tenga derechos respecto de sus hijos, es decir, la privación de todo privilegio relativo a exigir la obediencia y el respeto de los menores, la facultad de llevar su representación legal, la administración de sus bienes y decidir, participar y opinar sobre asuntos inherentes a su educación, conservación, asistencia, formación y demás relativos a los aspectos no patrimoniales de quien ejerce la patria potestad. Sin embargo, independientemente de las consecuencias apuntadas -que se relacionan directamente con los derechos que otorga al progenitor el ejercicio de la patria potestad-, de ello no se aprecia que su pérdida conlleve indefectiblemente que deba impedirse al menor ejercer el derecho de convivencia con sus progenitores en tanto que, por un lado, ese derecho no es exclusivo de los padres, sino también de los hijos y, por el otro, no todas las causales de pérdida de la patria potestad son de la misma gravedad. En ese orden de ideas resulta indispensable atender al *Interés Superior del Menor*, para lo cual deben propiciarse las condiciones que le permitan un adecuado desarrollo psicológico y

emocional, que en la mayoría de los casos implica la convivencia con ambos progenitores, independientemente de que ejerzan o no la patria potestad sobre aquél; de ahí que el juez de lo familiar habrá de atender a la gravedad de la causal que originó la pérdida de la patria potestad para determinar si la convivencia pudiera importar algún riesgo para la seguridad o desarrollo adecuado del menor, en el entendido de que si determina dicha pérdida pero no del derecho de convivencia, ello obedecerá a que subsiste el derecho del menor a obtener un desarrollo psico-emocional adecuado y a que las condiciones particulares así lo permiten, mas no porque el progenitor condenado pueda exigir el derecho de convivencia. Contradicción de tesis 123/2<sup>39</sup>

De la lectura de la anterior tesis se deriva que el bien jurídico que debe prevalecer es el del *Interés Superior del Menor*, y debe ponderarse como preferente el derecho de los hijos de convivencia con ambos progenitores, con independencia de la gravedad de la causa que motivó que uno de ellos perdiera el ejercicio de la patria potestad; este es un derecho del menor de edad que puede considerarse superior al de los padres a quienes se les reconoce como un derecho-deber, es decir un derecho que sólo puede ejercerse conjuntamente con el cumplimiento de sus obligaciones parentales.

#### **4. La alienación parental**

En este apartado se presenta en primer lugar una noción de “alienación parental”, a partir de diversos estudios teóricos sobre el tema, así como las diversas propuestas de intervención para la solución del fenómeno; en segundo lugar se examinan las consecuencias jurídicas de la alienación parental y las prevenciones legales contenidas en el Código Civil de Durango, tanto para prevenir estos procesos, como para su corrección y sanción; y en tercer lugar se presenta un estudio comparado de la regulación del fenómeno de la alienación parental en los Códigos Civiles de los Estados de Colima y Baja California Sur.

##### **A) Concepto**

El concepto “alienación parental”, es un concepto complejo con el que se busca describir la alteración que provoca en las relaciones entre padres e hijos, una

---

<sup>39</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Semanario Judicial de la Federación, disponible: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/1013/1013127.pdf>, Consultada el 13 de Marzo de 2018.

ruptura conyugal o entre parejas sin unión matrimonial, situación en la que los hijos censuran, critican y rechazan a uno de sus progenitores de manera injustificada.

En opinión de Iñaki Bolaños, cuando la ruptura de la pareja no supone el fin del conflicto, sino la aparición de un nuevo escenario en el que el objeto del conflicto es lograr el apoyo incondicional de los hijos y la pareja mantiene una pugna por el poder. Los niños reciben presiones y si no toman partido se sienten aislados y desleales hacia ambos progenitores, lo que se traduce en un *conflicto de lealtades*; este conflicto se describe “como una dinámica familiar en la que la lealtad hacia uno de los padres implica deslealtad hacia el otro”.<sup>40</sup>

Concurren en este proceso otros factores como *los mensajes doble-vinculantes*, a los que se refieren Bateson y colaboradores<sup>41</sup> que pueden aplicarse a determinadas situaciones relativas a las rupturas conflictivas; así el mensaje “tienes que ver a papá”, se contradice con otro implícito de “no lo veas”. La *triangulación*, que describe Bowen “cómo siempre que existe un conflicto entre dos personas, éste puede ser obviado o enmascarado al generarse un conflicto entre uno de los dos y un tercero; en la *triangulación manipulatoria* la relación simétrica poco compensada, deriva en un sistema de doble parentalidad en el que el niño recibe mensajes contradictorios que le provocan desconcierto y angustia básica. El *cisma marital*, que es “el efecto a largo plazo de una escalada asimétrica”, en la que los miembros de la pareja se desprestigian mutuamente delante de los hijos, creando dos bandos familiares enfrentados y en los que los hijos participan activamente.<sup>42</sup>

El término *alineamiento*, según Johnston y Campbell, se refiere a las fuertes preferencias hacia uno de los progenitores con el consecuente alejamiento del otro. Las causas de esta situación pueden ser diferentes según diversas opiniones: a) no necesariamente es producto de actitudes manipuladoras y depende de la capacidad empática del progenitor con el que los hijos se alinean; b) se debe a la falta de

---

<sup>40</sup> Bolaños, Iñaki. El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense y Sociedad Española de Psiquiatría Forense*. 2 (3): 26. España, 2002. [Consultado el 30 de Diciembre de 2017]. Disponible en: <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art15.pdf>.

<sup>41</sup> Bateson, Gregory, et. al., citado por Bolaños, Iñaki. *Interacción familiar: aportes fundamentales sobre teoría y técnica*. México. p. 21.

<sup>42</sup> Bowen, Murray, *La terapia familiar en la práctica clínica*. p. 27.

empatía del padre inflexible y con poco conocimiento de los efectos de su actitud sobre los hijos, y c) ante los niveles similares de rigidez, defensividad y represión emocional en ambos padres, los hijos tienden alinearse con aquél que sienten más abierto, capaz y solucionador de problemas.<sup>43</sup>

Iñaki Bolaños, toma el concepto de alienación parental propuesto por Richard Alan Gardner quien lo conceptualiza “como un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas legales sobre la custodia de los hijos”<sup>44</sup>; de acuerdo con la anterior definición, el proceso “es el resultado de una combinación entre los adoctrinamientos de un padre ‘programador’ y las propias contribuciones del niño para vilipendiar al padre “diana” (en este contexto el concepto “diana” significa que es el blanco de los ataques del padre “programador” y del niño).<sup>45</sup>

Gardner explica que existen tres tipos de alienación: ligera, moderada y severa que se manifiestan con diversas intensidades.<sup>46</sup>

La alienación del tipo ligero es relativamente superficial, los niños cooperan con las visitas aunque se muestran intermitentemente críticos y disgustados; puede considerarse que su comportamiento durante la visita es básicamente normal. En la alienación de tipo moderado, los hijos están más negativos e irrespetuosos; se da una campaña de denigración particularmente cuando los hijos aprecian que la desaprobación del padre es precisamente lo que la madre desea oír; el padre es totalmente malo y contrariamente la madre es totalmente buena; los hijos aseguran no estar influenciados; durante las visitas adoptan una actitud opositora y pueden llegar a destruir algunos bienes paternos. En el tipo severo de alienación, las visitas pueden ser imposibles; la hostilidad es tan intensa por parte de los hijos que puede quedarse totalmente paralizados y en el caso extremo observar una conducta de abierta y continua oposición y destrucción.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Johnston, Janet y Campbell, Linda, citado por Bolaños, Iñaki. *Impasses of divorce: the dynamics and resolution of family conflict*. p. 27.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>45</sup> Gardner, Richard. Alan, citado por Bolaños, Iñaki. *Denial of the parental alienation syndrome also harms*. p. 37.

<sup>46</sup> Gardner, Richard. Alan, citado por Bolaños, Iñaki. *Recommendations for dealing with parents who induce a Parental Alienation Syndrome in their children*. p. 29.

Se han encontrado diferentes motivos por los que el progenitor “alienante” pretende alejar a los hijos del otro. “Los más importantes pueden ser: incapacidad para aceptar la ruptura de pareja, intento de mantener la relación a través del conflicto, deseo de venganza, evitación del dolor, autoprotección, culpa, miedo a perder a los hijos o a perder el rol parental principal, deseos de control exclusivo, en términos de poder y propiedad”.<sup>48</sup>

Igualmente se ha encontrado que el progenitor “alienante” puede estar celoso del otro o que intenta conseguir ventajas en las decisiones de reparto de bienes o pensiones económicas; también se ha considerado sobre la posibilidad del padecimiento de una patología individual, de una historia personal de abandono, alienación, abuso físico o sexual y la pérdida de identidad.<sup>49</sup>

Algunos autores han descrito al progenitor “alienado” como víctima del progenitor “alienante”; sin embargo, Johnston y Roseby “sugieren que el padre ‘rechazado’ puede contribuir en la continuidad de la alienación mediante una combinación de hostilidad reactiva y de persecución tenaz del niño con llamadas telefónicas, cartas o apariciones imprevistas en sus actividades”.<sup>50</sup> Por otra parte, los motivos del hijo para alienar a un progenitor se encuentran motivados por el sentimiento de pérdida debido a la ruptura y la resolución del conflicto de lealtades, al mismo tiempo que pueden influir presiones propias de su desarrollo, dificultades reales con el progenitor rechazado, o también la ambivalencia hacia el padre aceptado o miedo de él; igualmente se ha considerado que los hijos “son susceptibles a la alienación cuando perciben que la supervivencia emocional del progenitor alienante o la supervivencia de sus relaciones con él, dependen de su rechazo hacia el otro padre”.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>48</sup> *Ídem*.

<sup>49</sup> *Id.*

<sup>50</sup> Johnston, Janet y Roseby, Vivienne, citado por Bolaños, Iñaki. *In the name of the child: A developed approach to understanding and helping children of conflicted and violent divorce*. pp. 31-32.

<sup>51</sup> Dunne, John y Hedrick, Marsha. *The Parental Alienation Syndrome*. pp. 32-34, citado por Bolaños, Iñaki.

En atención a la relación anterior sobre las diversas manifestaciones de la alienación parental, el propio Bolaños expone algunas propuestas de intervenciones legales y terapéuticas sugeridas por los autores que le han servido de sustento para su propia exposición y de los cuales ya se ha hecho referencia. En este apartado sólo destaco, de entre otras presentadas por Bolaños, las propuestas de Gardner, que propone intervenciones terapéuticas mediante mandatos judiciales, frente a las de Lowenstein y Vestal que proponen procesos de mediación con intervenciones terapéuticas, previos a las decisiones judiciales<sup>52</sup>. Por su divergencia, resultan dignas de consideración y útiles al abordar más adelante el tema de la custodia frente a la alienación parental.

Así, de acuerdo con Gardner, en los casos ligeros no suelen necesitarse intervenciones, ni terapéuticas ni legales específicas.<sup>53</sup>

En los casos moderados señala que el tratamiento sea ordenado por el juzgado y que el terapeuta mantenga un contacto directo con el juez, en virtud de que el modelo que propone prevé que sean utilizadas estrategias terapéuticas autoritarias y un manejo de confidencialidad que permita poner en conocimiento del juez la información necesaria para que esté en posibilidad de fijar una postura judicial con claridad para determinar las sanciones en el caso de que el progenitor alienante boicotee u obstaculice el tratamiento psicoterapéutico. En estos casos el tratamiento requiere: a) Intervención con el progenitor alienante, quien normalmente rehúsa colaborar con el programa y si participa lo hace obstaculizando y obstruyendo; b) Intervención con los hijos, con capacidad para tolerar las protestas y demandas de maltrato que los niños afectados a menudo ejercen, y c) Intervención con el progenitor alienado, quien habitualmente se encuentra desorientado y confundido con lo ocurrido.<sup>54</sup>

En los casos severos, la propuesta de Gardner comprende los siguientes procesos: a) Separar al hijo del domicilio materno y colocarlo en el paterno, mediando

---

<sup>52</sup> Bolaños, Iñaki, *Op.Cit.* pp. 34-36 (nota 35).

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 35-36.

decisión judicial<sup>55</sup>; b) Tras lo anterior debe haber un periodo de “descompresión” en el cual no hay ningún contacto entre madre e hijo; este periodo será monitoreado por el “terapeuta judicial”, quien tiene contacto directo con el juez, y c) Después del tiempo considerado necesario progresivamente se irán incrementado los contactos entre madre e hijo, evitándose nuevas “reprogramaciones”<sup>56</sup>, con lo cual se considera que el progenitor alienante es la madre.

La propuesta de Lowenstein, más sencilla, se precisa en dos aspectos; a) Un intento de mediación frente a la decisión judicial, y b) Si la mediación no funciona, el juez puede tomar todas las medidas posibles; y es que este autor encontró que el proceso judicial es más largo y que padres e hijos se encontraban más satisfechos con la mediación.<sup>57</sup>

Por su parte, Vestal, propone un modelo de mediación basado en cuatro elementos: a) La intervención de un experto en salud mental que diagnostique los motivos subyacentes de la alienación y la intensidad de ésta, y prescriba las intervenciones terapéuticas adecuadas antes de que se emita la decisión judicial sobre la custodia y las visitas; b) Viene después el proceso de mediación para precisar la seguridad de que el juzgado actuará con rapidez cuando sea necesario disuadir las tácticas de engaño y para imprimirle lentitud al proceso, que emprenda el progenitor alienante; c) Balancear la discrepancia o desigualdad de poder sentida por el padre rechazado, que se ha visto aislado de la vida y el afecto del hijo, y d) Por último, la conformación de un mecanismo para manejar el comportamiento manipulador y engañoso del progenitor alienante y que permita controlar la cooperación con las órdenes judiciales y con los acuerdos que se vayan logrando.<sup>58</sup>

Las anteriores ideas acerca del llamado “síndrome de alienación parental” expuestas en las anteriores líneas, así como las propuestas de intervención, tanto de carácter psicológico como legal, para solucionar el problema de la alienación parental,

---

<sup>55</sup> Estimo pertinente precisar que aunque Gardner se refiere al hecho de que el menor de edad se encuentre bajo la custodia de la madre, el procedimiento que propone igual aplica si es el caso de que sea el padre quien tenga la custodia y actúe como progenitor alienante.

<sup>56</sup> Bolaños, Iñaki. Op.Cit., pp. 36-37.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>58</sup> *Ídem*.

constituyen un acervo de información sobre la detección del fenómeno y que han permitido una identificación del mismo en el desarrollo de las relaciones familiares en nuestra sociedad, dando paso a su atención desde las leyes de familia o códigos civiles desde diversas ópticas y tratamientos particulares en las leyes y códigos de la entidades federativas de nuestro país.

Por ello es importante destacar en este apartado el criterio que ha definido, en relación al fenómeno de la alienación parental, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Juicio de Acción de Inconstitucionalidad número 11/2016, promovido por el Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, que reclamó la invalidez de los artículos 336 Bis B, 429 Bis A y 459, fracción IV, todos del Código Civil para el Estado de Oaxaca, reformados y adicionados mediante Decreto 1380 publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Oaxaca, el dos de enero de dos mil dieciséis, señalando como autoridades emisora y promulgadora de las mencionadas normas, al Poder Legislativo y al Gobernador de ese Estado, respectivamente.

En este punto sólo me ocuparé del criterio definido, como ya se señaló, en relación con el concepto de alienación parental, concepto que en el Código Civil de Oaxaca, fue definido a partir de la consideración de que se trata de una forma de violencia familiar y desde sus aspectos constitutivos, en los artículos 336 Bis B y 429 Bis A, segundo párrafo, los cuales fueron aprobados por el legislador oaxaqueño en los siguientes términos

Artículo 336 Bis B. (...)

Comete violencia familiar en la forma de alienación parental el integrante de la familia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

Artículo 429 Bis A. (...)

...

Se entiende por alienación parental la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su hijo, mediante la desaprobación o crítica tendiente a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor.

En la resolución del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son de destacarse los siguientes argumentos en relación al fenómeno de alienación parental, que parte de un estudio del fenómeno de alienación parental:

31. No existe un consenso científico ni académico sobre el fenómeno entendido como "alienación parental". A pesar de las múltiples propuestas sobre su conceptualización y de las evidencias empíricas de algunos investigadores, los resultados demuestran posturas contradictorias, pues algunos reconocen su existencia y le atribuyen un origen concreto, otros, la admiten atribuyéndole un origen multifactorial, y algunos más, la niegan bajo el argumento de que no existe una base científica sólida que la apoye.

32. De la consulta se obtiene que quienes han estudiado el fenómeno, *reconocen que las prácticas alienadoras familiares existen*, pero la complejidad de sus causas, actores, entorno social y económico, así como sus mecanismos de implementación al interior de la familia, han generado disputa en su concepción y sobre la viabilidad y validez de su diagnóstico.

34. En efecto, dada la gran similitud gramatical que existe entre el *Síndrome de Alienación Parental* (postulado por Gardner) y el término genérico de *Alienación Parental* sin el sustantivo "síndrome", es como estos dos conceptos llegan a confundirse dejando pensar que se trata del mismo término o que ambos conceptos tienen el mismo contenido.

35 El examen de las referencias literarias consultadas, permite conocer que la "alienación parental", en un *sentido general*, incluye todas aquellas situaciones *en las que un hijo rechaza a uno de sus progenitores*, incluyendo aquellos casos en los que verdaderamente ese rechazo está justificado al conducirse el progenitor de forma negativa o tener un comportamiento inadecuado para con su o sus hijos. Ahora bien, una parte de la confusión en cuanto al término alienación parental, viene precisamente del hecho de que algunos especialistas estiman que sólo existe alienación parental cuando el rechazo se justifica de una forma o de otra, esto es, cuando el rechazo sucede por cualquier motivo o circunstancia, con causa o sin ella.

36. Por otra parte, la alienación parental, en el *sentido estricto* del término, se encuadra en aquellos casos en los que el rechazo del hijo por uno de sus padres, *resulta injustificado*; es decir, cuando uno de los progenitores sufre rechazo irracional, abrupto, sin motivo y permanente por parte de su o sus hijos, sin que aquél tenga o presente un comportamiento negativo o inadecuado que lo motive.<sup>(5)</sup> Así, la polémica surgida entre los especialistas del tema proviene precisamente de aquellas hipótesis que tratan de explicar ese rechazo irracional o injustificado; sin dejar de afirmar que existe consenso

en cuanto a la existencia de la conducta, pero no en cuanto a su explicación por una única hipótesis o causa patogénica.(6)

70. Conforme a lo expuesto este Tribunal Pleno reitera la apreciación en el sentido de que en la literatura especializada en la materia no hay uniformidad ni consenso sobre la conceptualización del fenómeno conocido como "alienación parental" como un síndrome o trastorno médico identificable a través de la manifestación de determinados síntomas (47) como lo catalogó Richard Gardner, pues un gran número de los especialistas consultados ubican al fenómeno como un problema de conducta disfuncional en un contexto de conflicto familiar, con un origen causal multifactorial.

71. Así, más allá de la polémica entre simpatizantes y continuadores, así como detractores de las teorías de Richard Gardner sobre la atribución de la categoría de síndrome o trastorno a la denominada alienación parental y la forma de su instrumentación; inclusive, aun ante la falta de consenso en la forma de conceptualizar la conducta y las propuestas de intervención psicológica para su detección; este Alto Tribunal advierte que todos los expertos cuyos textos fueron consultados, *reconocen como cierta la presencia de este tipo de conductas de rechazo en los menores de edad hacia alguno de sus padres, en conflictos parentales de separación*, y que en algunos de esos casos, es factible que ese comportamiento de rechazo pueda surgir a partir de la intervención del otro progenitor; *por lo que la existencia del fenómeno no puede negarse*, sobre todo si se toma en consideración la obligación de atender al interés superior del menor que emana del artículo 4º constitucional.

72. En ese entendido, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación observa necesario entender a la alienación parental desde una perspectiva *amplia* y abordarla conforme a ello; esto es, atendiendo a las particularidades del fenómeno no es dable reducir su análisis a la catalogación de un síndrome o trastorno médico diagnosticable con base en síntomas o determinadas manifestaciones en los menores de edad. Se ha de partir de que la detección de la conducta en un caso concreto requiere de una aproximación sistémica a la familia y su dinámica, que evalúe los múltiples e interdependientes factores que influyen en las respuestas de los miembros, así como las influencias de factores externos, a efecto de conocer la condición psicoemocional del menor de edad que expresa rechazo hacia uno de sus progenitores y sus causas.

El análisis que lleva a cabo el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, parte del señalamiento de las inconsistencias de los estudios y exposición que sobre el fenómeno de alienación parental presentó Richard Gardner,

al que califica como “síndrome”, lo cual, considera el alto Tribunal, no tiene ningún sustento científico, dado que en los informes de organizaciones científicas médicas y psicológicas no es considerado ni reconocido como síndrome, por lo que lo descarta como tal, pero establece que de acuerdo con otros estudios puede inferirse que independientemente de lo anterior, se reconoce la existencia del fenómeno de alienación parental estimando que este fenómeno debe abordarse desde una perspectiva amplia y conforme a sus particularidades, por lo que la detección de la conducta alienante en un caso concreto, requiere una aproximación sistémica a la familia y su dinámica a fin de conocer el proceso alienante y los diversos factores que lo provocan, así como sus efectos, en atención a que no puede negarse la existencia de tal fenómeno, pues debe tenerse presente la obligación de atender el *Interés Superior del Menor* derivada del artículo 4° de nuestra Carta Magna.

De la lectura de la resolución se advierte que el Tribunal Pleno de la Suprema de la Suprema Corte de Justicia encontró en su análisis de los antecedentes de la reforma, es decir en las motivaciones del Legislador oaxaqueño, que éste no consideró el fenómeno de alienación parental como un síndrome, sino que consideró la existencia del mismo para definirlo por sus elementos constitutivos y en esa posición de sólo reconocimiento de la realidad el fenómeno aprobó el texto del segundo párrafo del artículo 459 Bis A del Código Civil para el Estado de Oaxaca, definiéndolo a partir de los siguientes elementos:

- a) Una acción: La manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su hijo;
- b) Medio de realización de la acción: Manipulación o inducción hecha mediante la desaprobación o crítica del otro progenitor;
- c) Propósito: Producir desaprobación o crítica tendiente a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor

El razonamiento del alto Tribunal concluyó con la determinación de la validez del concepto de alienación parental establecido en el Código Civil para el Estado de Oaxaca, conforme al resolutivo tercero de la ejecutoria pronunciada en el Juicio de Acción de Inconstitucionalidad con número de expediente 11/2016, el cual es del tenor siguiente:

TERCERO. Se declara la invalidez de los artículos 336 Bis B, párrafo último, 429 Bis A, párrafo primero, en la porción normativa ‘Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio’, y 459, fracción IV, del Código Civil para el Estado de Oaxaca.

Cabe hacer la observación de que esta resolución, valida la estipulación de la alienación parental incluida en el Código Civil para el Estado de Durango que define, en el artículo 406 Bis el fenómeno de alienación parental por sus elementos constitutivos y con los mismos elementos con que lo define el Código Civil para el Estado de Oaxaca.

### **B) Consecuencias Jurídicas de la alienación parental**

Considero que cualquiera que sea la forma en que se produzca el proceso de alienación parental, el cual generalmente deriva de la mala separación o el mal divorcio de un matrimonio y una mala ruptura de las parejas que no se encuentran unidas por el vínculo matrimonial, además de las consecuencias en el desarrollo psico-emocional de los hijos y del padre o madre, objetivamente constituye una acción que vuelve nugatorio el disfrute por los hijos de sus derechos reconocidos como fundamentales, identificados en el primer apartado de este capítulo, de los cuales destaco como los principalmente afectados por las acciones alienantes, los siguientes:

- 1) El derecho a la vida, siendo un factor importante para garantizar este derecho la protección que ambos progenitores podrán otorgarle, por lo que se violenta este derecho con la limitación o impedimento que se imponga a uno de los padres por el otro, lo que genera un detrimento en la calidad de la misma;
- 2) El derecho a vivir en familia, que se traduce en el derecho a conocer a sus padres, a no ser separados de ellos, a tener relaciones con ambos, aun cuando por determinación judicial se encuentre bajo la custodia de uno solo de los padres; el proceso alienante puede en el peor de los escenarios impedir que el menor de edad conozca al padre alienado; en este caso, se violenta el disfrute de estos derechos fundamentales cuando se da el proceso alienante en contra de la convivencia familiar;
- 3) El derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un desarrollo integral, lo cual sólo podrá lograrse si se tiene el disfrute de los dos anteriores, la violación de los primeros, trae como consecuencia la violación de este derecho igualmente fundamental;

- 4) El derecho a una vida libre de violencia; en relación con este derecho fundamental se ha considerado que el proceso de alienación parental es una forma de violencia; considero que si lo es en virtud de que se agrede la parte emocional del niño y el adolescente, al enfrentarlo a la ruptura con el padre alienado; esta forma de violencia constituye una violación a este derecho fundamental;
- 5) El derecho a la educación, la cual debe darle al niño y al adolescente una formación integral para su desarrollo personal, por lo que ambos padres deben ser copartícipes en el proceso educativo; el impedimento que imponga el padre alienante al padre alienado de participar en el proceso educativo de los hijos es violatorio de este derecho fundamental; y
- 6) El derecho a la participación, que se traduce en que niños y adolescentes sean tomados en cuenta en los asuntos de su interés, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez. Sin duda alguna la separación de sus padres y la relación que habrán de tener con ellos en lo sucesivo son asuntos de su interés, por lo que el proceso de alienación viola este derecho en virtud de que propicia un alejamiento con uno de sus padres sin ser tomado en cuenta al crear un entorno hostil hacia el padre alienado.

El proceso de alienación parental tiene como consecuencia que el niño o adolescente se vea privado de un entorno familiar, pues aunque la separación de los padres rompe el esquema tradicional de la familia, ésta no desaparece, puesto lo que importa es la existencia de vínculos afectivos, el apoyo que deben darse los miembros de la familia y el respeto como base y fortalecimiento de lo anterior; un entorno familiar para el menor de edad, ajeno a los problemas de sus padres, puede mantenerse si se conservan estos elementos vinculantes de los hijos con los padres.

Para proteger este entorno beneficioso para los hijos, la Convención Sobre los Derechos del Niño, de la que México es parte, ha establecido que:

El niño temporal o permanentemente privado de su ambiente familiar o cuyo superior interés exija que no permanezca en dicho ambiente, tiene derecho a la protección y asistencia especiales del Estado y otro tipos de cuidados de conformidad con las leyes nacionales; entre esos cuidados estarán la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores; en todo caso deberá prestarse atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. (Art. 20)

De acuerdo con la anterior disposición, los Estados parte de esta Convención estarán obligados a formular las leyes y crear las instituciones necesarias para la protección y garantía de los derechos fundamentales que he relacionado en líneas anteriores. En cumplimiento de la anterior obligación, el Estado mexicano ha venido configurando un entramado de disposiciones de prevención y de solución al problema de la alienación parental en los diversos Códigos Civiles, el federal y los de las entidades federativas, así como en leyes que regulan las relaciones de familia, cuerpos legales que establecen consecuencias jurídicas a la actualización de los procesos de alienación parental efectuados por alguno de los padres.

En virtud de lo anteriormente expuesto, en este apartado se muestran las consecuencias jurídicas que genera la alienación parental de acuerdo con el Código Civil vigente en el Estado de Durango.

Considero conveniente tener en cuenta tanto las causales de divorcio que sin estimar culpabilidad de la separación en ninguno de los cónyuges, que permiten a ambos conservar el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores de edad, como aquellas causales de divorcio que si estiman culpabilidad en uno de los cónyuges y que tiene como consecuencia para éste la pérdida de la patria potestad sobre los hijos menores de edad. En ambos casos, se da como consecuencia la custodia monoparental, salvo los casos en que mediante acuerdo de los padres (cuando no se estima culpabilidad en ninguno de los cónyuges) se adopta una custodia compartida. En los casos de los divorcios motivados por las causales que estiman culpabilidad de alguno de los cónyuges, donde quedan diferendos e incompatibilidades de los cónyuges, son en los que mayormente se presentan procesos de alienación parental. Cabe precisar que la pérdida de la patria potestad no significa pérdida absoluta de derechos de paternidad (tal como se indica en la jurisprudencia **PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO CONLLEVA INDEFECTIBLEMENTE IMPEDIR QUE EL MENOR EJERZA EL DERECHO DE CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES**, antes referida), pues entre otros se conservan los derechos de visita y de mantener una relación con los hijos, así como el de ser informado acerca de los progresos y retrocesos educativos de los hijos y de los accidentes y enfermedades que sufran, que en alguna medida contribuyen a

mantener un entorno familiar favorable a los niños y adolescentes. La custodia otorgada por disposición del juez en favor del cónyuge no culpable, no le da derechos absolutos sobre los hijos. Por tanto, la prohibición de acercamiento con los hijos o su separación del entorno familiar, sólo deben darse por causas de extrema gravedad que pongan en peligro al menor y serán en aras de protección de su *Superior Interés*.

Es por lo anterior por lo que la ley previene consecuencias jurídicas a la acción de alienación parental a fin de garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, pudiéndose modificar las condiciones de custodia u ordenarse la sustracción de los menores de edad de un entorno familiar tóxico o peligroso.

En el Código Civil vigente en el Estado de Durango se establecen las siguientes medidas preventivas de la alienación parental, en los artículos 278 bis y 279, que en lo relativo disponen lo siguiente:

#### **Artículo 278 bis**

En la sentencia de divorcio se observará en ella: la protección para los hijos que incluirá las medidas de seguridad, seguimiento y terapias necesarias para evitar y corregir los actos de violencia familiar o de alienación parental, las cuales podrán ser suspendidas o modificadas en los términos previstos por el artículo 973 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Durango (. . .)<sup>59</sup>

#### **Artículo 279**

Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores o el Ministerio Público, cualquiera providencia que se considere benéfica a los menores o incapaces. El que ejerza la patria potestad o guarda y custodia, debe inculcar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro progenitor, con sus hermanos y con sus demás familiares. Cualquier progenitor o familiar, tiene la obligación de hacer del conocimiento del juez las conductas que pudieran constituir alienación parental.

---

<sup>59</sup> **Artículo 973 del Código de Procedimientos Civiles:** El Juez de lo familiar estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente tratándose de menores, de alimentos y de cuestiones relacionadas con violencia intrafamiliar, decretando las medidas precautorias que tiendan a preservar la familia y proteger a sus miembros./ En todos los asuntos de orden familiar los jueces están obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho./ En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juez deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento./ (. . .)

De las anteriores disposiciones se desprende que las medidas preventivas contra la alienación parental deberán ser precisadas por el Juez de lo Familiar en la sentencia que decrete el divorcio y la custodia de los menores de edad y que su intervención en la resolución del conflicto no termina ahí, sino que al estar facultado por el artículo 973 del Código de Procedimientos Civiles<sup>60</sup>, debe dar seguimiento de oficio al cumplimiento de la sentencia, pudiendo modificar sus determinaciones en relación con las medidas preventivas dictadas para prevenir o corregir los actos de violencia y/o de alienación parental; por otra parte, está facultado el Juez para acordar cualquier medida que se considere benéfica para los menores de edad, a petición de los familiares señalados en el artículo 279 del Código Civil. La otra medida de prevención de la alienación parental se desprende de este mismo artículo, que impone la obligación a quien ejerza la patria potestad, o la guarda y custodia de inculcar el respeto y acercamiento con el otro progenitor, con sus hermanos y demás familiares, y complementariamente, también como medida de prevención, se impone la obligación a cualquier progenitor o familiar de hacer del conocimiento del Juez las conductas que pudieran configurar alienación parental.

Por otra parte, en los artículos 406, 406 bis, 412, 439 fracción IX y 442 fracción VI del Código Civil se establecen medidas para corregir la alienación parental y para restituir los derechos de paternidad, que los procesos alienantes impiden que sean ejercidos parcial o totalmente por el padre alienado y complementariamente se establecen sanciones al padre alienante. Los textos de los artículos citados son los siguientes:

**Artículo 406**

En la relación entre ascendientes y descendientes debe imperar el respeto y la consideración mutuos, cualquiera que sea su estado, edad y condición; por lo tanto, deberá evitarse todo acto, de parte de cualquiera de los progenitores o ascendientes, encaminado a provocar en un menor de edad rechazo, rencor o distanciamiento hacia el otro progenitor. Cuando el juez tenga conocimiento de este tipo de actos tomará las medidas necesarias de seguridad, seguimiento, y en su caso, ordenará las terapias que

---

<sup>60</sup> H. Congreso del Estado de Durango, Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango (CPCED), disponible: <http://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/CODIGO%20DE%20PROC.%20CIVILES.pdf>, Consultada el 31 de Mayo de 2018.

permitan corregir y evitar estas conductas, con el propósito de salvaguardar la integridad física y emocional del menor.

#### **Artículo 406 bis**

La alienación parental es la manipulación que un progenitor o un familiar realiza hacia un menor de edad, mediante la desaprobación o la crítica, con el objeto de denigrar al otro progenitor o a sus familiares y con el propósito de producir en el menor, rechazo, rencor, odio o desprecio hacia alguno de éstos, con el propósito de inducir al menor a rechazar la convivencia con el progenitor o familiar.

#### **Artículo 412**

En caso de separación o divorcio de los padres o abuelos, continuarán ejerciendo ambos la patria potestad; la custodia será decidida por convenio o por el Juez de lo Familiar, atento a lo dispuesto en el Artículo 278 de este Código, teniendo siempre en cuenta el interés superior del hijo.

Al progenitor o cónyuge abandonado, por más de seis meses, le corresponderá la custodia de los hijos que haya conservado consigo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el hijo y sus ascendientes. En caso de oposición, el juez, a petición del menor o del ascendiente, resolverá atendiendo al interés superior del menor. Los ascendientes deben evitar cualquier acto sobre el hijo orientado a provocar rechazo, rencor o distanciamiento hacia otro ascendiente.

El derecho de visita y convivencia podrá suspenderse o perderse por decisión judicial, en los casos en que el menor haya sido víctima de violencia familiar por parte de quien tenga el derecho de visita o convivencia o sea sustraído o retenido sin autorización de quien tenga la custodia. El cónyuge que ejerza la guarda y custodia del hijo deberá evitar conductas que promuevan la separación, rechazo, o falta de convivencia de los hijos con el cónyuge separado, el juez vigilará el cumplimiento de ello, y en su caso, podrá revocar de inmediato la custodia.

#### **Artículo 439**

La Patria potestad se pierde:

IX.- Cuando uno de los progenitores realice, en forma reiterada y grave, en la persona de los hijos, conductas que ocasionen alienación parental que impacte al menor en su desarrollo armónico, o afecte a la persona, libertad o patrimonio del otro que ejerce la patria potestad, acreditable mediante dictamen que ordene el juez a perito especializado en la materia. La pérdida cesará una vez que el alineador justifique, al Juez que conoce

del asunto, haberse sometido al tratamiento que le permita tener una sana relación con el menor.

#### **Artículo 442**

La patria potestad se suspende:

VI.- Cuando uno de los cónyuges realice en la persona de los hijos, conductas que causen alienación parental que impacte gravemente al menor en su desarrollo armónico, o afecte a la persona, libertad o patrimonio del otro que ejerce la patria potestad, acreditable mediante dictamen que ordene el juez a perito especializado en la materia. La pérdida cesará una vez que el alienador justifique, al Juez que conoce del asunto, haberse sometido al tratamiento que le permita tener una sana relación con el menor.

De los textos de las disposiciones transcritas, se derivan los siguientes aspectos:

1. El artículo 406 bis contiene un concepto de lo que legalmente debe considerarse alienación parental, la cual es definida por los elementos materiales que la actualizan como son: a) la acción manipuladora efectuada por un progenitor o un familiar hacia un menor de edad mediante la desaprobación o la crítica del progenitor alienado; b) con un objetivo; denigrar al otro progenitor o a sus familiares; c) con dos propósitos bien definidos: el primero, producir en el menor de edad, rechazo, rencor, odio o desprecio hacia uno de los progenitores y el segundo, inducir al menor de edad a rechazar la convivencia con el progenitor o familiar.
2. El artículo 406 previene las acciones de corrección de la alienación parental ya que faculta al juez para que, cuando tenga conocimiento de la realización de acciones alienantes, tome las medidas necesarias de seguridad, seguimiento, y en su caso, ordenará las terapias que permitan corregir y evitar las conductas referidas, con el propósito de salvaguardar la integridad física y emocional del menor de edad.
3. De acuerdo con el artículo 412, en caso de separación o divorcio de los padres, ambos continuarán con el ejercicio de la patria potestad, conforme a las reglas del artículo 278, resolviéndose la custodia mediante convenio o por declaración del juez, tendiendo siempre presente el *Interés Superior del Menor* y establece imperativamente, que no podrán impedirse, sin causa justificada las relaciones personales entre el hijo y sus ascendientes y en caso de oposición a ello, a petición del hijo o del progenitor, el juez deberá resolver atendiendo al *Interés Superior del Menor*; el progenitor que ejerza la guarda y custodia del hijo deberá evitar conductas que promuevan la separación, rechazo, o falta de convivencia de los hijos con el cónyuge separado, el juez vigilará el cumplimiento de ello, y en su caso, podrá revocar de inmediato la custodia. Esta determinación del juez constituye una medida de corrección de la alienación parental con mayores alcances, pues la orden de revocación de la custodia tiene

como consecuencia retirar al menor de un entorno poco favorable al fortalecimiento de los vínculos afectivos y a su desarrollo integral psíquico y afectivo.

4. De acuerdo con el artículo 439, fracción IX, del Código Civil, ocurre pérdida de la patria potestad del progenitor que realice, en forma reiterada y grave, en la persona de los hijos, conductas que ocasionen alienación parental que impacte al menor en su desarrollo armónico, o afecte a la persona, libertad o patrimonio del otro que ejerce la patria potestad, acreditable mediante dictamen que ordene el juez a perito especializado en la materia. Para que ocurra la pérdida de la patria potestad es necesario que se reúnan las siguientes condiciones: a) que las conductas que ocasionen alienación parental sean reiteradas y graves que impacten al menor en su desarrollo armónico; la reiteración como elemento material significa la repetición constante de tales conductas, en tanto que la gravedad implica el impacto que tienen sobre el menor de edad, lo cual es acreditable mediante dictamen ordenado por el juez a un perito especializado en la materia; b) la otra condición, disyuntiva por cierto, es que las conductas alienantes afecten a la persona, la libertad o patrimonio del otro progenitor que ejerce la patria potestad, condición que me parece improcedente para ordenar la pérdida de la patria potestad, ya que las acciones alienantes van encaminadas a lograr en el menor una conducta de rechazo hacia el otro progenitor, es decir, que la acción alienante va dirigida a la psique<sup>61</sup> de las personas, en este caso, a la del hijo. La patria potestad podrá recuperarse una vez que el progenitor alienante justifique ante el juez haberse sometido al tratamiento que permita tener una sana relación con el menor de edad, de donde se sigue que el juez podrá ordenar dicho tratamiento en la sentencia que ordene la pérdida de la patria potestad, lo cual se aplica, considero, al progenitor alienante como sanción y como medida correctiva de la alienación parental.
5. El artículo 442, fracción VI del Código Civil prevé la suspensión de la patria potestad del progenitor alienante, por la mismas causas que el diverso artículo 439, fracción IX, establece para la pérdida. Aunque con diversa redacción, el numeral 442 establece que deben darse los mismos efectos en el menor de edad. Podría pensarse que la intención del legislador fue la de sancionar al progenitor alienante sólo con la suspensión de la patria potestad cuando los efectos de las acciones alienantes produzcan en el menor de edad efectos moderados, de acuerdo con la tesis de Gardner antes revisada.

---

<sup>61</sup> El término Psique lo tomo en su acepción más amplia derivada de la psicología: “El conjunto de las facultades mentales de una persona, que engloba tanto los procesos conscientes como los procesos inconscientes”.

### **C) Análisis comparado de las legislaciones estatales**

En esta parte se presenta un estudio comparado de las legislaciones en materia de alienación parental prevista en los Código Civiles de los Estados de Colima y Baja California, haciendo una breve referencia al caso de la Ciudad de México que ha eliminado toda regulación en relación con el fenómeno de la alienación parental.

En atención a la precisión con que es definida la alienación parental como figura jurídica y la regulación de su prevención y sanción así como el aspecto vinculado a estos puntos, que es el de la protección del *Interés Superior de la Niñez*, he tomado como ejemplo para un breve análisis comparativo las legislaciones de los Estados de Colima y Baja California Sur, en virtud de que son códigos que presentan una pequeña variante en relación con las disposiciones de nuestro Código Civil; por otra parte, también he encontrado que las legislaciones de otros Estados presentan o el mismo modelo de Durango o el de los Estados de Colima y Baja California Sur.

Actualmente algunos Estados de la República reconocen y abordan la alienación parental a través de sus leyes locales, ya sea considerándola un síndrome -conocido como Síndrome de Alienación Parental (SAP)- o un tipo de violencia familiar, que castigan al padre o a la madre que incurre en dicha conducta. Derivado de esto, se aplican penas y/o medidas preventivas tales como: terapia psicológica, pérdida de la patria potestad del menor de edad y/o cárcel.<sup>62</sup>

En relación con lo anterior, destaca que en la Ciudad de México ya no se contempla como figura legal la alienación parental porque la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) mediante la reforma promulgada el 9 de Mayo de 2014 y a propuesta de Miguel Ángel Mancera -Jefe de Gobierno en turno-, derogó el Art. 323

---

<sup>62</sup> Según datos de la Comisión de la Familia y Desarrollo Humano del Senado, los Estados que en orden alfabético legislan sobre la alienación parental, son: Aguascalientes, Baja California Sur, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Querétaro, Tamaulipas, Veracruz y Yucatán.

séptimus del Código Civil la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF), bajo el argumento que la alienación parental era una forma indirecta de discriminación.<sup>63</sup>

Cabe mencionar algunos aspectos relevantes establecidos por el Senado de la República, sobre la alienación parental:

El Senado a través de la Comisión de Familia y Desarrollo Humano, se ha manifestado a favor de que la alienación parental sea tratada como un tipo de violencia familiar y respecto a esta consideración, el 16 de Febrero de 2017<sup>64</sup> emitió públicamente lo siguiente:

1- El Senado exhortó a los Congresos estatales a legislar en materia de “Alienación Parental”, ya que en los casos de violencia familiar o divorcio se fomenta la idea, de que las madres o padres custodios manipulan y las niñas y niños mienten.

2- Llamó a las Legislaturas locales a incorporar este concepto en sus Códigos Civiles o Familiares a fin de proteger el *Interés Superior de la Niñez*.

3- En el referido punto de acuerdo se señala que el Síndrome de Alienación Parental (SAP) –que tiene sus orígenes en una teoría psiquiátrica– surge casi exclusivamente en batallas por la custodia del menor de edad, quienes exhiben conductas desafiantes ante uno de los padres, actitudes que son apoyadas por el otro progenitor.

El SAP es un término que ha generado polémicas, críticas (de parte de legisladores, organismos civiles defensores de la infancia) y controversias, por considerar<sup>65</sup> que:

---

<sup>63</sup> La derogación del Art. 323 séptimus y el caso que originó esta situación, no son el tema a profundizar en la presente tesis y lo menciono a modo de referencia para ejemplificar un lugar de la república mexicana en el que ya no se contempla la conceptualización de la alienación parental. SDP noticias informó el 6 de Agosto del 2018 en su portal web que en un comunicado, la SCJN explicó que al aplicar el *Interés Superior de la Niñez*, se estableció que se puede modificar la guardia y custodia cuando uno de los padres sistemáticamente impida que sus hijos convivan con el otro progenitor.

<sup>64</sup> CIMAC Noticias, Periodismo con perspectiva de género, disponible: <https://www.cimacnoticias.com.mx/noticia/legislar-sobre-alienacion-parental-pide-senado-congresos>, Consultada el 17 de Mayo de 2018.

<sup>65</sup> Ruiz-Healy Times, Noticias, disponible: <https://www.ruizhealytimes.com/opinion-y-analisis/la-mentira-del-sindrome-de-alienacion-parental-sap>, Consultada el 11 de Mayo de 2018.

1- El término acuñado en 1985 por Richard A. Gardner cuya finalidad tuvo el descalificar las denuncias/quejas injustas o falsas de maltrato o abuso sexual, es una pseudociencia basada en un supuesto desorden patológico que hace que los hijos denigren a uno de los padres, siguiendo órdenes generalmente de la madre -quien le hace creer al menor de edad ideas falsas sobre el padre-.

2- Como tal, según los parámetros de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Asociación Americana de Psiquiatría -American Psychological Association (APA)-, no constituye una entidad clínica ni médica.

3- Aunado a lo anterior, organizaciones y agrupaciones como el Grupo de Acción por los Derechos Humanos y la Justicia Social, Adivac y Save the Children consideran que: el concepto planteado carece de sustento científico, puede ser mal usado para defender a los acusados de violación y abuso sexual, presenta un carácter discriminatorio y en ocasiones estereotipado.

4- Tal síndrome se puede prestar a una doble consecuencia injusta y/o para uso de una venganza personal: tiende a estigmatizar a alguno de los padres como manipuladores y de paso, se etiqueta y trata al menor de edad como si fuera un mentiroso.

En relación con lo anterior, considero que el Senado de la República al hacer tal exhorto a las entidades federativas, parte de una situación objetiva ya que son fenómenos que se presentan como consecuencia de la separación de los parejas (independientemente de que estén o no unidas por un vínculo matrimonial) y de la pugna que se da entre ellos para obtener la guarda y custodia de los menores de edad.

Los aspectos que refieren quienes consideran que su regulación puede propiciar medios de defensa para quienes han sido acusados de abuso y violación sexual o para uso de una venganza personal o que tiene un carácter discriminatorio o estereotipado, considero que serían posibles en la medida en que la regulación en las leyes de familia sea inadecuada o carezca de la inclusión en su texto de los elementos objetivos que materialicen el desarrollo de configuración del proceso alienante; el fenómeno, considero que se presenta en una realidad familiar y social, con independencia de su caracterización científica como un desorden o patología de carácter psicosocial o exclusivamente social.

No obstante, los resultados o las características enumeradas anteriormente se dan en perjuicio del menor de edad y del padre o madre a quien se pone en contra del menor, por tanto el Derecho no puede obviar este problema y dejar sin protección a las personas afectadas.

### **a) Legislación del Estado de Colima**

En el Código Civil para el Estado de Colima<sup>66</sup>, el tema de la alienación parental se encuentra previsto en el Título Octavo, estrechamente vinculado con el ejercicio de la patria potestad y sus efectos sobre las personas de los hijos.

El artículo 411 del referido Código, establece que en las relaciones entre ascendientes y descendientes deben imperar el respeto y la consideración mutuos, con independencia de edad, estado o condición; establece además, en su segundo párrafo que los ascendientes deben procurar el respeto y acercamiento constante con el otro ascendiente a efecto de evitar cualquier acto de alienación parental. Así, define a la alienación parental en los siguientes términos:

Se entiende por alienación parental la manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su menor hijo, mediante la desaprobación o crítica tendiente a obtener la denigración exagerada y/o injustificada del otro progenitor para producir en el menor, rechazo, rencor, odio o desprecio hacia éste.

En esta disposición, cabe destacar los siguientes aspectos:

- a) La obligación de que entre ascendientes y descendientes debe existir mutuos respeto y consideración;
- b) Se establece como obligación de los ascendientes de procurar el respeto y acercamiento constantes con el otro ascendiente;
- c) Que ambas obligaciones tienen como propósito evitar actos de alienación parental; y
- d) Que el concepto legal de alienación parental se constituye con los siguientes elementos:
  - 1) Que es un proceso de manipulación o inducción que un progenitor realiza hacia su menor hijo;

---

<sup>66</sup> H. Congreso del Estado de Colima, Código Civil para el Estado de Colima (CCEC), disponible: <https://cdhcolima.org.mx/wp-content/uploads/2017/01/C%C3%B3digo-Civil-para-el-Estado-de-Colima.pdf>, Consultada el 3 de Junio de 2018.

- 2) Que dicha manipulación o inducción se realiza mediante desaprobación o denigración injustificada de la persona del otro progenitor; y
- 3) Que lo anterior tiene como propósito producir el rechazo, rencor, odio o desprecio del menor hacia el otro progenitor.

De acuerdo con lo anterior para que se configure un proceso de alienación parental, será necesario que no se cumplan, en primer lugar, las obligaciones establecidas por los párrafos primero y segundo del artículo 411 del Código Civil y que se materialicen conjuntamente en los elementos señalados como constitutivos del concepto legal de alienación parental.

Por su parte el artículo 417 del mismo cuerpo legal, establece como primera medida de atención a la alienación parental, cuando ésta es denunciada ante el juez de lo familiar, la implementación de oficio de medidas terapéuticas necesarias para el menor de edad con el fin de restablecer la sana convivencia con sus progenitores, en los siguientes términos:

En cualquier momento en que se presente alienación parental por parte de alguno de los progenitores hacia los hijos, el Juez, de oficio ordenará las medidas terapéuticas necesarias para los menores hijos, con la finalidad de restablecer la sana convivencia con ambos progenitores; teniendo éstos la obligación de colaborar en el cumplimiento de las medidas que al efecto se ordenen.

El mismo artículo ordena que en caso de incumplimiento de las medidas dictadas, es decir, que no se cumpla con las terapias ordenadas, el juez podrá hacer uso de medidas de apremio y si es necesario podrá decretar las suspensiones de la custodia y/o de la convivencia, establecidas previamente.

De lo anterior se sigue que el Código Civil de Colima contempla el fenómeno de la alienación parental y establece medidas de prevención y sanción, con el fin de restablecer el derecho del menor de edad a la familia, es decir, el derecho de convivir y mantener lazos afectivos con ambos progenitores; se advierte que las disposiciones antes referidas tienden a proteger el *Interés Superior* del menor de edad.

## **b) Legislación del Estado de Baja California Sur**

El Código Civil para el Estado libre y soberano de Baja California Sur<sup>67</sup> en su artículo 323 Bis regula el tema de la alienación parental y las medidas preventivas y de sanción en los mismos términos que el Código Civil de Colima, por lo que las consideraciones expuestas en relación con éste último, son aplicables; pero es importante destacar que en el Estado de Baja California Sur, el tema de la alienación parental no solamente está contemplado en la legislación civil sino que se extiende al ámbito penal desde el año 2015, considerándola un tipo de violencia ejercido por quien tenga la custodia del menor de edad en contra del otro valiéndose de la influencia que ejerce sobre el menor de edad, para generar una condición alienante en perjuicio del otro progenitor.

El artículo 203 del Código Penal del Estado de Baja California Sur establece:

Violencia por alienación parental. Al que ejerciendo la custodia sobre el menor comunique hechos con el ánimo de causar el desprecio o cualquier acto de manipulación tendiente a provocar alienación parental encaminada a producir en el menor, rencor, rechazo o desprecio, hacia uno o ambos de los progenitores, se le impondrá tratamiento en libertad y de cien a doscientos días multa.

Los aspectos que podemos encontrar en ésta disposición son los siguientes:

- a) Que la alienación parental se considera un tipo de violencia;
- b) Que el sujeto activo del delito es quien ejerce la guarda y custodia del menor;
- c) Que el delito se configura con los siguientes actos: comunicación de hechos con el ánimo de causar el desprecio o cualquier acto de manipulación tendiente a provocar alienación parental;
- d) Que el propósito de tales actos es provocar en el menor rencor, rechazo o desprecio, hacia uno o ambos de los progenitores;
- e) Que de acuerdo con lo anterior el delito puede ser cometido además de por los padres, por los abuelos, tutores o cualquier otra persona a quien se haya conferido la guarda y custodia del menor, y

---

<sup>67</sup> H. Congreso del Estado de Baja California Sur, Código Civil para el Estado libre y soberano de Baja California Sur (CCEBCS), disponible: <http://www.cbcs.gob.mx/index.php/cmPLY/1485-codigo-civil-bcs>, Consultada el 11 de Noviembre de 2018.

- f) Que la sanción que se impondrá al sujeto alienante será la de tratamiento en libertad y de cien a doscientos días multa.

Cabe hacer la observación que dicha disposición sólo contempla como sujeto activo del delito a quien ejerza la guarda y custodia sobre el menor de edad, dejando fuera de toda responsabilidad a cualquier persona que realice los actos constitutivos del delito, pudiendo ser en este caso, el padre no custodio, los abuelos, hermanos o cualquier otra persona que tenga parentesco con el menor de edad.

Esto es relevante porque que no sólo la persona que tiene la custodia del menor, puede llevar a cabo a cabo las acciones constitutivas del delito antes mencionado.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Contextualización jurídico-social de la “guarda” y “custodia”

#### 1. Los vocablos “guarda” y “custodia” y su aplicación en el derecho de familia

La ruptura familiar ocasionada por la separación de la pareja, que se hallaba unida en matrimonio o en cualquiera otra forma de unión reconocida por la ley como integradora de una familia, no varía las obligaciones que derivan de la relación paterno-filial, es decir, que el conjunto de derechos y obligaciones propios de dicha relación no deben verse afectados en perjuicio de los hijos menores, aunque es inconcuso que la separación de los padres y la salida de uno de ellos de la casa-hogar donde habita la familia trae como consecuencia un necesario ajuste de las relaciones paterno-filiales, ante la nueva situación de conflicto familiar y que sin duda será inédita para los menores sujetos a la patria potestad.<sup>68</sup>

Esta ruptura impone la necesidad de tomar medidas de protección de los menores de edad, entre otras, determinar con cuál de los padres van a permanecer, o sea, cuál de ellos detendrá la guarda y custodia de los hijos sin que se rompan los lazos existentes entre el hijo y el progenitor al que no le son confiados, por lo que será necesario especificar un régimen de visitas, estancias y comunicaciones, así como la forma en que el progenitor no conviviente habrá de contribuir a su mantenimiento, *“la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio no eximen a los padres de sus obligaciones con respecto a los hijos; y ello no podía ser de otra manera, pues esos deberes constituyen un efecto legal indisponible de la relación de filiación”*.<sup>69</sup>

Pero no debe perderse de vista que no existe ninguna justificación para apartarse del principio de igualdad de los padres, tanto en las responsabilidades, como en los beneficios de la parentalidad, independientemente de que se encuentren casados o divorciados o separados, pues los deberes a cargo de los padres

---

<sup>68</sup> Howard Walter, *Op.Cit.*, p. 330.

<sup>69</sup> *Ídem*.

dependen exclusivamente de la filiación, aun cuando se vean privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad.<sup>70</sup>

Como noción preliminar, en este capítulo es necesario definir lo que significan los vocablos “guarda” y “custodia”, conceptos que en la ley y en la doctrina son usados unidos por la conjunción “y”, lo que podría indicar que existe una unificación de acciones diversas.

De las diversas significaciones que el *Diccionario de la lengua española*, consigna para el vocablo “guarda”, destaco las siguientes: **Guarda.** (*Del germ. warda ‘acto de buscar con la vista’, y éste de wardón ‘atender, prestar atención’; cf. a. al. ant. Warta). m. y f. 1. Persona que tiene a su cargo la conservación de algo. O f. 2. Acción de guardar (|| conservar o retener). || 3, Tutela<sup>71</sup>; y en relación con estos significados, al vocablo “guardar” le asigna entre otros, los siguientes: **Guardar.** (*De guarda) tr. 1. Tener cuidado de algo o de alguien, vigilarlo y defenderlo. Guardar un campo, un rebaño. Guardar a un niño. || 2. Poner algo donde esté seguro. Guardar dinero, joyas, vestidos, etc. || 3. Observar o cumplir aquello a lo que se está obligado. Guardar la ley, la palabra, el secreto.*<sup>72</sup> De estas significaciones se infiere que tratándose de la guarda de personas (niños, niñas e incapaces), la acción de guardar está encaminada a la retención de la persona al lado del guardador, con el deber de tenerlo bajo su cuidado y vigilancia y para ponerle a salvo o defenderle de cualquier riesgo, en cumplimiento de una obligación, generalmente derivada de la ley u orden judicial, según puede inferirse al relacionar el propio *Diccionario* la “acción de guardar” con el concepto de “tutela”.*

Por otra parte, el mismo *Diccionario* asigna al vocablo “Custodia”, entre otros significados relacionados con el tema que me ocupa, los siguientes: **Custodia.** (*Del lat. Custodia). f. 1. Acción y efecto de custodiar. || 2. Personao escolta encargada de custodiar a un preso.*<sup>73</sup> Y en cuanto al vocablo “Custodiar”, asigna los siguientes significados relacionados: **Custodiar.** (*De custodia, + Conjug. c. anunciar).* tr. 1.

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 331-332.

<sup>71</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimotercera ed. México, 2014. p. 1135.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 1136.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 700.

Guardar algo con cuidado y vigilancia. || 2. Vigilar a alguien, generalmente a un detenido, para evitar que escape.<sup>74</sup> De estas significaciones, se sigue que la “custodia” es una acción más bien dirigida a la vigilancia de personas para evitar que se evada o fugue del lugar en donde debe permanecer. Por tanto, la custodia es una acción que complementa la guarda de personas. En términos generales la guarda y custodia implican el cuidado y la vigilancia de personas que de acuerdo con la ley se encuentren en estado de minoridad de edad o declarados incapaces.

El Código Civil del Estado de Durango no contiene una proposición o exposición sistematizada acerca de la guarda y custodia de los hijos por parte de los padres, abuelos u otras personas, por lo que no se cuenta tampoco con una definición legal de ambos conceptos. En diversos artículos del referido Código se hace mención de los conceptos “guarda y custodia”, de manera conjuntiva, lo que da idea de que se refiere a dos acciones diferentes, rompiendo la sinonimia que regularmente relaciona a ambos términos.

Atendiendo a la forma en que son conjuntados ambos términos, considero que el legislador quiso definir dos obligaciones diversas para el padre o la madre que, en los presupuestos de ley, conserve a su lado a los hijos: la primera de tales obligaciones determinadas por el término “guarda”, se deben materializar en las acciones de cuidado y protección de los menores, en tanto que las obligaciones determinadas por el término “custodia” deben concretarse en acciones de vigilancia y acompañamiento para favorecer una conducta personal y social aceptadas en el medio social en que se desenvuelve el menor; conjuntamente, ambas acciones –la guarda y la custodia–deben traducirse en el sano desarrollo físico, mental, emocional, educativo y formativo del menor de edad.

Lo manifestado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre tales traducciones, será abordado en las tesis aisladas y jurisprudencias que se analizarán más adelante.

En el ámbito del derecho de familia, la guarda y custodia se ejerce sobre personas en estado de minoridad de edad y sobre personas declaradas incapaces.

---

<sup>74</sup> *Ídem.*

Tratándose particularmente de menores de edad, éstos están obligados a vivir en el hogar de quien ejerza la patria potestad o la guarda y custodia y no podrán abandonarlo, salvo que medie permiso o resolución judicial.

He tomado las anteriores significaciones de los términos “guarda” y “custodia” como elemento definitorio primario, habida cuenta de que el legislador no ha definido su contenido. Ante esta situación, Walter Howard considera que las figuras de la “guarda y custodia”: *“deben determinarse judicialmente atendiendo a criterios valorativos, de suerte que se alcance a través de ella la finalidad perseguida de la más apropiada protección de los intereses de los hijos”*.<sup>75</sup>

En esta falta de definición legal de la guarda y custodia, el autor citado encuentra una ventaja, puesto que señala que *“una regulación detallada de la figura por parte del legislador supondría una despersonalización de la atribución de la guarda”*<sup>76</sup>, lo que dificulta tomar en sus dimensiones reales los pormenores que caracterizan cada caso de distorsión familiar que conducen a que el juez tome una decisión y no otra; por lo que considera el mismo autor, que *“no es adecuado pronunciarse de modo previo y definitivo sobre la conveniencia de un régimen de guarda y custodia determinado (tenencia monoparental o alternada, mediante sistema de anidación, etc.), en virtud de que en cada situación puntual subyace una diferente realidad y consecuentemente una forma disímil de concebir el nuevo entorno que impregna la crisis familiar”*.<sup>77</sup>

## **2. Guarda y custodia monoparental y alienación parental**

La relación entre la custodia compartida y la alienación parental y demás aspectos vinculados al respecto, se analizarán en el siguiente apartado.

La imposibilidad de que el hijo pueda convivir con ambos padres, exige concretar un régimen de guarda y custodia; en un régimen monoparental, el guardador tiene atribuciones necesarias para el cuidado y vigilancia del menor de edad, sin perjuicio de los derechos y deberes que la ley adjudica al progenitor no

---

<sup>75</sup> Walter Howard, *Op.Cit.*, p. 360.

<sup>76</sup> *Ídem.*

<sup>77</sup> *Id.*

conviviente con el hijo. No debe perderse de vista que la mejor forma de proteger el *Interés Superior del Niño*, es manteniendo un contacto permanente y continuado con ambos padres<sup>78</sup>, con las salvedades que la ley determina procurando en todo momento el bienestar del menor de edad.

Un aspecto que debe tenerse en cuenta es la relación existente entre patria potestad y la figura de la guarda y custodia, habida cuenta de que el divorcio o separación puede generar diversos escenarios en relación con la conservación, suspensión o pérdida de la patria potestad, ya que en nuestra legislación permanece la figura del cónyuge culpable con las consecuencias que tiene en relación con la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos la declaración judicial de haber sido el cónyuge que dio causa al divorcio, en los casos en que las causales de divorcio traen aparejada la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia.

En relación con esto, Howard señala que *“De ordinario, la guarda suele ser contenido de la patria potestad, pero es claro que aquella figura no coincide con ésta, en la medida en que la custodia puede ser atribuida a terceros que no ostentan ni la titularidad, ni el ejercicio de esa autoridad parental”*.<sup>79</sup>

El ejercicio de la patria potestad por ambos padres ofrece dos ventajas para éstos: por un lado es una expresión de una manifiesta y formalmente más intensa tutela y por otro lado confirma la funcionalización de los derechos del menor de edad para su desarrollo manteniendo los vínculos afectivos y de convivencia con ambos padres.

Luego, la determinación de que uno de los padres sea privado del ejercicio de la patria potestad, requiere no sólo *“la constatación de un incumplimiento, aun grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es de todo punto necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte actualmente conveniente a los intereses del menor”*.<sup>80</sup> La privación de la patria potestad sólo debe decretarse en casos de extrema gravedad y con bases consistentes, pues cabe el

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, pp. 365-366.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 365.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 368.

riesgo de que la privación de este ejercicio para uno de los padres, pueda generar un mayor encono o resentimiento entre los involucrados (la ex-pareja y los hijos) con efectos negativos de las relaciones de afecto que deben existir. Considero que esta situación, a menor o mayor plazo, será productora de alienación parental.

En el Código Civil del Estado de Durango, de acuerdo con el artículo 409 la patria potestad se ejerce por ambos cónyuges y por extensión por ambos progenitores en el caso de uniones libres reconocidas por la ley como integradoras de familia. Esto significa que la regla originaria para el ejercicio de la patria potestad es que es un ejercicio compartido simultáneamente. De acuerdo con el artículo 408 del mismo código, la patria potestad tiene varios alcances según se desprende de su texto que es del tenor siguiente:

ARTÍCULO 408.- 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 el Código de Justicia Para Menores Infractores en el Estado de Durango, en su caso.

Encontramos en primer lugar que la patria potestad se ejerce no sólo sobre la persona de los hijos sino también sobre los bienes que pertenezcan a éstos, lo que significa que quienes la ejercen están obligados al cuidado y administración de los bienes de los menores de edad. Por otro lado el ejercicio sobre la persona de los menores de edad implica su guarda y custodia, lo que significa la protección y atención de su desarrollo y su mantenimiento, al mismo tiempo que implica su vigilancia para que permanezca en el seno del hogar.

Sólo excepcionalmente los padres podrán verse suspendidos o inhabilitados por el ejercicio de la patria potestad, de acuerdo con las disposiciones que refiera las causas por las cuales puede ocurrir lo anterior. Como ya he señalado en el capítulo anterior de este trabajo, esto será consecuencia de acciones u omisiones graves cometidas por uno de los cónyuges o miembro de la pareja, que atenten contra la integridad física, psicológica y moral y que en el Código Civil del Estado de Durango se encuentran establecidas como consecuencia de acciones motivo de divorcio necesario o no pero que afectan el desarrollo del menor de edad y su integridad física y psicológica y que son decretadas por el juez que conoce del divorcio y que

encuentra culpable a uno de los cónyuges y que dan origen a la suspensión o pérdida de la patria potestad, lo que es aplicado por analogía en los casos de separación de parejas no unidas por vínculo matrimonial, cuando uno de los miembros incurre en los actos u omisiones previstos como causas de suspensión o pérdida de la patria potestad y las disposiciones relativas vinculadas a las que se refiere a las causales de divorcio o con culpabilidad actualizadas por algunos de los miembros de la pareja, lo cual regularmente da origen a la asignación de custodia monoparental o exclusiva a uno solo de los padres sin perjuicio de que el padre no guardador, pueda mantener los lazos afectivos con su hijo y una relación permanente, así como de que se establezca a su favor un régimen de visitas, estancias y comunicación.

La guarda y custodia monoparental (a la que también se denomina exclusiva, unilateral o individual) se caracteriza porque en ella *“el cuidado diario e inmediato de los hijos corresponde a uno sólo de los padres”*.<sup>81</sup>

Considero que la determinación para confiar la guarda y custodia a uno de los progenitores, debe atender a las diversas y variadas circunstancias que deben examinarse a la luz del caso concreto, como por ejemplo, la disposición del tiempo que cada uno de los padres pueda disponer para atender al hijo de ambos; las obligaciones de trabajo, los vínculos afectivos existentes entre los padres y el hijo; la menor o mayor lejanía de los domicilios de los padres y la escuela a donde concurren los hijos, etcétera, circunstancias que debe atender el juzgador y atendiendo también al *Interés Superior del Niño*. En este sentido se ha pronunciado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con la siguiente Tesis de Jurisprudencia:

**GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR [INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO].**

Como ya lo ha establecido esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores pues, en principio,

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 374.

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

Registro digital: 2006791, Localización: 10a. Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 217, jurisprudencia, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a./J. 53/2014 (10a.)

Precedentes: Amparo directo en revisión 1573/2011. 7 de marzo de 2012. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien formuló voto concurrente y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 348/2012. 5 de diciembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 918/2013. 12 de junio de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto

concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ignacio Valdés Barreiro.

Amparo directo en revisión 1697/2013. 21 de agosto de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretaria: Cecilia Armengol Alonso.

Amparo directo en revisión 2618/2013. 23 de octubre de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis de jurisprudencia 53/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de once de junio de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 27 de junio de 2014 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 30 de junio de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

La selección del padre bajo el que quedará la guardia y custodia del hijo, no significa la descalificación de la aptitud del otro ni significa un juicio negativo en relación a la conducta que ha desarrollado con el hijo ni en relación con los lazos afectivos. Lo anterior tampoco debe ser considerado en los casos en que la privación de tal ejercicio derive de alguna causal de divorcio que considere culpabilidad en alguno de los cónyuges, toda vez que la ineptitud para la vida en pareja no necesariamente vuelve no apto para la relación paterno-filial.<sup>82</sup>

En el régimen de guarda y custodia monoparental, es preciso proveer medidas para fijar la posición en que quedan los hijos con respecto al padre no conviviente; por consecuencia es necesario tener en cuenta y resolver variadas situaciones de forma ineludible: la forma en que se mantendrá el contacto y comunicación entre el hijo y el padre no custodio, un régimen de visitas y de convivencias temporales con el padre

---

<sup>82</sup> *Ibid.*, pp. 375-376.

no conviviente y la forma en que éste debe proporcionar alimentos. Estas resoluciones, que pueden darse mediante convenio o por determinación judicial, significan una obligación de respeto a lo establecido en cualquiera de las dos formas por parte del guardador, ya que si bien es cierto que a este último le corresponden derechos y deberes que se actualizan en los hechos de velar por el hijo, mantenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle un desarrollo integral, no es menos cierto que esas atribuciones sean exclusivas del guardador, sino que también competen al padre no custodio, toda vez que el ejercicio de la guarda y custodia por uno de los padres, no puede ni debe destruir el complejo de derechos y deberes que nacen de la relación paterno-filial. Lo único que puede variar es la forma en se ejercen tal complejo de derechos y deberes.<sup>83</sup>

En relación con lo anterior, el Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Séptimo Circuito ha considerado como fundamental para la determinación del otorgamiento de la custodia en favor de alguno de los padres, el criterio de que los menores de edad deben ser considerados como sujetos y no como objetos de derecho, en la siguiente Tesis aislada:

**DEPÓSITO DE MENORES. DEBE FIJARSE LA CONVIVENCIA OFICIOSAMENTE CONSIDERÁNDOLOS COMO SUJETOS Y NO COMO OBJETOS DE DERECHO.** Por regla general, en un juicio ordinario se fija la litis con la pretensión del actor y la oposición de la parte demandada. Sin embargo, en los juicios en materia familiar donde intervienen menores, el juzgador no sólo debe constreñirse a lo que digan o soliciten las partes, sino también a los derechos de los infantes involucrados en la disputa, esto es, el menor debe ser visto como sujeto de derecho y no como objeto. Así, la litis en estos asuntos rompe con el esquema clásico del litigio, toda vez que se conforma con los derechos reclamados por las partes y los de los menores. En esa tesitura, en un juicio de guarda y custodia, donde se solicite el depósito del menor, no sólo se dilucidará a cuál de los padres contendientes le corresponderá la guarda y custodia del menor, durante la tramitación del juicio, sino también el derecho de convivencia que tiene el infante con el progenitor no custodio durante la vigencia de la medida cautelar, aun cuando ello no hubiere sido materia de reclamo pues, de lo contrario, vulneraría el interés superior del menor.

---

<sup>83</sup> *Ibid.*, pp. 375-378.

Registro digital: 2012747, Localización: 10a. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 35, Octubre de 2016, Tomo IV, p. 2865, aislada, Civil. Número de tesis: VII.2o.C.111 C (10a.)

Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Séptimo Circuito.

Precedentes: Amparo en revisión 161/2016. 25 de agosto de 2016. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel de Alba de Alba. Secretario: Josué Rodolfo Beristain Cruz.

Esta tesis se publicó el viernes 7 de octubre de 2016 a las 10:17 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Y por otra parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido los elementos que debe tener en cuenta el juez al momento de motivar la decisión de otorgar la guardia y custodia a favor de uno de los padres, en la siguiente Tesis de Jurisprudencia:

**GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN.** El interés superior de los menores, previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como criterio ordenador, ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia de menores de edad. Dicho de otro modo, el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia. En consecuencia, al interpretar la norma aplicable al caso concreto, el juez habrá de atender, para la adopción de la medida debatida, a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos, en especial si existe un rechazo o una especial identificación; la edad y capacidad de autoabastecerse de los menores, entre muchos otros elementos que se presenten en cada caso concreto.

Registro digital: 2006226, Localización: 10a. Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 450, jurisprudencia, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a./J. 23/2014 (10a.)

Precedentes: Amparo directo en revisión 1573/2011. 7 de marzo de 2012. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 2554/2012. 16 de enero de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 3394/2012. 20 de febrero de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo en revisión 918/2013. 12 de junio de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Ignacio Valdés Barreiro.

Amparo directo en revisión 583/2013. 11 de septiembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Tesis de jurisprudencia 23/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de diecinueve de marzo de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

Entre las críticas que se han hecho a la guarda y custodia monoparental, quizá la más relevante, sea el señalamiento de que no genera en el niño y la niña un equilibrio entre las figuras paterna y materna, ya que la convivencia continuada con sólo uno de ellos, hace que se tome a éste como modelo único de comportamiento y se desdibujen las referencias del otro, ya que con éste, es decir, con el padre no conviviente, puede suceder que tenga una relación además de esporádica, breve y

distante.<sup>84</sup> La circunstancia referida puede, en el menor o mayor plazo, derivar en un proceso de alienación parental, sobre todo si la separación de los padres concluyó con un mal divorcio que dejó entre ambos enojos y rencores no superados. De ahí la necesidad de considerar las características particulares de cada caso por el juez al momento de establecer el régimen de visitas y convivencias del padre no custodio; en este sentido se ha pronunciado el Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Distrito en la siguiente Tesis aislada:

**RÉGIMEN DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. ASPECTOS A CONSIDERAR EN SU FIJACIÓN.** En la actualidad, se viven situaciones diversas que no pueden soslayarse en torno a las visitas y convivencias, así por ejemplo, cuando la pareja se separa de hecho o de derecho, los progenitores viven nuevas relaciones de pareja, de amigos, de novios o compañeros sentimentales; todo lo cual complica aún más las relaciones afectivas entre los menores y sus progenitores, y pone en riesgo la comunicación de las visitas y, simultáneamente la guarda y custodia de los menores hijos. Otros ejemplos se actualizan cuando los padres tuvieron dos o más hijos y se encuentran separados; o cuando uno y otro hijos se trasladan alternativamente al domicilio del otro progenitor. En consecuencia, para determinar cuál es el régimen de visitas y convivencias más adecuado para salvaguardar los intereses del menor de edad, el juzgador debe resolver con una visión judicial de gran apertura y objetividad, tomando en cuenta las peculiaridades de cada caso.

Registro digital: 163963, Localización: 9a. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, Agosto de 2010, p. 2337, aislada, Civil. Número de tesis: I.5o.C.126 C.

Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito.

Precedentes: Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos.

Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón.

En relación con esto, resulta relevante el criterio definido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido de que las visitas y convivencia de los padres no custodios con los hijos debe entenderse como un derecho-deber, ya que el régimen de visitas debe establecerse a partir de la consideración de que se trata de un derecho del menor de edad prevaleciente sobre

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 381.

el del padre no custodio, lo que trae aparejada su obligación de visita y convivencia, tal criterio se encuentra expuesto en la siguiente Tesis aislada:

**DERECHO DE VISITAS Y CONVIVENCIAS. SU CARACTERIZACIÓN COMO UN DERECHO-DEBER.** La doctrina especializada caracteriza a las visitas y convivencias con los menores como un "derecho-deber". Dicha caracterización puede explicarse porque en realidad están en juego dos derechos. Por un lado, es incuestionable que los padres que no tienen o no comparten la guarda y custodia tienen el derecho de visitas y convivencias con sus hijos menores, en virtud de la patria potestad que ejercen sobre éstos. Con todo, el derecho de visitas y convivencias es primordialmente un derecho fundamental de los menores. En este sentido, el derecho de los menores impone un deber correlativo a cargo precisamente del padre no custodio. Así, desde esta perspectiva, los padres que no tienen ni comparten la guarda y custodia tienen un derecho a visitar y convivir con sus hijos pero tienen sobre todo el deber de hacerlo porque se los exige el derecho fundamental de los menores. De esta forma se explica por qué la doctrina especializada caracteriza a las visitas y convivencias con los menores como un "derecho-deber".

Registro digital: 2007797, Localización: 10a. Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, p. 601, aislada, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a. CCCLXIX/2014 (10a.)

Precedentes: Amparo directo en revisión 3094/2012. 6 de marzo de 2013. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quienes formularon voto de minoría. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Esta tesis se publicó el viernes 31 de octubre de 2014 a las 11:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

En el Código Civil de Durango es posible diferenciar tres sistemas para el establecimiento de la guarda y custodia monoparental.

El primero de tales sistemas deriva del artículo 278 del Código Civil que establece en sus diversas fracciones que la culpabilidad en el caso del divorcio es motivo de la pérdida de la patria potestad, lo que trae como consecuencia que la resolución del juez determine que la guarda y custodia de los hijos quede en manos del cónyuge no culpable. El segundo sistema previsto en el Código para la determinación tanto del ejercicio de la patria potestad como de la custodia, deriva de

la posibilidad de la celebración de un convenio entre los cónyuges, cuando la ley no prevé el elemento de la culpabilidad del divorcio y en el caso de los divorcios que se llevan a cabo por mutuo consentimiento de los cónyuges. Un tercer sistema para la determinación de la guarda y custodia, deriva de la circunstancia de que ambos padres se encuentren imposibilitados para el ejercicio tanto de la patria potestad como de la custodia, bien sea por incapacidad legal o porque ambos hayan incurrido en acciones u omisiones que pongan en riesgo el desarrollo físico y emocional y la moral del menor de edad, en cuyo caso estos ejercicios pueden trasladarse a los abuelos de los menores de edad, si así lo solicitan o bien otorgarse a un tercero.

En el caso de que se diera una reforma a la legislación para establecer la modalidad del divorcio sin causa, este tercer sistema podría prevalecer en atención a lo dispuesto en el artículo 439 del Código Civil del Estado.

Un cuarto sistema deriva de lo dispuesto en los artículos 375 y 376 del Código Civil del Estado de Durango.

El artículo 375 del referido código establece que cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconocen en el mismo acto al hijo de ambos, convendrán quién de ellos tendrá la guarda y custodia del menor de edad y en consecuencia con cuál de ellos vivirá, sin perder ninguno de ellos la patria potestad; en el caso de que no convinieren, el juez de primera instancia del lugar, oyendo a ambos progenitores y al Ministerio Público, resolverá lo que más convenga a los intereses del menor de edad.

Por su parte el artículo 376 del mismo ordenamiento, ordena que cuando el padre y la madre que no vivan juntos, lleven a cabo el reconocimiento del hijo de manera sucesiva, el menor de edad habitará con quien primero lo reconoció y será quien ejerza la guarda y custodia, sin que ninguno de ellos pierda la patria potestad, salvo que realicen convenio en contrario en relación con la guarda y custodia y lugar de habitación del menor de edad, siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar no considere necesario modificar el convenio, con audiencia de las partes y del Ministerio Público; este convenio sólo podrá modificarse en interés del hijo.

En los tres primeros sistemas referidos arriba, regularmente es la decisión de un Juez la que determina a cuál de los padres habrá de otorgarse la guarda y custodia. En relación con esto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha definido en sendas tesis aislada y de Jurisprudencia criterios para la protección del *Interés Superior* de los menores de edad, que deben de seguir los jueces al momento de tomar sus decisiones.

En una primera tesis aislada, estableció:

**RÉGIMEN DE CONVIVENCIA O DERECHO DE VISITAS. EN SU IMPLEMENTACIÓN LA AUTORIDAD JUDICIAL DEBE TENER COMO EJE RECTOR EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.** De forma paralela o complementaria a la asignación de la guarda y custodia, el derecho de familia ha previsto una figura conocida como régimen de convivencia o derecho de visitas, mediante la cual se busca asegurar la continuidad de las relaciones personales entre los menores y el progenitor no custodio, sus abuelos y otros parientes o allegados. Al implementar este régimen de convivencia, la autoridad judicial debe considerar el principio de interés superior del menor, al tratarse de un derecho a favor de los menores de edad, independiente a los intereses o derechos de cualquiera de sus padres. En este sentido, el ejercicio del derecho de visitas no es absoluto ni está sujeto a la decisión arbitraria de cualquiera de los padres sino que, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, podrá estar limitado de forma temporal, espacial e inclusive modal, para asegurar el bienestar y la estabilidad emocional de los menores involucrados.

Registro digital: 2004775, Localización: 10a. Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, p. 1064, aislada, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a. CCCVII/2013 (10a.)

Precedentes: Amparo directo en revisión 583/2013. 11 de septiembre de 2013. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Por otra parte en la Tesis de Jurisprudencia se establece lo siguiente:

**INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.** Como criterio ordenador, el interés superior de los menores previsto en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia. Dicho de otro modo, el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia. 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, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales; y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos. En definitiva, todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores las que determinan las medidas a adoptar, sino exclusivamente el bienestar de los hijos. El criterio antes reseñado vincula tanto a los órganos jurisdiccionales como al resto de los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad de los menores, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social.

Registro digital: 2006227, Localización: 10a. Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, p. 451, jurisprudencia, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a./J. 31/2014 (10a.)

Precedentes: Amparo directo en revisión 1621/2010. 15 de junio de 2011. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 1573/2011. 7 de marzo de 2012. Cinco votos de los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quien reservó su derecho a formular voto concurrente y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 2554/2012. 16 de enero de 2013. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Amparo directo en revisión 3394/2012. 20 de febrero de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Amparo directo en revisión 583/2013. 11 de septiembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Tesis de jurisprudencia 31/2014 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal en sesión privada de dos de abril de dos mil catorce.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de abril de 2014 a las 9:32 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de abril de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

La protección del *Interés Superior* de los menores de edad implica la salvaguarda del paralelismo existente entre la guarda y custodia de un menor de edad y el régimen de visitas, como garantía para los menores de edad de su derecho a mantener relaciones personales permanentes con sus padres. La siguiente Tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación atiende a la protección de dicho paralelismo:

**GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD Y RÉGIMEN DE CONVIVENCIA. SON INSTITUCIONES PARALELAS Y COMPLEMENTARIAS DIRIGIDAS A SALVAGUARDAR EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A LA CONVIVENCIA FAMILIAR EN CONTEXTOS DE CRISIS INTRAFAMILIAR.** Ante la existencia de situaciones en donde los desacuerdos personales hacen imposible la convivencia entre los padres, el Estado se encuentra obligado a encontrar mecanismos que garanticen el derecho de los menores de edad a mantener relaciones personales y de trato directo con cada uno de sus padres de forma regular, asegurando así la continuación de la convivencia familiar. El legislador, teniendo en consideración lo anterior, ha establecido diversas instituciones jurídicas tendientes a salvaguardar el derecho-deber de los progenitores a participar activamente en la crianza y educación de sus hijos menores de edad y, particularmente, asegurar la convivencia regular del menor con ambos progenitores en contextos de crisis intrafamiliar. Dentro de estas instituciones se encuentran la fijación de la guarda y custodia a cargo de uno de los padres y, paralelamente, el derecho de visitas o régimen de convivencia a favor del otro. Estas figuras son complementarias entre sí y garantizan, bajo estas situaciones extenuantes, el derecho del menor a vivir en familia y convivir con ambos padres, asegurando así el sano desarrollo de su personalidad.

Registro digital: 2004703, Localización: 10a. Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, p. 1051, aislada, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a. CCCVI/2013 (10a.)

Precedentes: Amparo directo en revisión 583/2013. 11 de septiembre de 2013. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Del estudio de la guarda y custodia monoparental y su vinculación con los procesos de alienación parental en contrastación con los criterios definidos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia y Tribunales Colegiados de Circuito, en relación con los elementos necesarios a considerar por los jueces de lo familiar al momento de resolver a cuál de los padres han de otorgar la guarda y custodia cuando se ha roto el vínculo matrimonial o el sólo afectivo que les unía en los casos de uniones libres y para garantizar el *Interés Superior* de los menores de edad en beneficio de su sano desarrollo, es viable inferir que tales criterios definidos en Tesis aisladas y en Tesis de Jurisprudencia constituyen dispositivos y elementos necesarios para prevenir y evitar los procesos de alienación parental. Esto considero que llena una laguna, ya que en los diversos cuerpos legales que regulan las relaciones de familia, generalmente se define y sanciona la alienación parental, pero no se establecen mecanismos de prevención.

La Jurisprudencia y tesis aisladas antes citadas abonan a la integración del bloque de constitucionalidad y convencionalidad derivado del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así ha quedado determinado, según el texto de la siguiente Tesis de Jurisprudencia emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito:

**GUARDA Y CUSTODIA. DEBE DETERMINARSE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES CONFORME A LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.** El derecho a la guarda y custodia de una niña, niño y adolescente, implica considerar no sólo las pruebas ofrecidas por las partes con las que pretendan demostrar una adecuada capacidad para el cuidado del menor, sino que atendiendo al beneficio directo de la infancia, el juzgador también debe considerar el interés superior de la niña, niño y adolescente como presupuesto esencial para determinar quién tiene derecho a la guarda y custodia. Ello, porque conforme a lo dispuesto por el artículo 4o. constitucional que establece el desarrollo integral, el respeto a la dignidad y derechos de la niñez, así como los artículos 3o., 7o., 9o., 12, 18, 19, 20 y

27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México el veintiuno de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve, que establece que los Estados garantizarán que los tribunales judiciales velen por el interés superior del niño, los juicios en los que se vean involucrados derechos inherentes de las niñas, niños y adolescentes, como el caso en que se demande la guarda y custodia, debe tenerse como presupuesto esencial el interés superior del niño y darle intervención al Ministerio Público, para que en su carácter de representante de la sociedad, vele por los derechos de los infantes y adolescentes.

Registro digital: 185753, Localización: 9a. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, Octubre de 2002, p. 1206, jurisprudencia, Civil. Número de tesis: II.3o.C. J/4.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Distrito.

Precedentes: Amparo directo 170/2000. Adrián Escorcia Martínez y otra. 1o. de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretaria: Cristina García Acuatla.

Amparo directo 935/2000. Rosa María Reyes Galicia y otro. 17 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 980/2000. Geni Vega Espriella. 26 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: Yolanda González Medrano.

Amparo directo 701/2001. Ignacio Alfaro Hernández. 29 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretaria: E. Laura Rojas Vargas.

Amparo directo 367/2002. Carlos Octavio Juárez González. 9 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Fernando García Quiroz, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: Jorge Luis Mejía Perea.

En relación con los anteriores criterios jurisprudenciales para garantizar la protección del *Interés Superior del Menor*, y a efecto de evitar de que las resoluciones de los tribunales en la determinación del asignación de la guarda y custodia del hijo o los hijos se convierta en una sanción para el progenitor alienante y en el peor escenario, que sea utilizada como un instrumento de violencia de género en contra de las mujeres, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito ha establecido que la ponderación en el caso de alienación parental debe darse bajo los

parámetros de protección del *Interés Superior del Menor* y bajo el *Principio de Equidad de Género*, en los siguientes términos:

**"SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL" EN MATERIA FAMILIAR. SU TRATAMIENTO Y PONDERACIÓN JUDICIAL DEBEN ENFOCARSE SOBRE LOS PARÁMETROS DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y DE EQUIDAD DE GÉNERO.** El Síndrome de Alienación Parental fue creado en 1985 por Richard Gardner y en 1987 publicó, en su editorial Creative Therapeutics, el libro "El Síndrome de Alienación Parental y la Diferencia entre Abuso Sexual Infantil Fabricado y Genuino"; en el cual sostiene que ese síndrome fue construido a partir del estudio de una gran cantidad de casos clínicos; sin embargo, jamás lo documentó ni acreditó algún estudio o programa que respondiera a algún protocolo determinado que sustentara las conclusiones, lo que motivó que el citado síndrome no esté reconocido ni avalado por las asociaciones médicas y psicológicas internacionales, ni en los ámbitos académicos y universitarios. De acuerdo con lo anterior, el "Síndrome de Alienación Parental" parte de la perspectiva de la protección del progenitor "víctima" y castiga o sanciona al "alienador", con medidas que tienden a la "reprogramación" o "desprogramación" del menor, a fin de privilegiar el derecho del padre "víctima". Como consecuencia, en la materia familiar la alienación parental partió de la premisa equivocada de que, ante la manipulación ejercida por un padre, se sancione al otro padre, privándole de la posibilidad de tener la guarda y custodia o de convivir con el menor de edad, soslayando que él es afectado con el dictado de la medida, ya que la providencia que se dicte es para que el manipulador cese en sus actitudes o conductas y para que el menor readquiera la conciencia de que necesita la presencia de su otro progenitor, restableciendo vínculos afectivos y emocionales, para que así pueda tener un sano y equilibrado desarrollo en todas sus facetas. Por ello, es posible concluir que si el "Síndrome de Alienación Parental" no tiene todo sustento científico, aun cuando ha sido retomado por otros autores, torna un concepto que no es idóneo para tomar decisiones en materia de justicia familiar, máxime que su utilización sólo se da en sede judicial, porque no conduce a tratamientos clínicos en materia de psiquiatría o psicología, precisamente, por no estar reconocido como un padecimiento. En consecuencia, la manipulación parental sí existe y produce efectos negativos en la psique del menor que es objeto de dicha manipulación, por lo que el tratamiento y ponderación judicial deben enfocarse sobre los parámetros de protección del interés superior del menor y de equidad de género, esto es, el solo hecho de que exista la manipulación, no conduce a decretar la separación del menor del progenitor que la ejerce, sino a ordenar el tratamiento psicológico o psiquiátrico, según corresponda, al padre que manipula y al menor que es objeto de esa manipulación, pero dado a que la

consecuencia, que es el rechazo del menor a ver o convivir con el padre o la madre con la que no vive, puede tener distinta etiología, como la manipulación o la existencia real de maltrato o abuso físico o emocional, por lo que los dictámenes periciales deben encausarse para profundizar y detectar las causas reales del rechazo del infante, pero siempre partiendo de la premisa de que la regla general es de que tiene derecho a convivir con ambos padres para su sano y equilibrado desarrollo físico y emocional, y que la asignación de guarda y custodia y régimen de convivencia debe obedecer al único parámetro de la idoneidad, capacidad y conveniencia, privilegiando en todo momento su bienestar lo que, a su vez, lleva a que no se puedan desacreditar sus afirmaciones en el sentido de que rechace ver o convivir con su padre o madre por razones de abuso o maltrato, sustentándose en la única razón de que existe "Síndrome de Alienación Parental", sino que lo conducente es que la autoridad judicial, en su caso, ordene la ampliación de los estudios periciales para que determinen las verdaderas causas de ese rechazo.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito.

Amparo en revisión 236/2016. 16 de marzo de 2017. Mayoría de votos. Disidente: Noé Adonai Martínez Berman. Ponente: Juan Carlos Ortega Castro. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

Esta tesis se publicó el viernes 27 de octubre de 2017 a las 10:37 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Época: Décima Época. Registro: 2015415. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 47, Octubre de 2017, Tomo IV. Materia(s): Constitucional. Tesis: II.2o.C.17 C (10a.). Página: 2599

### **3. Guarda y custodia compartida vs alienación parental**

De acuerdo con Walter Howard, actualmente se está desterrando la idea de que *“los roles masculinos y femeninos llevaban a que los primeros tuvieran como propósito obtener el sustento material y los segundos el cuidado de los hijos y el hogar”*<sup>85</sup>; y es que ha habido una variación en la postura de los padres en relación a la crianza y cuidado de sus hijos, esto ha propiciado la modificación y en alguna medida el rechazo al régimen que divide los roles y la atribución de la guarda y custodia a uno de los padres en forma exclusiva, promoviéndose la modificación del sistema de

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 383.

guarda y custodia monoparental con el fin de procurar un mayor involucramiento de ambos padres en el desarrollo integral de los hijos aun cuando en la familia finalice la convivencia diaria entre los padres y los hijos.<sup>86</sup>

Siguiendo la tendencia que refiere Howard, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en ese sentido en la siguiente Tesis aislada:

**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,

---

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 382.

en el que el reparto de las tareas de la casa, incluido el cuidado de los hijos, venía impuesto por la tradición como algo dado, ahora, el reparto de las funciones familiares ha de ser objeto de discusión, de negociación, de pacto entre los cónyuges. Si se respeta el marco de la necesaria e insustituible libertad y autonomía de las partes (los miembros de la pareja), cualquier reparto resulta perfectamente válido, eficaz y merecedor de protección. En cualquier caso, lo relevante es que no existe una sola realidad en la que la mujer tenga como función única y primordial, el cuidado de los menores.

Registro digital: 2000867, Localización: 10a. Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 1, p. 1112, aislada, Constitucional, Civil. Número de tesis: 1a. XCV/2012 (10a.).

Precedentes: Amparo directo en revisión 1573/2011. 7 de marzo de 2012. Cinco votos.

Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

Lo anterior hace necesaria la creación de un ordenamiento jurídico que permita *“fijar un régimen de custodia compartida o alternada, a través del cual ambos padres puedan, dentro de las posibilidades que permite el contexto familiar devenido de la nueva situación de hecho planteada, gozar de una equivalente presencia en la vida de sus hijos”*.<sup>87</sup> Uno de los propósitos de la custodia compartida es el de que los hijos puedan sufrir lo menos posible la separación de sus padres y puedan convivir con ambos en un contexto lo más aproximado posible al que existía antes del rompimiento de ellos; otro propósito –para enfrentar la preferencia de los tribunales de otorgar la custodia en forma exclusiva a la madre– es el de conseguir una mayor presencia de la figura paterna que equilibre la participación de ambos padres en la vida del hijo.<sup>88</sup>

Empero, el sistema de custodia compartida no supone necesariamente una distribución en absoluto paritaria del tiempo de estancia de los hijos en el entorno de cada uno de sus padres, sino que lo que se trata de potenciar es la implicación de éstos en la vida cotidiana de la prole, abarcando sus distintos aspectos, manifestaciones y problemas, tanto en la época lectiva como en las etapas vacacionales, en cumplimiento de las obligaciones que, integradas en la patria potestad, incumben a los dos.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 384.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 385.

Es preciso señalar que en el nuevo contexto familiar que se produce con motivo de la separación de los cónyuges o de la pareja, resulta imposible que ambos continúen desarrollando la guarda y custodia en convivencia conjunta con su hijo, como lo hacían antes del rompimiento. En consecuencia de lo anterior *“lo más que se puede alcanzar es un régimen que conduzca a que los hijos estén de modo alternado, sucesivo, flotante, pendular, turnado o rotatorio con uno y otro de los padres, de conformidad a los periodos que se determinen”*.<sup>90</sup>

Así pues, el concepto guarda y custodia compartida hace referencia a un sistema de alternancia o de reparto de tiempos y estancias de los menores de edad con cada uno de sus padres; la guarda y custodia compartida resuelve con cuál de sus progenitores vivirá el menor de edad en cada momento.

Los sistemas de guarda y custodia compartida o alternada, se clasifican en dos modalidades: de *anidación* y *pendulares*. La modalidad de anidación es aquella en la que quien permanece en lo que fuera el hogar conyugal o de la pareja de hecho o en el lugar que acuerden los adultos, es el hijo y quienes van rotando en el lugar de residencia del menor de edad son los padres conforme a lo convenido o proveído. La modalidad pendular es aquella en la que los padres se mantienen en sus respectivos domicilios y quien circula entre ellos es el hijo en los periodos prefijados.<sup>91</sup>

El Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito con residencia en Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, en Tesis aislada ha definido la naturaleza jurídica y modalidades de la custodia compartida, en los siguientes términos:

**GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. SU NATURALEZA JURÍDICA Y MODALIDADES.** Tomando en consideración lo concluido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. XCVII/2012 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VIII, Tomo 1, mayo de 2012, página 1097, de rubro: "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO).", en el sentido de que el Juez habrá de

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, pp. 386-387.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 400.

valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre, por lo que la tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más benéfica para el menor; se infiere que una de las formas en que se puede ejercer la guarda y custodia es la compartida, que es aquella en la que ambos padres tienen la custodia legal y física de sus hijos, esto implica que comparten los derechos y responsabilidades en la educación, formación, manutención y toda actividad relacionada con la crianza de los hijos, de manera que gozan, por resolución judicial, de igualdad en todas las decisiones y acciones relativas a los menores, en igualdad de condiciones. Así, la primera de las modalidades para ejercerla, es que los menores pueden permanecer en el domicilio familiar y ambos progenitores mantener domicilios diferentes, acudiendo en momentos distintos el padre o la madre, según lo establecido judicialmente, al domicilio común para hacerse cargo del cuidado de los hijos; la segunda, es aquella en que ambos progenitores mantienen domicilios separados y es el menor quien cambia de domicilio de forma constante, ya sea cada día, cada semana, cada mes o cada año, a efecto de que el progenitor que corresponda, se haga cargo de su cuidado y asistencia. Por tanto, la guarda y custodia, cuyo ejercicio se decreta de manera compartida, conlleva precisamente a estimar que ambos progenitores, conservan el derecho de atender y asistir al infante totalmente, en la proporción que les corresponda, según se haya establecido judicialmente.

Registro digital: 2007478, Localización: 10a. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, p. 2426, aislada, Civil. Número de tesis: II.1o.11 C (10a.).

Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito con residencia en Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México.

Precedentes: Amparo directo 20/2014. 3 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Enrique Sánchez Frías. Secretario: David Fernández Pérez.

Nota: La tesis 1a. XCVII/2012 (10a.) citada, integró la jurisprudencia 1a./J. 53/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación el viernes 27 de junio de 2014 a las 9:30 horas y en su Gaceta, Décima Época, Libro 7, Tomo I, junio de 2014, página 217.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de septiembre de 2014 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Por otra parte, el mismo Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito con residencia en Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, en Tesis aislada, y en concordancia con nuestra legislación civil, ha establecido los aspectos que deben considerarse para la determinación del otorgamiento de custodia compartida por ambos padres de los menores de edad, en los siguientes términos:

**GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. ASPECTOS QUE DEBEN CONSIDERARSE PARA SU FIJACIÓN.**

Para determinar la procedencia de la guarda y custodia compartida, los juzgadores deben considerar las *circunstancias particulares del caso*, tomando en cuenta sus factores propios y las pruebas desahogadas, para pronunciarse respecto de la posibilidad de que los hijos permanezcan bajo esa figura de manera plena e ilimitada con ambos padres, pues ésta *no constituye una regla general*, sino una forma de la custodia; lo que puede ser factible cuando ambos padres mantienen una alta autoestima, flexibilidad, y apertura al apoyo y ayuda mutua a favor de los hijos, independientemente del divorcio y sus causas, es decir, que los sentimientos de frustración, enojo, venganza, falta de apoyo y desesperanza no se presentan o son superados con ayuda multidisciplinaria a corto plazo, y no representen una amenaza para la convivencia y desarrollo de los menores con alguno de los padres. Así, una vez que se determinó la inexistencia de algún impedimento para que los padres puedan conservar la guarda y custodia compartida, el órgano jurisdiccional del conocimiento debe establecer fundada y motivadamente con quién de los progenitores cohabitarán los menores la mayor parte del tiempo, debiendo permanecer siempre juntos los infantes, destacando los días en que cada uno de los padres los deberá atender y asistir, tomando en cuenta los días y horas en que éstos laboran procurando, en la medida de lo posible, que dicha distribución pueda ser equilibrada, sin que ello deba decretarse como un régimen de visitas o convivencia, sino consecuencia de la guarda y custodia compartida, pues la naturaleza de ésta no se concreta únicamente con la permanencia de los menores con ambos progenitores, pero sí con los demás elementos inherentes a la custodia, como son la participación de éstos en la toma de decisiones de las cuestiones relevantes que incidan en la protección y desarrollo físico y espiritual de los hijos, así como en la satisfacción conjunta de la totalidad de las necesidades de éstos, todo ello aunado al derecho de convivencia con los hijos, de relacionarse con ellos, de estar al corriente de su vida y educación y, sobre todo, de participar activamente en la toma de las decisiones inherentes a su mejor desarrollo, relativas a su educación, formación moral y al control de sus relaciones con otras personas.

Registro digital: 2007476, Localización: 10a. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, p. 2424, aislada, Civil. Número de tesis: II.1o.12 C (10a.)

Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito con residencia en Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México.

Precedentes: Amparo directo 20/2014. 3 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Enrique Sánchez Frías. Secretario: David Fernández Pérez.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de septiembre de 2014 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

Desde luego, y de acuerdo con lo expuesto hasta aquí, la implementación de un régimen de guarda y custodia compartida en beneficio del menor de edad, debe tener como premisa ineludible el resguardo del *Interés Superior del Menor*, pues no debe perderse de vista que el derecho de convivencia y trato permanente del niño y la niña con su padres y demás parientes, es un derecho que prevalece sobre el derecho-deber de los padres de convivencia y trato continuo, por lo que deben armonizarse los derechos-deberes de ambos padres con los derechos del niño y la niña. En este sentido se ha pronunciado el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito con residencia en Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México en la siguiente Tesis aislada:

**GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. PROTECCIÓN MÁS AMPLIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES.** Si se toma en cuenta que la guarda y custodia única es aquella en la que el cuidado de los hijos y el deber de velar por ellos es atribuido sólo a uno de los padres, y al otro se le establece un régimen de visitas y los alimentos, lo que significa que el padre que tenga la custodia legal será quien goce de la total autoridad para decidir en los asuntos concernientes al menor que se presenten en la vida diaria; sin embargo, el interés superior de los menores se ve más protegido cuando la guarda y custodia se comparten, pues preserva una esfera de derechos más adecuada y completa para el menor, porque armoniza los legítimos derechos del padre y de la madre, sin menoscabo del bienestar de los menores y velando por el cumplimiento de sus deberes escolares y sus derechos regulados en el artículo 9 de la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México; además, por un lado, provee a los menores de mejor calidad de vida, puesto que siempre existen dos para responder y satisfacer sus necesidades, y, por el otro, los menores establecen un fuerte lazo afectivo con ambos padres y reduce el sentimiento

de pérdida que se da en los casos de divorcio y cuando se decreta la custodia única; asimismo, dota de independencia a cada uno de los padres para poder tomar acciones y decisiones en cuanto a cuestiones académicas y escolares, cuidado médico, viajes, etcétera, todas relativas al desarrollo y diario vivir del menor, con la misma autoridad y en igualdad de condiciones y circunstancias. Por ello, se debe privilegiar, en la medida de lo posible, tomando en cuenta el material probatorio desahogado, la procedencia de la custodia compartida, ya que se considera como de mejor estatus para el desarrollo de los menores.

Registro digital: 2007477, Localización: 10a. Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, p. 2425, aislada, Constitucional, Civil. Número de tesis: II.1o.13 C (10a.).

Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito con residencia en Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México.

Precedentes: Amparo directo 20/2014. 3 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Enrique Sánchez Frías. Secretario: David Fernández Pérez.

Esta tesis se publicó el viernes 19 de septiembre de 2014 a las 9:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

En el Código Civil de Durango propiamente no se establece un régimen de guarda y custodia compartida o alternada, aunque sí establece la posibilidad de que esta puede llevarse a la práctica mediante convenio celebrado entre los cónyuges, lo cual puede hacerse durante la tramitación del divorcio, siempre y cuando ninguno de los cónyuges incurra en algunos de los actos u omisiones que pongan en riesgo el desarrollo integral, físico, emocional y moral del menor de edad, en conformidad con el artículo 278 del Código Civil y en los casos de los convenios que deben celebrarse conjuntamente con la promoción de los divorcios por mutuo consentimiento, casos en los cuales deberá fijarse: un régimen de guarda y custodia compartida –por anidación o pendular–, régimen de visitas y estancias, periodos de la estancias, forma de manutención del menor de edad, etcétera.

#### **4. Características y beneficios de la guarda y custodia compartida**

De acuerdo con lo expuesto en las anteriores líneas, la guarda y custodia compartida puede caracterizarse como el régimen que determina que los padres deben sucederse en la guarda y custodia del hijo por determinados periodos más o

menos largos, de tal manera que éste pueda convivir con cada uno de ellos alternadamente de acuerdo con las determinaciones del juez o con el convenio que hayan celebrado los propios padres.

Actualmente en países avanzados en este ámbito del Derecho Civil, la custodia compartida puede ser de cuatro tipos: 1-2) con o sin cambio de residencia, 3) por tiempo diferente de estancia con los padres y 4) simultánea. Es de destacarse que para los numerales 1 y 2, tanto el padre como la madre conservan todas sus responsabilidades legales y derechos de decidir sobre sus hijos; la toma de decisiones sobre la rutina diaria corre a cargo del progenitor con el que en ese momento vivan los menores de edad.<sup>92</sup>

La legislación civil de México en estos momentos, no contempla una clasificación analítica y detallada de la custodia compartida.

En torno al régimen de guarda y custodia compartida, se ha debatido acerca de los inconvenientes y de las ventajas que puede tener. Siguiendo a Walter Howard<sup>93</sup>, se destacan los siguientes puntos de inconveniencia y conveniencia:

Por lo que se refiere a los inconvenientes de la guarda y custodia compartida, destacan los siguientes:

- a) *La posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio.* Inestabilidad que afecta a los hijos en el orden emocional y en su disciplina, y que puede ser producida por los conflictos entre padres mal avenidos, el peregrinaje de los hijos de un hogar a otro y tener que adaptarse periódicamente, cada poco tiempo, a diferentes horarios y costumbres, lo que repercute en su vida personal, familiar, social, en sus estudios, etcétera.
- b) *Los problemas de integración o adaptación a los nuevos núcleos familiares que se van creando por parte de los padres.* Falta de integración que puede deberse al rechazo o poca aceptación del nuevo cónyuge o pareja de cada progenitor, o bien la falta de adaptación ante la llegada de nuevos hermanos procreados por el padre o la madre.

---

<sup>92</sup> Custodia-Compartida, ¿Qué tipos de custodia compartida existen?, disponible: <http://custodia-compartida.com/tipos-custodia-compartida-existen/>, Consultada el 6 de Febrero de 2019.

<sup>93</sup> Los siguientes incisos corresponden a la mención que hace Walter Howard sobre los inconvenientes que la doctrina y alguna jurisprudencia de los tribunales uruguayos, han señalado para la instauración de un régimen de custodia compartida. Walter Howard, *Op.Cit.*, pp. 410-417.

- c) *Las dificultades para unificar criterios en las cuestiones cotidianas de la vida de los menores.* Los supuestos de responsabilidad máxima de los padres resultan difíciles de concretizar ya que falta el proyecto común para el desarrollo del hijo, que es más difícil acordar que cuando se da la vida en común en condiciones de confianza y entendimiento.
- d) *En muchas ocasiones, incluso, conspira contra la determinación de un régimen de guarda y custodia alternada la residencia de los padres en lugares alejados, con distintas costumbres, e incluso disimilitudes idiomáticas.* No debe perderse de vista que la promoción de la igualdad en la condición en que se encuentran los padres, la atribución de la guarda y custodia no está destinada a la satisfacción de éstos, sino que el destinatario de las medidas que se adopten es el menor de edad cuyo interés es prevaleciente y considerado como superior.
- e) *Aun cuando se considere que ambos padres están capacitados para cuidar y atender a sus hijos en lo cotidiano, es frecuente que carezcan de equivalente disponibilidad temporal para hacerlo.* En virtud de esto, se ha considerado que es mejor un sistema exclusivo de guarda y custodia con un régimen de visitas y estancias del padre no conviviente con el hijo.
- f) *Existen dificultades materiales, que acaso podrían considerarse menores cuando se visualizan desde un punto de vista genérico.* Pero en circunstancias concretas adquieren tal trascendencia que origina la inconveniencia de este sistema, v. gr.: traslado de enseres, materiales de uso escolar, vestimenta de los menores de edad, etcétera.
- g) *La implantación de un régimen de guarda y custodia compartida contraviene la idea de mantenimiento del statu quo.* Se pretende, manteniendo el statu quo evitar las consecuencias negativas que acarrea la ruptura de la pareja y que no se agregue un cambio en los hábitos que viene desarrollando el hijo.
- h) *Los diferentes estilos y propuestas educativas de los padres, conspiran contra la adecuada estabilidad psicológica del hijo.* Uno de los problemas es la incapacidad de los padres de alcanzar un acuerdo sobre las opciones fundamentales para la vida de los menores de edad.
- i) *La hostilidad y beligerancia que acostumbran mantener los padres.* Esto porque con tales actitudes no se puede mantener un contexto de paz y armonía, lo que es indispensable para el éxito del régimen.

Por eso el régimen de custodia compartida de acuerdo con el señalamiento de los anteriores inconvenientes, desde el punto de vista de Walter Howard:

Resulta inviable cuando existen conflictos entre los adultos, dado que es requisito imprescindible para su establecimiento la existencia de relaciones fluidas entre los padres, que faciliten la toma de decisiones consensuadas en relación al menor custodiado, y que propicien un estilo educativo similar en los sucesivos periodos de permanencia del mismo con uno y otro, de modo que no se le causen tensiones o desequilibrios que afecten negativamente al desarrollo de su personalidad.<sup>94</sup>

Por otra parte, el autor que vengo siguiendo, hace mención de las ventajas del sistema de guarda y custodia compartida frente a la guarda exclusiva, haciendo referencia en primer término al *“Informe Reencuentro sobre la custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial”*, de 25 de Septiembre de 2002, elaborado por la *Asociación de Padres de Familia Separados y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados*<sup>95</sup>; este informe señala como aspectos relevantes para admitir este régimen de guarda y custodia los siguientes:

- a) *El interés superior del niño requiere el contacto continuo y frecuente con ambos padres;*
- b) *El divorcio debe basarse en un modelo de coparentalidad que reconozca la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos padres;*
- c) *En el nuevo régimen de coparticipación igualitaria de derechos y obligaciones, el término “custodia” carecerá de sentido; la nueva situación se definirá mejor con expresiones como “coparentalidad”, “responsabilidad parental conjunta” o similares;*
- d) *Una vez desaparecida la dinámica de “parte ganadora/parte perdedora”, el divorcio contencioso carecerá de interés para las partes; las instituciones deberán fomentar el mutuo acuerdo y la mediación;*
- e) *Aunque la fórmula de coparentalidad más idónea es la que permita al niño un mayor disfrute de la presencia de ambos padres, el reparto al cincuenta por ciento del tiempo de convivencia no siempre será posible, por lo que podrán adoptarse otros modelos en función de los distintos casos;*

---

<sup>94</sup> *Ibídem*, p. 418.

<sup>95</sup> *Ibídem*, pp. 403-404.

- f) *En situaciones de proximidad geográfica de los domicilios paterno y materno, y salvo circunstancias especiales, la alternancia semanal parece la fórmula más viable y sencilla;*
- g) *En los casos de niños de corta edad, los contactos deberán ser más cortos, pero más frecuentes; en general el ritmo de alternancia deberá ser más frecuente cuanto menor sea la edad del niño;*
- h) *Más que estabilidad material (custodia exclusiva), el niño necesita estabilidad emocional (custodia compartida);*
- i) *La custodia exclusiva se caracteriza por su alta litigiosidad; las legislaciones sobre custodia compartida dan prioridad al mutuo acuerdo y la mediación;*
- j) *La custodia exclusiva conlleva transferencias económicas cuya utilización queda fuera del control de quien la realiza; la custodia compartida conlleva un régimen económico de pagos directos, lo que contribuye asimismo a reducir la litigiosidad y las disputas; y*
- k) *Las pensiones asociadas a la custodia exclusiva favorecen el parasitismo social de una de las partes y la desincentivación económica y profesional de la otra; los regímenes de coparentalidad, al eliminar esos factores de desincentivación, favorecen un aumento del nivel de vida de los niños.<sup>96</sup>*

Por su parte la doctrina — señala Howard<sup>97</sup> — al valorar el sistema destaca las siguientes ventajas:

- a) *Cultiva el principio de igualdad entre los padres, a efectos de que puedan participar en forma igualitaria en la formación de los hijos y sin que sean discriminados;*
- b) *Los hijos van a disfrutar de la compañía habitual de sus dos padres y mantener una relación fluida y constante con cada uno de ellos, con lo cual se evita que tomen como único modelo de referencia al custodio y se desdibujen las relaciones con el otro;*
- c) *Es el sistema que menos distorsiona el ejercicio común de la patria potestad;*
- d) *Evita el divorcio del hijo y el padre no custodio y no se añade al drama de la ruptura el alejamiento de uno de los ascendientes;*

---

<sup>96</sup> Si bien es cierto que puede ser cuestionable, es transcripción de lo dicho en el informe “Informe Reencuentro sobre la custodia compartida, reencuentro de padres e hijos separados por una ley obsoleta y parcial”, de 25 de Septiembre de 2002, elaborado por la Asociación de Padres de Familia Separados y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados que se cita más arriba, es sólo un dato que se aporta sin juzgar sobre el contenido del informe.

<sup>97</sup> *Ibíd*em, pp. 405-406.

- e) *Enriquece el mundo social, afectivo y familiar del menor que tendrá la oportunidad de adaptarse a dos formas de ver la vida, y de ello, más que inestabilidad, pueden derivarse beneficios para el menor que adquiriría una visión más amplia y constructiva de la propia personalidad;*
- f) *Permite a los padres la mutua comprensión de quien respectivamente está en la situación contraria, puesto que, al invertirse periódicamente las posiciones entre ellos se genera una mayor compenetración entre los problemas comunes y no existe un padre que desconozca los problemas cotidianos del menor, como ocurre en la guarda exclusiva;*
- g) *Se comparten las cargas por parte de los padres y se le obliga a asumir una postura de conjunto respecto de la educación y desarrollo del menor;*
- h) *Se pondrá fin a los pleitos y luchas por la custodia de los hijos; y*
- i) *No sería posible obstaculizar, ni entorpecer la relación del hijo con el otro padre, dado que cuando uno de ellos lo pretenda, la alternancia impedirá el alejamiento, y con ello se evita una de las desventajas que se presentan en la guarda exclusiva que es el enfriamiento de las relaciones paterno-filiales y el progresivo desmoronamiento del régimen de visitas acordado.*

## **5. Regulación de la custodia compartida**

La base o fundamento de la custodia compartida en la legislación mexicana se encuentra en el reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales a vivir en familia y el derecho de los hijos menores de edad a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, establecidos expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esto antes mencionado con el firme propósito, de contribuir: a la convivencia sana del menor de edad con sus padres así como entre los progenitores, lo que conlleva aun sano desarrollo tanto para el menor de edad como para los padres.

### **A) México: tratados internacionales y legislación nacional**

En virtud de la importancia que tiene la familia como núcleo social básico y ente colectivo fundamental para la formación y desarrollo de la personalidad de los hijos desde su nacimiento, a nivel de derechos humanos se ha procurado la protección

individual de los niños y niñas, en el contexto del derecho de familia y del derecho a la familia, entendido éste último como un derecho individual de cada uno de sus miembros, que en el caso de los hijos menores de edad, se actualiza en la medida en que la familia genera acciones para su integración y desarrollo, respetando su individualidad.

En atención a la importancia que tienen las acciones de familia para el desarrollo de la personalidad de los hijos, se ha procurado la protección de la misma a nivel de derecho fundamental y en el ámbito internacional. Así, tenemos diversos instrumentos internacionales en los que se contienen normas protectoras de la familia, tales son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre este asunto de la importancia que tienen las acciones de familia para el desarrollo de la personalidad de los hijos, José Benjamín Bernal considera:

En la mayoría de los tratados mencionados encontramos la dualidad persona-familia. La persona es el sujeto primordial de los derechos, todos los instrumentos de derechos humanos tienen este único destinatario: los seres humanos y sus atributos ontológicos. Mientras que a la familia la toman para decirle a la comunidad internacional que la persona no está sola en el universo de los derechos humanos. De esta manera, el orden internacional de los derechos humanos os plantea el desafío de la puesta de los derechos de la familia como sujeto garante de los mismos. Desde esta perspectiva pareciera que estamos en presencia de derechos colectivos frente a sujetos colectivos (la familia).<sup>98</sup>

En relación con el tema específico de protección del derecho del niño y la niña a la familia que vengo desarrollando, del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, destaco las siguientes consideraciones:

**Recordando** que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

---

<sup>98</sup> Bernal, José Benjamín. *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*. México: Gedisa-UAEM, 2017. p. 112.

**Convencidos** de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

**Reconociendo** que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

**Teniendo presente** que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”,

**Teniendo debidamente en cuenta** la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño.<sup>99</sup>

Estas consideraciones, que son de orden axiológico, constituyen el fundamento para la protección del *Interés Superior del Niño*, que se garantiza en el plano internacional con efectos vinculantes para los Estados Partes de la Convención, mediante la aplicación de las disposiciones de este documento. Entre tales disposiciones destaco las referidas a los derechos a la familia del niño y la niña y las referidas a su protección y cuidados especiales:

#### **Artículo 7**

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

#### **Artículo 8**

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

---

<sup>99</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, *Op.Cit.* Preámbulo.

### **Artículo 9**

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

### **Artículo 12**

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

### **Artículo 18**

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

### **Artículo 27**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

De las anteriores disposiciones se advierte que en la Convención se encuentran reconocidos los siguientes derechos de familia del niño para protección de su *Interés Superior*:

- a) El derecho de pertenencia a una familia, conforme a lo establecido en el artículo 7;
- b) El derecho a la preservación de las relaciones familiares, de acuerdo con el artículo 8;
- c) El derecho a no ser separado de sus padres, excepto cuando de acuerdo con la ley se estime necesaria para el interés superior del niño, en cuyo caso deberán seguirse los procedimientos aplicables; en todo caso deberá respetarse el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, salvo que ello sea contrario al interés superior del niño, según lo dispuesto en el artículo 9;
- d) El derecho a expresar su opinión y a ser escuchado en los procedimientos judiciales o administrativos que le afecten, de acuerdo con el artículo 12;
- e) Garantizar el reconocimiento de que ambos padres tienen obligaciones comunes respecto a la crianza y desarrollo del niño, conforme a lo establecido en el artículo 18; y

- f) El derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; el reconocimiento de que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño; la obligación de los Estados Partes para tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, en conformidad con lo establecido en el artículo 27.

Los anteriores derechos y garantías reconocidas en pro del *Interés Superior del Niño* constituyen principios básicos de un derecho de familia transnacional, que vincula al Estado Mexicano por ser signatario del documento que contiene la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este esquema se inscribe el derecho de familia interno del Estado Mexicano cuyos principios se encuentran establecidos como norma suprema en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos teniendo como base el amplio reconocimiento de los Derechos Humanos en el artículo 1° y la también amplia garantía de su promoción, defensa y en su caso restitución. Así, en concordancia con este dispositivo constitucional, el artículo 4° de la misma Constitución establece los principios supremos del derecho de familia, que garantizan desde luego el derecho fundamental a la familia de los niños, niñas y adolescentes, en los siguientes términos:

**Artículo 4o.** El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

(. . .)

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud,

educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

(. . .)

De la diversa normatividad establecida en los párrafos transcritos arriba del artículo 4° constitucional, se desprenden los siguientes derechos de los hijos a la familia:

- a) El de protección de la organización y desarrollo de la familia;
- b) El derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos;
- c) El derecho a la familia de los niños mediante la inscripción de su nacimiento;
- d) La protección del *Interés Superior de la Niñez*;
- e) El derecho de los niños y las niñas a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral;
- f) La obligación de los ascendientes, tutores y custodios de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios, y
- g) La obligación del Estado de otorgar facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

## **B) Análisis de legislación comparada en la custodia compartida**

En este apartado, me remito para un análisis de legislación comparada a los mismos Códigos Civiles que ya fueron revisados en el capítulo anterior en relación con el tema de la alienación parental: los Códigos Civiles de Colima y Baja California.

El Código Civil de Colima no contiene una regulación sobre custodia compartida, aunque sí contiene la posibilidad de que se establezca bajo convenio en los casos de nulidad de matrimonio y de divorcio por mutuo consentimiento, casos en los que impera la voluntad de los cónyuges sin que esté prohibida esta posibilidad. En los demás casos, la determinación de la custodia es resuelta por el juez para los

casos de divorcio contencioso de acuerdo con las diversas hipótesis contempladas en los diversos dispositivos legales que prevén la asignación de la guarda y custodia la cónyuge no culpable; sin embargo considero que el juez podría ordenar una custodia atendiendo al *Interés Superior* del menor de edad, en los casos en que no advierta que haya habido violencia intrafamiliar o causales de divorcio que no impliquen una conducta en ninguno de los cónyuges que pudieran poner en riesgo la seguridad de los hijos o impedir su sano desarrollo integral.

El artículo 259 del Código Civil de Colima establece:

Art. 259.- Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre propondrán la forma y términos de cuidado y la custodia de los hijos y el Juez resolverá a su criterio de acuerdo con las circunstancias del caso.

De acuerdo con esta disposición, el padre y la madre podrán proponer mediante convenio un acuerdo celebrado entre ellos para ejercer una custodia compartida sobre sus hijos, debiendo el juez, atendiendo a las circunstancias del caso y si no advierte afectación a los derechos de los hijos, resolverá según su criterio.

El artículo 273, fracción I, del mismo Código, previene que:

ART. 273.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del párrafo último del artículo anterior están obligados a presentar al juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I.- Designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

Esta disposición, referida a los casos de divorcio por mutuo consentimiento, contempla la obligación de los solicitantes del divorcio de designar a la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos, tanto durante el trámite del divorcio como una vez ejecutoriado; de acuerdo con una interpretación funcional de este artículo, la guarda y custodia podrá recaer en uno sólo de los progenitores, pero de igual modo puede acordarse que se mantenga una custodia compartida por ambos padres; en todo caso, el juez deberá resolver la aprobación del convenio atendiendo a las circunstancias del caso, protegiendo el *Interés Superior* de los menores hijos.

Otras posibilidades de custodia compartida se derivan de lo dispuesto en los artículos 380 y 381 del mismo Código, relativos al reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio, en cuyos casos, los padres podrán, mediante convenio, determinar a quién corresponde la custodia del hijo, sin que esté excluida la posibilidad de acordar una custodia compartida. En todo caso, el juez de primera instancia, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá protegiendo los intereses del menor de edad.

Los artículos del Código Civil de Colima, contienen las siguientes redacciones:

ART. 380.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la patria potestad, y en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

ART. 381.- En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no vivan juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

A su vez, el Código Civil del Estado de Baja California, contiene los mismos sistemas que abren la posibilidad de convenir una custodia compartida por ambos padres, tanto en los casos de nulidad de matrimonio como de divorcio por mutuo consentimiento, y en los casos de reconocimiento de hijos habidos cuando los padres no vivan juntos. Los artículos relativos del Código Civil de este Estado, son los siguientes:

ARTÍCULO 256.- Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, el padre y la madre convendrán la forma y términos del cuidado y la custodia de los hijos y en el caso de que no haya acuerdo el Juez resolverá a su criterio conforme a las circunstancias del caso.

ARTÍCULO 270.- Los cónyuges que se encuentren en el caso del último párrafo del artículo anterior, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I.- Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

ARTÍCULO 377.- Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá la custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres, y al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia de Baja California, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses de la persona menor de dieciocho años de edad

ARTÍCULO 378.- En caso de que el reconocimiento se efectuó sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de Primera Instancia de lo Familiar del lugar, no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Sistema Para el Desarrollo Integral de la Familia de Baja California.

En atención a las similitudes que guardan las disposiciones de los Códigos Civiles de ambas entidades federativas, aplican para el caso del de Baja California los comentarios expuestos en relación con el Código Civil de Colima.

### **C) Legislación del Estado de Durango**

El Código Civil del Estado de Durango no contempla una regulación sistemática de la guardia y custodia compartida, aunque tampoco existe regulación que la prohíba. Solamente puede encontrarse disposiciones relativas a la posibilidad de que los padres convengan en ejercer conjuntamente la custodia compartida.

Por lo tanto quedaría a criterio del juzgador considerando las particularidades del caso, el determinar la conveniencia de la custodia compartida.

Un primer caso se deriva de lo dispuesto en el artículo 270, que establece que en los casos de divorcio voluntario, a la solicitud de divorcio deberá acompañarse un convenio en el que entre otras cosas se estipule la designación de la persona a quien serán confiados los hijos, tanto de la tramitación del divorcio como una vez ejecutoriado este; textualmente el numeral invocado en su parte relativa establece:

Los cónyuges que se encuentran en el caso del último párrafo del Artículo 267, están obligados a presentar al Juzgado un convenio en que se fijen los siguientes puntos:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio.

Del contenido de esta disposición, se deriva que en dicho convenio, los cónyuges solicitantes del divorcio podrán convenir que la guarda y custodia de los menores hijos de ambos pueden compartirla debiendo establecer en dicho convenio el régimen de convivencias de los menores hijos con cada uno de ellos, y si este régimen será pendular o de anidación, así como los demás deberes a que se encuentran obligados para la manutención, educación y avisos en los casos de enfermedad u otro tipo de emergencias.

Dicho convenio podrá ser aprobado por el juez de lo familiar que conozca del caso proveyendo en todo caso lo necesario para garantizar el *Interés Superior* de los menores de edad.

Otra posibilidad de establecerse la custodia compartida, mediante convenio entre los padres del menor de edad, se contempla en el artículo 375 que se refiere al acto de reconocimiento simultáneo del hijo por los padres, que no vivan juntos, en cuyo caso, según dice la disposición invocada, los padres podrán acordar mediante convenio quien ejercerá la guarda y custodia. El texto de la disposición referida es el siguiente:

Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá la guarda y custodia del hijo, sin perder ninguno de ellos la patria potestad y, en consecuencia, con quien de ellos habitará.

En el caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a ambos progenitores y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

Considero que la redacción de dicho artículo puede ser interpretada en sentido amplio, de tal suerte que puede convenirse una guarda y custodia compartida, estableciendo el régimen de convivencia del menor con sus padres, así como si este régimen será pendular o de anidación y todas las demás condiciones necesarias para el sano desarrollo físico, psíquico y emocional del menor de edad.

El mismo artículo 375 dispone que el caso de que no se lograra el convenio, el juez de primera instancia oyendo a las partes y al Ministerio Público resolverá, cuidando siempre que se garanticen los intereses del menor de edad.

Por otra parte y de acuerdo con el artículo 376, si el reconocimiento del hijo por los padres que no vivan juntos, no se lleva a cabo en el mismo acto sino de manera sucesiva, obtendrá la guarda y custodia, el primero de ellos que lo haya reconocido, sin que ninguno pierda el ejercicio de la patria potestad.

El texto del referido artículo, es el siguiente:

En caso de que el reconocimiento sea efectuado en forma sucesiva por el padre y la madre que no vivan juntos, el hijo habitará con el que primero lo haya reconocido, quien ejercerá la guarda y custodia sin perder ambos la patria potestad, salvo convenio en contrario y siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar no crea necesario modificar el convenio con audiencia de los interesados y oyendo al Ministerio Público. El convenio sólo podrá modificarse en interés del hijo.

Igualmente, en esta disposición se establece la posibilidad del convenio para definir la guarda y custodia, sin perjuicio de que pueda acordarse una custodia compartida, en cuyo caso también deberán estipularse el régimen de convivencia del menor de edad con sus padres, pudiendo ser pendular o de anidación, y las demás condiciones necesarias para el sano desarrollo, físico, psíquico y emocional del menor de edad, siempre y cuando el juez de primera instancia, quien oyendo a los padres y al Ministerio Público, no crea necesario modificarlo, pudiendo ser modificado en interés del hijo.

## CAPÍTULO TERCERO

### La prevención, corrección y sanción de la alienación parental

#### 1. Alienación parental y normatividad en el Estado de Durango para su prevención, corrección y sanción

Considero que el Código Civil del Estado de Durango, aborda el tema de la alienación parental fundamentalmente en tres disposiciones en las que se define, en primer lugar, la alienación parental por sus elementos constitutivos, como un proceso que se da en el entorno familiar, tanto en la familia nuclear como en la familia extensa; en normas posteriores establece las medidas de prevención, de corrección y de sanción para el caso de que se actualice el fenómeno.

Así, el artículo 406 BIS del Código Civil del Estado de Durango contiene una caracterización de la alienación parental por sus elementos constitutivos, sin pretender dar una calificación o evaluación de carácter científico, pues sólo la reconoce como un proceso que se da dentro de la familia nuclear o ampliamente en la familia extensa. La disposición referida establece textualmente:

**ARTÍCULO 406 BIS.-** La alienación parental es la manipulación que un progenitor o un familiar realiza hacia un menor de edad, mediante la desaprobación o la crítica, con el objeto de denigrar al otro progenitor o a sus familiares y con el propósito de producir en el menor, rechazo, rencor, odio o desprecio hacia alguno de éstos, con el propósito de inducir al menor a rechazar la convivencia con el progenitor o familiar.

Del texto anterior, se desprenden los siguientes elementos:

1. La alienación parental es una manipulación: en este contexto, el concepto de “manipulación” puede caracterizarse en los siguientes términos: Intervenir con medios hábiles y, a veces, areros, en la información, con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares. En este caso, la distorsión de la verdad tiene un propósito claro y definido, crear una mala imagen de uno de los progenitores del niño y la niña o de algún otro familiar, con el fin de lograr el rechazo hacia aquella persona y lograr el interés personal de atraer la preferencia y lealtad del menor hacia la persona que realiza la manipulación.
2. La manipulación la realiza un progenitor o un familiar hacia el menor de edad: para que se actualice la alienación parental, la manipulación debe ser ejercida por uno de los progenitores

del menor de edad o bien por un familiar de éste; la disposición no distingue ni el tipo ni el grado de parentesco, por lo que cualquier persona unida con un lazo de parentesco con el progenitor del menor de edad puede ser el sujeto activo de la manipulación.

3. La acción manipuladora se da mediante la desaprobación o la crítica para denigrar al otro progenitor o a sus familiares: tanto la desaprobación como la crítica son formas de censura que enjuicia, en este caso, a la persona del progenitor o de alguno de sus familiares, enjuiciamiento que desaprueba o critica la conducta y cualquier tipo de acto que el alienado ejecute en relación con el menor de edad con el fin de denigrar, es decir, deshorrar o manchar su imagen ante los ojos del hijo, así como menoscabar y humillar al progenitor o su familiar a través de la desvalorización o minimización de su personalidad y de sus acciones.
4. La manipulación persigue los propósitos de producir en el menor de edad rechazo y otros sentimientos negativos, así como el de rechazar la convivencia con el progenitor alienado o cualquier familiar de éste: la manipulación persigue dos propósitos igualmente graves; 1) producir en el menor de edad el rechazo de su progenitor o alguno de sus familiares, así como sentimientos de rencor, odio o desprecio, sentimientos negativos que sin duda habrán de afectar la estabilidad emocional del menor de edad y la consecuente inadaptación a la nueva condición familiar derivada de la separación de sus padres; y 2) el segundo propósito perseguido con la manipulación es el de inducir al menor a rechazar la convivencia con el otro progenitor o familiar de éste, con lo que se afecta el derecho fundamental del menor de edad de vivir y convivir con sus padres, al tiempo que se le arrebató la estabilidad emocional, y por lo que se refiere al padre alienado, se vulnera su derecho a convivir con su hijo.

De acuerdo con lo anterior, la hipótesis normativa exige que la conducta del progenitor alienador sea una conducta intencionada y de mala fe, elementos del proceso que si bien no están expresados en la norma, se encuentran implícitos en su texto habida cuenta de que un elemento fundamental es la persecución de propósitos claramente especificados en la norma en perjuicio del progenitor alienado y correlativamente con violación del principio del *Interés Superior del Menor*, que en este caso se traduce en el derecho del menor de edad de convivir con ambos progenitores y el derecho de cuidados y protección que debe recibir de ambos progenitores.

Considerando que la separación de los cónyuges o de la pareja que no se encuentra unida en matrimonio, ya de por sí genera en los hijos un cierto desequilibrio tanto en su cotidianeidad como en su estabilidad emocional, todo lo cual

se verá agravado con un proceso de alienación parental, el Código Civil busca proteger el *Interés Superior del Menor*, evitando en la medida de lo posible las consecuencias emocionales, económicas y de falta de cuidados que pudiera sufrir el menor de edad a causa de la desintegración del matrimonio de sus padres o de la unión de sus progenitores no unidos en matrimonio, estableciendo medidas de prevención y corrección de la alienación parental, y en caso extremo la aplicación de alguna sanción para el progenitor que lleva a cabo la alienación o la consiente por parte de algún familiar.

Dependiendo de la gravedad de las acciones alienantes, el Código Civil establece las medidas de prevención y corrección, así como las consecuencias que pueden derivar para el progenitor alienante, siendo éstas la pérdida de la patria potestad o la suspensión de la patria potestad.

En este orden, el artículo 439, fracción IX, del Código Civil del Estado de Durango, establece:

**Artículo 439:** La patria potestad se pierde:

IX.- Cuando uno de los progenitores realice, en forma reiterada y grave, en la persona de los hijos, conductas que ocasionen alienación parental que impacte al menor en su desarrollo armónico, o afecte a la persona, libertad o patrimonio del otro que ejerce la patria potestad, acreditable mediante dictamen que ordene el juez a perito especializado en la materia. La pérdida cesará una vez que el alienador justifique, al Juez que conoce del asunto, haberse sometido al tratamiento que le permita tener una sana relación con el menor.

En esta disposición se contempla la sanción más grave que se puede imponer al progenitor que lleve a cabo acciones que produzcan alienación parental en perjuicio del otro progenitor del menor de edad o alguno de sus familiares.

Las condiciones para que se pueda aplicar como sanción la pérdida de la patria potestad, son las siguientes:

1. Uno de los progenitores realice, en formas reiterada y grave, en la persona de los hijos, conductas que ocasionen alienación parental: la realización de las conductas que exige la norma deben darse en forma reiterada, es decir repetirse constantemente durante un lapso suficiente para provocar en el hijo el efecto

deseado de rechazo, desprecio, rencor hacia el otro progenitor, así como el de evitar o rechazar la convivencia con el otro progenitor o familiar; las conductas a que se refiere esta disposición pueden ser de acción o de omisión; serán por acción cuando directamente influya en el pensamiento y sentimientos del hijo a través de información distorsionada acerca del otro progenitor o induciendo sentimientos negativos hacia el otro progenitor como podrían ser de odio, rencor o rechazo: la conducta puede ser de omisión cuando permita o tolere que alguno de sus familiares realice las anteriores conductas hacia el menor de edad, consintiendo en que se generen los efectos antes mencionados.

2. Las conductas que ocasionen alienación parental impacten al menor de edad en su desarrollo armónico, o afecte a la persona, libertad o patrimonio del otro que ejerce la patria potestad: los efectos que producen las conductas alienantes para producir la consecuencia de pérdida de la patria potestad pueden ser de dos órdenes, 1) que impacten al menor de edad en su desarrollo armónico, es decir, que afecte su desarrollo psico-social, así como su estabilidad emocional, produciendo en él conducta antisociales y sentimientos de rencor, odio o desprecio hacia el otro progenitor o alguno de sus familiares; 2) que la conducta alienadora afecte a la persona, la libertad o el patrimonio del otro progenitor que ejerce la patria potestad; esta afectación en la persona del otro progenitor significa la limitación o impedimento del goce del derecho de convivir con el hijo y de cumplir sus deberes de protección y cuidado, lo cual consecuentemente afecta su libertad para desarrollar una relación armónica con el hijo y en el peor de los escenarios crear una situación de aparente abandono del menor de edad que pueda configurar ficticiamente un delito; por otra parte la afectación del patrimonio del otro progenitor puede ocurrir como consecuencia de una conducta hostil del menor de edad en el tiempo de convivencia que pueda generar algún grado de violencia en la conducta del menor de edad que lo lleve a destruir bienes de su progenitor.
3. Todo lo anterior debe ser acreditable mediante dictamen que ordene el juez a un perito en la materia: el perito en materia de alienación parental podrá aplicar cualquiera de los métodos de estudio de las conductas inducidas por alienación parental, de manera rigurosa y objetiva, para determinar la gravedad de los efectos producidos en el menor de edad, que pueden ir de conductas de rechazo a la convivencia sin consecuencias hacia la persona o los bienes del progenitor hasta la demostración de hostilidades que reflejen sentimientos negativos e incluso agresión en contra de la persona del progenitor o sus bienes; tal dictamen servirá de orientación al juez para determinar las características particulares del caso y resolver en consecuencia, garantizando el *Interés Superior del Menor*, que le

garantice un desarrollo armónico y el goce de sus derechos de convivir con los padres y de recibir los cuidados necesarios para su desarrollo integral como persona, pudiendo el juez, si es el caso, decretar la pérdida de la patria potestad del progenitor alienador, con los efectos consecuentes del retiro de la guarda y custodia para alejarlo de un ambiente tóxico, y otorgar la guarda y custodia al otro progenitor.

4. La pérdida de la patria potestad cesará cuando el progenitor alienador justifique ante el juez haberse sometido al tratamiento que le permita una sana relación con el menor de edad: la sanción de pérdida de la patria potestad puede no ser definitiva y para siempre, pues la propia norma establece la posibilidad de recuperar el ejercicio de la patria potestad; es recuperable en cuanto el progenitor alienador demuestre que se ha sometido al tratamiento, ordenado por el juez, y que está en condiciones de tener una sana relación con el menor de edad, sin repetición de las conductas que produzcan alienación parental.

Por otra parte, el artículo 442, fracción IV, del Código Civil del Estado de Durango, con una mala diferenciación de contenido en relación con lo dispuesto en el artículo 439, fracción IX, previene la suspensión de la patria potestad por causar alienación parental, por las mismas causales que provocan la pérdida de la patria potestad, estableciendo como única diferencia, que la conducta que cause alienación parental, sólo sea realizable por alguno de los cónyuges; textualmente, el artículo 442, fracción VI, dice:

**Artículo 442.-** La patria potestad se suspende:

VI.- Cuando uno de los cónyuges realice en la persona de los hijos, conductas que causen alienación parental que impacte gravemente al menor en su desarrollo armónico, o afecte a la persona, libertad o patrimonio del otro que ejerce la patria potestad, acreditable mediante dictamen que ordene el juez a perito especializado en la materia. La pérdida (sic) cesará una vez que el alienador justifique, al Juez que conoce del asunto, haberse sometido al tratamiento que le permita tener una sana relación con el menor.

No encontrando ningún elemento diverso a los ya comentados en relación con lo dispuesto en la fracción IX del artículo 439, considero que son aplicables a la disposición del artículo 442, fracción VI, con la referencia particular de que en esta

hipótesis los actos que producen alienación parental sólo son realizables por alguno de los cónyuges.

El análisis de las normas anteriormente referidas, permite advertir que la regulación del tema de la alienación parental, si bien es cierto que parte de una realidad objetiva, como lo es la alienación parental como un proceso disfuncional de la relaciones familiares, que afecta fundamentalmente la convivencia entre padres e hijos, pero que además es una consecuencia del conflicto existente entre los padres del menor de edad, conflicto no resuelto que lleva a la disputa por ganar la guardia y custodia, así como el cariño y aceptación de los hijos, en detrimento del progenitor no conviviente con los hijos, es una regulación que resulta insuficiente, toda vez que la resolución a la disputa por los hijos, se resuelve de una forma, que podemos considerar como tradicional y que es la constante, otorgando la guarda y custodia a uno sólo de los progenitores, las más de la veces sin establecerse un régimen detallado de visitas y convivencias entre el progenitor no custodio y el hijo, ni un régimen detallado sobre la forma de cubrir las demás obligaciones que derivan de la filiación ni el disfrute de otros derechos, tanto de los menores hijos como de los padres.

Por ello considero la necesidad de invertir el principio establecido en el Código Civil, que otorga como regla general la guarda y custodia a uno solo de los progenitores, para que el principio sea el de contemplar en primer lugar, y como norma preferente, el otorgamiento de la guarda y custodia compartida, estableciéndose detalladamente en la resolución del juez el régimen como deberá llevarse a cabo esta forma de custodia, garantizando el *Interés Superior del Menor* y el ejercicio de los deberes y derechos de ambos progenitores y sólo en el caso de que se vean afectados los intereses del menor de edad se opte por la guarda y custodia monoparental.

## **2. La necesaria regulación de la custodia compartida en la legislación del Estado de Durango**

Considero que la normatividad antes señalada y comentada, establecida en el Código Civil del Estado de Durango, es insuficiente para evitar la alienación parental,

así como para resolver o modificar sus efectos, pues atiende básicamente a la protección de los intereses de los progenitores, y no centra la atención del fenómeno en la lesión que causa al desarrollo armónico psicosocial de los hijos, pues al prever como solución la sanción al progenitor alienador consistente en la pérdida o suspensión de la patria potestad, lo que de acuerdo con el uso de la práctica que tradicionalmente se lleva a cabo, fundándose en el sistema del Código, tiene como consecuencia el retiro de la custodia, para hacerla recaer en el otro progenitor o en los abuelos u otros parientes, sustrayendo a los hijos del entorno en que viven con el progenitor a quien se había confiado su guarda y custodia al que se habían adaptado después del rompimiento de sus padres. Considero que la solución establecida en la normatividad referida, poco o nada abona a la superación de la disputa existente entre los progenitores por obtener la custodia de los hijos y los afectos de éstos, y si por el contrario la puede recrudecer, pues una vez que se recupere el ejercicio de la patria potestad por el progenitor que la había perdido o se le había suspendido, si satisfizo las condiciones establecidas en la ley para recuperarla, considero nada garantiza que no continuará la disputa por los hijos.

En virtud de lo anterior, considero necesario que tanto en el Código Civil, como en el de Procedimientos Civiles, se incluya una normatividad que prevea como solución preferente para prevenir y evitar la alienación parental, la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, pudiendo seguirse para ello dos vías de solución: el convenio entre ambos progenitores, que puede darse espontáneamente o con intervención de un tercero mediante un proceso de mediación o bien mediante la resolución del juez.

En el caso de un convenio entre los progenitores para conservar una custodia compartida, celebrado libre y espontáneamente, la intervención judicial tendrá como objetivo aprobar o modificar el convenio si lo cree conveniente, con el fin de garantizar el *Interés Superior de los Menores*, una vez que advierta que el convenio contiene a detalle los requisitos mínimos que se establezcan en la ley, los cuales más adelante propondré.

Por cuanto a la convención con intervención de un tercero, el camino es la mediación de la cual presento en las siguientes líneas un examen y una propuesta para aplicar con el fin de lograr el convenio de guarda y custodia compartida.

En los capítulos anteriores he planteado los conflictos y las disputas que derivan de la mala separación o el mal divorcio de un matrimonio y una mala ruptura de las parejas que no se encuentran unidas por el vínculo matrimonial, conflictos y disputas que las más de las veces tienen como centro la “posesión” de los hijos habidos durante el matrimonio o la unión de pareja. Como alternativa para resolver los diferendos, se propone la implementación de procesos de mediación, que serán recomendados por el Juez que conozca de la causa en la que se encuentra la disputa por la guarda y custodia de los hijos.

En los siguientes apartados de este Capítulo haré una propuesta en torno a la inclusión de los procesos de mediación en la legislación, será sólo el aspecto legal el que trataré, por lo que, primeramente expondré brevemente en qué consistiría básicamente la mediación para convenir una custodia compartida partiendo de conceptos generales sobre mediación siguiendo algunas ideas expuestas por Lisa Parkinson<sup>100</sup>, sin entrar en examen de las teorías de mediación ni a proponer perfiles de los mediadores, toda vez que eso queda fuera del alcance de este trabajo.

Lisa Parkinson parte de la pregunta acerca del objetivo de la mediación, pregunta que plantea llanamente en la siguiente forma: ¿arreglar las disputas o resolver el conflicto?<sup>101</sup> Y explica que las palabras disputa y conflicto, aunque se usan intercambiabilmente, es decir, con iguales significados, en realidad no son sinónimas, y especifica:

Las *disputas* son abiertas y públicas y, para solucionarlas, los disputadores pueden aceptar condiciones que impliquen concesiones o un compromiso. Aunque alcancen un acuerdo porque ambos lo reconozcan como necesario, sus actitudes recíprocas pueden permanecer hostiles y sin comunicación entre ellos. El *conflicto*, por otro lado, puede ser

---

<sup>100</sup> Parkinson, Lisa. *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa, 2005. p. 13.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 16.

abierto u oculto y su gestión no necesariamente persigue el acuerdo. La mediación pretende ayudar a las partes a alcanzar decisiones consensuales y arreglar disputas.<sup>102</sup>

La mediación es un trabajo que tiene el propósito de la avenencia en ciertos problemas y que permite un diálogo; en un extremo, puede llegarse a un acuerdo sin que cambien las actitudes y sin que se resuelva el enojo; en otro extremo se pasa de las recriminaciones airadas a una relación que se sustenta en la cooperación y la confianza.<sup>103</sup> En ambos casos, se encuentra una solución a la disputa, mientras que el conflicto puede encontrarse oculto.

Señala Parkinson que a la mediación se le ha definido como “un proceso de resolución cooperativa del conflicto en que dos o más partes en disputa reciben la ayuda de uno o más terceros imparciales (los mediadores) para comunicarse y alcanzar por sí mismos un acuerdo mutuamente aceptable sobre los temas en disputa”.<sup>104</sup> En esta definición es importante resaltar dos aspectos fundamentales: 1) que se trata de un proceso donde el motor para su desarrollo es la actitud de cooperación de las partes que mantienen una disputa, y 2) que el acuerdo al que lleguen los disputadores será alcanzado por ellos mismos, respetándose la autonomía de la voluntad.

De esta suerte, la función de los mediadores se reduce a ayudar a las partes en disputa a explorar las posibilidades u opciones de solución y, en su caso a tomar decisiones satisfactorias para las partes; por tanto, las decisiones que tomen las partes serán de forma voluntaria, libre de amenazas y presiones y sin que el mediador las dirija.<sup>105</sup>

La mediación como medida alterna para resolver la disputa sobre la guarda y custodia de los hijos sólo puede ser empleada en los casos en que no haya cónyuge culpable en los casos de divorcio o no se den situaciones semejantes a las previstas para la resolución a favor de uno de los cónyuges de la guarda y custodia de los hijos en los casos de parejas no unidas por el vínculo matrimonial, pues en todos los casos debe protegerse el *Interés Superior del Menor*. Esto es importante destacarlo porque

---

<sup>102</sup> *Ídem*.

<sup>103</sup> *Ibidem*, pp. 16-17.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>105</sup> *Ídem*.

las partes en disputa no deben perder de vista que lo que se encuentra en el meollo de la discusión son los intereses del menor de edad y no los propios de cada uno de ellos, los que sin desconocerlos, deben abrir paso y dar prioridad a los intereses del menor de edad, pues éste es parte involucrada en la disputa.

Es importante tener presentes las nuevas tendencias legislativas y jurisprudenciales en torno a las causales de divorcio, derivadas del texto del artículo 1° constitucional que ordena favorecer la protección más amplia a las personas y a raíz de lo cual, se protege el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, lo que ha generado la figura del divorcio incausado y a los criterios jurisprudenciales que consideran inconstitucionales aquéllos códigos civiles o leyes de familia que exigen la prueba de alguna causal de divorcio.

Considero que en atención a lo expuesto en el párrafo anterior, es necesaria la mediación familiar para resolver la disputa sobre la guarda y custodia de los menores de edad, sin menoscabo de las facultades que tenga el juez de lo familiar para resolver sobre la situación de los menores hijos velando siempre por el *Interés Superior* de ellos cuando se den circunstancias que hagan necesaria su intervención. Desde luego, estoy considerando que la mediación será bajo la supervisión del juez, pues el acuerdo que se obtenga mediante este proceso debe tener efectos vinculantes entre las partes y deberá ser elevado a categoría de cosa juzgada para contar con los recursos legales necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de tales acuerdos cuando alguno de los progenitores del menor de edad no cumpla con su parte.

Sin dejar de considerar los valores culturales y las estructuras familiares y los valores que las animan en nuestra sociedad, considero importante tomar algunas referencias para la construcción de la propuesta de mediación como método alternativo para resolver las disputas que se generan con motivo de la guarda y custodia de los menores de edad.

Las Leyes sobre Menores en Inglaterra y Gales de 1989 y de Escocia de 1995, abolieron el concepto de “custodia” e introdujeron el concepto de “responsabilidad parental”, al considerar que con el divorcio no terminan las responsabilidades para

con los hijos; son leyes sustentadas en una filosofía de no intervencionismo judicial, pues deja a los padres la responsabilidad de tomar las decisiones, salvo cuando exista incapacidad en ellos para llegar a un acuerdo o cuando así lo exija el bienestar y el *Interés Superior* de los hijos.<sup>106</sup>

Los principios básicos de la Ley del Menor son los siguientes<sup>107</sup>:

- ) La supremacía del bienestar del niño y la niña.
- ) Los padres tienen responsabilidades, en vez de derechos, respecto de sus hijos.
- ) La responsabilidad parental no acaba con el divorcio sino que continúa después.
- ) Los padres deben acordar sus propios arreglos sobre sus hijos en la medida en que sea posible.
- ) El tribunal sólo dictará una resolución referente a un menor de edad cuando considera imprescindible la existencia de medidas judiciales.
- ) Limitación de los tipos de resoluciones judiciales sobre los niños y las niñas. Existen cinco clases: sobre la residencia del menor de edad, sobre el contacto con el progenitor con el que no reside, sobre temas específicos, prohibiciones y de ayuda familiar.
- ) Al dictar una medida respecto de un menor de edad, el tribunal debe prestar especial atención a una serie de factores, incluidos en una lista de chequeo. El primero de ellos son “los deseos y sentimientos verificables del niño y niña afectado (considerados en función de su edad y capacidad de formarse un juicio)”.

Parkinson propone diversas formas en que los mediadores pueden ayudar a los padres a elaborar proyectos parentales de mediación al considerar que la mediación ofrece a los padres un espacio en el cual puedan dialogar en torno a los sentimientos y necesidades filiales de una manera constructiva que les permita encontrar soluciones adecuadas mediante el acuerdo. Señala<sup>108</sup> que los mediadores pueden ayudar a los padres en las siguientes formas:

- ) Ayudándoles a concentrarse individualmente en cada niño y niña;
- ) Aumentando su cooperación y reduciendo el conflicto respecto de sus hijos;

---

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 181.

- J Animándoles a que acepten la continuidad del papel que ambos juegan en las vidas de los niños y las niñas;
- J Permitiéndoles individualar las diferentes áreas de responsabilidad parental y hasta qué punto las compartirán o quedarán encomendadas a uno de los progenitores;
- J Facilitándoles la elaboración de acuerdos que liberen a los niños y las niñas de conflictos de lealtad o de otras presiones;
- J Ayudándoles a calcular las necesidades económicas de sus hijos y comprometerse a satisfacerlas;
- J Discutiendo con ellos sobre la forma en que piensan hablar con los niños y las niñas y explicarles los nuevos acuerdos;
- J Contribuyendo a que los padres sean más conscientes sobre lo que sus hijos pueden estar experimentando; y
- J Considerando con ellos si es o no apropiada la participación directa de los niños, niñas y adolescentes en la mediación, para que puedan tenerse en cuenta sus puntos de vista y sentimientos, sin cargarles con la responsabilidad de decidir.

Puede advertirse el valor que tiene el anterior conjunto de ayudas a los padres. Considero que con estas orientaciones los padres podrán diferenciar el conflicto que existe entre ellos de la disputa que sostienen por obtener la guarda y custodia para evitar la afectación que pudiera repercutir en el desarrollo psico-emocional de los hijos. El punto central de esta ayuda es hacerles comprender que la responsabilidad parental, es decir, la responsabilidad de satisfacer las necesidades de los hijos en todos sus aspectos: material, emocional, de cuidado, de orientación y de educación, son completamente independientes del conflicto surgido entre ellos y que es necesario terminar la disputa en torno a quién de ellos debe obtener la guarda y custodia. Les ayuda a comprender que la responsabilidad parental, que es una responsabilidad compartida, no necesariamente significa que los niños y las niñas deban pasar el mismo tiempo, es decir, contabilizado en horas, con cada progenitor. Esto se plantea como un problema de equidad, que parece razonable, pero considero que sólo se mira el punto de conveniencia de cada uno de los padres, olvidando las necesidades de los hijos, pues dependiendo de su edad y otras características de

personalidad, en alguna fase de su crecimiento querrán pasar más tiempo con un progenitor.

Las formas de ayuda antes reseñadas que pueden brindar los mediadores a los padres, han de estar encaminadas a que los padres estén conscientes de que las necesidades afectivas y materiales de sus hijos pueden no coincidir con las propias; la edad, el temperamento y la capacidad de adaptación de los menores de edad son factores que no deben desconocerse ni ignorarse como si fuesen sólo caprichos de los hijos. Llegado a este punto es necesario considerar la conveniencia de incluir indirectamente a los niños en la mediación, siempre siendo cuidadosos de no cargarles con la responsabilidad de elegir.

La mediación abre la posibilidad de diseñar proyectos parentales en los que se establezcan las formas en que se compartirán las responsabilidades conjuntas y la forma en que se ejercerán en la práctica; Parkinson señala como puntos a cubrir<sup>109</sup> con estos planes los siguientes:

- ) El cuidado de la salud: organizar revisiones médicas y dentales, y la atención en caso de enfermedad;
- ) Educación: elección del colegio, materiales, deberes, reuniones con los profesores y eventos escolares;
- ) Educación religiosa;
- ) Vacaciones, celebraciones y cumpleaños: regalos, fiestas, excursiones;
- ) Deporte y actividades de ocio;
- ) Comunicación: cómo transmitirse la información sobre los niños, y revisión y cambio de los acuerdos adoptados, cuando sea necesario;
- ) Contacto con otros familiares;
- ) Disciplina: las reglas y límites, respetando los impuestos por el otro progenitor, y acuerdo sobre la eventual responsabilidad de otras personas en esta materia;
- ) Responsabilidad respecto de la seguridad y desarrollo del niño: educación sexual, sobre las drogas, etc. y
- ) Emergencias: cómo avisar al otro progenitor.

---

<sup>109</sup> *Ibid.*, pp. 182-183.

Estimo que los anteriores puntos señalados por Parkinson tienen una relevancia trascendental, ya que no siempre los padres tienen en cuenta estos aspectos, y que al ser considerados ayudan a establecer la forma en que deben llevarse a cabo las acciones asignadas a cada progenitor y los límites de éstas, sobre todo cuando el conflicto de pareja que se encuentra detrás aún no ha sido resuelto o superado, con lo que se evitarán discusiones delante de los niños y las niñas y si en cambio podrán darles el apoyo emocional necesario.<sup>110</sup>

Por otra parte, cabe la presunción de que los padres conocen los rasgos de personalidad de sus hijos, así como los antecedentes familiares relativos a la relación que los hijos guardan con ellos, con hermanos y otros parientes como abuelos, tíos, lo que permitirá definir cuáles serán las mejores acciones para beneficio de los hijos, circunstancias que difícilmente puede conocer a fondo el juzgador, quien en todo caso resolverá con los elementos que han sido probados en el juicio correspondiente.

Un asunto que no debe dejarse sin atención es el relativo a la posible participación directa de los hijos en la mediación; en relación con este tema, Parkinson relata que la opinión de los mediadores se encuentra dividida; quienes se muestran contrarios a involucrar a los niños en el proceso de mediación consideran que con ello se minaría la autoridad y el poder de decisión de los padres, lo que es contrario al propósito de las negociaciones, que es el de fortalecer a los padres para que tomen sus propias decisiones.<sup>111</sup> Quienes se encuentra en la postura opuesta, consideran que la intervención de los hijos en el proceso de mediación puede ser beneficiosa, siempre y cuando se planee con ambos padres la modalidad y los objetivos de tal intervención; para ello serán necesarios “el consenso parental, la claridad sobre el papel del mediador familiar; la confidencialidad respecto a lo que diga el hijo, y el consentimiento informado de éste”.<sup>112</sup>

La misma autora destaca los inconvenientes y las ventajas de la participación de los hijos en la mediación de acuerdo con lo siguiente:

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>112</sup> *Ibid.*, pp. 201-202.

***Posibles razones para no involucrar a los niños en la mediación:***

- J Los hijos no son responsables del conflicto de sus padres y no deben verse arrastrados dentro de él;
- J su participación incrementa su dolor y confusión;
- J les perturbará ser más conscientes del conflicto parental;
- J los niños no deben verse involucrados en lo que realmente son negociaciones entre adultos;
- J los desequilibrios de poder entre padres e hijos quedan fuera de los límites de la mediación;
- J al revalorizar a los niños se arriesga a devaluar a uno o ambos padres;
- J si el mediador actúa como “experto”, se socava la autoridad de los progenitores en la toma de decisiones;
- J el papel del mediador puede confundirse con el del consejero o el del abogado de los niños;
- J la intervención de los hijos crea expectativas de mejora de la situación de éstos;
- J los hijos pueden sentirse presionados en la expresión de sus opiniones y sentimientos;
- J pueden temer verse forzados a elegir;
- J los hijos no pueden juzgar de forma fiable cuáles serán sus propios intereses a largo plazo;
- J riesgo de que el mediador quede “triangulado” entre los padres y el niño;
- J si el hijo confiase al mediador secretos u opiniones que no quiere compartir con sus padres, colocaría al mediador en una posición insostenible;
- J pueden intensificarse los conflictos de lealtad del niño;
- J incapacidad o dificultad de los padres de manejar su dolor delante de los niños;
- J es posible que los progenitores presionen al hijo y le aleccionen sobre lo que debe decir al mediador;
- J los padres se enfadarán con el niño cuando se enteren de lo que éste dijo; y

- J contemplar a sus padres hablando amistosamente puede hacer pensar a los más pequeños que van a volver a estar juntos, alimentando sus esperanzas de reconciliación.

***Beneficios potenciales de su participación***

- J La mayoría de los niños que han tomado parte en la mediación dicen que los ayudó mucho.
- J Se pueden dar explicaciones y tranquilizar a los niños.
- J Para ellos es más fácil adaptarse a la nueva situación si entienden más claramente las decisiones de sus padres.
- J Les demuestra que lo que piensan y sienten es importante y que se les trata con respeto.
- J Escuchar a los niños es una manera de mostrarles amor.
- J Es una forma de facilitar que ambos padres presten atención a lo que les dicen sus hijos.
- J Los padres pueden elegir explicar a sus hijos sus decisiones y acuerdos en una reunión familiar (algunos padres necesitan el apoyo del mediador para poder hacerlo).
- J Disipar equívocos: por ejemplo, que un niño no quiere ver a su padre o a su madre, cuando en realidad si lo desea.
- J Facilitar que los hijos hagan preguntas, comentarios y que contribuyan con sus ideas.
- J Permitirles que expresen una preocupación o interés, tal como dónde vivirán las mascotas de la familia.
- J Hacer más fluida la comunicación y reducir las tensiones en las relaciones paterno-filiales.
- J Tener la oportunidad de encontrarse a solas con el mediador y hablar sobre sus sentimientos y preocupaciones, sin sentirse ansioso porque los estén oyendo sus padres.
- J Ayudarles a preparar los mensajes que quieran transmitir a sus padres (u otras personas interesadas) y a sentirse capaces de hacerlo.
- J Facilitar que reciba un mensaje de la madre o del padre cuando, por alguna razón, no puede comunicárselo directamente.

- J) Con el consentimiento del niño, transmitir a los padres el contenido de la entrevista con el mediador para ayudarles a entender sus preocupaciones y sentimientos, de manera que puedan tenerlos en cuenta en sus decisiones.<sup>113</sup>

La autora que vengo siguiendo, señala la necesidad de sopesar las razones en favor de la intervención de los niños y las niñas en la mediación, así como sus potenciales riesgos y desventajas. Y una vez acordada la participación de los hijos, es importante planificar esa intervención. Precisa la necesidad de considerar cinco factores en dicha planificación, que son los siguientes:

### **1. Analizar distintas formas de intervención**

Existen muchas opciones sobre las que trabajar; éstas estarán en función de las opiniones que los padres tengan sobre lo que consideran más adecuado atendiendo a los rasgos de personalidad, temperamento, edad de los niños o adolescentes, y por otra parte atender a la forma en que los hijos deseen intervenir en la mediación y si aceptan o no que el mediador informe a los padres o a otras personas el resultado de las entrevistas en las que participarán ya que “Los niños y los jóvenes dan mucha importancia a la confidencialidad”.<sup>114</sup>

### **2. Acordar planes con ambos padres y con el hijo**

Los padres deben considerar los límites de las conversaciones con los hijos en la mediación; si la confidencialidad no es absoluta y de lo revelado en la mediación se advierte que puede seguirse que el niño y la niña corren un riesgo de sufrir un grave daño, debe quedar claro, tanto para los padres como para el menor de edad, que se seguirán los procedimientos legales correspondientes para la protección del menor de edad. También los padres deben aceptar que podrían no recibir ninguna información acerca del contenido de la conversación del menor de edad con el mediador, si no existe permiso del menor de edad para informar de ello a los padres.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> *Ibid.*, pp. 202-204.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 205.

### **3. El planteamiento al niño y el consentimiento de éste**

Los padres deben explicar a los hijos las razones por las que les gustaría que participen en la mediación; es fundamental que el niño entienda qué es lo que se le está proponiendo y que puede no aceptar; deben saber que no serán interrogados y que si desean hablar serán escuchados y que ni se les pedirá que elijan ni que tendrán responsabilidad alguna en caso de decisiones difíciles.<sup>116</sup>

### **4. El pacto de no aleccionar previamente al niño y de no reprocharle ni criticarle después por algo que pueda haber dicho u omitido mencionar al mediador**

Los hijos deben tener la certeza de que podrán hablar libremente, sin miedo a que lo que digan pueda traerles problemas o herir a sus padres; por su parte, los padres deben aceptar que el propósito principal de hacer participar al hijo en la mediación es el de ayudarlo a comprender la nueva situación que vive.<sup>117</sup>

### **5. El manejo de los resultados y el acuerdo sobre los próximos pasos a seguir**

El resultado de la intervención de los hijos en la mediación es variable y depende en mucho de las percepciones particulares que tiene cada niño, niña o adolescente sobre el conflicto de sus padres y la relación que mantenga con cada uno de ellos después de la separación, así como de sus sentimientos y sus necesidades afectivas, la confianza depositada en sus padres para expresarse y lo que quieren escuchar de ellos. “El principal beneficio de la participación directa de los hijos en la mediación es la reapertura de los canales de comunicación entre éstos y sus padres, para que puedan hablar juntos con más empatía y comprensión”.<sup>118</sup>

Ya analizados los cinco aspectos anteriores, a continuación comentaré mi punto de vista sobre la regulación de la mediación en materia de responsabilidad parental.

---

<sup>116</sup> *Ídem.*

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>118</sup> *Ídem.*

### **La regulación de la mediación en materia de responsabilidad parental**

La ausencia de regulación en la legislación civil en materia de guarda y custodia compartida, salvo la posibilidad de convenio en el caso de reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio, ha traído como consecuencia que regularmente se deje en manos de la autoridad judicial la decisión de a cuál de los padres ha de corresponder este ejercicio, derivado siempre del conflicto entre los cónyuges expuesto a la consideración del juzgador mediante el litigio legal, litigio el que se resuelve mediante sentencia que determina la culpabilidad de alguno de los cónyuges con el consecuente otorgamiento de la guarda y custodia al cónyuge inocente, condenando al cónyuge encontrado culpable al cumplimiento del otorgamiento de la pensión alimenticia (y en ocasiones a la pérdida de la patria potestad), sin que se ordene un régimen de visitas y convivencia para el progenitor que no gozará del derecho de guarda y custodia. Esto deja latente el conflicto de pareja y puede originar la disputa por la “posesión” de los hijos, lo que a su vez puede dar origen a los procesos de alienación parental.

En virtud de lo anterior es pertinente establecer una regulación sobre mediación en materia de responsabilidad parental, como alternativa de solución a la situación de los hijos, una vez que se haya decretado el divorcio. El acuerdo o convenio sobre responsabilidad parental que sea resultado de la mediación podrá ser validado por el juez, y en la sentencia correspondiente al divorcio quedará integrado y los padres serán condenados a estar y pasar por dicho acuerdo, con el fin de quede garantizado su cumplimiento, el que llegado el caso puede ser coactivo, ya que el bien que debe ser protegido es el *Interés Superior del Menor*.

La mediación en materia de responsabilidad parental es igualmente útil para resolver las disputas por la guarda y custodia de los hijos en los casos de separación y terminación del concubinato y de parejas que viven en otras formas de unión intersexual en las que se crean derechos de familia reconocidas por la ley.

La regulación de la mediación en materia de responsabilidad parental, se establece de acuerdo a las siguientes características:

## **Ámbito legal de aplicación**

### ***Ubicación y ámbito territorial de aplicación***

Los procesos de mediación en materia de responsabilidad parental serán regulados en el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Durango, en el Capítulo Correspondiente a las Controversias del Orden Familiar, y tendrá el ámbito de aplicación territorial en el Estado de Durango.

### ***Ámbito de aplicación material***

La propuesta se limita a establecer procesos de mediación en materia de responsabilidad parental, por lo que su ámbito de aplicación material corresponde a su implementación para los casos de disputa por la guarda y custodia de los hijos menores de edad habidos en el matrimonio o alguna otra forma de unión intersexual, en los aspectos relativos a la guarda y custodia monoparental o compartida, así como los aspectos económicos, es decir, la forma en que les serán proporcionada la correspondiente pensión alimenticia y el porcentaje que corresponde a cada progenitor, y si es el caso, la administración de los bienes de los hijos menores de edad si los tuvieren; también los acuerdos relativos a la intervención de otros parientes como pueden ser hermanos mayores de edad, abuelos, tíos.

### ***Particularidades de la mediación en materia de responsabilidad parental***

- a) Propuesta por el juez: en todos los casos en que se presente disputa sobre la guarda y custodia de los hijos menores, bien derivada de una demanda de divorcio o por rompimiento o separación de parejas que hacían vida en común con descendencia, el juez exhortará a las partes para que procuren un acuerdo en relación con los puntos de discusión en la disputa que se somete a su consideración, dejando en suspenso los términos procesales en el caso de que las partes decidan ocurrir a la mediación, hasta en tanto ésta llegue a su término o sea suspendida.
- b) Participación paritaria de las partes: que sean los propios actores quienes se interesen y resuelvan la controversia con una participación igualitaria, ya que se trata de una autocomposición en forma negociada; el mediador sólo

prestará ayuda y apoyo, sin poder de decisión, puesta ésta corresponde a los progenitores del menor de edad cuya guarda y custodia se encuentra en disputa.

- c) Voluntariedad: debe prevalecer el principio de autonomía de la voluntad, solamente a las partes corresponde la decisión de iniciar o no un proceso de mediación, aun cuando sean exhortados por el juez para llevarlo a cabo, conservando en todo momento la facultad de ponerle fin. El mediador sólo podrá poner fin a la mediación por causa justificada, dando cuenta de esto al juez de la causa (por ejemplo: falta de cooperación de las partes, considerar innecesaria su continuación).
- d) Neutralidad e imparcialidad: el mediador al obrar con neutralidad no deberá influir en la toma de decisiones de las partes ni imponer sus puntos de vista y abstenerse de promover y tomar parte en alguna solución determinada, y de igual modo tener una actitud de imparcialidad sin inclinación hacia ninguna de las partes, aunque puede tratar de equilibrar las diferencias de poder entre las partes, además de otros deberes como son abstenerse de participar con tal carácter en el caso de que haya intervenido profesionalmente con anterioridad en favor o en contra de alguna de las partes, ni siquiera en calidad de testigo.
- e) Confidencialidad: la obligación de las partes y del mediador de no revelar la información obtenida en el proceso de mediación; esto implica la renuncia de las partes de ofrecer al mediador como testigo o perito en el proceso judicial en curso o en un eventual proceso sucesivo, de igual manera, el mediador renuncia a actuar con tales caracteres o como asesor en un proceso judicial sobre el mismo objeto de la mediación. Aunque debe señalarse que la confidencialidad no será absoluta en los siguientes casos: 1) en caso de riesgo para la vida o la integridad física, psíquica o moral del niño y la niña, o se aprecie un hecho constitutivo de delito, en cuyos casos se pondrá en conocimiento del juez de la causa y en su caso a la autoridad competente; 2) cuando las partes acuerden levantar el secreto; esto no incluye en automático

la revelación de la participación de los menores de edad en la mediación -si éstos prefieren mantener la confidencialidad-.

- f) Inmediatez: la mediación es de carácter personalísimo, por lo que las partes y el mediador deben asistir personalmente a todas las sesiones, sin poder delegar representación o usar intermediarios o apoderados.
- g) Buena fe: entendida como la colaboración de las partes con el mediador, sin obstaculizar el proceso o faltar a las condiciones establecidas para el desarrollo del proceso; en el caso de que no exista la buena fe, el mediador tendrá la facultad de poner fin a la mediación dando cuenta de esto al juez de la causa.
- h) Flexibilidad y no formalismo: el desarrollo del proceso de mediación deberá llevarse a cabo sin sujetarse a procedimientos regulados, con excepción de los requisitos mínimos establecidos en la ley.

La mediación en materia de responsabilidad parental, es un procedimiento autónomo, pero que puede converger con la asesoría jurídica que consideren necesaria las partes; puede complementar los procesos judiciales y el resultado brinda al juez elementos para fundar y motivar su resolución. Si bien no es sustitutiva de la asistencia jurídica, permite tratar aspectos que las partes buscan solucionar situaciones que pueden no tener trascendencia jurídica.

La mediación permite discusiones conjuntas en las que se exploran caminos de solución, aceptadas por las partes y que se concretizan en el consenso que define los derechos y obligaciones de cada una de las partes, quienes son corresponsables de la guarda y custodia de los hijos, sin perjuicio de la asesoría que reciban de sus abogados. Ambos recursos, mediación y asesoría, no se excluyen.

### **3. Aspectos que deben regularse para priorizar la guarda y custodia compartida**

En virtud de lo expuesto hasta aquí, considero viable la regulación de la guarda y custodia compartida como vía de prevención y solución a los procesos de alienación parental, ya que ésta es un hecho que se da entre padres e hijos como

resultado de una separación conflictiva de los primeros, conflicto que muchas veces permanece oculto y sin solución y que como ya se señaló en el capítulo primero es las más de las veces inducido por el progenitor custodio y conviviente con el hijo en contra del otro progenitor.

Es una realidad que existe independientemente de que se le caracterice como un síndrome (en cualquiera de sus acepciones, es decir, como un conjunto de síntomas característicos de una enfermedad, que en el caso se ha entendido como un desequilibrio mental y emocional del niño ocasionado por el conflicto vivido por sus progenitores, o como un conjunto de fenómenos característicos de una situación determinada) con base científica en la ciencia médica psiquiátrica o la psicología, o como consideran algunos que la caracterización de este hecho carece de las mencionadas bases científicas. La existencia real de la alienación parental debe ser atendida por el derecho, en virtud de que se ven afectados tanto los derechos y el *Interés Superior del Niño* como los derechos-deberes de los progenitores.

Por ello debe buscarse una regulación que sea justa y equitativa con las partes involucradas y que garantice el goce de los derechos y el cumplimiento de los deberes que derivan de la responsabilidad parental. Hay que partir de la consideración de que la guarda y custodia debe ser considerada como *responsabilidad parental*; debe entenderse que la utilización de este concepto no significa sólo un cambio de denominación que sustituye al de *guarda y custodia*, sino que significa un cambio de concepción de la responsabilidad y los derechos que tienen los padres en relación con sus menores hijos y que no desaparecen con la separación o el divorcio, pues en lo sucesivo tales responsabilidad y derechos, o sea, los derechos-deberes deberán ejercerse plenamente por ambos padres, con las modalidades, sin afectar su esencia, derivadas de la nueva situación familiar generada por la separación o el divorcio.

La *responsabilidad parental* es un concepto de mucha mayor intensidad que el de *guarda y custodia*, pues significa una responsabilidad compartida por ambos progenitores para satisfacer las necesidades materiales, sociales y emocionales del menor de edad, pues en este caso significa que ambos progenitores deberán

informarse mutuamente de las carencias materiales o económicas para la satisfacción de las necesidades materiales del menor de edad, tales como alimentación, vestido, útiles escolares, etcétera, así como de los problemas de adaptación social y conflictos emocionales que tengan los hijos en relación con sus padres, hermanos u otros familiares, a efecto de buscar una solución conjunta, dejando atrás la costumbre o tradición de que estos problemas sólo correspondía atenderlos al progenitor custodio, dejando a voluntad de éste notificar o no al otro progenitor la existencia de los problemas referidos; *responsabilidad parental* significa pues, atención conjunta y consensuada de los problemas que afecten a los hijos, así como de los deberes de cuidado y protección.

La idea de la *responsabilidad parental* está encaminada a lograr que ambos progenitores compartan los derechos-deberes que tienen hacia los hijos, y por otra parte, lograr que éstos mantengan confianza en ambos padres y que el entorno familiar no se vea totalmente destruido, sino que los hijos lo aprecien sólo como un cambio en las relaciones familiares y en integración de la familia y se adapten más fácilmente a la nueva situación.

Así, considero que los aspectos que deben ser regulados en relación con la custodia compartida, entendida como *responsabilidad parental*, son los siguientes:

1. Que en la legislación de familia se instituya la custodia compartida como preferente a la custodia monoparental;
2. Que en los casos de separación o divorcio en el que se dispute judicialmente la guarda y custodia de los hijos, el juez que conozca del caso tenga facultades para sugerir a las partes que busquen un acuerdo mediante mediación;
3. Que en el caso de que las partes no acepten la mediación o ésta no se logre, el juez, atendiendo a las circunstancias particulares del caso, cuidando el *Interés Superior del Menor*, pueda resolver la custodia compartida con preferencia de la custodia monoparental;
4. Que en la resolución judicial se definan: a) si la custodia será de anidación o pendular, b) el régimen de convivencia de los progenitores con los hijos,

señalando el tiempo de permanencia de manera equitativa con cada uno de ellos, c) la resolución para su efectividad considerando las circunstancias de tiempo, condición económica y domicilio de cada uno de los progenitores;

5. La posibilidad de que sean modificadas las condiciones establecidas para la custodia compartida, a instancia de parte o del Ministerio Público si sobrevienen situaciones diversas a las existentes al momento de dictarse la resolución;
6. Que sólo por causas graves, que afecten el *Interés Superior de los Menores*, pueda revocarse la custodia compartida y se otorgue a uno solo de los progenitores;
7. Que en el caso de que los progenitores acepten seguir un proceso de mediación, se suspendan los términos procesales, hasta en tanto se presente el acuerdo que se logre o se interrumpa la mediación;
8. En el caso de que las partes acepten la mediación, el juez remitirá oficio al Centro de Justicia Alternativa, notificando las circunstancias del caso, para los efectos de que sean atendidas las partes;
9. Que una vez concluida la mediación, el mediador pondrá en conocimiento del Juez esta circunstancia, remitiendo el convenio celebrado por las partes y rindiendo un informe, para que el juez determine la aprobación del convenio si no advierte que se lesiona el *Interés Superior de los Menores*, condenando en este caso a las partes a estar y pasar por dicho convenio;
10. Que en caso de interrupción de la mediación, el mediador deberá informar al juez esta circunstancia, rindiendo un informe sobre las causas de la interrupción, en cuyo caso se reanudará el juicio y el juez resolverá sobre la custodia, oyendo a las partes y al Ministerio Público; y
11. El incumplimiento del convenio por alguna de las partes podrá ser reclamado por la otra por vía incidental en el mismo juicio, dándose al Ministerio Público la intervención que le compete; en este caso, atendiendo a la gravedad del

incumplimiento, el juez podrá revocar la custodia compartida y otorgarse a uno solo de los progenitores.

La anterior regulación, no abrogará las disposiciones relativas a la guarda y custodia monoparental; se trata de dar preferencia a la custodia compartida a fin de prevenir la alienación parental. Deben seguir siendo válidos los convenios de guarda y custodia monoparental que se celebren en los casos de divorcio voluntario o bien en el transcurso de litigios por la guarda y custodia de los hijos a fin de ponerle fin.

Considero que debe revisarse la legislación vigente para estos casos y los casos de guarda y custodia derivada del reconocimiento de hijos nacidos fuera de matrimonio, a fin de que se amplíe y de acuerdo con la ley obligatoriamente se definan con precisión el régimen de visitas y tiempos de convivencia de los hijos con el progenitor no custodio a efecto de que se garantice una convivencia sana y permanente entre el progenitor no custodio y los hijos, que genere confianza entre ellos y que en alguna medida inmunice a los hijos de los actos de alienación que promueva el progenitor custodio o algún familiar de éste.

Considero además que debe mantenerse la vigencia de las disposiciones contenidas en los artículos 406 bis, 439 fracción IX y 442 fracción VI del Código Civil del Estado de Durango.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** La alienación parental, entendida como un conjunto de acciones para estimular en los hijos menores un estado de animadversión en contra de uno de sus progenitores o algún familiar de éste, llevadas a cabo por el otro progenitor u algún familiar de éste con su consentimiento, para generar en los hijos desprecio, rencor en su contra y en contra de las personas y los objetos relacionados con el alienado, es un fenómeno de reciente identificación que deteriora las relaciones familiares, debiéndose destacar que este deterioro se agudiza en el caso de las separaciones de las parejas unidas en matrimonio, concubinato o cualesquiera otros tipos de relaciones intersexuales con descendencia, cuando no se gestiona adecuadamente la separación y surge la batalla por la guarda y custodia de los hijos.

**SEGUNDA.** Tradicionalmente en los casos de separación o divorcio, la disputa por la guarda y custodia de los hijos menores de edad se resuelve asignándola a uno solo de los progenitores, sin que la resolución que así lo determina establezca un detallado régimen de visitas y convivencias del progenitor no custodio y que garantice el Interés Superior del Niño, que en este caso se traduce en la prevalencia del derecho del menor a convivir y mantener una relación constante y permanente con ambos progenitores, derecho preferente al de los padres, que tienen un derecho-deber de convivencia y visitas y que no debe ser perturbado o impedido a ninguno de los progenitores ni por las antiguas parejas ni por personas cercanas a ellas, tengan o no parentesco.

**TERCERA.** Si bien es cierto que en el Código Civil del Estado de Durango se caracteriza el fenómeno de la alienación parental a partir de sus elementos constitutivos y contiene disposiciones para evitar o corregir el fenómeno y aun para sancionar a quien incurra en actos constitutivos de alienación parental, la regulación sobre el fenómeno no es suficiente ya que solo contempla como vía de solución en el caso de disputa por la guarda y custodia de los hijos, la resolución que dicte el juez competente, quien resuelve de acuerdo con lo establecido en el Código que sólo contempla como vía de solución el otorgamiento de la guarda y custodia a aquél de los progenitores que considera más idóneo para ello, restringiendo los derechos del

otro y sin definir el régimen de visitas y convivencias. En estos casos, la constante es que el conflicto surgido entre la pareja no ha sido solucionado, lo que trae como consecuencia un forcejeo de poderes por el mantenimiento o recuperación de la guarda y custodia para lo cual se busca comprometer al hijo con uno de los progenitores, con lo que inicia el proceso de alienación parental.

**CUARTA.** Existe una tendencia que cuestiona la custodia monoparental como única solución a la disputa por la guarda y custodia de los hijos menores de edad, ofreciendo como solución diversa la práctica de otorgar la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, solución que se presenta como alternativa para evitar la alienación parental.

**QUINTA.** La mediación familiar constituye un mecanismo de gestión y negociación entre los progenitores para lograr una conciliación y poner fin a la disputa por la guarda y custodia de los hijos menores de edad; se propone como un mecanismo obligatorio como requisito de procedibilidad para dar curso a las demandas de guarda y custodia en una etapa inicial de conciliación con el auxilio del Centro de Justicia Alternativa donde deberá llevarse el proceso de mediación con el objeto de definir los términos de una custodia compartida.

**SEXTA.** De ahí surge la propuesta de incluir en el Código Civil del Estado de Durango y en el Código de Procedimientos Civiles una reglamentación que dé paso a la posibilidad de que la opción prioritaria para la determinación de otorgamiento de la guarda y custodia sea la mediación que conduzca a la conciliación en la disputa por la guarda y custodia y se decrete por el juez competente, con base en el expediente de mediación la guarda y custodia compartida.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### A) Bibliográficas

- Baqueiro Rojas, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. *Derecho de familia y sucesiones*. México: Harla, 1990.
- Bateson, Gregory, et. al. *Interacción familiar: aportes fundamentales sobre teoría y técnica*. México: Tiempo Contemporáneo, 1971.
- Bernal, José Benjamín. *Derecho humano a la familia. Retos y alcances en el siglo XXI*. México: Gedisa-UAEM, 2017.
- Bowen, Murray. *La terapia familiar en la práctica clínica*. Estados Unidos: Georgetown Family Center/Bowen Center for the Study of the Family, 2016.
- Dunne, John y Hedrick, Marsha. *The Parental Alienation Syndrome*. Estados Unidos: The Journal of Divorce & Remarriage, 1994.
- Gardner, Richard. Alan. *Denial of the parental alienation syndrome also harms*. Estados Unidos: American Journal of Family Therapy, 2002.
- Gardner, Richard. Alan. *Recommendations for dealing with parents who induce a Parental Alienation Syndrome in their children*. Estados Unidos: American Journal of Family Therapy, 1988.
- Howard, Walter. *El interés del menor en las crisis familiares: guarda, comunicaciones y visitas*. Uruguay: Universidad de Montevideo, 2012.
- Johnston, Janet y Campbell, Linda. *Impasses of divorce: the dynamics and resolution of family conflict*, Estados Unidos/London: The Free Press/Collier Macmillan Publishers, 1988.
- Johnston, Janet y Roseby, Vivienne. *In the name of the child: A developed approach to understanding and helping children of conflicted and violent divorce*, Estados Unidos: Springer Publishing Company, 2009.

- Parkinson, Lisa. *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- Pérez Contreras, María de Montserrat. *Derecho de familia y sucesiones*. México: Nostra Ediciones, 2017.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésimotercera ed. México, 2014.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Colección Temas Selectos de Derecho Familiar: Concubinato*. 5ta. Reimpresión. México: SCJN, 2017.

## **B) Hemerográficas**

- Bolaños, Iñaki. El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense y Sociedad Española de Psiquiatría Forense*. 2 (3): 26, 34-37 y 39. España, 2002. [Consultado el 30 de Diciembre de 2017]. Disponible en: <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art15.pdf>.
- Caballero Ochoa, José Luis. La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (Artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México. Coordinadores Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro 2011. [Consultado el 13 de Marzo de 2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/6.pdf>.
- Ferrajoli, Luigi, citado por Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: Coordinadores Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro 2011. pág. 4-25. [Consultado el 13 de Marzo de 2017] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7>.
- González, Nuria y Rodríguez, Sonia. El interés superior del menor. Contexto conceptual. *Serie Doctrina Jurídica*. N° 586: 1-4. México, 2011. [Consultado el 1

de Septiembre de 2017]. Disponible en:  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2961/1.pdf>.

- Landa, César. “Dignidad de la persona humana”, en Cuestiones Constitucionales. *Revista mexicana de derecho constitucional*. N° 7: 1. México, 2002. [Consultado el 24 de Agosto de 2017]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5649/7377> Consultada en 24/08/2017.
- López-Contreras, Rony Eulalio. Interés Superior de los Niños y Niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*. Niñez y Juventud. 13 (1): 54. México, 2015. [Consultado el 4 de Septiembre de 2017] Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rlcs/v13n1/v13n1a02.pdf>.
- Pérez Contreras, María de Montserrat. Las leyes federal y del Distrito Federal sobre protección de los derechos de niñas y niños. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXXIV - N° 102. México, 2001. [Consultado el 12 de Febrero de 2017]. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3697/4532>.
- Ravetllat Ballesté, Isaac. El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Educatio Siglo XXI*. 2 (30): 90-91. España, 2012. [Consultado el 30 de Noviembre de 2017]. Disponible en: [revistas.um.es/educatio/article/view/153701/170741](http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701/170741).

### **C) Legislación**

- H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), disponible: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_270818.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf), Consultada el 28 de Agosto de 2018.
- H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños Caballero Ochoa, José Luis. y Adolescentes (LGDNNA),

disponible: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA\\_200618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDNNA_200618.pdf),  
Consultada el 21 de Junio de 2018.

- H. Congreso del Estado de Baja California Sur, Código Civil para el Estado libre y soberano de Baja California Sur (CCEBCS), disponible: <http://www.cbcs.gob.mx/index.php/cmPLY/1485-codigo-civil-bcs>, Consultada el 11 de Noviembre de 2018.
- H. Congreso del Estado de Colima, Código Civil para el Estado de Colima (CCEC), disponible: <https://cdhcolima.org.mx/wp-content/uploads/2017/01/C%C3%B3digo-Civil-para-el-Estado-de-Colima.pdf>, Consultada el 3 de Junio de 2018.
- H. Congreso del Estado de Durango, Código Civil del Estado de Durango (CCED), disponible: <http://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/CODIGO%20CIVIL.pdf>, Consultada el 3 de Julio de 2018.
- H. Congreso del Estado de Durango, Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Durango (CPCED), disponible: <http://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/CODIGO%20DE%20PROCEDIMIENTOS%20CIVILES.pdf>, Consultada el 31 de Mayo de 2018.

#### **D) Tratados/Acuerdos**

- Organización de las Naciones Unidas (ONU), Children day, La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), disponible: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>, Consultada el 5 de Enero de 2018.
- Organización de los Estados Americanos, Secretaría de Asuntos Jurídicos (SAJ), Declaración de los Derechos del Niño (DDN), disponible: <https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%20Republica%20Dominicana.pdf>, Consultada el 12 de Febrero de 2017.

### **E) Páginas electrónicas**

- CIMAC Noticias, Periodismo con perspectiva de género, disponible: <https://www.cimacnoticias.com.mx/noticia/legislar-sobre-alienacion-parental-pide-senado-congresos>, Consultada el 17 de Mayo de 2018.
- Custodia-Compartida, ¿Qué tipos de custodia compartida existen?, disponible: <http://custodia-compartida.com/tipos-custodia-compartida-existen/>, Consultada el 6 de Febrero de 2019.
- Ruiz-Healy Times, Noticias, disponible: <https://www.ruizhealytimes.com/opinion-y-analisis/la-mentira-del-sindrome-de-alienacion-parental-sap>, Consultada el 11 de Mayo de 2018.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Semanario Judicial de la Federación, disponible: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?id=2009591&Clase=DetalleTesisBL>, Consultada el 13 de Marzo de 2017.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Semanario Judicial de la Federación, disponible: <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/1013/1013127.pdf>, Consultada el 13 de Marzo de 2018.