

**PODER JUDICIAL**  
**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION**

**SENTENCIA dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 11/2016, así como el Voto Concurrente formulado por el Ministro Luis María Aguilar Morales.**

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Suprema Corte de Justicia de la Nación.- Secretaría General de Acuerdos.

**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2016**  
**PROMOVENTE: DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS**  
**HUMANOS DEL PUEBLO DE OAXACA**

**PONENTE: NORMA LUCIA PIÑA HERNÁNDEZ**  
**SECRETARIOS: NATALIA REYES HEROLES**  
**SCHARRER, LAURA PATRICIA ROMÁN SILVA**  
**Y RICARDO GARCÍA DE LA ROSA**

Ciudad de México. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la sesión del día **veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete**.

**VISTOS** los autos para resolver la acción de inconstitucionalidad **11/2016**; y,

**RESULTANDO:**

1. **PRIMERO. Demanda.** Por escrito presentado el dos de febrero de dos mil dieciséis ante la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de esta Suprema Corte de Justicia la Nación, **Arturo de Jesús Peimbert Calvo**, en su carácter de Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, promovió acción de inconstitucionalidad en la 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. Asimismo, señaló como autoridades emisora y promulgadora de las mencionadas normas, al Poder Legislativo y al Gobernador de ese Estado, respectivamente.

2. Dichos preceptos establecen lo siguiente:

**"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. (...)**

Quien tenga el cuidado y custodia de los hijos debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad; en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental, encaminado a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor. Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio.

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".

**"Artículo 459.** La patria potestad se pierde:

(...)

I a III (...)

IV.- Cuando el que la ejerce produce actos de alienación parental, existiendo la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del menor.

3. El promovente estimó violados los artículos 1°, 4°, 14, 16 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 2°, 3°, 8°, 9°, 12 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2°, 8°, 17, 19, 24, 25 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2°, 14, 17, 23, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 1°, 5° y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; así como los artículos 3°, 6° y 7° de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención Belem do Pará" e hizo valer **los conceptos de invalidez** que se sintetizan a continuación:

**I. Conceptos de invalidez relativos al artículo 336 Bis B, relacionado con el párrafo segundo del 429 Bis A.**

**1º. Incorporación normativa de conceptos incompatibles con los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, a la luz del interés superior del menor**

- a) La Defensoría sostuvo que el precepto impugnado es contrario al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que los Estados, al tomar cualquier medida que pueda involucrar a niños y niñas, ya sean éstas de índole legislativo, judicial o administrativo, tienen la obligación de considerar de manera primordial el principio del interés superior de los menores.
- b) Manifiesta que ese principio ha sido ampliamente reconocido en normas internas e internacionales, sin embargo, su formulación abierta ha llevado a que se interprete de múltiples maneras. De esta forma la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que "*los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con menores, deben atender prioritariamente al interés superior del niño*", ya que se trata de un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño, niña o adolescente que afecte sus intereses.
- c) Por esta razón, estima que los juzgadores están obligados a observar este principio del interés superior de la niñez en todas las etapas del proceso judicial en las que intervenga un menor, sin importar la materia de la que se trate ni la calidad con la que éstos participen; los jueces deben considerar que en algunas decisiones judiciales si bien los menores no intervienen directamente, aquellas sí conllevan implicaciones para la infancia, debiendo considerar los efectos que pueden tener en sus derechos; asimismo considera que retomar el interés superior del menor requiere necesariamente que vaya acompañado de una argumentación reforzada considerando dicho principio.
- d) Considera la funcionalidad del principio del interés superior del menor desde dos puntos de vista: como criterio hermenéutico, el cual supone la obligación de las autoridades de que al momento de aplicar o interpretar una norma, debe hacerse a partir de una interpretación sistémica y acorde con el predominio de los derechos de la infancia. Por otra parte se debe interpretar como mandato, lo cual supone en términos generales que todas las autoridades del Estado deben considerar los derechos de los menores en las decisiones públicas, tanto en el ámbito ejecutivo, como legislativo y judicial.
- e) De esta forma, la Defensoría accionante estima que la reforma impugnada, presenta algunas características que podrían generar un impacto negativo en los derechos de los menores a partir de la utilización de conceptos que carecen de consensos mínimos y legitimidad en el escenario científico. En esta parte introduce el denominado "Síndrome de Alienación Parental" (SAP), el cual, dice, es un término considerado como un padecimiento clínico susceptible de ser utilizado y argumentado en ámbitos judiciales sobre todo en casos de divorcio o separación en los que se encuentra en disputa la patria potestad, guardia y custodia de los menores.
- f) Sobre este síndrome menciona que su autor, Richard Gardner, lo entiende como un supuesto "lavado de cerebro" al que uno de los padres -generalmente la madre-, habría sometido al hijo, inculcándole odio hacia el otro progenitor (generalmente el padre) logrando de este modo alienar, (quitar, alejar definitivamente) a ese padre de la vida del hijo, aleccionándolo para que contara historias de que su padre había abusado sexualmente de él.

- g) Bajo esta tesis, la accionante cuestiona el origen científico del concepto SAP. Refiere que es un concepto que ha permanecido estático por más de una década y nunca ha sido tomado como teoría para comprobarse. A pesar de haberse constituido como una referencia frecuentemente utilizada en ámbitos judiciales, no existe sustento o reconocimiento científico alguno sobre el riesgo de utilizar el SAP en los casos en que existe una acusación de abuso sexual o maltrato en contra de menores. Afirma que, de acuerdo con algunos especialistas, el SAP no existe. No está aceptado por ninguna de las clasificaciones mundiales de trastornos y enfermedades mentales, ni por el DSM-IV-TR de la Asociación Americana de Psiquiatría, ni por la CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud, y por lo tanto no debería aceptarse como categoría diagnóstica en los juzgados.
- h) Por lo anterior afirma que las autoridades, en lugar de analizar e incorporar conceptos respecto de los cuales aún no existe un consenso científico ni jurídico determinado, deben abstenerse de aplicarlas e incorporarlas en la ley, ya que de esta forma se podría incurrir en violaciones a derechos humanos que con base en la propia naturaleza de los menores podrían tornarse irreparables.
- i) Concluye la accionante, que la incorporación del SAP en el artículo 336 Bis B del Código Civil para el Estado de Oaxaca, violenta el derecho de los menores y adolescentes ya que el legislador local falla en su obligación de actuar de manera diligente respecto de las medidas adecuadas para garantizar los derechos del menor, colocándolos en situaciones de riesgo en el marco de procesos judiciales al adoptar mecanismos cuyo sustento científico es totalmente dudoso.
- j) En otro orden de ideas, la Defensoría accionante cuestiona la norma que incorpora el SAP, al considerar que su aplicación conlleva la objetivización de los menores a partir de su consideración como objetos de manipulación y alienación que permite dejar de lado los testimonios que rindan en el marco de los procesos judiciales en los que se vean involucrados. Lo anterior lo reafirma al considerar que el SAP parte del fundamento de que el menor tiene su “conciencia transformada”, en donde su pensamiento y opinión se encuentra manipulada por lo que de inicio existe una presunción de falta de criterio propio por parte del menor en cuestión, dejando su dicho sin validez y veracidad.
- k) Asimismo, afirma que el artículo 336 Bis B no se encuentra incorporado a un control de convencionalidad con un enfoque dirigido a la infancia. En este sentido, el Estado tiene obligaciones específicas cuya fuente pueden ser principios constitucionales o internacionales, los cuales, exigen a los juzgadores acciones particulares, aún y cuando las leyes no lo establezcan de manera específica. Para dar cumplimiento a esas obligaciones, existe la necesidad de considerar el principio de precaución-protección el cual obliga a las autoridades del Estado a realizar un control de convencionalidad reforzado que derive en la adopción de medidas de protección y seguridad bajo un principio de proporcionalidad sobre todo en aquellos casos en los que exista duda sobre la posible afectación de los derechos de los menores a través de la adopción o aplicación de normas.
- l) Indica que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la obligación *ex officio* de la autoridad judicial para ejercer el control de convencionalidad. En cada caso, la autoridad debe determinar si resulta indispensable hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto o una inaplicación, lo cual ocurre cuando se está en presencia de una norma que resulta sospechosa o dudosa de cara a los parámetros de control de los derechos humanos. Por tanto -estima la accionante-, la incorporación a las leyes de conceptos no válidos internacionalmente como científicos por especialistas en la materia, o que al menos sean capaces de trascender el umbral de toda duda razonable, de los cuales existen cuestionamientos y debates importantes sobre su veracidad y sobre las afectaciones a la salud e integridad física que pudiera ocasionar a los menores, exigen un mayor y más profundo escrutinio por parte de las autoridades estatales. De no realizar dicho escrutinio, el Estado estaría incumpliendo con las obligaciones reforzadas que tiene en relación con las niñas y niños. A su juicio, todo esto se torna incompatible con el artículo 1° y 4° constitucionales, así como con los artículos 2 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

- m) Finalmente, en este concepto de violación, la accionante estima que el artículo impugnado genera procesos de victimización secundaria o revictimización en contra de niñas, niños y adolescentes. Afirma que el artículo 336 Bis B del Código Civil para el Estado de Oaxaca, desestima en términos absolutos que la forma de actuar de los menores responde a sus características estructurales, es decir, están determinadas por las etapas de su desarrollo cognitivo, emocional y moral. Por lo tanto, al desconocer tal situación, la norma combatida parte de la premisa de que independientemente de la edad y desarrollo cognitivo de los menores, cuando se presume la existencia de escenarios de alienación parental, resultará necesario desestimar su testimonio al encontrarse viciado. En este contexto, el SAP tiene por efecto desacreditar y anular cualquier valor al testimonio de los menores que hayan sufrido abuso o violencia sexual, por lo que se les sitúa frente a procesos de victimización secundaria en tanto se les obliga, a través de constantes interrogatorios y entrevistas, a revivir los hechos posiblemente violatorios de sus derechos y se anula cualquier posibilidad de que los operadores de justicia inicien investigaciones sobre actos de violencia y abuso sexual contra ellos.

**2º. Inconvencionalidad por violación a los derechos de las niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión y que la misma sea valorada.**

- a) La accionante refiere que el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños, en los procesos en que se determinen sus derechos, además de establecer que dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y redunde en beneficio de su interés genuino.
- b) Señala que el Comité de los Derechos del Niño ha destacado la relación que existe entre la determinación de cuál sea en cada caso el interés superior del niño con su derecho a ser escuchado, señalando que el artículo 12 establece que los Estados partes tienen la obligación de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias destinadas a asegurar que existan mecanismos, en el marco de los procedimientos administrativos y judiciales, que tiendan a recabar de forma oportuna y adecuada las opiniones del menor en los asuntos que los afectan y que son objeto de análisis y decisión en el marco de estos procedimientos.
- c) En el mismo tenor sostiene que de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se deben adaptar las metodologías de comunicación que se vayan a utilizar a efecto de facilitar la expresión de las opiniones de los menores. En particular deben atenderse los requerimientos y necesidades de aquellos menores que pueden tener mayores dificultades o barreras para expresarse, ya sea por su corta edad y las limitaciones que ello pudiera suponer en sus habilidades para verbalizar las opiniones, o por la existencia de alguna discapacidad u otro impedimento.
- d) Menciona que el ambiente en el cual el menor debe ser escuchado ha de ser seguro, propicio y de confianza para que el niño pueda expresar libremente su opinión y no se inhiba ni se sienta temeroso o receloso. Por lo anterior deberán tomarse en cuenta aspectos como el lenguaje que facilite la expresión de la opinión del niño; información y asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior; evitar que el menor sea entrevistado más de una ocasión para evitar causar efectos traumáticos y por ende la revictimización del menor. Las opiniones del menor deben tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso.

- e) Derivado de lo anterior, afirma que la norma impugnada trasgrede en perjuicio del menor su derecho a opinar en todos los asuntos que le afecten y a que su opinión sea escuchada. Esto en función de que la norma parte del entendimiento de alienación como transformación de la conciencia del menor, esto es, presupone que la capacidad del niño para pensar por sí mismo se considera invalidada.
- f) De esta forma, el dicho del menor “alienado” carece de validez y veracidad pues se presupone que los progenitores pueden intervenir en la estructura mental de éstos sin que exista una opinión y criterio propio, atendiendo a la edad que tenga el menor.
- g) Al efecto considera que para no tomar en consideración la opinión de un niño, las autoridades deben motivar oportunamente el por qué lo hacen, puesto que la opinión de los niños no puede ser descartada discrecionalmente sin una argumentación seria y profunda.
- h) A su juicio, este alejamiento del menor debe considerar diversos elementos que la norma impugnada no cumple: i) determinación del grado de discapacidad que presenta el menor para determinar en qué medida debe tomarse en consideración su dicho; ii) las pruebas que determinen dicha discapacidad proporcional, deben revestir los principios generales del debido proceso y los mayores estándares de rigor científico. Por lo anterior, conforme a la estructura de la norma impugnada, resulta imposible acreditar con el máximo rigor científico la manipulación y en consecuencia la idoneidad de tomar en consideración o no el dicho del menor. En pocas palabras se le otorga al dictamen psicológico un valor de prueba científica que en realidad el SAP no tiene.
- i) Finalmente en ese mismo concepto de invalidez, afirma que la norma impugnada tipifica comportamientos que constituyen la manera en que un menor por su edad y grado de desarrollo pide ayuda. Citando la teoría de Gardner, un menor alienado puede presentar los siguientes síntomas: i) animadversión hacia el progenitor que no es ambivalente y puede carecer de culpa manifiesta; ii) la animadversión se extiende a la familia extensa; iii) se establece el llamado fenómeno de pensador independiente; iv) el menor se establece como aliado del progenitor denunciante; v) el menor presenta dificultades en el momento de las visitas; vi) el menor presenta variabilidad de comportamiento durante la visita con el progenitor denunciado; vii) el menor presenta variabilidad del lazo con el progenitor denunciante, y viii) el menor presenta indicadores de afectación emocional que pueden o no ser aquellos denominados como típicos de víctimas de abuso de violencia.
- j) En su opinión, esos mismos parámetros señalados por Gardner, son también los estándares de valoración para personas que han sufrido violencia familiar y/o abuso sexual. Por ello, resulta de vital importancia que la valoración del dicho del niño se realice con base en estándares científicamente probados y reconocidos a nivel internacional o se corre el riesgo, a juicio de la accionante, de que ante una denuncia de violencia y abuso por parte de un niño, se anule la ayuda solicitada, y por el contrario se criminalice dicha ayuda considerándolo alienado.

### **3º. La inconventionalidad por discriminación indirecta y reproducción de estereotipos de género en contra de las mujeres.**

- a) A juicio de la accionante, la incorporación de la alienación parental en el artículo que se impugna, resulta contraria a los artículos 1º y 4º de la Constitución General de la República, en relación con los numerales 1, 2, 5 y 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, así como los numerales 3, 6 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belem do Pará” sobre la base de una discriminación indirecta. Esto es, sobre la base de cualquier norma o acto que, en principio, figura ser neutro o inofensivo pero que en su aplicación genera efectos perjudiciales en contra de grupos o personas sobre la base de alguna de las categorías prohibidas de discriminación en el derecho internacional como el sexo, la edad o el género.

- b) Afirma que cuando se habla de discriminación indirecta en contra de las mujeres, derivado de los procesos históricos, sociales y culturales, es común que exista una resistencia tendiente a desacreditar la existencia de normas o políticas que de manera encubierta o no intencional generen afectaciones particulares y diferenciadas en contra de las mujeres. Ello se debe -precisa la accionante- a que en los sistemas jurídicos y sociales contruidos en ausencia de la participación de mujeres y que por tanto carecen de la incorporación de perspectiva de género, es común que se adopten términos y conceptos normalizantes (*sic*) que tornen difícil la identificación de elementos discriminatorios en su perjuicio.
- c) Considera que en el caso que se impugna, se contempla en la norma un concepto cuyo origen fue construido explícitamente en contra de las mujeres, y por ende, conduce de manera indirecta la discriminación a las mismas. Afirma que Gardner, en el 90 % de los casos, estimó que el SAP era ejercido por mujeres y que anclaba el comportamiento alienador en las características propias de la mujer y su incomprensión de la sexualidad masculina, por lo que la aplicación del supuesto SAP perpetúa la discriminación y violencia institucional de género que le dio origen.
- d) Estima que se producen estereotipos de género al incorporarse en las normas medidas discriminatorias y normalizantes (*sic*). En el marco del derecho de familia y las relaciones que existen dentro de él, el papel que desempeñan las mujeres también es visto y analizado desde posiciones “normalizadas” que más tarde son incorporadas a manera de leyes y que generan la perpetuación de figuras discriminatorias disfrazadas de validez natural o biológica y, por tanto, jurídica. Dicho fenómeno no plantea un problema de igualdad en sociedades cuya conformación se ve caracterizada por fundamentos antropocéntricos, machistas, y heterocentros. Por el contrario, su resistencia y denuncia suelen convertirse en ataques a la moral y a lo natural, generalmente mal interpretados y tergiversados por la sociedad y por sus instituciones de poder, que encuentran su fundamento en un modelo de carácter patriarcal.
- e) Bajo esta tesitura, la Defensoría accionante señala que la incorporación de la alienación parental a los artículos impugnados, lejos de garantizar una verdadera igualdad entre hombres y mujeres, son normas que en el fondo buscan el efecto contrario; esto es, el SAP cuenta con un vicio de origen por un sesgo de género que resulta incompatible con el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y discriminación. Lo anterior, al afirmar la accionante que la mayoría de casos de las personas acusadas de SAP, son mujeres.
- f) También afirma que la aplicación de la norma impugnada, produce efectos de invisibilización (*sic*) de contextos de violencia familiar. Es decir, se anula su papel de víctimas y la aplicación de medidas punitivas en su contra. En ese sentido, existe una minimización del elemento “violencia de género” en las denuncias de violencia realizadas por mujeres, pues según lo establecido en el artículo impugnado, los propios argumentos esgrimidos por la mujer en una demanda o denuncia podrán ser considerados como elementos que nutren al SAP, jugando entonces un papel en contra de la mujer víctima de violencia, explotando el elemento de revictimización (*sic*) mientras que la madre lucha para proteger a sus hijos en interminables conflictos judiciales por la custodia o el régimen de visitas e invisibilizando (*sic*) el dicho de ésta respecto de la violencia ejercida en su contra y/o de sus hijos.

#### **4°. Contravención de la obligación de juzgar y legislar con perspectiva de género.**

- a) La accionante en este rubro afirma, que de acuerdo con los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha establecido el reconocimiento de los derechos de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación y de acceso a la justicia en condiciones de igualdad. Por lo anterior, todos los órganos jurisdiccionales del país deben impartir justicia con perspectiva de género, el cual constituye un método que pretende detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por condición de sexo o género, es decir, implica juzgar considerando las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género, discriminan e impidan la igualdad. De esta

forma -afirma la accionante-, los juzgadores deben cuestionar los estereotipos preconcebidos en la legislación respecto de las funciones de uno u otro género, así como actuar con neutralidad en la aplicación de la norma jurídica en cada situación, toda vez que el Estado debe velar por que en toda controversia jurisdiccional, donde se advierta una situación de violencia, discriminación o vulnerabilidad por razones de género, ésta se tome en cuenta a fin de visualizar claramente la problemática y se garantice el acceso a la justicia de forma efectiva e igualitaria.

## **II. Conceptos de invalidez relativos al primer párrafo del artículo 429 Bis A, en relación con la fracción IV del artículo 459, del Código Civil local**

### **1°. Inconvencionalidad por violación a los derechos del niño con relación a su entorno familiar, al establecer sanciones desproporcionales**

- a) La accionante refiere en primer término, las características específicas que ha determinado la Convención Interamericana de Derechos Humanos respecto del Principio de Protección Especial de Niñas y Niños al ser un grupo en especial situación de vulnerabilidad. Por tal motivo, el principio de Protección Especial de las y los Niños se sustenta al menos en los siguientes sub-principios: i) los menores son sujetos plenos de derechos; ii) el derecho a la protección especial que por su situación de menores requieren; iii) el derecho a condiciones que permitan el desarrollo integral de los menores; y iv) la unidad de la familia, la corresponsabilidad de ésta con el Estado y con la comunidad para lograr la protección de los derechos de los menores.
- b) Conforme a este parámetro estima que los numerales que se impugnan establecen como sanción para los ascendientes alienadores que ostentan la patria potestad, la suspensión o la pérdida de la misma; sin embargo, dicha medida a su juicio es desproporcional al no establecer una medida menos restrictiva de los derechos del niño, frente a una mayor satisfacción de sus derechos. Lo anterior, al no haber parámetros claros que permitan diferenciar la manipulación del testimonio de la alienación parental por parte del juzgador, por lo que la sanción implica un impacto totalmente desproporcionado en la medida en que se priva a los menores de formar parte de un entorno familiar a través del decreto judicial que establezca la pérdida de la patria potestad.
- c) Estima también que el legislador de Oaxaca no justifica por qué la medida establecida -pérdida de la patria potestad-, sea la medida más idónea para enfrentar un caso de alienación parental. Mucho menos señala el legislador, que esa sea la medida más benigna o menos maligna para el fin que se busca, pues en caso de imponerlo, implicaría privar totalmente a los menores de su relación con alguno de sus progenitores. Así, las medidas establecidas en la denominada alienación parental, son medidas que impactan directamente en la esfera jurídica de los menores y vulneran su derecho a vivir en familia y mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres.
- d) Precisa también, que en el caso concreto nos encontramos ante normas de carácter civil, teniendo éstas un carácter sancionatorio, lo cual contraviene lo dispuesto por los artículos 1°, 4° y 16 de la Constitución General; y 1°, 2°, 8° y 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos al ser la medida sancionatoria completamente desproporcional.

### **2°. Violación al derecho humano a la seguridad jurídica relacionado con el hecho de que toda autoridad debe fundar y motivar su actuación (principio de legalidad)**

- a) La Defensoría aduce que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado los alcances del derecho humano a la seguridad jurídica. A este respecto refiere que de conformidad con el artículo 16, primer párrafo, de la Constitución General, consiste en que la persona tenga certeza sobre su situación ante las leyes, o la de su familia, posesiones o sus demás derechos, en cuya vía de respeto la autoridad debe sujetar sus actuaciones de molestia a determinados supuestos, requisitos y procedimientos previamente establecidos en la Constitución y en las leyes como la expresión de una voluntad general soberana para asegurar que ante una intervención de la autoridad en su esfera de derechos, sepa a qué atenerse.

- b) Refiere que llevado este principio de legalidad al campo de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, debe aplicarse de forma aún más estricta, incluso en el ámbito legislativo. Por lo anterior, con la sola existencia de una ley que restrinja un derecho, no significa que sea suficiente para cumplir con el principio de legalidad. La Corte Interamericana ha establecido que no toda regulación normativa es idónea y suficiente para justificar la restricción de un derecho. La regulación, además de buscar un fin legítimo, debe ser objetiva, razonable y predecible para ser acorde con la Convención, de tal modo que se reduzca la posibilidad de arbitrariedad en su aplicación.
  - c) Por lo anterior, considera que el fin legítimo que debe orientar a la ley en esta temática ha de encontrar su fundamento en el interés superior del niño, es decir, en la dignidad del niño, su protección personal y en el efectivo goce y vigencia de todos sus derechos que le permitan su desarrollo integral. Asimismo, estima que con respecto a la objetividad de la ley o las normas reglamentarias, éstas deberán contener los criterios técnicos de carácter objetivo a ser tomados en consideración en el momento de evaluar la situación de desprotección en la que se encuentra el niño. La regulación de estos criterios objetivos, asentados en los conocimientos técnicos actualmente existentes en esta temática, supone una garantía para evitar que las decisiones sobre las medidas especiales de protección se tomen de modo subjetivo y arbitrario.
  - d) Así concluye que, en el caso del primer párrafo del artículo 429 Bis A, en relación con la fracción IV del artículo 459 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, es evidente que violenta el derecho humano a la seguridad jurídica relacionado con el principio de legalidad toda vez que: i) no se sustenta en criterios objetivos, es decir, de acuerdo con la exposición de motivos, se sustenta en la teoría del psicólogo norteamericano Richard Gardner; ii) se basa en estereotipos de género al establecer discriminación indirecta en contra de las mujeres; y iii) no respeta las garantías procesales al impedir al menor expresar su opinión, y porque afecta derechos de terceros ajenos a juicio, sin que previamente se les respete su garantía de audiencia ni se cumplan con los estándares mínimos en materia del debido proceso, violando con ello los artículos 14 y 16 de la Constitución general.
4. **SEGUNDO. Radicación y Admisión de la acción de inconstitucionalidad.** Mediante proveído de cuatro de febrero de dos mil dieciséis, el Presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó formar y registrar el expediente relativo a la presente acción de inconstitucionalidad, a la que le correspondió el número **11/2016** y por razón de turno, designó a la señora Ministra **Norma Lucía Piña Hernández** para que actuara como instructora en el procedimiento.
5. Por auto de cuatro de febrero de dos mil dieciséis la Ministra Instructora admitió la acción relativa, ordenó dar vista al órgano legislativo que emitió la norma impugnada y al Ejecutivo que la promulgó, a efecto de que rindieran sus respectivos informes. Asimismo, ordenó dar vista al Procurador General de la República para que formulara el pedimento correspondiente hasta antes del cierre de instrucción.
6. **TERCERO. Informes de las autoridades.** Las autoridades emisora y promulgadora de las normas generales impugnadas rindieron sus informes respectivos, los cuales, en síntesis, consisten en lo siguiente:
7. **El Poder Legislativo del Estado de Oaxaca, representado por la Presidenta de la Junta de Coordinación,** señaló:
- a) En la especie es improcedente la solicitud de invalidez de los artículos 336 Bis B, 429 Bis A y 459, fracción IV, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, en razón de que dichos artículos no vulneran ninguna disposición constitucional, ya que el Congreso del Estado legisló observando el interés superior de la infancia oaxaqueña, en virtud de que los artículos impugnados tienen como objetivo principal garantizar que los infantes gocen de condiciones que permitan su crecimiento sano y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, moral y social; así como su derecho a vivir en familia, tal y como lo establece el artículo 429 Bis A.

- b)** El Congreso local considera que lo sostenido en el primer concepto de invalidez es infundado, ya que contrario a lo que dice la accionante, la reforma del artículo 336 Bis, B del Código Civil para el Estado de Oaxaca privilegia el interés superior de la infancia oaxaqueña, en observancia y armonización de lo que dispone el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y disposiciones relativas de los Tratados Internacionales en la materia. Lo anterior, ya que lo que privilegia la reforma del artículo 336 Bis, B impugnado, es sancionar la violencia familiar en la forma de alienación parental, en virtud de que en los pleitos legales de pensión alimenticia, disolución del vínculo matrimonial, patria potestad, guarda y custodia, es práctica común en los integrantes de la familia el transformar la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores, lo cual merma a su derecho humano a gozar de condiciones que permitan su crecimiento sano y armonioso, tanto físico como mental, material, espiritual, moral y social, así como su derecho a vivir en familia.
- c)** Si bien puede existir un debate en el ámbito médico y psicológico en relación con el SAP, el Congreso local afirma que eso no debe impedir el sancionar conductas de los integrantes de la familia cuya finalidad sea transformar la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores. Tampoco es cierto que se deje a un lado los testimonios que rindan los menores en el marco de los procesos judiciales en los que se vean involucrados, toda vez que los actos de alienación parental se fundamentan precisamente con lo señalado y expresado por el menor mismo, y con base en los resultados periciales en materia de psicología. Asimismo, el artículo 336 Bis, B del Código Civil para el Estado de Oaxaca, se encuentra armonizado con lo que dispone el artículo 4 constitucional y los tratados internacionales en la materia.
- d)** En cuanto al segundo concepto de invalidez, contrario a lo que afirma la Defensoría accionante, el Congreso local estima que el artículo 336 Bis, B del Código Civil para el Estado de Oaxaca, privilegia que se normen conductas que afecten el crecimiento sano y armonioso del menor, tanto físico como mental, material, espiritual, moral, y social; así como el derecho a vivir en familia. Por lo anterior resulta erróneo sostener que el artículo 336 Bis, B impugnado, prive al menor de poder opinar en un proceso administrativo o judicial, ya que la alienación parental se comprobará precisamente con la opinión del menor o adolescente, y con los dictámenes periciales en materia de psicología, lo cual apoyará la decisión de las autoridades jurisdiccionales para determinar lo conducente.
- e)** Afirma que el artículo impugnado se apega a los lineamientos que garantizan el interés superior del menor que establece el propio artículo 4° Constitucional y los tratados internacionales, ya que para el caso de que se pretenda acreditar la alienación parental, se comprobará precisamente con la opinión del menor o adolescente y con los dictámenes periciales en materia de psicología.
- f)** En cuanto al tercer concepto de invalidez, considera que no es cierto que el artículo 336 Bis, B del Código Civil para el Estado de Oaxaca sea inconveniente por discriminar indirectamente a las mujeres, en virtud de que el planteamiento de alienación parental contenido en el artículo impugnado, consiste precisamente en regular dicha conducta en forma abstracta e impersonal, vinculando todos aquellos sujetos incluidos en la hipótesis normativa, por ende de ninguna manera el artículo tachado de inconveniente refiere que las mujeres sean las que transformen la conciencia del menor ya que se menciona, de manera impersonal, a cualquier miembro de la familia.
- g)** Respecto del cuarto concepto de invalidez, el Congreso afirma que la interpretación de la accionante es errónea ya que el artículo impugnado no tiene como destinatario a la mujer, sino que se trata de una norma abstracta e impersonal.

- h) En cuanto a los conceptos de invalidez relativos al primer párrafo del artículo 429 Bis A, en relación con la fracción IV del artículo 459 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, el Congreso local considera que no le asiste la razón a la accionante, ya que no se establecen sanciones desproporcionales, sino que se procura garantizar los derechos humanos fundamentales de los infantes, a través de la alienación parental a fin de erradicar esta forma de maltrato o abuso psicológico infantil. Contrario a lo que afirma la accionante, el legislador local considera que sí justificó la sanción consistente en la pérdida de la patria potestad, máxime que esta situación es susceptible de modificarse cuando cambian las circunstancias que imperaban antes de la decisión. Además afirma que el juzgador debe analizar a quién le debe corresponder el cuidado de los hijos, atendiendo al mayor beneficio del menor y valorando todos los elementos que tenga a su alcance en aras de salvaguardar el principio del interés superior del menor a que se refiere el artículo 4° constitucional y los tratados internacionales.
- i) Asimismo, estima infundado el segundo concepto de invalidez relativo al primer párrafo del artículo 429 Bis A, en relación con la fracción IV del artículo 459 del Código Civil para el Estado de Oaxaca, toda vez que el legislador local, al reformar y adicionar los artículos 429 Bis A, 459, fracción IV, del Código sustantivo, evidentemente observó los parámetros de fundamentación, motivación y legalidad a que se refieren los artículos 14 y 16 constitucionales, tal y como se demuestra en la exposición de motivos de fecha 24 de marzo de 2015, que suscribió la diputada Juanita Arcelia Cruz Cruz, así como el dictamen de fecha 17 de diciembre de 2015, que emitió la Comisión Permanente de Administración de Justicia en la que se establece la facultad del Congreso local para legislar en materia familiar, así como las razones y motivos por los que se estima procedente reformar y adicionar los artículos tildados de inconstitucionales.
8. **El Titular del Poder Ejecutivo del Estado de Oaxaca rindió su informe**, en el que manifestó lo siguiente:
- Que respecto de la norma impugnada, el Ejecutivo del Estado solo se limitó a participar en la culminación del proceso legislativo que le dio origen, conforme lo establecen los artículos 52, 53, fracción II, y 58 de la Constitución Política del Estado de Oaxaca, que establecen que en la discusión de los proyectos de leyes y decretos, el Ejecutivo tendrá la intervención que le asigna la Constitución local. Por tal razón, una vez aprobado el proyecto de ley o decreto se remitirá al Ejecutivo quien, si no tuviere observaciones, lo publicará inmediatamente en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado.
9. **CUARTO. Opinión de la Procuraduría General de la República.** El cuatro de febrero de dos mil dieciséis, la Ministra instructora con fundamento en el artículo 66 de la Ley Reglamentaria de la materia, dio vista al Procurador General de la República para que formulara el pedimento correspondiente hasta antes del cierre de instrucción. De las constancias de autos no se advierte que el Procurador General de la República haya formulado pedimento alguno respecto de la acción de inconstitucionalidad en estudio, por lo que se pasó al cierre de instrucción.
10. **QUINTO. Cierre de Instrucción.** Una vez que se pusieron los autos a la vista de las partes para la formulación de sus alegatos, por acuerdo de dieciocho de abril de dos mil dieciséis, se tuvieron estos por ofrecidos; se declaró cerrada la instrucción enviándose el expediente a la Ministra Instructora para la elaboración del proyecto de resolución correspondiente.

**CONSIDERANDO:**

11. **PRIMERO. Competencia.** Este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para resolver la presente acción de inconstitucionalidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105, fracción II, inciso g), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 10, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, toda vez que se plantea la posible contradicción entre los artículos 336 Bis B, tercer párrafo, 429 Bis A y 459, fracción IV, todos del Código Civil para el Estado de Oaxaca, y diversos preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

12. **SEGUNDO. Oportunidad.** En principio, debe tenerse en cuenta que el artículo 105, fracción II, de la Constitución General de la República señala que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá: "*de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución*", las cuales "*podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de la publicación de la norma*" impugnada.
13. En congruencia con lo anterior, el artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las fracciones II y III del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, textualmente establece:
- "Artículo 60.** El plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de treinta días naturales contados a partir del día siguiente a la fecha en que la ley o tratado internacional impugnado sean publicados en el correspondiente medio oficial. Si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente.
- En materia electoral, para el cómputo de los plazos, todos los días son hábiles".
14. El análisis armónico de los preceptos constitucional y legal antes precisados permite establecer que tratándose de acciones de inconstitucionalidad, el plazo para la interposición de la demanda es de treinta días naturales contados a partir del día siguiente al que se publique la norma impugnada en el correspondiente medio oficial, de lo que se sigue que para efectos del cómputo del plazo aludido, no se deben excluir los días inhábiles, en la inteligencia de que si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda se podrá presentar al primer día hábil siguiente. Esto se confirma con el criterio de la Segunda Sala de este Alto Tribunal, plasmado en la tesis registrada con el número 2a. LXXX/99 de rubro siguiente:
- "ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI EL PLAZO PARA PRESENTAR LA DEMANDA VENGE EN DÍA INHÁBIL Y ÉSTA SE PRESENTÓ EL SIGUIENTE DÍA HÁBIL, DEBE CONSIDERARSE OPORTUNA".<sup>1</sup>**
15. En la especie, los preceptos impugnados se expidieron mediante Decreto 1380, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Oaxaca el **dos de enero de dos mil dieciséis**, por lo que el plazo para ejercer la acción de inconstitucionalidad inició **el domingo tres de enero y concluyó el uno de febrero de ese año**, no obstante lo anterior, por ser éste un día inhábil y de descanso de conformidad con el inciso c) del Punto Primero, así como del Punto Segundo, del Acuerdo General 18/2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el último día del término de treinta días se recorre al siguiente día hábil.
16. En ese contexto, debe precisarse que la demanda relativa a la presente acción de inconstitucionalidad se presentó ante la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el **martes dos de febrero de dos mil dieciséis**, por lo que su interposición resulta oportuna.
17. Sin que pase inadvertido para este Tribunal Pleno que en la demanda, la accionante refiere que "*los preceptos impugnados se reformaron y adicionaron mediante decreto 1360, aprobado en sesión ordinaria de diecinueve de noviembre de dos mil quince, reiterados en su totalidad mediante decreto 1380, publicado en el Periódico Oficial el dos de enero de dos mil dieciséis*". Sin embargo el Decreto 1360, emitido por la Legislatura del Estado de Oaxaca fue vetado por el Poder Ejecutivo de la entidad mediante oficio GEO/0113/2015, como se observa del dictamen emitido por la Legislatura Estatal, que obra a fojas 112 a 143 del presente expediente.
18. No obstante, la Legislatura del Estado de Oaxaca decidió reiterar el contenido del Decreto 1360; proceso legislativo que siguió el curso procesal respectivo y resultó en el diverso Decreto 1380, publicado el dos de enero de dos mil dieciséis, reclamado en esta instancia.
19. **TERCERO. Legitimación.** Se procede a analizar la legitimación de la promovente, por ser presupuesto indispensable para el ejercicio de la acción.
20. Suscribe la demanda **Arturo de Jesús Peimbert Calvo**, en su carácter de Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca, lo que acredita con la copia certificada de su nombramiento en ese cargo por parte de la Sexagésima Primera Legislatura del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, con fecha catorce de mayo de dos mil doce.

<sup>1</sup> "Texto: De conformidad con el artículo 60 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el plazo para ejercer la acción de inconstitucionalidad es de treinta días naturales, pero, si el último día del plazo fuese inhábil, la demanda podrá presentarse el primer día hábil siguiente; por tanto, si el plazo venció en día inhábil pero la demanda se presentó al siguiente día hábil ante el funcionario autorizado para recibir promociones de término, debe considerarse que se promovió oportunamente".

21. En términos del artículo 105, fracción II, inciso g), de la Constitución Federal<sup>2</sup>, los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas pueden promover acción de inconstitucionalidad en contra de leyes expedidas por las legislaturas estatales.
22. En el caso, el Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca demanda la inconstitucionalidad de los artículos 336 Bis B, tercer párrafo, 429 Bis A y 459, fracción IV, todos del Código Civil para el Estado de Oaxaca, reformados mediante Decreto 1380, expedido por el Congreso del Estado de Oaxaca y publicado en el Periódico Oficial de esta entidad el dos de enero de dos mil dieciséis.
23. En ese sentido, resulta que el Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca cuenta con legitimación para promover la presente acción de inconstitucionalidad, pues cuestiona la regularidad constitucional de una norma emitida por el Poder Legislativo de dicha entidad federativa.
24. Ahora bien, de conformidad con las fracciones I y X del artículo 25 de la Ley de Defensoría de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca,<sup>3</sup> el titular de dicho organismo podrá actuar como su representante legal y tiene competencia expresa para interponer acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes o disposiciones que contravengan los Derechos Humanos; en consecuencia, la presente acción de inconstitucionalidad fue promovida por el funcionario que cuenta con legitimación para ello.
25. **CUARTO. Causas de improcedencia.** En la presente acción de inconstitucionalidad las autoridades emisora y promulgadora de la norma cuestionada no adujeron causas de improcedencia o motivos de sobreseimiento, ni este Alto Tribunal advierte oficiosamente la actualización de alguna de ellas, por lo que a continuación se procede al análisis de los conceptos de invalidez planteados.
26. **QUINTO. Estudio de fondo.** Los conceptos de invalidez hechos valer por la parte actora se proponen a partir de dos grandes apartados:
  - 1) **La inconstitucionalidad del artículo 336 Bis B, relacionado con el párrafo segundo del artículo 429 Bis A, conforme a lo siguiente:**
    - a) Incorporación normativa de *conceptos incompatibles con los derechos humanos de los menores*, a la luz del interés superior del menor.
    - b) Violación a los *derechos de niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión en los procedimientos que les atañen y que la misma sea valorada*.
    - c) *Discriminación indirecta y reproducción de estereotipos de género en contra de las mujeres*.
    - d) Contravención a la *obligación de juzgar y legislar con perspectiva de género*.
  - 2) **La inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 429 Bis A (en su última parte), en relación con la fracción IV del artículo 459, por las siguientes consideraciones:**
    - a) Violación a los *derechos del menor a tener una familia*, por establecer sanciones desproporcionales.
    - b) *Violación del derecho humano a la seguridad jurídica*, relacionado con el hecho de que toda autoridad debe fundar y motivar su actuación (principio de legalidad).

<sup>2</sup> **"Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señala la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: [...]

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. --- Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: [...]

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas; [...]"

<sup>3</sup> "ARTICULO 25.- Son facultades y atribuciones de quien presida la Defensoría:

I. Ejercer la representación legal de la Defensoría;

(...)

X. Interponer acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes o disposiciones que contravengan disposiciones relativas a los Derechos Humanos. Las acciones de inconstitucionalidad que promueva el Defensor deben ser Consultadas por el Consejo Ciudadano".

27. Previo al examen de los diversos conceptos de invalidez, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación realizará una aproximación al fenómeno llamado “alienación parental” (en adelante también referido como AP); asimismo, se establecerá el marco normativo de los derechos humanos de los menores que cobran especial incidencia en la regulación legal de la AP conforme a los dispositivos legales cuestionados.
28. Con tal propósito, el presente fallo se estructurara de la forma siguiente:
- I. Estudio del fenómeno denominado “alienación parental”.
  - II. Derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes.
  - III. Estudio de los conceptos de invalidez que la accionante formula en el *primer apartado* de su demanda, en el orden siguiente:
    - A. Regulación de la conducta de AP en el artículo 336 Bis B, así como en el artículo 429 Bis A, segundo párrafo.
    - B. Configuración del supuesto de violencia familiar por AP contenido en el artículo 336 Bis B.
    - C. AP como causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, regulada en el párrafo segundo del artículo 429 Bis A.
  - IV. Estudio de los conceptos de invalidez que la accionante hace valer en el *segundo apartado* de su demanda, en el orden siguiente:
    - A. Vulneración al derecho del menor a vivir en familia en términos del artículo 429 Bis A, párrafo primero (última parte), en relación con el artículo 459, fracción IV.
    - B. Derecho humano a la seguridad jurídica relacionado con el hecho de que toda autoridad debe fundar y motivar su actuación (principio de legalidad).

#### I. ESTUDIO DEL FENÓMENO DE ALIENACIÓN PARENTAL (AP)

29. En principio, es necesario precisar que el presente estudio refleja una muestra de diversas referencias teóricas que se estiman significativas para los fines del análisis de constitucionalidad que ocupa a este Alto Tribunal.
30. En efecto, en este apartado se recoge información que permita a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación aproximarse de manera amplia, en el contexto de su actividad jurisdiccional, a la noción del contenido de la conducta denominada “alienación parental” que el legislador del Estado de Oaxaca reguló en las normas legales controvertidas; sin que esta investigación pretenda agotar las fuentes existentes al respecto, sino únicamente asirse de elementos para analizar el tema de constitucionalidad propuesto.
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.
33. Entre las opiniones recogidas para este estudio, se observa que el debate sobre dicha conducta se cierne principalmente entre aquellos que conciben la “alienación parental” como un *síndrome o trastorno*, asumiendo las teorías del psiquiatra Richard Gardner,<sup>4</sup> quien describió el supuesto *Síndrome de Alienación Parental* (en adelante, también referido como SAP) a mediados de la década de los años 80; y aquellos que cuestionan y niegan que se trate de una condición patológica.

---

<sup>4</sup> La definición del Síndrome de Alienación Parental o *Parental Alienation Syndrome* (PAS), fue publicada por primera vez por el psiquiatra norteamericano Richard Gardner en 1985. La difusión y defensa del SAP fue la principal actividad intelectual de este autor. Su actividad pública fue como psiquiatra contratado en litigios por guarda y custodia de los hijos en las cortes norteamericanas. Gardner sigue siendo, aún después de su muerte en 2003, el principal referente teórico del término. Algunos de sus trabajos más relevantes que definen el SAP son: *Recent trends in divorce and custody litigation*, (1985) Academy Forum, 29, pp. 3-7; *The Parental Alienation Syndrome and the differentiation between fabricated and genuine sexual abuse*, (1987) Cresskill, NJ: Creative Therapeutics; Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of Parental Alienation Syndrome families, (1991) *Court Review of American Judges Association*, 28 (1), pp.14-21; *Parental alienation syndrome: A guide for mental health and legal professionals*, (1992) Cresskill, NJ: Creative Therapeutics; Recommendations for dealing with parents who induce a Parental Alienation Syndrome in their children, (1998) *Journal of Divorce and Remarriage*, 28 (374), pp. 1-21; Family therapy of the moderate type of parental alienation syndrome, (1999) *The American Journal of Family Therapy*, 27, pp. 195-212; Differentiating between Parental Alienation Syndrome and bona fide abuse-neglect, (1999) *The American Journal of Family Therapy*, 27, pp. 97-107.

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.<sup>6</sup>
37. Debe decirse que del análisis realizado se observó que existen referencias de expertos que describen la conducta en cuestión, anteriores a la teoría propuesta por el psiquiatra y psicólogo Richard Gardner, así como posteriores a éste, por lo que a continuación se exponen algunas de ellas que se estiman ilustrativas de las opiniones prevalecientes sobre el tema en el foro respectivo.
38. Como antecedentes del fenómeno de alienación parental y siguiendo la literatura especializada en la materia,<sup>7</sup> Boszormenyi-Nagy desde principios de los años 70 describió su denominado *conflicto de lealtades*, el cual se presenta al momento de la ruptura de la pareja.<sup>8</sup> Para éste, la ruptura no supone el final del conflicto, sino más bien un nuevo escenario en el que se empieza a perpetuar la disputa entre la pareja, siendo fácil que el o los hijos se vean compelidos a asegurar el cariño de sus padres. Conseguir el apoyo incondicional de los hijos puede convertirse en el objeto del conflicto y en el referente implícito de la pugna por el poder que mantiene la pareja. Los niños reciben presiones, habitualmente encubiertas para acercarse a una u otra posición y, si no toman partido, se sienten aislados y desleales hacia ambos progenitores; pero si lo hacen para buscar más protección, sentirán que traicionan a uno de los dos. Ya desde finales de los años 60 se hablaba del concepto de *cisma marital*, como el efecto a largo plazo de una escalada asimétrica en la que cada uno de los miembros de la pareja se dedica a desprestigiar al otro delante de los hijos, creándose bandos familiares enfrentados en los que los niños participan activamente.<sup>9</sup>
39. En sus trabajos sobre los efectos del divorcio en los hijos, Wallerstein y Kelly,<sup>10</sup> describen el denominado “*Síndrome de Medea*”, terminología que también adoptó Jacobs,<sup>11</sup> el cual consiste en que los niños consideran la ruptura como una riña entre dos bandos, donde el progenitor más poderoso es el que gana el derecho a permanecer en el hogar. En distintos momentos apoyan a

<sup>5</sup> H. Van Gijsegheem, “L’aliénation parentale: les principales controverses”, (2004) *Journal du Droit des Jeunes*, 7, liv. 237, pp. 11-17.

<sup>6</sup> *Ibid.* p. 13.

<sup>7</sup> Cfr.: J. L. Baker, Amy, The cult of parenthood: a qualitative study of parental alienation (2005) *Cultic Studies Review* 4(1): pp.1-29; W. Bernet, Parental alienation disorder and DSM-V. *American Journal of Family Therapy* (2008) 36 (5), pp.349-366; D. Clarkson y H. Clarkson The unbreakable chain under pressure: the management of post-separation parental rejection (2006) *The Journal of Social Welfare & Family Law* 28 (3-4), pp. 251-266; R. Cloutier, Le syndrome de l’aliénation parentale en contexte de conflit sur la garde de l’enfant, (2006) *Psychologie Québec* 23(2), pp.28-31; F. Cyr y C. Cyr-Villeneuve, Étude exploratoire des caractéristiques et des comportements de couples parentaux séparés engagés dans une dynamique de détérioration du lien parent-enfant (2008) *Revue scientifique de l’AIFI* 2(2), pp.27-67; J. Djikpesse, La disqualification et l’aliénation parentales: l’émergence de nouvelles armes dans les conflits familiaux (2004), *Revue française de service social* (214), pp.55-59; P. Trenoye, A. Malchair y J. Bertrand, Le syndrome d’aliénation parentale: du concept à la pathologie? (2008), *Clinique et revue critique de la littérature. Acta psychiatrica Belgica* 108 (4), pp.25-36. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Alienación Parental (2011), pp.1-316.

<sup>8</sup> I. Boszormenyi-Nagy y G. Spark *Invisibles Loyalties: Reciprocity in intergenerational family Therapy* (1973), New York: Harper & Row Publishers.

<sup>9</sup> G. Zuk, “El Proceso de intermediación en la terapia familiar”, en G. Bateson (coord.), *Interacción Familiar* (1971) Ediciones Buenos Aires, Montevideo, pp.301.

<sup>10</sup> J.S. Wallerstein y J.B. Kelly, *Surviving the break up: How children and parents cope with divorce*, (1980), Basic books, Nueva York, pp.3-55.

<sup>11</sup> J.W. Jacobs, “Euripides Medea: A psychodynamic model of severe divorce pathology” (1988), *American Journal of Psychotherapy*, 42 (2) pp. 308-319.

uno o a otro. Aunque los padres traten de que los hijos no tomen partido, estos se sienten en la necesidad de hacerlo. Pero cuando lo hacen para sentirse más protegidos, también experimentan malestar porque están traicionando a uno de sus padres. Si no toman partido, se sienten aislados y desleales hacia ambos progenitores. Es un dilema sin solución. Se trata de padres que dejan de percibir que los hijos tienen sus propias necesidades y comienzan a pensar que el niño es una prolongación de ellos mismos. Los pensamientos de “me abandonó” y “nos abandonó a mí y a mi hijo” se convierten en sinónimos y llega un momento en que el padre o la madre y el hijo parecen una unidad funcionalmente indivisible ante el conflicto. Puede que el niño sea usado como medio de venganza o que la ira impulse a uno de los padres a robar o secuestrar al hijo.

40. Con posterioridad se han propuesto otros términos que aluden a la misma conducta; “Parentectomía” en Williams,<sup>12</sup> el “síndrome de la madre maliciosa” en Turkat,<sup>13</sup> la “alienación parental” de Darnall,<sup>14</sup> la reformulación del “niño alienado” de Kelly y Johnston.<sup>15</sup> Johnston y Campbell,<sup>16</sup> por ejemplo, utilizan el término “alienamiento” para referirse a las fuertes preferencias hacia uno de los progenitores que inevitablemente alejan a los hijos del otro. Esta estrecha relación no necesariamente es el producto de actitudes manipulativas sino de la capacidad empática del progenitor con el que los niños se alinean. Por el contrario, Garrity y Baris,<sup>17</sup> caracterizan a este padre como falta de empatía, inflexible y con escaso conocimiento de los efectos de su actitud sobre los hijos.
41. Buchanan, Maccoby y Dornbusch,<sup>18</sup> describen el proceso a través del cual los hijos se encuentran atrapados entre sus padres. El intenso conflicto inter-parental altera la interacción familiar de manera que los hijos se ven atraídos al interior, al mismo tiempo que se sienten temerosos por los efectos que una estrecha relación con uno de los padres pueda provocar en el otro. De esta forma los sentimientos naturales del niño, unidos a la doble presión afectiva que recibe, pueden llevarle a mostrar un claro rechazo hacia uno de los padres, habitualmente el que se fue o, dicho de otra forma, el que ha ejercido su presión con menor eficacia, al mismo tiempo que parece proteger al otro. Con su postura garantiza su afecto mediante un proceso de *identificación defensiva* -usando los términos de Chethik, Dolin, Davies, Lohr y Darrow<sup>19</sup>- y, al mismo tiempo, expresa su protesta ante una realidad que no puede aceptar.
42. Como se puede observar, la literatura sobre el concepto de referencia es amplia y se encuentra lejos de obtener unanimidad en cuanto a la descripción de la conducta; no obstante, este Tribunal Pleno advierte que el punto común que la caracteriza de acuerdo con los expertos, son *precisamente aquellas actitudes o conductas de rechazo por parte del hijo hacia uno de sus progenitores, y la utilización del o los hijos en el conflicto parental de separación de los padres.*
43. Aquí es importante mencionar las ideas del psicólogo norteamericano Richard Gardner, quien fue el que le dio la categoría de “síndrome” al fenómeno de la alienación parental denominándolo “Síndrome de Alienación Parental” (SAP).<sup>20</sup> La calificación del SAP por Gardner como síndrome médico “puro” estará presente durante toda su obra. Para Gardner, el SAP es un trastorno relativamente “puro” cuando es comparado con otros desórdenes psiquiátricos;<sup>21</sup> de hecho es un padecimiento más puro que muchos de los síndromes descritos y reconocidos por el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-IV) de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría.<sup>22</sup>

<sup>12</sup> F.S. Williams, “Preventing parentectomy after divorce”, (1990) Fifth Annual Conference, National Council for Children’s Rights, Washington D.C.

<sup>13</sup> I. Turkat, “Divorce related malicious mother syndrome” (1995), *Journal of Family Violence*, 10 (3), pp. 253-264.

<sup>14</sup> D. Darnall, “Parental alienation: Not in the best interest of the children” (1999) *North Dakota Law Review*, 75, pp.323-364.

<sup>15</sup> J.B. Kelly y J.R. Johnston, “The alienated child: A reformulation of parental alienation syndrome” (2001) *Family Court Review*, 39, pp. 249-265.

<sup>16</sup> J. Y. Johnston y L.E. Campbell “Impasses of divorce: the dynamics and resolution of family conflict” (1988) Free Press, Nueva York.

<sup>17</sup> C.B. Garrity y M.A. Baris “Caught in the middle: Protecting the children of high-conflict divorce, (1994) Jossey-Bass Inc., Publishers, pp.65-83.

<sup>18</sup> C.M. Buchanan, E.E. Maccoby y S.M. Dornbusch “Caught between parents: adolescents experience in divorced homes” (1991), *Child Development*, 62 (5), pp.1008-1029.

<sup>19</sup> M. Chethik, N. Dolin, D. Davies, R. Lohr y S. Darrow, “Children and Divorce: The negative identification” (1987) *Journal of Divorce and remarriage*, 10, pp.121-138.

<sup>20</sup> R. Gardner, “Recent trends in Divorce and Custody litigation” (1985) *Academy Forum*, 29 (2), 3-7.

<sup>21</sup> R. Gardner, “Should Courts Order PAS Children to Visit/Reside with the Alienated Parent? A Follow-up Study” (2001), *The American Journal of Forensic Psychology*, Vol 19 (3), pp. 61-106.

<sup>22</sup> En inglés es conocido como *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* de la *American Psychiatric Association*, el cual divide trastornos mentales en diversos tipos, basándose en series de criterios con rasgos definidos.

44. El SAP –según Gardner-, es un desorden que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. La primera manifestación es una campaña de difamación y/o denigración contra uno de los padres por parte del niño, campaña que no tiene justificación. El hijo está esencialmente preocupado por ver a un padre como totalmente bueno y al otro malo. El “padre malo” es odiado y difamado verbalmente, mientras que el “padre bueno” es amado e idealizado. El fenómeno de alienación resulta de la combinación del adoctrinamiento sistemático de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño, dirigidas a desprestigiar al progenitor objeto de la campaña difamatoria. El concepto descrito por Gardner incluye el “lavado de cerebro” -niño persuadido a aceptar y elaborar el discurso del progenitor-custodio-, lo que implica que uno de los progenitores, de forma sistemática y consciente, “programa” a los hijos en la descalificación del otro. A su vez, describió que, si el maltrato o la negligencia que el menor de edad afirmara en su discurso contra el progenitor estuviere demostrada, la animadversión del niño estaría justificada y en tal caso, el SAP no sería una explicación apropiada para las variables que afectarían al menor.<sup>23</sup>
45. El SAP, categorizado por Gardner como síndrome médico y trastorno infantil, surgirá de la concurrencia de ocho síntomas presentes en el niño:<sup>24</sup>
- Una campaña de denigración. El niño está obsesionado con odiar a uno de los progenitores. Esta denigración a menudo tiene la cualidad de una especie de letanía;
  - Racionalizaciones débiles, absurdas o frívolas para la desaprobación. El niño plantea argumentos irracionales y a menudo ridículos para no querer estar cerca de uno de sus progenitores;
  - Ausencia de ambivalencia. Todas las relaciones humanas, incluidas las paterno-filiales, tienen un grado de ambivalencia. En este caso, los niños no muestran sentimientos encontrados. Todo es bueno en un padre y todo es malo en el otro;
  - Fenómeno del “pensador independiente”. Muchos niños afirman orgullosamente que su decisión de rechazar a uno de sus progenitores es completamente suya. Niegan cualquier tipo de influencia por parte del padre aceptado;
  - Apoyo reflexivo al padre alienante en el conflicto parental. Habitualmente los niños aceptan incondicionalmente la validez de las alegaciones del padre aceptado contra el odiado, incluso cuando se les ofrece evidencia de que aquel miente;
  - Ausencia de culpa sobre la crueldad y/o explotación hacia el padre alienado. Muestra total indiferencia por los sentimientos del padre odiado;
  - Presencia de argumentos prestados. La calidad de los argumentos parece ensayada. A menudo usan palabras o frases que no forman parte del lenguaje de los niños (lenguaje adultizado);
  - Extensión de la animosidad hacia los amigos y/o familia extendida del padre alienado.
46. Gardner nunca demostró que el SAP fuese un síndrome médico, de hecho, en toda su obra no aportará ningún resultado derivado de pruebas empíricas. Sus argumentos serán basados en su experiencia personal y la analogía que, según él, existe entre el “Síndrome de Alienación Parental” y el “Síndrome de Down”.<sup>25</sup> Para definir el SAP como síndrome médico, utilizará como referencia el Diccionario Psiquiátrico de Campbell,<sup>26</sup> según el cual, en un síndrome existen tres niveles de categorización que pueden ser diferenciados en medicina: a) un signo o un síntoma aislado, sin

<sup>23</sup> Gardner, *Op. cit.*, *supra*, nota 20.

<sup>24</sup> R. Gardner, *Parental alienation syndrome: A guide for mental health and legal professionals*, (1992) Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, pp. 448.

<sup>25</sup> Para Gardner, el SAP tiene pureza debido a que la mayoría de –si no todos- los síntomas en conjunto se manifiestan previsiblemente juntos como un grupo. A menudo parecen no estar relacionados pero lo están generalmente porque tienen una etiología común. Por ejemplo, el “Síndrome de Down” tiene una etiología común de síntomas dispares que se relacionan con una anomalía cromosómica específica. Es ese factor genético el responsable de agrupar juntos estos síntomas aparentemente dispares. Consecuentemente existe una causa básica del Síndrome de Down: una anomalía genética. Por tanto, la analogía empleada por Gardner establece que dado que la aparente desconexión de los síntomas del Síndrome de Down indicaría la existencia de un síndrome, entonces de la misma forma, la disparidad de los ocho síntomas descritos en el SAP constituirían la existencia de un síndrome. *Cfr.* R. Gardner, “Parental Alienation Syndrome (PAS): Sixteen Years Later” (2001) *Academy Forum*, 45 (1), pp. 10-12; “Denial of the Parental Alienation Syndrome also harms Women” (2002) *The American Journal of Family Therapy*, 30 (3) pp. 191-202; “Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: which Diagnosis should evaluators use in child-custody disputes?” (2002) *The American Journal of Family Therapy*, 30 (2) pp. 93-115.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

referencia a las características o causas asociadas o a la causa, y con poco valor predictivo; **b)** un agrupamiento clínico de signos o síntomas en un síndrome distintivo; y **c)** un cuadro clínico distintivo que es explicado por un proceso patofisiológico identificable o agente etiológico. Gardner considerará que la descripción de su SAP alcanza el tercer nivel de la definición del Diccionario Psiquiátrico de Campbell, al considerar que los factores etiológicos descritos así como el hecho de que estos factores contribuyen al desarrollo del desorden son justificación suficiente para considerar su descripción de alienación parental como un síndrome médico.

47. Como mecanismo patógeno del SAP, Gardner ubica el “adoctrinamiento” y el “lavado de cerebro”, como causas que absorben o incorporan respuestas automáticas o actitudes en el niño; en otras palabras, se refiere a la implementación de información que puede estar directamente en discrepancia con lo que el niño antes creía y que ahora experimenta con el padre alienado. El mecanismo de acción apunta a un progenitor *programador*, causa final del síndrome.<sup>27</sup>
48. Existen dos tipos de diagnóstico en la teoría de Gardner: uno que detecta en el mismo acto el “adoctrinamiento” en el niño y al progenitor “alienador”, y otro que permite clasificar el grado de alienación basándose en dos fuentes de información: **i)** el expediente judicial y **ii)** las reacciones posteriores del progenitor y el niño ante las medidas judiciales reflejadas en la sentencia. Este último *diagnóstico diferencial*,<sup>28</sup> será sobre el nivel de los síntomas en el niño y sobre el nivel de los síntomas en el alienador. De esta manera, Gardner presenta formas de diagnóstico *leve*, *moderado* o *severo* de los síntomas del alienador basándose en una serie de factores como podrían ser la presencia severa de una psicopatología previa a la separación; frecuencia de pensamientos de programación, frecuencia de maniobras de exclusión, frecuencia de denuncias a la policía y a los servicios de protección de la infancia, episodios de histeria, entre otros factores.
49. El SAP solo tiene sentido si opera la *terapia de la amenaza* como la denomina Gardner.<sup>29</sup> La propia amenaza gravita fundamentalmente sobre el cambio permanente de custodia y/o en el incremento de la restricción de contactos futuros con el padre alienador. En muchas ocasiones se recomendarán, a modo de recordatorio de la capacidad ejecutoria del juzgado, periodos de prisión u hospitalización tanto para el progenitor alienador como para el niño; en el caso de niños más jóvenes podría pensarse en una casa de acogida o en un refugio para niños abusados. Esto, según Gardner, es obviamente una medida punitiva y podría ayudar a los niños a replantear su decisión de no visitar al progenitor alienado, que generalmente no cuenta con la custodia.
50. La terapia de la amenaza se complementa con el terapeuta especializado del SAP.<sup>30</sup> Esto es, el terapeuta cuyo poder para proponer medidas deriva de los juzgados; actúa bajo el poder de la “amenaza terapéutica” para proponer medidas que eviten la alienación del niño.<sup>31</sup> De acuerdo con Gardner, el terapeuta especializado debe ser capaz de decir a un progenitor alienador: “*si los niños no son entregados en la casa de su exesposo (a) a las 5 de la tarde este viernes, yo informaré al juzgado y recomendaré las sanciones ya descritas en la orden judicial*”. El terapeuta debe sentirse cómodo amenazando a padres alienadores, así como a los niños, de que habrá consecuencias si ellos violan el programa de visitas ordenado por el juzgado. La intención será, según Gardner, *desprogramar* a los niños que padezcan SAP.<sup>32</sup>
51. Existen otros profesionales que juegan un papel importante en el SAP de Gardner. A los abogados del progenitor alienador se les asigna fundamentalmente el papel de falsos. En tanto que a los jueces que no actúan de acuerdo al SAP y los profesionales de salud mental serán considerados ingenuos, o influenciados por el progenitor alienador, ya que, como Gardner afirma, uno de los síntomas atribuidos al padre alienador es precisamente el éxito en la manipulación del sistema legal. Los profesionales mencionados, dilatan con sus dudas y trabajos meticulosos un tiempo precioso para el disfrute del niño con el padre alienado.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> R. Gardner, “Family Therapy of the Moderate Type of Parental Alienation Syndrome” (1999) *The American Journal of Family Therapy*, 27, pp. 195-212.

<sup>29</sup> R. Gardner, “Legal and Psychotherapeutic approaches to the three types of Parental Alienation Syndrome Families. When Psychiatry and the Law join forces” (1991) *Court Review*, 28 (1) pp. 14-21.

<sup>30</sup> Richard Gardner nunca determina qué tipo de capacitación deben tener estos terapeutas del SAP, y sólo se limita a diferenciarlos de aquellos terapeutas de salud mental.

<sup>31</sup> Gardner, *Op. cit. supra*, nota 24.

<sup>32</sup> Gardner, *Op. cit. supra*, nota 20.

<sup>33</sup> *Ibidem.*

52. Es importante mencionar que los primeros trabajos de Gardner señalaban a la mujer como principal agente causal adulto del SAP, sin embargo, Gardner se defenderá más tarde de las acusaciones de que el SAP señalaba a la mujer como causa principal, atemperando su afirmación<sup>34</sup> al observar un incremento en el número de hombres que inducían a sus hijos al SAP, hasta observar una proporción aproximadamente del cincuenta y cincuenta. Los adoctrinadores del SAP ya no eran específicos de un género sino que esta situación se nivelaba al convertirse los progenitores varones en principales custodios, teniendo mayor acceso y tiempo con los niños.
53. El SAP de Gardner ha provocado múltiples posicionamientos críticos que lo han descalificado total o parcialmente.<sup>35</sup> De acuerdo con Muñoz,<sup>36</sup> en general, la controversia surgida alrededor del llamado SAP puede agruparse principalmente en dos líneas: la controversia social y la controversia científico-técnica.
54. En la primera línea -la controversia social- se engloban las polémicas entorno a una lucha de géneros, en la que asociaciones de padres separados justifican el rechazo de sus hijos aludiendo a una preferencia por el papel de la maternidad. Asimismo, en sectores feministas, el SAP es visto como un concepto sexista discriminatorio para las mujeres. Desde los sectores feministas se ha contemplado también el SAP como una manera de encubrir casos donde existe maltrato o abuso sexual por parte del padre alienado, que es causa real del rechazo del niño.<sup>37</sup>
55. En la segunda línea, es decir, la controversia técnico-científica, se encuentra relacionada con la falta de incursión en las clasificaciones diagnósticas debido a la debilidad científica del constructor y con un desacuerdo con las medidas jurídico-forenses que se aplican. El SAP no está reconocido ni avalado por las asociaciones médicas y psicológicas internacionales; tampoco está contemplado en el Manual Diagnóstico y Estadístico de las enfermedades Mentales de la Asociación Psiquiátrica Americana (DSM-IV) y en la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (CIE-10).
56. A juicio de Escudero, Aguilar y De la Cruz,<sup>38</sup> el SAP no constituye una entidad médica ni clínica, pudiéndose entender sólo como un modelo teórico sobre una disfunción familiar en un contexto legal, es decir, la existencia del SAP sólo se puede comprender como una teoría de naturaleza argumental, elaborada a través de argumentos inválidos -falacias-, tales como la aplicación de analogías, el pensamiento circular, y la apelación constante de la autoridad y experiencia de Gardner. Por otro lado, Walker, Brantley y Rigsbee,<sup>39</sup> analizan la poca idoneidad de ciertos procedimientos aplicados en los casos con alienación parental, en los que se concluye un régimen forzado de visitas, incluyendo un cambio brusco de custodia con el progenitor alienado.
57. Por su parte, Cartié,<sup>40</sup> al analizar los ocho síntomas propuestos por Gardner como indicativos del SAP, observa que no todos los elementos mantienen la misma significación. Parecería que existen aspectos que tienen un peso específico, ya que aparecen siempre en detrimento de otros que solo lo hacen en ocasiones y en función de la edad de los menores. En este sentido; el pensamiento independiente, la ausencia de sentimiento de culpa, el apoyo activo hacia el progenitor alienador y la generalización de la desaprobación al entorno del progenitor alienado, muestran una correlación positiva, formando una unidad altamente discriminante.
58. Asimismo advierten la existencia de una correlación entre dos síntomas: discurso adultizado y racionalización, lo que provoca que se acerquen mucho con relación a su significado. El resto de síntomas aparecen como independientes. Por todo ello -concluye-, la categoría de SAP definida por Gardner resultaría escasamente operativa y poco definida, infiriéndose pobre en cuanto a la delimitación del constructo, a partir de la detección de una validez de contenido susceptible de mejora. De esta forma, los criterios descritos no resultan, tal y como están definidos, suficientemente claros para delimitar la gravedad de este problema.

<sup>34</sup> Gardner, *Op. cit. supra*, nota 24.

<sup>35</sup> Cfr. S.J. Dallam, "The Parental Alienation Syndrome: Is it Scientific? en E. St. Charles y L. Crook (coord.) (1999) *Expose: Failure of family courts to protect children from abuse in custody disputes*. Los Gatos, CA: Our Children Charitable Foundation; K.C. Faller, "The parental Alienation Syndrome: what is it and what Data support it?" (1998) *Child Maltreatment*, 3 (2) pp. 100-115; C.S. Bruch, "Parental Alienation Syndrome and Alienated Children -Getting it wrong in child custody cases" (2002), *Child and Family Law Quarterly*, 14 (4) pp. 381-400.

<sup>36</sup> J.M., Muñoz Vicente. "El Constructo Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.) Psicología Forense: Una Propuesta de Abordaje desde la Evaluación Pericial Psicológica" (2010) *Anuario de Psicología Jurídica*, pp.5-14.

<sup>37</sup> C.R. Miranda, "Síndrome de Alienación parental: aportes para la reflexión" en *Alienación Parental*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2011), México, pp. 211-220.

<sup>38</sup> A. Escudero, L. Aguilar y J. De la Cruz, "La lógica del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP): terapia de la amenaza" (2008), *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, n°102, vol. XXVIII, pp. 283-305.

<sup>39</sup> L.E Walker, K. L. Brantley y J.A. Rigsbee, "A Critical Analysis on Parental Alienation Syndrome and its admissibility in the Family Court" (2004) *Journal of Child Custody*, 1 (2), pp. 47-74.

<sup>40</sup> M. Cartié, R. Casany, R. Domínguez, y otros "Análisis Descriptivo de las características asociadas al síndrome de alienación parental (SAP)" (2005) *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, (5) pp.5-29.

59. Otros opositores al SAP propuesto por Gardner, como se ha mencionado, cuestionan la certeza de su diagnóstico bajo los síntomas descritos, argumentando que éstos también se reconocen como indicadores de la existencia de violencia o de abuso sexual.
60. Como se ha expuesto hasta ahora, la construcción de Gardner describió al SAP en términos de la responsabilidad de uno de los miembros de la familia que corresponde concretamente al progenitor alienante. Dicho de otra forma, lo novedoso del SAP de Gardner, en relación con el fenómeno de alienación parental, y que lo hace totalmente distinto a otras propuestas anteriores a él, es que el término antepuesto de “síndrome” implica, como lo afirman Escudero, Aguilar y De la Cruz,<sup>41</sup> la identificación de *un único* progenitor y un niño como *patológicos*, y la justificación judicial del cambio de custodia como *terapia*, la terapia de la amenaza. Este, con independencia de la falta de comprobación científica del SAP como síndrome médico “puro”, se considera uno de los principales defectos en la apreciación de Gardner respecto del fenómeno de alienación parental.
61. Al considerar un solo progenitor responsable “alienante” y un progenitor víctima “alienada”, la responsabilidad de *todos los miembros* del núcleo familiar con relación a la disfuncionalidad creada se va diluyendo o diseminando. Asimismo, la simple causalidad lineal o la visión dicotómica de la dinámica alienadora -progenitor alienado “bueno”, progenitor alienador “malo”- defendidas bajo la categoría SAP, se estima no responden a la compleja trama y orígenes multifactoriales que se tejen en cada caso concreto.
62. Los estudios posteriores a Gardner, hablan del papel preponderante que desempeña la dinámica familiar y el entorno alienante en la conducta de rechazo del menor hacia el progenitor alienado. Es decir, desde una *perspectiva sistémica* o *sistema-entorno*, se describe una dinámica familiar en la que cada miembro de la familia tiene un papel específico en el proceso de alienación. Cada miembro familiar tiene sus propios motivos y, lo que es más importante, sus propias razones para resistir los esfuerzos externos para la corrección del fenómeno.
63. En esa tesitura, Waldron y Joanis<sup>42</sup> entienden el fenómeno de alienación parental como un mecanismo de defensa del sistema familiar, en el que es posible detectar una sutil complicidad subyacente entre sus miembros. Así, la alienación parental protege la autoestima del progenitor aceptado y su dificultad para separarse, mantiene su relación simbiótica con los hijos y ayuda a canalizar su furia y sus necesidades de venganza.
64. Lund,<sup>43</sup> también desde una perspectiva sistémica, pone el énfasis psicopatológico en el intenso conflicto entre ambos padres, más que en la patología individual de cada uno de ellos. Desde esta perspectiva, el progenitor “odiado” contribuye directamente en los problemas paterno-filiales y en mantener el conflicto abierto con el otro progenitor. A menudo, el progenitor alienado, usualmente el padre, tiene un estilo rígido y distante, y es visto por los hijos como autoritario. Mientras que, el progenitor alienador, puede llegar a tener un estilo indulgente y pegajoso. Esta combinación de estilos parentales, en una situación de alta intensidad de conflicto, resulta ser la combinación perfecta para que aparezca la alienación.
65. Para Kelly y Johnston,<sup>44</sup> el progenitor rechazado o alienado también contribuye a generar y mantener la situación de rechazo. Johnston y Roseby<sup>45</sup> sugieren que el padre rechazado o alienado 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.
66. Los motivos del hijo o hijos para alienar a un progenitor suelen estar relacionados con el sentimiento de pérdida debido a la ruptura y con la resolución del conflicto de lealtades, pero también pueden tener que ver con presiones propias de su desarrollo, dificultades reales con el progenitor rechazado, ambivalencia hacia el padre aceptado o miedo de él. 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>41</sup> Escudero, *Op. cit., supra*, nota 38.

<sup>42</sup> K.H. Waldron y D.E. Joanis, “Understanding and collaboratively treating parental alienation syndrome” (1996), *American Journal of Family Law* (10) pp.121-133.

<sup>43</sup> M. Lund, “A therapist’s view of parental alienation syndrome” (1995), *Family and Conciliation Courts Review*, 33 (3), pp. 308-316.

<sup>44</sup> Kelly y Johnston, *Op. cit., supra*, nota 15.

<sup>45</sup> J. Johnston, V. Roseby, K. Kuehne, *In the Name of The Child: A Development Approach to Understanding and Helping Children of Conflicted and Violent Divorce* (2009), Springer Publishing Company, New York, pp. 361-391.

67. Las conductas alienadoras también trascienden a los abuelos y otros miembros de la familia del padre alienado. Aunque no formen parte del sistema nuclear, la familia de origen; abuelos, medios hermanos, tíos y primos, interfieren en su dinámica para bien o para mal, porque no resulta extraño que su intervención provoque la disolución del matrimonio o el concubinato.
68. De lo anterior se pueden señalar las siguientes características sistémicas que constituyen, en su conjunto, posibles conductas alienadoras: **1)** relaciones disfuncionales entre ambos progenitores constituyéndose primero uno en alienador y el otro en alienado, pudiendo cambiar de rol; **2)** colaboración activa y permanente del hijo o hijos en la dinámica del rechazo; **3)** intervención de miembros ajenos al núcleo familiar; y **4)** estimulación del conflicto por la intervención de otros individuos entre los que se encuentran abogados, jueces, psicólogos, funcionarios del tribunal, entre otros.
69. Otros autores se refieren al *fenómeno de utilización de los hijos o hijas en el conflicto parental*, señalando como rasgos comunes en los adultos involucrados -los progenitores-, tres elementos que los llevan a realizar las conductas alienadoras: la preservación del conflicto como eje central en la dinámica familiar; competencias parentales fallidas derivadas de la capacidad de apego y la confusión de roles en la familia, y el uso inconsciente de mecanismos de defensa transpersonales en el manejo del conflicto, que trascienden a los hijos. Por otra parte, consideran que los hijos o hijas son susceptibles de quedar atrapados en medio del conflicto de sus padres, por la intervención de factores como: la especial vulnerabilidad propia de la infancia y adolescencia; las habilidades propias para controlar y tolerar la angustia y el temor; la necesidad de contar con un adulto protector y cuidador; las características cognitivas que cada uno posee para razonar y comprender la realidad, y la construcción de una realidad compartida con sus adultos protectores<sup>46</sup>.
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<sup>47</sup> 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.

## II. MARCO NORMATIVO DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

73. La obligación reforzada del Estado en sus distintos ámbitos, frente al resguardo de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y, consecuentemente, frente a la prevalencia del interés superior del menor, ha sido criterio reiterado de este Alto Tribunal. La protección especial y reforzada que exigen los derechos de los menores de edad, radica en que se ha reconocido que la afectación a los derechos de un menor tiene impacto en su desarrollo integral, por lo que su restitución es de máxima importancia.

<sup>46</sup> "Utilización de hijos e hijas en el conflicto parental y la violación de derechos del supuesto síndrome de alienación parental"; Analía Castañer, Margarita Griesbach Guizar y Luis Alberto Muñoz López. Obra editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia, A.C. Noviembre 2014.

<sup>47</sup> **Síndrome.** Conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o un estado determinado.

Real Academia Española. (2001). Diccionario de la lengua española (22.a ed.). Consultado en <http://www.rae.es/rae.html>

74. En este tenor, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el alcance del interés superior del menor, como principio<sup>48</sup> y como pauta interpretativa.<sup>49</sup>
75. En el mismo sentido, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>50</sup> refiere la necesidad de una “protección y cuidado especial”. Sobre el particular, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, en interpretación del contenido de la Convención, en su Observación General No. 5, estableció la necesidad de actuar conforme a un enfoque basado en los derechos de los menores a partir de cuatro principios generales: interés superior del menor, no discriminación, derecho a opinar en todos los asuntos que le afectan y a que sus opiniones sean tomadas en consideración y el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.
76. De conformidad con ese marco de obligaciones constitucionales y convencionales del Estado Mexicano, en torno a la protección reforzada que exige el ejercicio de los derechos de los menores de edad acorde con su interés superior, se impone destacar los siguientes:
- A. Derecho de los menores a ser protegidos contra toda forma de violencia**
77. Este derecho fundamental encuentra clara exigencia en el artículo 4º de la Constitución General de la República que reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a un sano desarrollo integral, así como en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el derecho de éstos a ser protegidos contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo, y obliga a los Estados parte a adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para garantizar ese derecho, tales como 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 para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.
78. En la legislación secundaria mexicana, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en su numeral 13, fracciones VII y VIII, reconoce el derecho de los menores a un sano desarrollo integral, a una vida libre de violencia, y a que se proteja su integridad personal, asimismo, obliga a todas las autoridades, en el ámbito de su competencia, a tomar las medidas necesarias para prevenir, atender y sancionar los casos en que niñas, niños o adolescentes se vean afectados, entre otras conductas, por descuido, negligencia, abandono o abuso físico, psicológico o sexual (artículos 46 y 47).
79. La misma ley antes referida, en su artículo 103, fracciones V y VII, obliga a quienes ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia, así como a quienes por razón de sus funciones o actividades tengan bajo su cuidado a menores, a asegurar a éstos un entorno afectivo, comprensivo y sin violencia, para el pleno, armonioso y libre desarrollo de su personalidad, a protegerlos contra toda forma de violencia, maltrato, perjuicio, daño, agresión y abuso, y a abstenerse de cualquier atentado contra su integridad física y psicológica, o de realizar actos que menoscaben su desarrollo integral, destacando que, el ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de menores, no pueden ser justificación para incumplir esta última obligación.

<sup>48</sup> Tesis 1a. CXXII/2012 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, junio de 2012, Libro IX, Tomo 1, página 260, registro 2000988, de rubro: **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR.”**

Tesis 1a. XLVII/2011, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, abril de 2011, Tomo XXIII, página 310, registro 162354, de rubro: **“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL.”**

Tesis 1a./J. 18/2014 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, marzo de 2014, Libro 4, Tomo I, página 406, de rubro: **“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.”**

Tesis P./J. 13/2011, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, agosto de 2011, Tomo XXXIV, página: 872, de rubro: **“INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRATÁNDOSE DE LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.”**

Tesis 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, diciembre de 2015, Libro 25, Tomo I, página 256, registro 2010602, de rubro: **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. DIMENSIONES EN QUE SE PROYECTA LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO.”**

<sup>49</sup> Tesis 1a. CXXIII/2012 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, junio de 2012, Libro IX, Tomo 1, página 259, registro 2000987, de rubro y texto: **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS.”**

Tesis 1a. CXXI/2012 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, junio de 2012, Libro IX, Tomo 1, página 261, registro 2000989, de rubro: **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS.”**

Tesis 1a. LXXXIII/2015 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, febrero de 2015, Libro 15, Tomo II, página 1397, registro 2008546, de rubro: **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.”**

<sup>50</sup> Ratificada por el Estado Mexicano el 21 de septiembre de 1990.

80. Los malos tratos en el seno familiar, evidentemente, pueden adoptar diversas formas: maltrato físico, psicológico, desatención, negligencia, maltratos verbales o una combinación de éstos.
81. El Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, órgano encargado, entre otras cosas, de orientar la interpretación, para efectos de su cumplimiento, de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con los derechos protegidos en el artículo 19 de ese instrumento, en el año dos mil seis emitió la Observación General Número 8, en la que se pronunció sobre los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes contra los menores; y en el año dos mil once, pronunció la diversa Observación General Número 13, en relación con el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.
82. En la Observación General Número 8, dicho Comité definió al castigo corporal o físico, como *“todo castigo en el que se utilice la fuerza física y tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve”*<sup>51</sup> Y en la Observación General 13, señaló que la definición de violencia establecida en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al señalar *“toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”*, abarca todas esas formas de daño a los niños, y que, los otros términos utilizados para describir tipos de daño como lesiones, abuso, descuido o trato negligente, malos tratos y explotación, son igualmente válidos, asimismo, *que en dicha definición se encuentran incluidas las formas no físicas y/o no intencionales de daño, como el descuido y los malos tratos psicológicos*<sup>52</sup>.
83. Premisa fundamental de la prohibición de cualquier tipo de violencia contra un menor de edad, es que cualquier acto de esa naturaleza es un atentado contra su dignidad humana.

**B. El derecho de los menores a ser considerados como sujetos de derecho con autonomía progresiva**

84. Este derecho implica un cambio de paradigma en la protección de los derechos de los niños; constituye el pilar axiológico que estructura la actual regulación de los derechos de niñas, niños y adolescentes, y parte del reconocimiento de la condición de sujeto de derecho a todas las personas menores de edad.
85. La Convención sobre los Derechos del Niño se basa en la premisa ontológica de que las personas menores de edad son sujetos en desarrollo, titulares de derechos que requieren para su pleno ejercicio una protección especial y en este sentido, se refuerza el reconocimiento de la dignidad humana fundamental de la infancia.<sup>53</sup>
86. Dicho instrumento otorga un estatus jurídico a los menores que deja atrás la dicotomía capacidad-incapacidad; se reconoce a los niños como personas en desarrollo que no deben ser tratadas como un mero objeto de tutela, tampoco como un adulto. Así, cuando se vulnera de alguna forma la autonomía personal de los menores, se atropella su condición de sujeto de derecho; se les cosifica, transformando sus derechos en necesidades.<sup>54</sup>
87. La consideración del niño como sujeto de derechos no sólo supera la concepción de estos como “deberes de la familia”, en particular de los adultos y también de las instituciones asistenciales, sino que impone la idea de que el niño es titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar. En este sentido, entonces, un aspecto trascendental en la regulación de los derechos de los niños es *el reconocimiento de su autonomía*.<sup>55</sup>
88. La satisfacción de su autonomía como sujetos de derechos, entendida tanto como “libertad del agente”, como autonomía crítica, se consigue mediante la extensión al niño de ciertas libertades. Sobre el ejercicio de estas, la Convención, por un lado, reitera la protección que necesitan los niños en razón de su inmadurez, pues se refiere el papel de guía de los adultos en el ejercicio de estos derechos y por el otro, se reconoce el desarrollo infantil y adolescente.

<sup>51</sup> Observación General N°8 (2006), el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, párrafo número 11.

<sup>52</sup> Esta Observación General 13, en sus puntos 19 a 31, hace referencia a las diversas formas de violencia que pueden sufrir los niños.

<sup>53</sup> Manual para la Defensa Jurídica de los Derechos Humanos de la Infancia, consulta 20/05/16 Consultable en [http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Manual\\_Defensa\\_derechos.pdf](http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Manual_Defensa_derechos.pdf)

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> *Ibidem*, pág. 58.

89. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, a partir del entendimiento de éste como sujeto de derecho, establece un conjunto de previsiones que tienen por objeto asegurar que los menores de edad puedan efectivamente ejercer sus derechos, fundamentadas en una doctrina de protección integral que los reconoce como sujetos con la capacidad de involucrarse en los asuntos que los conciernen, esto, conforme a su etapa evolutiva, sus capacidades, conocimientos, experiencias, madurez física y emocional, etcétera. En este contexto, se reconoce la autonomía progresiva como un principio rector fundamental del status de sujeto de derecho del niño, niña o adolescente.
90. De manera que, a partir de esta nueva concepción de los menores de edad como sujetos con *autonomía progresiva*, se redefine la forma en que se relacionan con su familia, su comunidad, con la sociedad y con el Estado; se parte de la premisa fundamental de que son personas independientes que se encuentran en un desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica.<sup>56</sup>
91. Por tanto, el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, también descansa en esa concepción. Y la obligación del Estado al respecto es procurar una protección especial que garantice que este ejercicio sea siempre en su interés.

**C. El derecho de los menores a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que les afectan y a que la misma sea tomada en cuenta**

92. Este derecho se encuentra naturalmente vinculado con el antes referido.
93. En el análisis de la condición del niño como sujeto de derecho cabe distinguir los llamados derechos de prestación, a los que corresponden derechos positivos a cargo de terceros y los derechos de protección, cuyo contenido se determina, aunque no exclusivamente, por deberes negativos. Los segundos, precisamente a partir del desarrollo de la autonomía de los niños, reconocen el disfrute de algunas esferas de libertad (expresión, pensamiento, conciencia y religión, asociación, vida privada) que tradicionalmente se consideraban exclusivas de los adultos.<sup>57</sup>
94. El derecho enunciado está protegido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuya interpretación, la Observación General No. 5 del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, hace especial hincapié en que los niños, como sujetos de derecho, en consonancia con su etapa de crecimiento, *tienen derecho a expresar su opinión*, particularmente en los asuntos que los afectan, y los Estados tienen la obligación *de tener debidamente en cuenta esas opiniones*.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Op. cit. supra*, nota 7.

<sup>57</sup> *Ibidem*. pág. 58

<sup>58</sup> Décima Época. Registro: 2009009. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional, Civil. Tesis: 1a./J. 13/2015 (10a.). Página: 382. Rubro y texto: "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL DERECHO DE LOS MENORES A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA NO PUEDE ESTAR PREDETERMINADO POR UNA REGLA FIJA EN RAZÓN DE SU EDAD. De conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los menores de edad tienen derecho de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que los afectan. Ahora bien, su participación en un procedimiento jurisdiccional no puede estar predeterminada por una regla fija en razón de su edad, ni aun cuando esté prevista en ley. Atendiendo al principio de autonomía progresiva, la edad biológica no guarda necesaria correlación con la madurez y la posibilidad de formarse un juicio o criterio propio. De ahí que no puede partirse de parámetros cronológicos específicos para establecer una generalización de cuándo los menores de edad deben participar en procedimientos jurisdiccionales, pues es el juzgador quien deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño o niña, así como su interés superior, para acordar su intervención, siempre con una actitud orientada a favorecer la eficacia de su derecho de participación".

Décima Época. Registro: 2009010. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional, Civil. Tesis: 1a./J. 12/2015 (10a.). Página: 383. Rubro y texto: "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA INVOLUCRA UNA VALORACIÓN DE PARTE DEL JUEZ. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho de los menores de edad a participar efectivamente en los procedimientos jurisdiccionales que los afectan y a dar su opinión de tal modo que pueda tener influencia en el contexto de la toma de decisión judicial que resuelva sobre su vida y sus derechos. Sin embargo, su participación no constituye una regla irrestricta, pues asumir tal rigidez implicaría dejar de lado las condiciones específicas que rodean a los niños en casos particulares, lo que podría ir en detrimento de su interés superior. En este sentido, tanto al evaluar de oficio la participación de los menores de edad como al analizar la conveniencia de la admisión de su declaración o testimonio ofertada por las partes, el juez debe evitar la práctica desmedida o desconsiderada del derecho, lo que podría acontecer si sus derechos no forman parte de la litis del asunto, si el menor ha manifestado su deseo de no intervenir o hacerlo a través de sus representantes, si se pretende entrevistarlos más veces de las necesarias, o si de cualquier manera pudiera ponerse en riesgo su integridad física o psíquica. Ahora bien, esta sujeción a valoración judicial de la participación de los menores de edad en los procedimientos jurisdiccionales no debe ser jamás leída como una barrera de entrada, sino como el mecanismo que da cauce a su derecho. La premisa para el juzgador debe ser procurar el mayor acceso del niño, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Por ende, la excepción debe estar debidamente fundada y motivada, previendo que dicha decisión puede ser impugnada y remitida a un nuevo examen jurídico por los tribunales de alzada y los jueces de amparo".

95. A partir del reconocimiento de la autonomía progresiva de los menores de edad, cobra particular relevancia el derecho de éstos a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que les afecte, así como la correlativa obligación de los Estados de tomar en cuenta esas opiniones. Especialmente durante el desarrollo de los procedimientos que involucran decisiones atinentes al ejercicio de la patria potestad, a la guarda y custodia y al derecho de convivencia, pues en estos casos, la opinión de los niños se vuelve elemento indispensable para asegurar la plena protección de sus derechos, en particular, el de acceso a la justicia.<sup>59</sup>
96. También debe decirse que este derecho “procedimental” a que los niños sean escuchados y a que su opinión sea tomada en cuenta, tiene una naturaleza especial en virtud de su relación con el principio de igualdad y el del interés superior del menor. Lo anterior, porque su contenido pretende otorgar a los menores una protección para que su actuación en los procedimientos jurisdiccionales que les afecten transcurra sin desventajas inherentes a su condición especial.<sup>60</sup>
97. Entonces, en el ejercicio del derecho de los niños de expresar su opinión, a la luz del principio de su interés superior, el Estado debe asegurar que el reconocimiento de este derecho sea funcional para él; es decir, se exige una protección especial que garantice que la tutela del derecho a favor del niño sea en su mejor interés.
98. Resulta así que los llamados “nuevos” derechos o derechos de libertad de los niños exigen el reconocimiento, por un lado, desde la perspectiva de la igualdad, de los niños como sujetos de derecho con autonomía progresiva para tomar decisiones y, por el otro, la salvaguarda del interés superior de estos.
99. Es decir, tal reconocimiento de su derecho a opinar se basa en la premisa de que el niño, en función de su edad y madurez, puede formarse su propio juicio, es decir, pone en evidencia que el niño tiene derechos que ejercen una influencia en su vida, que no son sólo los derechos derivados de su vulnerabilidad o de su dependencia respecto de los adultos.<sup>61</sup> En consecuencia, para asegurar su ejercicio efectivo es fundamental que se reconozca que los niños, a través de la expresión de su opinión, pueden tomar decisiones; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.<sup>62</sup>
100. Sobre la participación de los menores en los procedimientos judiciales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido ciertos lineamientos a seguir en estas situaciones y, en este contexto, se recalca que los niños ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan su autonomía personal, de manera que hay una gran variedad en el grado del desarrollo físico e intelectual, y en la experiencia e información de cada niño, lo que se ha de tomar en cuenta al escuchar sus opiniones.<sup>63</sup>
101. Ahora bien, el derecho en referencia, como se ha venido señalando, no entraña sólo que el menor sea escuchado, sino que también exige tener debidamente en cuenta sus opiniones. En interpretación de lo que se ha de entender como “tener debidamente en cuenta” se ha resuelto que para considerar la opinión de los niños *se tiene que evaluar su capacidad, así como su edad y madurez*; además cobra particular relevancia la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo, *por lo que el análisis de la opinión es distinto en cada caso*.<sup>64</sup>
102. Debe destacarse entonces que, la escucha del menor de edad en los procesos jurisdiccionales no tiene como consecuencia, en todos los casos e indefectiblemente, que el juzgador emita su determinación judicial conforme a la opinión de aquél; puesto que, evidentemente, la decisión del Juez respecto de la cuestión jurídica de que se trate, necesariamente tendrá que derivar del

<sup>59</sup> Observación General nº 12 (2009) de la Convención sobre los derechos del niño.

<sup>60</sup> Décima Época. Registro: 2003023. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. LXXVIII/2013 (10a.). Página: 886. Rubro y Texto: **DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. REGULACIÓN, CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA.** El derecho referido está regulado expresamente en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño e implícitamente en el numeral 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y comprende dos elementos: i) que los niños sean escuchados; y ii) que sus opiniones sean tomadas en cuenta, en función de su edad y madurez. Ahora bien, la naturaleza jurídica de este derecho representa un caso especial dentro de los llamados “derechos instrumentales” o “procedimentales”, especialidad que deriva de su relación con el principio de igualdad y con el interés superior de la infancia, de modo que su contenido busca brindar a los menores de edad una protección adicional que permita que su actuación dentro de procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar sus intereses, transcurra sin las desventajas inherentes a su condición especial. Consecuentemente, el derecho antes descrito constituye una formalidad esencial del procedimiento a su favor, cuya tutela debe observarse siempre y en todo tipo de procedimiento que pueda afectar sus intereses, atendiendo, para ello, a los lineamientos desarrollados por este alto tribunal”.

<sup>61</sup> Observación General... *cit.* párr. 18.

<sup>62</sup> Observación General... *cit.* párr. 21.

<sup>63</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo vs. Chile*, párrafo 68.

<sup>64</sup> Observación General... *cit.* párr. 29.

análisis del caso, conforme a sus circunstancias, y sobre todo, tratándose de derechos de menores de edad, *ponderando el interés superior de éstos*, que puede no coincidir con la opinión que expresaron en el procedimiento conforme a su derecho a ser escuchados, siendo lo relevante para tener por respetado ese derecho, que sus manifestaciones realmente se ponderen en la solución adoptada por la autoridad<sup>65</sup>.

#### **D. El derecho de los menores a vivir en familia y a mantener relaciones con sus progenitores**

103. La Convención sobre los Derechos del Niño, en su preámbulo, reconoce que la familia es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, por lo que esta institución debe recibir la protección y asistencia necesaria para que sus miembros asuman sus responsabilidades.
104. En su artículo 8, dicha Convención prevé el derecho del niño a preservar su identidad sin injerencias ilícitas, incluidas sus relaciones familiares, de conformidad con la ley. Asimismo, en su artículo 9, ese instrumento establece la obligación de los Estados de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando las autoridades competentes determinen que en términos de la ley, la separación sea necesaria en el interés superior del menor. Se precisa que en caso de separación del niño de uno o ambos padres, se respetará su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres, salvo que se considere perjudicial para su interés superior.
105. En este mismo sentido, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé el derecho del menor de vivir con su familia y la obligación estatal de establecer las medidas de protección necesarias para ese efecto.
106. El artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también establece el reconocimiento de la preservación de la familia, al imponer al Estado el deber de proteger su organización y desarrollo.
107. En la misma línea, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes prevé como regla general la imposibilidad de separar a los niños de las personas que ejerzan su patria potestad, de sus tutores o de aquellos que los tengan bajo su cuidado, salvo orden de autoridad competente, en cumplimiento del interés superior del menor y de conformidad con las causas establecidas en ley. Se prevé la obligación de todas las autoridades del Estado de establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de los niños de su familia.<sup>66</sup>
108. Así, es ineludible la obligación del Estado de proteger al núcleo familiar como el principal medio de cuidado y protección de los menores, bajo la consideración esencial de que éste es el espacio fundamental para su desarrollo integral.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Incluso, la Primera Sala de esta Suprema Corte, ha sostenido el siguiente criterio: "**PATRIA POTESTAD. LA ACREDITACIÓN DE ALGUNA CAUSAL PARA SU PÉRDIDA NO PUEDE SER INFERIDA A PARTIR DE LA OPINIÓN DE QUIENES ESTÁN INVOLUCRADOS, INCLUSO SI SE TRATA DE MENORES DE EDAD.** Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el derecho de los menores de edad de participar en los asuntos que afecten su esfera jurídica, constituye una formalidad esencial a su favor, cuya tutela debe observarse en los procedimientos que puedan afectar sus intereses. Sin embargo, cuando en un asunto se alegue una posible pérdida de la patria potestad pero la causal respectiva no logre acreditarse, lo cierto es que tal determinación no puede estar sujeta a la opinión de los menores involucrados, pues ello implicaría aceptar que la pérdida de la patria potestad es una situación que se puede actualizar en razón de lo que opinen las personas involucradas y no en virtud de los hechos que presenta el caso, toda vez que la causal respectiva requiere ser probada de forma fehaciente y no ser inferida a partir de la opinión de quienes están involucrados, incluso si se trata de menores de edad". Datos de localización: Época: Décima Época; Registro: 2006535; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I; Materia(s): Civil; Tesis: 1a. CCXIII/2014 (10a.); Página: 550.

<sup>66</sup> Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes:

**"Artículo 22.** Niñas, niños y adolescentes tienen 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 para la pérdida de la patria potestad.

Niñas, niños y adolescentes no podrán ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores y, en términos de las disposiciones aplicables, de las personas que los tengan bajo su guarda y custodia, salvo que medie orden de autoridad competente, en la que se determine la procedencia de la separación, en cumplimiento a la preservación del interés superior de la niñez, de conformidad con las causas previstas en las leyes y mediante el debido proceso en el que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas. En todos los casos, se tendrá en cuenta la opinión de niñas, niños y adolescentes conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

Los casos en que las personas que ejerzan la patria potestad, por extrema pobreza o por necesidad de ganarse el sustento lejos del lugar de residencia, tengan dificultades para atender a niñas, niños y adolescentes de manera permanente, no serán considerados como supuestos de exposición o estado de abandono, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, libres de violencia y provean su subsistencia. Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a establecer políticas de fortalecimiento familiar para evitar la separación de niñas, niños y adolescentes de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda y custodia".

<sup>67</sup> Décima Época. Registro: 2009862. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta de. Semanario Judicial de la Federación. Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCLVII/2015 (10a.). Página: 303. Rubro y texto: "**DERECHO DEL NIÑO A LA FAMILIA. SU CONTENIDO Y ALCANCES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.** Según lo dispuesto en los artículos 17.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños tienen el

109. La separación de un menor de edad de su familia, como se observa de la normatividad referida, es una limitación a este derecho y, en consecuencia, debe ser excepcional, sólo para el caso de que su interés superior pueda verse afectado por las conductas de los padres o ascendientes, de manera que, en estas situaciones, precisamente para salvaguardar los derechos de los niños, el Estado, y concretamente el legislador, puede prever medidas de separación como la pérdida o suspensión de la patria potestad, privación de la guarda y custodia y de la convivencia, si con ello se evita la vulneración de sus derechos.
110. Entonces, es dable concluir que la separación de los niños de sus padres, *per se*, no es inconstitucional, pero sí es excepcional y debe atender exclusivamente al interés superior del menor.
111. A partir de la concepción de que el menor tiene derecho a ser cuidado y educado en el seno familiar, es que este Alto Tribunal ha redefinido el concepto tradicional de la institución de la patria potestad, para resaltar que ésta no constituye un derecho de los padres, sino propiamente una función de éstos en beneficio de los hijos, con el objeto de protegerlos, de manera que en su ejercicio debe prevalecer siempre el interés superior del menor.<sup>68</sup>
112. En torno al particular, el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que ambos padres tienen obligaciones comunes y a ambos incumbe la responsabilidad en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño.
113. El ejercicio de la patria potestad tiene carácter de función tutelar; comprende un conjunto de deberes, personales y patrimoniales, encaminados al bienestar de los menores. En este sentido es que la privación de la patria potestad (o su suspensión), solo se justifica en aquellos casos de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, lo anterior siempre, atendiendo a los intereses de los niños.<sup>69</sup>

---

derecho a vivir con su familia, principalmente su familia biológica, por lo que las medidas de protección dispensadas por el Estado deben priorizar el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y cuidado del niño o niña. Si bien no queda duda de que el Estado mexicano se halla obligado a favorecer, de la manera más amplia posible, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar como medida de protección al niño, esta obligación implica también que, cuando la familia inmediata no puede cuidar al menor y lo haya puesto en situación de desamparo, se busque dentro de la comunidad un entorno familiar para él. En este sentido, el derecho del niño a la familia no se agota en el mandato de preservación de los vínculos familiares y la interdicción de injerencias arbitrarias o ilegítimas en la vida familiar, sino que conlleva la obligación para el Estado de garantizar a los menores en situación de abandono su acogimiento alternativo en un nuevo medio familiar que posibilite su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Lo anterior se refuerza ante las numerosas evidencias sobre los impactos negativos que el internamiento de niños y niñas en instituciones residenciales tienen sobre ellos. De ahí que encuentre plena justificación el carácter expedito del procedimiento especial previsto en el artículo 430 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal para los menores acogidos por instituciones públicas o privadas de asistencia social, cuya finalidad es precisamente la reintegración del niño o niña a una estructura familiar tan pronto como ello sea posible, tomando en consideración su interés superior”.

<sup>68</sup> Décima Época. Registro: 2009451. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro 19, Junio 2015, Tomo 1. Materia(s): civil; Tesis: **1a./J. 42/2015 (10a.)**; Página: 563. Rubro y Texto: **“PATRIA POTESTAD. SU CONFIGURACIÓN COMO UNA INSTITUCIÓN ESTABLECIDA EN BENEFICIO DE LOS HIJOS.** La configuración actual de las relaciones paterno-filiales ha sido fruto de una importante evolución jurídica. Con la inclusión en nuestra Constitución del interés superior del menor, los órganos judiciales deben abandonar la vieja concepción de la patria potestad como poder omnímodo del padre sobre los hijos. Hoy en día, la patria potestad no se configura como un derecho del padre, sino como una función que se le encomienda a los padres en beneficio de los hijos y que está dirigida a la protección, educación y formación integral de estos últimos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial, acentuándose asimismo la vigilancia de los poderes públicos en el ejercicio de dicha institución en consideración prioritaria del interés del menor. Es por ello que abordar en nuestros días el estudio jurídico de las relaciones paterno-filiales y en particular de la patria potestad, requiere que los órganos jurisdiccionales partan de dos ideas fundamentales, como son la protección del hijo menor y su plena subjetividad jurídica. En efecto, por un lado, el menor de edad está necesitado de especial protección habida cuenta el estado de desarrollo y formación en el que se encuentra inmerso durante esta etapa vital. La protección integral del menor constituye un mandato constitucional que se impone a los padres y a los poderes públicos. Al mismo tiempo, no es posible dejar de considerar que el menor es persona y, como tal, titular de derechos, estando dotado además de una capacidad progresiva para ejercerlos en función de su nivel de madurez”.

<sup>69</sup> Décima Época. Registro: 2002814. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. LXIV/2013 (10a.). Página: 823. Rubro y Texto: **“INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE LA PATRIA POTESTAD.** La decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad -y, por extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte- debe valorar el beneficio del menor como interés prevalente. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la aplicación de este principio rector debe estar sometida a las siguientes consideraciones fundamentales: En primer término, el contenido de la patria potestad comprende un conjunto de facultades y deberes, de ámbito personal y patrimonial, enunciados legalmente en abstracto pero cuya adecuada aplicación exige su ejercicio siempre de acuerdo con la personalidad de los hijos. En segundo lugar, el principio del interés superior del menor se consagra como criterio fundamental orientador de la actuación judicial en los procedimientos que afectan a los menores, por lo que las estipulaciones y pactos convenidos entre los progenitores no serán oponibles si resultan lesivos para los hijos. Por último, debe considerarse que la patria potestad tiene hoy un indudable carácter de función tutelar, establecida en beneficio de los hijos y, por ello, cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la integridad o formación del menor, cabe privar o suspender a aquéllos del ejercicio de la patria potestad de conformidad con el interés superior del menor y atendiendo a lo que establezcan las leyes en la materia”.

114. En la misma línea, la guarda y custodia de un menor y el régimen de visitas y convivencias, son instituciones jurídicas tendentes a salvaguardar el deber de los progenitores de participar activamente en la crianza de los hijos; ante conflictos que hacen imposible la convivencia entre los padres, estos mecanismos tienen por objeto garantizar el derecho de los menores a vivir en familia a través de la convivencia con ambos padres.<sup>70</sup>
115. Así, para que sea constitucional la privación (por suspensión o pérdida) de la patria potestad, con la consecuente suspensión o pérdida de la guarda y custodia y, en su caso, la privación del régimen de visitas y convivencia, éstas medidas tienen que partir de la plena observancia del interés superior del menor, es decir, actualizarse con el único objeto de salvaguardar los derechos de los hijos, no de los padres.
116. De lo expuesto en este capítulo, este Tribunal Pleno advierte que efectivamente los derechos de los menores antes referidos, tienen una clara incidencia en la regulación de la conducta denominada de alienación parental, recogida en las normas cuestionadas.
117. Ello, porque como se verá más adelante en este estudio, el artículo 336 Bis B impugnado, tiene como finalidad regular una conducta específica de violencia familiar que atenta contra la integridad psicoemocional de los menores de edad; y el artículo 429 Bis A también controvertido, recoge un supuesto de suspensión o pérdida de la patria potestad por la realización de conductas de alienación parental, que afectan también la integridad psíquica y emocional de los menores; esto, conforme a la obligación del Estado de protegerlos *contra toda forma de violencia*, y de proteger su sano desarrollo integral.
118. Por otra parte, el precepto 336 Bis B, describe la conducta de alienación parental como una hipótesis legal de violencia familiar, a partir de la existencia en la víctima menor de edad, de una condición psíquica de *“transformación de conciencia”*; la cual se impone contraponer *con el derecho de autonomía progresiva* que reconoce en el menor de edad a un sujeto de derecho en desarrollo progresivo de su personalidad e independencia, en todos los ámbitos de su existencia, acorde a los factores ya enunciados.
119. Derivado de ese mismo elemento de la norma -la descripción del supuesto de violencia familiar con base en un resultado de *“conciencia transformada”*-; se exige también ponderar si el precepto 336 Bis B, atiende o hace nugatorio *el derecho de los menores de edad a ser escuchados en los procedimientos jurisdiccionales que les conciernen y a que su opinión sea tomada en cuenta* pues, *prima facie*, se postula como incompatible la consideración de la existencia del resultado de alienación a través de una conciencia transformada, con la debida escucha y consideración en el proceso, de la opinión del menor de edad que se considera *“alienado”*.
120. En diverso aspecto, en tanto que el dispositivo 429 Bis A, en relación con el 459, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca cuestionados prevén como consecuencia de la actualización de la conducta de alienación parental, la suspensión o pérdida de la patria potestad, es claro que en tal caso está directamente en juego la observancia del derecho del menor *a vivir con su familia* y en particular, en el contexto de separación de los padres, *a mantener relaciones de convivencia con ambos*.
121. En esa circunstancia, no hay duda de que se impone dilucidar si las normas controvertidas protegen o vulneran esos derechos.
122. Hecha una aproximación al fenómeno de alienación parental y establecido el marco de derechos fundamentales de los menores que funge como parámetro de análisis, enseguida se emprende el estudio del *primer apartado* de los conceptos de invalidez propuestos por la accionante, en el orden ya precisado.

---

<sup>70</sup> Décima Época. Registro: 2004703. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2. Materia(s): Constitucional, Civil. Tesis: 1a. CCCVI/2013 (10a.). Página: 1051. Rubro y Texto: **“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”.

**III. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 336 BIS B, PÁRRAFO TERCERO, EN RELACIÓN CON EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 429 BIS A (DESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA)**

- 123. En cuanto a la impugnación de esos preceptos, en primer término, resulta pertinente hacer la siguiente precisión.
- 124. Este Tribunal Pleno advierte que dichos artículos hacen referencia a la conducta allí denominada “*alienación parental*”; el primero, la recoge como una hipótesis específica de violencia familiar; el segundo, la prevé como una conducta que da lugar a la suspensión o a la pérdida de la patria potestad. La descripción que se hace de ella en cada una de esas normas, es la siguiente:

| <p><b>TÍTULO SEXTO</b><br/>                     Del parentesco, de los alimentos<br/>                     y de la violencia familiar<br/> <b>Capítulo III</b><br/>                     De la violencia familiar</p>  | <p><b>TÍTULO OCTAVO</b><br/>                     De la Patria Potestad<br/> <b>Capítulo I</b><br/>                     De los efectos de la patria potestad respecto de<br/>                     la persona de los hijos</p>   |
|--|--|
| <p><b>Artículo 336 Bis B.- (...)</b></p> <p><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.</b></p> | <p><b>Artículo 429 Bis A.-</b> Quien tenga el cuidado y custodia de los hijos debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad; en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de <b>alienación parental</b>, encaminado a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor. Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio.</p> <p><b>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.</b></p> |

- 125. La defensoría accionante plantea sus conceptos de invalidez en relación con estas porciones normativas partiendo de la base de que la descripción de la conducta que se hace en el artículo 336 Bis B, párrafo tercero, **se complementa** con la descripción de la conducta que se hace en el diverso 429 Bis A, segundo párrafo, en tanto ambas se refieren a *la alienación parental*; es decir, entiende que ambas normas constituyen *la definición inescindible del supuesto de violencia familiar*; ello se advierte así, dado que las impugna de manera conjunta y endereza argumentos generales en relación con ambas.
- 126. Ahora bien, este Pleno observa que el legislador de Oaxaca definió el concepto de AP:
  - Desde en un ángulo positivo, en el capítulo III, del Título Sexto del ordenamiento civil local, dónde entiende por AP aquel tipo específico de *violencia familiar* por medio del cual un integrante de la familia transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores; y
  - Desde un ángulo negativo (prohibitivo), en el Capítulo I, del Título Octavo del mismo ordenamiento civil local, donde se refirió a la AP como una causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, aludiendo a ella como aquel *acto que deberá evitarse* cuando se ejerza el *cuidado y custodia de los hijos* por parte de sus padres; definiéndola aquí como 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.
- 127. Es decir, al configurar el supuesto específico de violencia familiar, en el que se reconoce como posible sujeto activo de la conducta de alienación parental, **a cualquier integrante de la familia** (336 Bis B), el legislador la describió únicamente a partir de señalar como actos imputables a dicho sujeto activo de la violencia, aquellos *dirigidos a transformar la conciencia* del menor de edad; esto, en tanto señaló como resultado de la conducta: que la conciencia del menor haya sido transformada; y como finalidad: impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

128. Por otra parte, al configurar dicha conducta como causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, el legislador hizo una descripción del contenido de la alienación parental, estrictamente dirigido **a los progenitores** como sujetos activos de la misma, considerándola como la *manipulación o inducción* que un progenitor realiza hacia su hijo, mediante *la desaprobación o crítica*; con la finalidad de producir en el menor *rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor*.
129. En ese sentido, si bien en principio pudiere pensarse como posible una intelección de dichas normas conforme a un método interpretativo sistemático a efecto de entender que entre ellas existe complementariedad, por referirse las dos a “alienación parental”; lo cierto es que considerar que ambos preceptos conforman una única definición *de la alienación parental*, tanto para actualizar el supuesto específico de violencia familiar, como para configurar la causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, ello sólo podría operar estrictamente cuando el sujeto activo de la conducta en ambos supuestos es uno de los progenitores, *pero no cuando se trata de un miembro distinto de la familia*, pues es evidente que la conducta descrita en el artículo 429 Bis A, no se refiere a cualquier integrante de la familia (sujeto activo en la hipótesis del 336 Bis B), sino solamente a los progenitores; lo que torna cuestionable su entendimiento como definiciones legales complementarias.
130. Aunado a lo anterior, como quedará clarificado en el estudio subsecuente de esta resolución, hay una distinción sustancial entre el *resultado* exigido en el menor de edad como consecuencia de la conducta de alienación parental en una y otra norma; diferencia que contribuye a considerar que ambas definiciones *no* son del todo compatibles. Ello, pues mientras el artículo 336 Bis B, prevé un resultado de *conciencia transformada* en el menor, el artículo 429 Bis A, sólo refiere como resultado en el niño la presencia de sentimientos de *rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor* que, como se verá, no implican necesariamente una “transformación de su conciencia”.
131. Por las razones anteriores, a juicio de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la regularidad constitucional de las normas aludidas debe examinarse **de manera independiente**.
132. No obstante, ello se hará entendiendo que los argumentos de la accionante, en cuanto hace imputaciones de invalidez a dichas normas, *refiriéndose de manera general a la conducta de alienación parental*, en lo que resulte conducente, están dirigidos a cuestionar ambos preceptos.
133. Este Tribunal Pleno arriba a la conclusión de que **el artículo 336 Bis B, párrafo tercero, es inconstitucional; mientras que el artículo 429 Bis A, párrafo segundo, se ajusta a la Ley Fundamental**.
134. Para justificar la decisión anunciada, como se anticipó: **a)** Se dará respuesta en primer término a los argumentos que constituyen una impugnación general a la regulación de la conducta de AP y que se entienden encaminados a cuestionar ambos preceptos; **b)** Se analizarán los relativos a la regularidad constitucional de la configuración del supuesto de violencia familiar por AP contenido en el artículo 336 Bis B, párrafo tercero; y **c)** Se examinarán los motivos de inconformidad sobre la constitucionalidad de la definición de AP como causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, regulada en el párrafo segundo del artículo 429 Bis A.

**A. Regulación de la conducta de alienación parental en los artículos 336 Bis B, párrafo tercero y 429 Bis A, párrafo segundo**

135. En primer orden, se estima conveniente reiterar el contenido normativo de esos preceptos:

**"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".

136. Como se observa, el legislador de Oaxaca, en el artículo 336 Bis B, párrafo tercero transcrito, estableció **un supuesto de violencia familiar específico** en contra de un menor de edad, y lo hizo consistir en conductas que realice cualquier integrante de su familia (como sujeto activo), que tengan como resultado la transformación de la conciencia del menor (la víctima, sujeto pasivo), con la finalidad de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.
137. Nótese que el legislador en esta norma, no reguló el supuesto de violencia familiar por actos de alienación parental a partir de precisar expresamente las conductas que se considerarán susceptibles de generar en el menor ese resultado de “transformación de conciencia” que impida, obstaculice o destruya su relación con uno de sus padres, pues *no* hizo descripción alguna de la conducta del sujeto activo de la violencia.
138. No obstante, teniendo en cuenta que se trata de una norma que regula una hipótesis específica de violencia familiar, para su entendimiento se estima útil acudir al contenido integral del propio artículo 336 Bis B.
139. En el primer párrafo de ese precepto se considera como “violencia familiar” *a todo acto u omisión intencional*, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir de manera física, verbal, *psicológica*, patrimonial, económica, o sexualmente, que se ejerza en contra de cualquier miembro de la familia por otro integrante de la misma; ya sea que se realice dentro o fuera del domicilio familiar y que tiene por efecto causar un daño. Los tipos de violencia familiar son: física, *psicoemocional*, sexual, económica, patrimonial, contra los derechos sexuales y reproductivos, y cualquier otra análoga.
140. La *violencia psicoemocional* la constituye *todo acto u omisión* consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos, amenazas, humillaciones, celotipia, actitudes devaluatorias, de abandono, comparaciones destructivas, que provoquen en quien las recibe, depresión, menoscabo, detrimento, disminución, afectación o alteración, autocognitiva y autovalorativa que integran su autoestima o en alguna esfera o área de su estructura psíquica.
141. Atento a la descripción del supuesto general de violencia familiar, y a las características específicas de la violencia de tipo psicoemocional que recoge el Código Civil referido, es dable estimar que el precepto 336 Bis B, en la parte que aquí se impugna, al considerar violencia familiar conductas de “alienación parental” que den como resultado *la transformación de la conciencia del menor*, necesariamente se refiere a *actos u omisiones intencionales*, que por su naturaleza, sean aptos para incidir de un modo efectivo en la psique del niño, niña o adolescente, es decir, en su percepción de la realidad, al punto de modificarla para lograr los fines apuntados, esto es, impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.
142. De modo que el hecho de que la norma 336 Bis B, no haga una enunciación expresa de determinadas conductas del sujeto activo, como causantes del resultado de “transformación de conciencia” del menor de edad, no impide la comprensión lógica del contenido del supuesto de violencia familiar que regula (la conducta, su resultado y sus fines), según lo antes destacado.
143. Por otra parte, el artículo 429 Bis A, párrafo segundo, como se observa, describe la conducta como causal de pérdida de patria potestad, en forma mucho más específica, pues este precepto sí establece expresamente los actos atribuibles al sujeto activo, el resultado y los fines pretendidos; así, señala qué se entiende por alienación parental, a saber: la *manipulación o inducción* que realiza un progenitor hacia su hijo, mediante la *desaprobación o crítica*, encaminada a producir en el menor *rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor*. De manera que también conforme a esta descripción, la conducta del activo entraña una intervención injustificada en la psique del menor de edad, que provoca afectación de tipo psicoemocional en él, a efecto de causarle sentimientos negativos hacia uno de sus progenitores.
144. Ahora bien, de los cuatro apartados de conceptos de invalidez que la Defensoría dedica a la impugnación de los artículos 336 Bis B y 429 Bis A, párrafo segundo, del Código Civil del Estado de Oaxaca, se advierten argumentos con los que la accionante controvierte la constitucionalidad de las normas cuestionándolas *de origen*, a partir de la inclusión de la conducta de alienación parental en dicho ordenamiento.
145. Los motivos de invalidez que tienen ese propósito, plantean esencialmente lo siguiente:
- a) Sostiene que se vulneró el **principio de protección-precaución** al incorporarse en las normas el *Síndrome de Alienación Parental* a pesar de que no existe un consenso científico en torno a la existencia de dicha conducta;
  - b) Señala que las normas entrañan una **discriminación indirecta y reproducen estereotipos de género**, además de que se contraviene la obligación de juzgar y legislar con perspectiva de género.

**i. Violación al principio de protección-precaución al introducir en la norma el “Síndrome de Alienación Parental”**

146. En su primer concepto de invalidez, en sus incisos a) y c), la accionante aduce medularmente que no hay consenso científico en torno al *Síndrome de Alienación Parental*, por lo que, en términos del principio de *protección-precaución*, el Estado debió de hacer un análisis de convencionalidad a la luz de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para *no* incluir en las normas ese concepto como una forma de violencia familiar.
147. La accionante, en toda su demanda, parte del presupuesto de que lo que se reguló en los artículos impugnados es el *Síndrome de Alienación Parental (SAP)*, conforme a las teorías del psiquiatra Richard Gardner; y expone diversos argumentos a efecto de destacar la crítica que han tenido dichas teorías. De ello, afirma su posición en el sentido de que el SAP no existe y no se encuentra aceptado por ninguna de las clasificaciones mundiales de trastornos y enfermedades mentales, ni por el DSM-IV-TR de la Asociación Americana de Psiquiatría, ni por la CIE-10 de la Organización Mundial de la Salud, por lo que estima que no debería aceptarse como categoría diagnóstica en los juzgados, como ahora se hace.
148. En primer término, se impone precisar que no es acertada la posición de la Defensoría en cuanto afirma que el legislador local incorporó en las normas controvertidas el “*Síndrome de Alienación Parental*”, propuesto por Richard Gardner.
149. El concepto utilizado en los preceptos para designar la conducta de alienación parental, tanto en el artículo 336 Bis B al regular el supuesto de violencia familiar, como en el 429 Bis A, al establecerla como una causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, fue el de **Alienación Parental (AP) y no Síndrome de Alienación Parental (SAP)**.
150. De entrada, los dispositivos impugnados, transcritos ya al inicio de este apartado de estudio, se refieren a la conducta como “alienación parental” y no como “síndrome de alienación parental”.
151. Así, en una aproximación meramente literal de los vocablos empleados por el legislador, se constata que en las normas referidas se aludió expresamente a *-Alienación Parental-* que, como se ha explicado en apartado anterior, en el foro de la psicología y la psiquiatría, es un concepto al que se le ha asignado una acepción *amplia*, que se ha utilizado para designar aquellas conductas o actitudes de rechazo de un hijo hacia uno de sus progenitores, incluyendo aquellos casos en los que el rechazo está justificado ante el comportamiento negativo de dicho progenitor o en otros factores causales distintos; y una acepción *estricta*, referida a aquellos casos en los que la conducta de rechazo del hijo hacia el padre o la madre no encuentra una justificación objetiva y puede reconocer como causa determinante la intervención del otro progenitor; siendo claro que la norma en estudio alude a esta última, *es decir, a la conducta de alienación parental en sentido estricto*. De manera que, en este punto, se estima inexacto afirmar que los artículos impugnados regulan el *Síndrome de Alienación Parental*, el cual hace referencia a la teoría de Richard Gardner.
152. Se corrobora lo anterior, atendiendo al dictamen emitido por la Comisión Permanente de Administración de Justicia de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince<sup>71</sup>, en el cual, al resolver el veto total del Decreto 1360 emitido por el Gobernador del Estado de Oaxaca, la referida Comisión expuso las razones por las que consideraba que los argumentos de dicho veto, en lo que aquí interesa, sobre la falta de consenso científico respecto de la conducta de alienación parental, no se acogían.
153. En ese dictamen se expusieron las razones que daban sustento a la inclusión de la conducta en las normas materia del Decreto, explicándose múltiples referencias teóricas en las que se podía encuadrar la misma y que servían de base a la consideración de que la alienación parental existe y puede ser diagnosticada. Sobre todo, en el dictamen se precisa que, *si bien se estudiaron como referencia las teorías de Richard Gardner sobre el Síndrome de Alienación Parental*, la legislatura, al regular la conducta, se refirió **sólo a los actos de alienación parental** (se entiende, en su sentido estricto).
154. Esa conclusión se destaca en la siguiente transcripción:
- “(…) Sin embargo, esta Legislatura, contrario a lo sostenido en el veto referido, señala que el Síndrome de Alienación Parental (SAP), como tal puede ser detectado mediante pruebas psicológicas, pues aun cuando no se encuentre determinado denominativamente en el Manual Diagnóstico de Psiquiatría (APA) y la Organización Mundial de la Salud, dicho Síndrome puede ser detectado e identificado de acuerdo al propio manual mencionado, en virtud de que en la fase de Diagnósticos Múltiples, en el eje 1 y en el eje 2, ahora Sección II, relativo el primero a los trastornos mentales y el segundo a la personalidad, encontramos el maltrato o abuso psicológico infantil, cuya vertiente es la **Alienación Parental**.

<sup>71</sup> Folio 112 a 152 del expediente de la Acción de Inconstitucionalidad 11/2016.

(...) El concepto de **alienación parental** se expresa claramente en el DSM-5, sobre todo en el “problema relacional entre padres e hijos” y en “niño afectado por relación parental conflictiva (distress)”, a pesar que la frase alienación parental no aparece en el libro. Esto constituye un gran avance sobre el DSM-IV-TR, especialmente con la adición del nuevo diagnóstico “abuso psicológico infantil”, encuadrándose perfectamente el síndrome de alienación parental o **los actos de alienación parental**.

(...) En esta situación, una revisión y análisis de los fundamentos mismos tanto del DSM como de los conceptos de “salud mental” vs. “enfermedad mental”, sientan las bases para tratar de delimitar el Síndrome de Alienación Parental, **es por ello que en el decreto 1360, esta Soberanía únicamente refirió a los actos de alienación parental (...)**

(...) Ahora bien, contrariamente a lo sostenido en las observaciones, el planteamiento de Alienación Parental [...] **y como se ha precisado, el concepto o definición de Richard Gardner, fue objeto de estudio en el cuerpo del dictamen, pero no es la definición base del decreto para conceptualizar a los actos de alienación parental [...]**”.

155. Así pues, precisado que el concepto de alienación parental que el legislador incorporó en las normas, no es el *Síndrome de Alienación Parental*, sino que, los preceptos recogen una conducta apoyada en el estudio general de *los actos de alienación parental* en su acepción estricta, dando cabida así, para su abordaje psicológico, a los diversos estudios existentes sobre esas conductas en el foro respectivo; entonces, devienen **infundados** los argumentos de la accionante tendentes a demostrar la inconstitucionalidad de las porciones normativas impugnadas con base en las objeciones o críticas que estima son oponibles a las teorías de Richard Gardner al calificarlo como un *síndrome* pues, como se ha precisado, el legislador no basó la conceptualización de la conducta en los postulados de dicho médico.
156. No obstante, se estima pertinente atender a la causa de pedir de la accionante en cuanto afirma que la existencia de la conducta de “alienación parental” no tiene una base científica que la apoye, y por tanto, que el legislador debió tomar en cuenta el principio de *precaución-protección*, que lo obliga a no incorporar en las leyes conceptos que no se encuentren validados internacionalmente como científicos, por especialistas en la materia, o que al menos sean capaces de trascender el umbral de toda duda razonable, máxime cuando esos conceptos inciden en el ámbito de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y vulneran su interés superior.
157. Estos argumentos son **infundados**.
158. El **Principio de Precaución** tiene sus orígenes y antecedentes en el derecho internacional ambiental desarrollado a mediados de la década de los 80.<sup>72</sup> Sin embargo, es en la década de los 90 cuando adquiere su verdadera relevancia a través de la Declaración de Río de Janeiro de 1992, en cuyo principio 15 se establece:

*“Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*

159. El principio de precaución puede entenderse así desde dos ángulos:<sup>73</sup> **i)** como un principio inspirador de la legislación y de la actuación de los poderes públicos cuando entran en contacto con sectores de riesgo para bienes sensibles y particularmente protegidos como son la salud y el medio ambiente; y **ii)** como la configuración sustantiva del principio que lo habilita para operar y decidir por sí solo; esto es, el principio de precaución hoy en día deja de ser un mero principio orientador o inspirador, para convertirse en el único elemento de decisión, en la única *ratio decidendi*.

<sup>72</sup> Como primer antecedente, se tiene la Carta Mundial de la Naturaleza (resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1982). Después de esa resolución, varios instrumentos -vinculantes y no- se han referido al principio de forma explícita o implícita; el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono de 1985; el Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias que agotan la Capa de ozono de 1987; la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992; el Convenio de la Diversidad Biológica de 1992; la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático; y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de texto consolidado con las modificaciones insertadas hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997. *Vid.*: C. Nava Escudero, “El Principio de Precaución en el Derecho Internacional Ambiental”, *Estudios Ambientales* (2009), UNAM, México, pp. 57-66.

<sup>73</sup> J. Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán: Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, (2009), Marcial Pons, pp. 142-149.

160. La configuración sustantiva del principio de protección precaución como elemento fundamental de decisión, es sin duda, la que ha requerido mayor atención y clarificación.
161. En primer lugar, el presupuesto para invocar dicho principio en relación con el medio ambiente y la salud, ha sido precisamente la constatación de incertidumbre científica en torno a un riesgo potencial de daño. En segundo lugar, los efectos de la aplicación del principio de precaución se calibran en función de las medidas que se adopten amparándose en él. La vigencia de esas medidas deben mantenerse mientras los datos científicos sigan siendo incompletos, imprecisos o no concluyentes y mientras se considere que el riesgo es lo suficientemente importante para no aceptar que la sociedad lo asuma.<sup>74</sup>
162. De esta forma, sin ser exhaustivos, algunos de los caracteres propios del principio de precaución son: **1)** la necesidad de existencia de una situación de peligro de daño derivada de una actividad cualquiera; **2)** el requerimiento de cierta base científica<sup>75</sup> para que el peligro de daño sea evaluable; **3)** en la declaración de Río no queda claro si se refiere a las actividades que generan peligro de daño potencial, al propio peligro de daño potencial, o bien a los posibles daños que ocurran. En cualquiera de los tres casos, la falta de certidumbre científica no debe invocarse como razón para que los Estados no tomen las acciones conducentes; y **4)** el peligro de daño potencial está sujeto a que deba ser grave o irreversible, entre otros.
163. Si se admitiera como posible la aplicación en el caso del principio de precaución, explorado doctrinalmente en relación con la protección del medio ambiente y el derecho a la salud, necesariamente tendría que observarse que la interpretación hecha por la Defensoría accionante es contraria a la premisa básica de dicho principio, pues parte de la concepción de que, ante la falta de conceso científico, las autoridades deben abstenerse de incorporar conceptos en la ley, so pena de incurrir en violaciones graves a derechos humanos, siendo que la lógica del principio referido es precisamente exigir una respuesta de las autoridades estatales ante la incertidumbre científica, con el objeto de evitar un daño posible.
164. Así, en la hipótesis de que fuere viable la aplicación de dicho principio en la especie, se tendría que concluir que el hecho de que el legislador de Oaxaca haya introducido en el Código Civil local la regulación de una conducta sobre la base de la denominada “alienación parental” como un supuesto específico de violencia familiar (336 Bis B) y como una causa de suspensión o pérdida de la patria potestad (429 Bis A), *aun cuando no exista un consenso entre los expertos al describir ese fenómeno o en su forma de detección o diagnóstico*, no conduce a estimar que el legislador debió abstenerse de incorporar dicha conducta en la ley, invocando el principio de precaución.
165. Como se precisó en apartado anterior, es cierto que no existe un consenso en la doctrina especializada sobre la conceptualización de la llamada AP y su diagnóstico; sin embargo, de las opiniones de los expertos sí se desprende la existencia de la conducta, pues aun con las variantes y matices de sus estudios, es posible advertir que en ciertos casos de conflictos familiares de separación de los padres, algunos menores de edad rechazan la relación con uno de ellos, y si bien se sostiene que las causas de ese comportamiento pueden ser multifactoriales e incluso estar justificadas por la conducta negativa o inadecuada del progenitor rechazado, también se admite que el comportamiento del niño, aun dentro del conflicto familiar de separación, puede no encontrar una justificación suficientemente objetiva que lo sustente, y es precisamente en este último caso, *donde se impone averiguar el origen de la animadversión hacia el progenitor de que se trate*, al ser factible que sea producto de influencias o injerencias en la psique del niño, que violenten su integridad, provenientes de su otro progenitor o de otro miembro de la familia, ya que en ese caso, suficientes referencias doctrinarias admiten que tal situación provoca daños psicoemocionales en el menor y menoscaba su desarrollo integral.
166. En ese sentido, si se atiende a la línea rectora del principio de precaución desarrollado doctrinalmente en otras materias, que como se ha visto, privilegia la acción de la ley ante potenciales riesgos de daño precisamente ante la incertidumbre científica, ha de admitirse entonces que la creación de las normas aquí cuestionadas, por parte del legislador de Oaxaca, en modo alguno puede juzgarse contraria a la finalidad de ese principio, pues tomando en cuenta la evidencia doctrinaria en torno a la existencia de un fenómeno de conducta que puede producir efectos nocivos en la salud psíquica y emocional de los menores de edad, el legislador actuó en aras de prevenir ese riesgo de afectación.

<sup>74</sup> *Ibidem*. p. 147-146.

<sup>75</sup> Esto no quiere decir que se tenga certeza científica –incluso absoluta– sobre el peligro de daño o los daños causados al ambiente, ya que de tener certidumbre científica sobre el peligro de daño entonces no sería necesario invocar el principio de precaución sino el de prevención. C. Nava Escudero, *Op. cit.*, supra, nota 15, pp. 63-64.

167. Como se señaló, la actuación que responde a un riesgo en términos del principio de precaución debe, en primer término, estar motivada, de manera que a través de la evidencia con la que se cuenta se determinen los riesgos y el nivel de protección que se requiere. Es decir, el legislador, ante fenómenos o situaciones rodeadas de falta de consenso entre los especialistas, debe aportar razones suficientes, verificables a través de evidencia empírica o de analogía con otros fenómenos, para demostrar que existen riesgos de efectos dañinos graves y que, por lo tanto, es necesaria la regulación que se pretende.
168. A este respecto resulta importante reiterar que, del Dictamen de dieciséis de diciembre de dos mil quince, de la Comisión Permanente de Administración de Justicia del Poder Legislativo del Estado de Oaxaca<sup>76</sup>, se advierte que la Comisión motivó su decisión legislativa, mediante diversas referencias que estimó sustentan la existencia del fenómeno de alienación parental y la posibilidad de su diagnóstico a pesar de la falta de consenso que pudiere advertirse entre los especialistas. La parte conducente refiere:

"[...] Sin embargo, esta Legislatura contrario a lo sostenido en el veto referido, señala que el Síndrome de Alienación Parental (SAP), como tal puede ser detectado mediante pruebas psicológicas, pues aun cuando no se encuentre determinado denominativamente en el Manual Diagnóstico de Enfermedades Mentales (DSM5), ni reconocido por la Asociación Americana de Psiquiatría (APA) y la Organización Mundial de la Salud, dicho Síndrome puede ser detectado e identificado de acuerdo al propio manual mencionado, en virtud de que en la fase de Diagnósticos Múltiples, en el eje 1 y en el eje 2, ahora Sección II, relativo el primero a los trastornos mentales y el segundo a la personalidad, encontramos el maltrato o abuso psicológico infantil, cuya vertiente es la Alienación parental, si bien es cierto que su denominación no se encuentra tal cual, si es posible diagnosticarlo científicamente, pues el síndrome es el conjunto de síntomas, y es posible determinarse como un tipo de maltrato a la personalidad, lo cual si se establece en el propio manual que refiere. Aunado a ello, la realización del propio manual en su reciente versión, ha sido controvertido por la misma comunidad psiquiátrica, como lo es entre el NIMH (Instituto Nacional de Salud Mental, por sus siglas en inglés) y la APA (American Psychiatric Association) durante los últimos meses, en virtud de la relación con los cambios que trae el nuevo, referentes a los trastornos del ánimo. Se pone énfasis desde un aspecto crítico en la utilidad clínica de dichos cambios, así como en las controversias que han desencadenado. Se incluyen los cambios referentes a depresión, trastorno bipolar y situaciones particulares, como el nuevo especificador de características mixtas y el cambio en la exclusión de duelo como criterio de depresión. Además, se analizan nuevas incorporaciones, como la inclusión del trastorno disfórico pre menstrual y una nueva entidad, el trastorno disruptivo por desregulación anímica, como puede observarse el Manual de referencia está en constante evolución y el hecho de que no se determine expresamente en el manual referido, ello no significa que no exista o que no pueda presentarse, ni tampoco que no pueda diagnosticarse, pues lo mismo ocurriría cuando se alega que determinada persona sufre de violencia psicológica o emocional, pues como síntoma o padecimiento mental no existe denominativamente en el manual referido, sin embargo los peritos en la materia pueden determinar si la persona se encuentra bajo un estado de violencia psicológica o emocional.

A pesar de que expresamente la denominación alienación parental, no aparece, la misma se encuentra representada en el DSM-5 (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013), mediante los siguientes diagnósticos a considerar:

1. Problema relacional entre padres e hijos ahora cuenta con una discusión en el texto del DSM- 5 (p. 715). El análisis explica que los problemas cognitivos es un problema relacional entre padres e hijos "pueden incluir atribuciones negativas a las intenciones del progenitor, hostilidad hacia el mismo, y sentimientos injustificados de distanciamiento". Lo anterior es una muy buena descripción de la experiencia del niño en la alienación parental, ya que el niño atribuye persistentes intenciones negativas a los sentimientos y comportamientos del progenitor rechazado, también, el niño es persistentemente hostil al mismo y lo culpa por todo lo malo que sucede.

<sup>76</sup> De la foja 112 a la 152 de la acción de inconstitucionalidad 11/2016. Dicho dictamen, en la parte conducente, dice:

2. Niños afectados (por distress) por la relación parental: es un importante nuevo diagnóstico en el DSM - 5 (p. 716), debe utilizarse "cuando el objeto de atención clínica son los efectos negativos de la discordia en relación parental (por ejemplo altos niveles de conflicto, angustia o menosprecio) en un niño, niña o adolescente en la familia, incluidos efectos como trastornos mentales o físicos del niño". La misma resulta una buena descripción sobre lo que produce la alienación parental, es decir, la alienación parental por lo general aparece durante el curso de una separación o divorcio y que casi siempre implica menosprecio persistente hacia el progenitor alienado que es rechazado por el progenitor alienador.

3. Abuso o maltrato psicológico infantil es otro diagnóstico nuevo en el DSM- 5 (p.719) se define como "actos verbales o simbólicos no accidentales de los padres o cuidadores que tienen un potencial razonable para producir daños psicológicos significativos en el niño, niña o adolescente", en los casos de alienación parental, el comportamiento del progenitor alienador constituye un claro maltrato psicológico infantil.

4. Síntomas delirantes en un socio (partner) de una persona con trastorno delirante es la terminología DSM- 5, para el trastorno psicótico compartido o folie a deux (p. 122 ), la definición es: "en el contexto de una relación, el material delirante del socio dominante proporciona contenido a la creencia delirante del socio (partner) que de otra manera no cumple plenamente los criterios para el trastorno delirante", en casos graves de alienación parental, las obsesiones del progenitor alienador se convierten en ideas delirantes acerca del padre alienado que son compartidas con la hija o hijo.

5. Trastorno facticio impuesto a otro es la terminología del DSM- 5 para el "trastorno facticio por poderes o trastorno de Münchhausen por poderes (p. 325), se define como "falsificación de signos y/o síntomas físicos o psicológicos, o inducción lesión o enfermedad en otra persona asociada por engaño identificado", en algunos casos de alienación parental, describe el comportamiento del progenitor alienador.

El concepto de alienación parental se expresa claramente en el DSM- 5, sobre todo en el "problema relacional entre padres e hijos" y en "niño afectado por relación parental conflictiva (distres)", a pesar que la frase alienación parental no aparece en el libro. Esto constituye un gran avance sobre el DSM-IV-TR, especialmente con la adición del nuevo diagnóstico "abuso psicológico infantil", encuadrándose perfectamente el síndrome de alienación parental o los actos de alienación parental.

Los criterios de identificación o de diagnóstico de alienación parental, o de aquello que implica estas situaciones anómalas de los hijos hacia uno de los progenitores, dependen de la sintomatología en el niño:

1. Campaña de injurias y desaprobación;
2. Explicaciones triviales para justificar la campaña de desacreditación;
3. Ausencia de ambivalencia en su odio hacia el progenitor;
4. Autonomía de pensamiento;
5. Defensa del progenitor alienador;
6. Ausencia de culpabilidad;
7. Escenarios prestados; y
8. Extensión del odio al entorno del progenitor alienado.

Por lo anterior, se encuentra plenamente demostrado que la alienación parental tiene sustento científico y puede ser diagnosticado por los peritos en la materia, pues existen más de 900 referencias en 36 países, y no solamente las aportaciones del Dr. Richard Gardner, entre las que destacan las siguientes, incluido el propio Manual DSM-5:

- American Psychiatric Association (2013). Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, quinta edición. Arlington, VA: Asociación Americana de Psiquiatría.

- Baker, A. J. L., y Sauber, S. R. (Eds.). (2012). El trabajo con niños y familias alienados: una guía clínica. New York, NY: Routledge.
- Bernet, W., Boch – Galhau , W. v , Baker , AJL , y Morrison , S. (2010). La alienación parental, el DSM- V y CIE- 11. American Journal of Family Therapy 38 (2, 76-187).
- Gottlieb, L. J. (2012). El síndrome de alienación parental: una terapia familiar y sistemas colaborativos enfoque de mejora. Springfield, IL: Charles C Thomas.
- Lorandos, D., Bernet, W., y Sauber , S. R. (2013) . La alienación parental: Manual para profesionales del derecho y de la salud mental. Springfield, IL: Charles C Thomas.

Asimismo, se señala que el DSM (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales) es una nosología, eso significa que es un sistema de clasificación de las enfermedades y los trastornos que presentan síntomas de tipo fundamentalmente mental y comportamental, con independencia de su etiología, en gran parte de ellos desconocida. El DSM tiene, además de otras características, un doble sentido; es al mismo tiempo "la clasificación", es decir, el listado de trastornos aceptados encuadrados en determinadas categorías y "el sistema" para diagnosticarlos, o lo que es lo mismo, la mecánica de diagnóstico de dichos trastornos, que en este caso se realiza a través de criterios diagnósticos, como ya se ha precisado en líneas anteriores la Alienación Parental es una vertiente del Abuso Psicológico Infantil que si se encuentra clasificado, además de los criterios ya analizados.

La inclusión o no de un posible trastorno y/o enfermedad en el sistema o, su salida del manual, se realiza a través del procedimiento de comité de expertos que efectúan una revisión de forma periódica pero no con plazos fijos. Ello significa que cuando se decide una revisión del sistema o una nueva edición, se forman comités de expertos para las diferentes categorías que tras revisar la literatura científica disponible en el periodo de tiempo entre dos revisiones, las diferentes propuestas realizadas a través de instituciones y, contar con la colaboración de los especialistas que consideren necesaria, realizan propuestas que son o no aceptadas por el comité de revisión. El organismo del que depende el DSM y se constituye por lo tanto en su avalador es la APA (American Psychiatric Association), y por lo tanto el DSM refleja, en gran medida, el pensamiento y las posiciones dominantes en la APA en un momento determinado. Esta organización no es la única fuente de influencia en el manual. Desde la tercera versión en la década de 1980, se realizan cada vez más esfuerzos de coordinación con el sistema ICD, que es el sistema de clasificación de las enfermedades propuesto, avalado y utilizado por la OMS (Organización Mundial de la Salud), y que en su capítulo V está dedicado a las enfermedades mentales; pero no existe en ambas un código único de clasificación de las enfermedades mentales.

Incluso, la Organización Mundial de la Salud, ha sostenido que "la salud no es la simple ausencia de enfermedad, sino un estado de bienestar físico, social y psicológico"; ello significa que se puede no estar enfermo y/o padecer ninguna enfermedad mental pero las condiciones físicas, sociales o psicológicas de la persona no ser las propias de una situación de salud mental; ser simplemente neutras o favorecedoras de una mala salud mental que en el futuro puede convertirse en enfermedad mental. El DSM no es un manual que aborde los problemas relacionados con la salud mental sino con la enfermedad y los trastornos mentales. La definición de trastorno mental, que está conceptualizado "como un síndrome o un patrón comportamental o psicológico de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (p. ej., dolor), a una discapacidad (p. ej., deterioro en una o más áreas del funcionamiento) o un riesgo significativamente aumentado de morir o sufrir dolor, discapacidad o pérdida de libertad. Como se puede observar por la definición anterior, el concepto de trastorno presenta un alto componente de consenso social ya que no queda definido por la simple presencia de síntomas y signos reconocidos en la exploración clínica, sino por aparecer asociado a un malestar, discapacidad o riesgo significativo. El sistema DSM no define salud mental sino enfermedad mental y aun así con un alto nivel de indefinición, valga la

redundancia, la demostración de ello es que tiene grandes dificultades para abarcar la globalidad de la clínica que atienden los profesionales de la salud mental (psiquiatras, psicólogos, etc.) o bien porque no la reconoce a pesar de que existe como es el caso del Síndrome de Estocolmo, el Síndrome de la mujer maltratada o el trastorno ansioso/depresivo; o bien porque la reconoce pero difícilmente encaja en esta definición, como es el caso de numerosas dificultades relacionadas con el aprendizaje escolar; o bien porque representan una nueva realidad clínica que difícilmente puede estar recogida. Un buen ejemplo de ello puede ser el maltrato en el contexto familiar. Por descontado, no todas las mujeres y niños sometidos a maltrato en cualquiera de sus formas desarrollan un trastorno reconocido y reconocible en el DSM, expresamente denominado.

En esta situación, una revisión y análisis de los fundamentos mismos tanto del DSM como de los conceptos de "salud mental" vs "enfermedad mental", sientan las bases para tratar de delimitar el Síndrome de Alienación Parental, es por ello que en el decreto 1360, esta Soberanía únicamente refirió los actos de alienación parental [...].

169. Como se observa, la motivación del legislador ilustra el hecho de que los actos de alienación parental sí han sido estudiados con regular amplitud en el foro de las ciencias de la conducta; siendo viable considerar que los actos de alienación parental existen y su presencia puede ser detectada por los expertos, por lo que su inclusión en las normas sí tiene una base científica suficiente que la apoye, al margen del desarrollo que siga teniendo el estudio del fenómeno.
170. De esta forma, y con las razones expresadas en su Dictamen, es dable concluir que el legislador de Oaxaca actuó apegándose a la finalidad esencial del principio de precaución; esto, porque aunque no hubiere uniformidad o consenso científico sobre la conceptualización de la conducta llamada alienación parental, sí hay la suficiente certeza sobre su existencia en controversias familiares de separación y disputa sobre la patria potestad, guarda y custodia y convivencia con los hijos, de modo que se ocupó de regularla en la forma que estimó conducente para prevenir el riesgo de afectación en la integridad de los menores de edad.
171. En el entendido que, al margen de ese principio de protección precaución a que aludió la accionante en sus conceptos de invalidez, la actuación del legislador al emitir los preceptos controvertidos encuentra plena justificación en las obligaciones que le impone la Constitución General de la República y la Convención sobre los Derechos del Niño, para la protección reforzada de los derechos de los menores de edad; particularmente, en el deber que asiste al Estado Mexicano de adoptar medidas legislativas eficaces para proteger a los niños, niñas y adolescentes de cualquier forma de violencia que pueda poner en riesgo su integridad personal.
172. En efecto, es doctrina consolidada de este Alto Tribunal, por conducto de su Primera Sala, que la observancia del interés superior del menor conlleva la exigencia de proteger con mayor intensidad los derechos de los menores en aras de lograr su pleno ejercicio, de manera que tal interés superior de la infancia se activa no sólo ante situaciones que puedan generar un daño real y cierto en su esfera jurídica, sino incluso ante la sola posibilidad de que los bienes y derechos de los menores se puedan ver en una situación de riesgo.
173. En ese sentido, conforme al artículo 4º de la Constitución Federal y al artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, no está en duda que el legislador tiene el deber de establecer un sistema normativo apropiado y eficaz para garantizar el derecho de los menores de edad a una vida libre de violencia; por tanto, si las conductas identificadas como "alienación parental" entrañan una injerencia que puede afectar la integridad psicoemocional de los menores, ese riesgo de daño, válidamente justifica su regulación, no obstante la incertidumbre científica que pudiere prevalecer en torno a dicho concepto.
174. Sobre todo, no debe desatenderse que, aun cuando no exista uniformidad o consenso entre las teorías y opiniones del foro de la psicología sobre la conceptualización de la denominada alienación parental y su forma de detección o diagnóstico; lo relevante es que, el legislador, conforme a su función, asignó un contenido específico a la conducta que se propuso regular, y en ese sentido, con independencia de que para la comprensión del fenómeno se hubiere apoyado en las opiniones y los aportes de las ciencias que estudian la conducta humana, lo cierto es que, **para efectos de la legislación civil**, el legislador hizo la descripción de lo que se entendería por "alienación parental", a efecto de entender actualizada la hipótesis legal.

175. En otras palabras, el Poder Legislativo de Oaxaca, conforme a su libertad de configuración de la ley, determinó cuál sería la conducta que, **para efectos del propio Código**, se consideraría “alienación parental” y que actualizaría el supuesto de violencia familiar y la diversa causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, de modo que, al margen de la regularidad constitucional de la descripción de la conducta hecha en los preceptos cuestionados, la falta de consenso científico a que se alude en modo alguno podría resultar un obstáculo para su regulación legal, ni es susceptible, por sí misma, de acarrear la inconstitucionalidad de las normas.
176. Por todo lo anterior, resulta **infundado** el planteamiento de inconstitucionalidad de la accionante en el sentido de que las normas cuestionadas transgreden el principio de precaución-protección, porque regulan una conducta que no tiene un consenso o base científica que la respalde.
- ii. Discriminación indirecta, reproducción de estereotipos de género e incumplimiento de la obligación de juzgar con perspectiva de género**
177. En su tercer concepto de invalidez, la Defensoría accionante sostiene que las normas impugnadas, al regular el Síndrome de Alienación Parental (SAP), contienen un fuerte componente de violencia de género. Aduce que el SAP no sólo es utilizado estadísticamente de manera mayoritaria en contra de las mujeres, sino que se basa en la perpetuación de estereotipos y prejuicios en contra de la mujer.
178. Fundamenta su aseveración en el hecho de que las normas cuestionadas, dice, se construyeron conforme a la teoría de Richard Gardner, cuyo constructo estuvo dirigido explícitamente en contra de las mujeres, en donde según Gardner, *el 90 % de la alienación parental es ejercida por mujeres y se ancla el comportamiento alienador en las características propias de la mujer y su incompreensión de la sexualidad masculina*<sup>77</sup>.
179. La accionante considera que la introducción del SAP en la legislación civil del Estado de Oaxaca, implica la generación y perpetuación de un tipo de discriminación indirecta y violencia institucional de género. En su opinión, cuando se habla de discriminación indirecta, es necesario señalar que no resulta indispensable comprobar la existencia de un tratamiento benéfico o más favorable respecto de un sector de la población o personas, sino que basta con acreditar la existencia de un tratamiento desfavorable o menos benéfico que afecte o pueda afectar los intereses y derechos de personas y colectivos que por cuestiones *fácticas o de iure* se encuentre en condiciones de desventaja o subordinación social.
180. Por estas razones estima que la introducción del SAP en las normas impugnadas, lejos de garantizar una verdadera igualdad entre hombres y mujeres, en el fondo busca el efecto contrario, al tener el concepto de SAP un vicio de origen por un sesgo de género que resulta incompatible con el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y discriminación, produciendo a la postre, una discriminación encubierta.
181. En la misma línea, en su cuarto concepto de invalidez, la accionante argumenta que el reconocimiento de los derechos de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación y de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, exige que todos los órganos jurisdiccionales del país impartan justicia con perspectiva de género. Esto implica, dice, que los juzgadores deberán cuestionar los estereotipos preconcebidos en la legislación respecto de las funciones de uno u otro género, lo que en este caso se incumple.
182. Por todo lo anterior, la Defensoría accionante estima que los artículos impugnados del código civil local resultan incompatibles con el artículo 4° constitucional, los artículos 2°, 5° y 16 de la Convención CEDAW, artículos 3°, 6° y 7° de la Convención Belém do Pará, en relación con el derecho a una vida libre de violencia, así como el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la medida en que las normas no resultan compatibles ni armónicas con la protección de los derechos de las mujeres.
183. Son **infundados e inoperantes** los anteriores planteamientos.
184. En principio, cabe destacar que los argumentos de la accionante se sustentan básicamente en que la regulación impugnada deriva directamente de la teoría de Richard Gardner a la que atribuye un enfoque discriminatorio de la mujer.
185. Sin embargo, como quedó precisado con anterioridad, en primer lugar, la legislatura estatal de Oaxaca no tuvo cómo único referente tal teoría propiamente, sino que partió, en general, de un cúmulo de referencias sobre el estudio de los actos de alienación parental; y en segundo lugar, conviene reiterar que, incluso el autor mencionado, en sus propios trabajos, finalmente aclaró que la conducta por él postulada como “síndrome de alienación parental” no era exclusiva de la mujer, sino que también podía ser realizada por hombres, en un porcentaje igual.

<sup>77</sup> A fojas 30 y 31 del expediente de la acción de inconstitucionalidad 11/2016.

186. Por otra parte, este Tribunal Pleno **no encuentra distinción o diferenciación en las normas controvertidas** a través de la cual el legislador local otorgue un trato desigual entre los progenitores (o entre cualquier otro miembro de la familia) en lo relativo a las conductas de alienación parental, que redunde en una discriminación con motivo de género.
187. Del examen de las normas que se impugnan, se evidencia que su regulación está dirigida a grupos iguales (integrantes de la familia, y en lo particular, hombre y mujer como progenitores), en los que la medida legislativa regula el mismo bien jurídico (el derecho del menor a tener una vida libre de violencia, particularmente a la protección de su integridad psíquica), y persigue el mismo fin (proteger ese derecho de los menores conforme a su interés superior).
188. Es decir, el legislador de Oaxaca, en el artículo 336 Bis B, ha previsto que cualquier integrante de la familia, comprendidos en ellos, cualquiera de los progenitores, puede realizar actos que “transformen la conciencia” de un menor de edad, con el fin de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores; y en el artículo 429 Bis A, ha considerado que cualquiera de los progenitores (padre o madre), puede “manipular o inducir” al menor de edad, mediante actos de desaprobación o crítica, con la finalidad de producir en él rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor.
189. De ahí que no se advierta justificación, explícita o implícitamente, ya sea en el proceso legislativo o en el propio texto de la ley, que permita concluir que los numerales controvertidos sean discriminatorios hacia la mujer, pues los supuestos de hecho y de derecho son equivalentes.
190. Esto es, en términos de los artículos impugnados, las conductas de alienación parental pueden presentarse tanto de parte de una madre alienadora como de un padre alienador, tanto de hecho, como de derecho.
191. Ahora bien, no pasa inadvertido que la Defensoría accionante señala que los preceptos impugnados generan un tipo de *discriminación indirecta en contra de las mujeres*. Lo anterior al considerar, *primero*, que las normas recogen o regulan la teoría de Richard Gardner sobre el “Síndrome de Alienación Parental” y dado que la construcción de dicho profesionista, en su opinión, resultaba discriminatoria contra la mujer y estaba basada en estereotipos de género (misóginos y machistas), las normas impugnadas, al recoger esa conducta, perpetúan esa discriminación indirecta; y *segundo*, que en términos estadísticos, la mayoría de los progenitores que son acusados de inducir el SAP, son mujeres, por lo que los preceptos, en su aplicación, afectan en una grave desproporción a éstas, lo que entraña una discriminación por el género.
192. En efecto, la accionante afirma<sup>78</sup>: “...*En el caso, al contemplar la norma que se impugna un concepto cuyo origen, fue construido explícitamente en contra de las mujeres, es evidente que conduce de manera indirecta la discriminación hacia las mujeres. Según Gardner el 90 % de la alienación parental es ejercida por mujeres y ancla el comportamiento alienador en las características propias de la mujer y en su incompreensión de la sexualidad masculina, por lo que la aplicación del supuesto SAP perpetúa la discriminación y violencia institucional de género que le dio origen...*”; y sus demás manifestaciones al respecto, giran en torno a esta misma idea.
193. En cuanto a ello, este Tribunal Pleno estima que los señalamientos de la actora no son argumentos suficientes para acreditar la posible discriminación indirecta de las normas impugnadas, primero, porque como se ha advertido en apartado anterior, no es dable sostener que la definición de la conducta regulada en los dos preceptos que aquí se examinan recoja estrictamente al Síndrome de Alienación Parental (SAP) propuesto por Richard Gardner.
194. En ese sentido, si los dispositivos controvertidos no regulan el SAP, y como se ha advertido, no fue la intención del legislador regular la conducta bajo esa única concepción de la alienación parental, sino como concepto general que puede ser diagnosticado bajo el cúmulo de referencias teóricas existentes sobre la conducta de que se trata, entonces, los postulados y consideraciones de ese autor no serán un referente único para realizar el abordaje psicológico necesario para su detección en los casos concretos, en consecuencia, no se puede partir de la crítica a los presupuestos de la teoría de Richard Gardner para evidenciar que las normas tengan un vicio de origen y atribuirles una desigualdad indirecta o “encubierta” hacia las mujeres en su aplicación<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Foja 35 y 36 de la acción de inconstitucionalidad 11/2016.

<sup>79</sup> Incluso, como mera referencia, vale decir que aun cuando los primeros trabajos de Richard Gardner señalaban a la mujer como principal agente causal adulto del SAP; el propio autor se defenderá más tarde de las acusaciones de que el SAP señalaba a la mujer como causa principal, atemperando su afirmación al observar un incremento en el número de hombres que inducían a sus hijos al SAP, hasta observar una proporción aproximadamente del cincuenta y cincuenta, es decir, el mismo Gardner sostuvo que los adocinadores del SAP ya no eran específicos de un género sino que esta situación se nivelaba al convertirse los progenitores varones en principales custodios, teniendo mayor acceso y tiempo con los niños. Cfr. R. Gardner, “Parental Alienation Syndrome (PAS): Sixteen Years Later” (2001) *Academy Forum*, 45 (1), pp. 10-12; “Denial of the Parental Alienation Syndrome also harms Women” (2002) *The American Journal of Family Therapy*, 30 (3) pp. 191-202; “Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: which Diagnosis should evaluators use in child-custody disputes?” (2002) *The American Journal of Family Therapy*, 30 (2) pp. 93-115.

195. Por otra parte, en cuanto al argumento relativo a que son las mujeres quienes, en su mayoría, son acusadas de inducir el SAP (entiéndase, las conductas de alienación parental), por lo que en forma preponderante es a éstas a quienes perjudica la aplicación de los preceptos; tal afirmación no evidencia la inconstitucionalidad de la norma.
196. Ello, porque tal señalamiento de orden fáctico, implica la afirmación de la existencia de una situación objetiva comparable de afectación entre el grupo de mujeres progenitoras y el grupo de hombres progenitores, que es gravemente desproporcional, como presupuesto de la desigualdad que se aduce; y en el caso, de inicio, la accionante no aportó elementos de prueba fehacientes dirigidos a demostrar que en el Estado de Oaxaca, en los procesos jurisdiccionales del orden familiar en los que se disputa la patria potestad, la guarda y custodia de los hijos o la convivencia, y se ventile una condición de violencia familiar por conductas de alienación parental, se observe una desproporción grave entre la cantidad de mujeres frente a la cantidad de hombres que son objeto de esa imputación, de modo que dicho extremo no se puede tener por demostrado con base en una mera afirmación genérica, y en esa circunstancia, tampoco sería viable profundizar más en el argumento referido.
197. Por tanto, debe prevalecer la consideración de que las normas cuestionadas son preceptos neutros en cuanto al género del alienador, pues a cualquiera de los dos progenitores se puede imputar conductas de alienación parental, y por ende, su inconstitucionalidad no puede derivar del concepto de invalidez analizado.
198. En lo que concierne a la línea de argumentación de la Defensoría en el sentido de que la regulación de la conducta de alienación parental, es susceptible de generar una invisibilización de la violencia de género, en tanto que los propios argumentos esgrimidos por la mujer en una demanda o denuncia, pueden ser considerados como elementos que nutren el SAP, jugando entonces un papel en contra de la mujer. Debe decirse que esas manifestaciones no ponen en evidencia algún vicio de inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, y como se ha explicado, no es dable examinar la regularidad de la norma a partir de la crítica al SAP, pues la conducta no se regula con base en éste.
199. En diverso aspecto, en relación con las manifestaciones de la accionante en torno a la exigencia de juzgar con perspectiva de género que atañe a los órganos jurisdiccionales, se advierte que la intención de la Defensoría es postular la idea de que las normas impugnadas, partiendo de la base de sus previas afirmaciones en el sentido de que entrañan vicios de desigualdad jurídica indirecta y discriminación hacia las mujeres, obligarían a los órganos jurisdiccionales a interpretarlas y aplicarlas en los casos concretos, con perspectiva de género, so pena de que su interpretación y aplicación resulte inconstitucional.
200. El planteamiento es *inoperante* pues no sólo no se demostró que las normas impugnadas sean en sí mismas violatorias de los derechos de igualdad jurídica y de no discriminación por razón de género; sino que los argumentos se hacen depender de circunstancias particulares e hipotéticas sobre las posibles consecuencias de la aplicación de las normas impugnadas si no se observa el deber de juzgar con perspectiva de género en los casos concretos; alegato que no es apto para evidenciar algún vicio de constitucionalidad de los preceptos.
201. En consecuencia, devienen **infundados e inoperantes** los argumentos esbozados en el tercero y cuarto conceptos de invalidez, antes analizados.

#### **B. Supuesto de violencia familiar por AP previsto en el artículo 336 Bis B**

202. Hasta aquí se ha hecho el análisis de los planteamientos de la accionante encaminados a cuestionar de origen la inclusión de la *conducta de AP* en la ley, examinados respecto de los dos preceptos cuestionados. Ahora bien, del análisis conjunto del primero y segundo conceptos de invalidez, se advierte que en ellos, la accionante formula argumentos con los que controvierte la regularidad constitucional de *la definición* de violencia familiar por alienación parental contenida en el artículo 336 Bis B del Código Civil local de Oaxaca, por considerar que resulta violatoria de derechos humanos de los menores de edad; fundamentalmente se analizarán los motivos aducidos siguientes:
- Objetivación del niño y vulneración al principio de autonomía progresiva;
  - Violación del derecho de los niños a opinar en los procedimientos que les atañen, y a que su opinión sea tomada en cuenta.

**i. Objetivación del niño y vulneración al principio de autonomía progresiva**

203. La Defensoría accionante, en su primer concepto de invalidez (inciso b), argumenta que la incorporación en la norma de la AP trae como consecuencia *la objetivación de las niñas y niños a partir de su consideración como objetos de manipulación y alienación* que permite dejar de lado los testimonios que rindan en el marco de los procesos judiciales en los que se vean involucrados.
204. En este contexto, argumenta *grosso modo* que la AP, reglamentada en el Código Civil del Estado de Oaxaca, desacredita el dicho de las niñas, niños y adolescentes supuestamente alienados, negándoles la condición de auténticos sujetos de derecho. Esto, dice, porque el artículo 336 Bis B desestima en términos absolutos que la forma de pensar y de actuar de los niños, niñas y adolescentes, responde a sus características estructurales que están determinadas por las etapas de desarrollo cognitivo, emocional y moral.
205. Sostiene que, al desconocer tal situación, la norma combatida parte de la premisa de que independientemente de la edad y desarrollo cognoscitivo de los menores, cuando se presuma la existencia de AP, resultará necesario desestimar su testimonio al encontrarse este viciado.
206. En suma, lo que la accionante propone es que, al considerar que las conductas de “alienación parental” realizadas por algún integrante de la familia dan como resultado que el menor víctima de ellas, tenga una *conciencia transformada*; por una parte, implica negar que el menor tenga un criterio propio sobre la situación que lo rodea, conforme a su natural grado de desarrollo físico, psíquico y emocional, pues alguien más transformó su conciencia; suposición que vulnera el derecho del menor a ser considerado como un sujeto con autonomía progresiva. Además, partiendo de la base de que la conciencia del menor ha sido “transformada”, su dicho carecerá de validez y veracidad, y será omitido, vulnerado así su derecho a emitir su opinión en los asuntos que le conciernen, y a que ésta sea tomada en cuenta.
207. El planteamiento resulta esencialmente **fundado**.
208. Este Tribunal Pleno estima que la regulación prevista en la porción impugnada del **artículo 336 Bis B**, en el sentido de que las conductas de AP dan como resultado *la transformación de la conciencia* del menor de edad, **vulnera la concepción de este como un sujeto de derecho con autonomía progresiva**, contrariando así los artículos 1° y 4° constitucionales, así como 1°, 2°, 3° y 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño.
209. En apartado anterior han quedado expuestos el contenido y alcances del derecho referido. En este punto, basta recordar que ese derecho entraña el reconocimiento de que los menores de edad, conforme a su desarrollo evolutivo, es decir, acorde con su madurez física y emocional, conocimientos, experiencia de vida, etcétera, van adquiriendo progresivamente la capacidad de ejercer por sí mismos sus derechos en todos los ámbitos.
210. Como se ha precisado, la norma en cuestión, dispone:
- "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."
211. El precepto configura un supuesto legal específico de violencia familiar, a partir de considerar que las conductas de AP que despliega el sujeto activo (cualquier integrante de la familia), *transforman la conciencia del menor*, de modo que se exige un resultado de “conciencia transformada” en la víctima; esto, con la finalidad de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.
212. Ahora bien, la conciencia, se entiende como la capacidad del individuo para conocer del bien y el mal y enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios; ser consciente implica tener un conocimiento de la realidad y, en este sentido, la conciencia está íntimamente relacionada con la autonomía.
213. En particular, un niño evoluciona como sujeto con autonomía al adquirir conciencia sobre su realidad y, a partir de esta consideración, *progresivamente*, ejerce sus derechos en forma personal y directa; es decir, en la medida en que el niño madura física y emocionalmente, adquiere conocimientos y experiencias en su entorno, va conformando su propia percepción de la realidad y su capacidad para juzgar moralmente sus propios actos y los de los demás, configurándose *progresivamente* como sujeto autónomo.

214. Así, resulta inviable agrupar a los menores de dieciocho años en una misma categoría, pues esto implicaría desconocer su calidad de sujetos de derecho con autonomía progresiva. Con independencia de las prerrogativas con las que material y formalmente las normas legales protegen a los menores de edad, para los efectos del ejercicio de su derecho de autonomía progresiva, la edad de un individuo, por sí, no actualiza en automático una determinada condición de madurez, sino que, en cada caso, ello dependerá de su grado de desarrollo.
215. El cambio de perspectiva que introduce la Convención sobre los Derechos del Niño a través del reconocimiento de éste como sujeto de derecho, se refiere precisamente a la necesidad de hacer una distinción entre los menores de dieciocho años, pues su condición se aborda como sujetos en desarrollo, acorde a las necesidades, intereses y capacidades propias de cada una de las etapas de ese desarrollo.
216. En ese tenor, la previsión normativa que dispone que la conducta de alienación parental la ejerce el integrante de la familia que **transforma la conciencia** del menor de edad, o visto desde otra perspectiva, que la conducta tiene como efecto que el menor tenga su **conciencia transformada**, a juicio de este Tribunal Pleno, *intrínsecamente niega al menor de edad víctima de la violencia familiar su autonomía progresiva*, desconociéndolo como una persona que se distingue por determinadas particularidades, con ciertas necesidades e intereses identificables que determinarán, en cada caso, la afectación que provoca la conducta alienadora.
217. Uno de los puntos comunes entre la variedad de posturas adoptadas por los expertos en la literatura especializada sobre la alienación parental que fue consultada para efectos de esta resolución, es el despliegue por parte del menor de edad, de una *conducta o actitud de rechazo hacia uno de sus progenitores*.
218. Para algunos, como se ha explicado, este comportamiento del menor se puede originar en forma sustancial, por una conducta consciente de los padres que utilizan a los niños como medios de odio y venganza ante el conflicto de separación; para otros, los niños no necesariamente responden a una conducta consciente de los padres, sino que el origen de su comportamiento puede ser multifactorial, derivado de la individualidad del niño, de la propia conducta del progenitor rechazado y de la dinámica familiar. Para el caso, lo relevante es que los especialistas concuerdan en que, en ciertas dinámicas familiares, se advierte *un cambio de conducta* del menor hacia uno de sus progenitores, que puede originarse en la inducción o manipulación de algún miembro de la familia, y particularmente del otro progenitor.
219. Atento a ello, debe admitirse que el supuesto de violencia familiar que norma el precepto 336 Bis B que se examina, efectivamente se refiere a una intervención o injerencia externa **en la psique** del menor de edad, con una específica intención y finalidad: generar en él esa animadversión hacia uno de sus progenitores, y conforme a ello, tal intervención o injerencia, *necesariamente tiene efecto o incide en su conciencia*; es decir, tiene un impacto en su conocimiento espontáneo y más o menos vago, o claro y reflexivo de la realidad, y en su conocimiento del bien y del mal y su capacidad para enjuiciar moralmente los actos propios y los de los demás.
220. Sin embargo, admitir que esa intervención o injerencia externa puede estar *influyendo* en la mente del niño respecto a su percepción de la realidad (en su conciencia) y particularmente en la concepción que tiene del progenitor rechazado, **no debe negar, per se**, la capacidad del menor de formarse su propio juicio de la realidad, con sus propias concepciones del mundo que le rodea y con un esquema de valores propio, conforme a su grado natural de desarrollo, pues acorde a esto último, *si bien el menor puede recibir la intervención o injerencia en su psique*, ello necesariamente se conjuga con su propia percepción de la realidad y su propia capacidad de juicio. El efecto de la influencia externa dependerá también de la madurez mental del niño según sus conocimientos y su experiencia de vida y del grado de desarrollo de su propia personalidad, conforme a su autonomía progresiva.
221. Ese reconocimiento de la autonomía progresiva del menor de edad en el contexto de conductas de "alienación parental", reconociendo su propia percepción y capacidad de juicio sobre la realidad que lo rodea, no se alcanza si la norma lo concibe como un ser *transformado en su conciencia* sólo a partir de intervenciones o injerencias externas provenientes de un miembro de su familia (entre ellos, de su padre o madre); ello, porque asumir que alguien *transformó su conciencia*, entraña la idea totalizadora de que la conciencia del menor está anulada, que su propia percepción de la realidad y su propia capacidad de juicio según su etapa de desarrollo, no tienen peso alguno en su comportamiento, y tal concepción del menor, lo objetiviza y desconoce su calidad de sujeto con autonomía progresiva.

- 222.** Ello, se insiste, porque aunque la conducta regulada en la norma se constituye precisamente a partir de actos que implican una intervención o injerencia externa en la integridad *psicoemocional* del menor, y en esa medida, evidentemente dicha conducta supone *un efecto* en la mente de éste que trasciende a sus emociones y sentimientos; entender que con ello se produce una *“transformación de su conciencia”*, primero, implica negar que el menor de edad tenga su propio conocimiento y percepción de la realidad y su propia capacidad de juzgarla, y que estas condiciones inherentes a él estén presentes en su comportamiento; y segundo, entrañaría desconocer que el efecto de la intervención o injerencia externa, no pueden producir el mismo impacto o incidir con la misma intensidad, en la conciencia de un niño de cinco años, de un niño de doce años, o en la de un adolescente de quince años, pues es innegable que ello dependerá de la madurez física y mental de cada uno conforme a su grado de desarrollo. Así, no sería viable admitir como premisa que la conducta del agente activo pueda transformar, por sí, la conciencia del menor, pues aceptar tal condición, trastoca la concepción del menor como un sujeto con autonomía en desarrollo.
- 223.** Consecuentemente, la previsión legal en estudio resulta inconstitucional, porque suponer un resultado de *conciencia transformada* en el menor de edad, dada la connotación advertida de dicha locución, deviene en un impedimento lógico para que el juzgador y sus auxiliares (peritos) *tengan en cuenta la condición de los menores como sujetos con autonomía progresiva*; siendo que, por el contrario, tal condición de autonomía tendría que ser atendida al examinar y determinar la presencia o no del supuesto de violencia familiar en un caso concreto.
- 224.** Aunado a lo anterior, la exigencia de un resultado de “conciencia transformada” en el menor de edad, no es una previsión acorde con el deber del legislador de brindar una protección especial y reforzada a los derechos de los menores, pues conforme a ese elemento de la descripción normativa, la actualización de la conducta de violencia familiar supone la acreditación de un resultado de daño real y actual en el menor de edad, y como se ha precisado con antelación, este Alto Tribunal ha sostenido que tratándose de la protección de los derechos de los menores, en el caso, el derecho a no ser sujeto de ninguna forma de violencia, basta la posibilidad de un mero riesgo de daño para que la actuación de las autoridades estatales conforme a sus competencias y de acuerdo con el interés superior del menor, se intensifique y refuerce, en la consecución de una protección eficaz.
- 225.** Asimismo, debe señalarse que la porción normativa no garantiza la protección de la integridad psicoemocional del menor y de su derecho a mantener una sana relación con ambos padres, porque conforme a estos propósitos, el supuesto legal debiera poner su énfasis *en la descripción y proscripción de las conductas alienadoras que perjudican al niño*, y en el *resultado de rechazo de éste a la relación con uno de sus progenitores*, en tanto esto último es la manifestación material que se observaría como consecuencia de aquélla; pero no en exigir un determinado resultado de “conciencia transformada” en el niño, niña o adolescente.
- 226.** La inclusión del elemento normativo analizado, induce a los operadores de la ley a considerar que la conducta reprochable sólo constituye violencia familiar cuando se actualiza ese, de por sí, complejo y cuestionable resultado de “conciencia transformada” en el menor, y deja de lado que lo relevante en la configuración de la hipótesis de violencia familiar, tendrían que ser los actos de injerencia que recibe y que afectan su integridad psicoemocional y su relación con uno de sus progenitores.
- 227.** En conclusión, si la norma supone que la conciencia del menor *ha sido transformada*, ello implícitamente desconoce a los menores de edad como sujetos con autonomía progresiva y no permite que se realice un análisis diferenciado del fenómeno en cada caso, acorde con la condición particular del menor, para ponderar conforme a su circunstancia, si existe o no una manipulación o inducción en su percepción y concepción de la realidad, como causa determinante de su comportamiento; y al concebirlo de ese modo, lo hace víctima de una doble violación a sus derechos: el derecho a su integridad psíquica y su derecho a ser considerado como sujeto con autonomía progresiva.
- 228.** A mayor abundamiento, es conveniente reiterar que, acorde con los expertos, partiendo de una aproximación sistémica del fenómeno, la actualización de la alienación parental puede obedecer a diversos factores, que van desde condiciones externas al entorno familiar, la propia dinámica familiar y el especial contexto de conflicto de separación de los padres, características particulares de los integrantes de la familia y en especial, de los menores de edad, y no necesariamente a actos de manipulación o inducción.

229. De ahí la importancia de que, en el examen de la conducta de violencia familiar, que sólo se refiere a los casos en que la conducta del menor tenga como causa determinante la intervención o injerencia de un miembro de la familia y particularmente del otro progenitor, se tenga en cuenta la autonomía progresiva de éstos y no se anule de facto tal condición con motivo de la propia descripción del supuesto legal hecha por el legislador.
230. Por tanto, **artículo 336 Bis B** impugnado, es inconstitucional e inconveniente por las razones apuntadas, lo que conduce a declarar su **invalidez**.
- ii. Violación del derecho de los menores de edad a emitir su opinión en los procedimientos que les atañen y a que ésta sea tomada en cuenta**
231. En su segundo concepto de invalidez (y en parte del primero), la Defensoría accionante argumenta que el artículo 336 Bis B, en la porción que establece un resultado de “conciencia transformada”, también vulnera el derecho de los menores de edad a opinar en los asuntos que los afectan y a que su opinión sea tomada en cuenta, pues, al partirse de la consideración de que la conciencia del menor esta transformada, resulta que su dicho en el proceso se considera manipulado, de manera que se excluye o se anula.
232. La Defensoría refiere básicamente que las previsiones del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran el derecho a ser oído que ostentan todas las personas. Estas medidas son aplicables en el marco del procedimiento para facilitar la adecuada participación del niño, por lo anterior, el menor debe tener la posibilidad efectiva de manifestar sus opiniones de tal modo que puedan tener influencia en el contexto de la toma de decisión.
233. Asimismo, afirma que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño implica que los Estados Partes tienen la obligación de adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias destinadas a asegurar que existan mecanismos, en el marco de los procedimientos administrativos y judiciales, para recabar de forma oportuna y adecuada las opiniones del menor sobre los asuntos que les afectan y que son objeto de análisis y decisión en el marco de esos procedimientos.
234. De esta forma se deben adaptar las metodologías de comunicación que se vayan a utilizar a fin de facilitar la expresión de las opiniones de todos los niños, en particular deben atenderse los requerimientos y necesidades de aquellos niños que puedan tener mayores dificultades o barreras para expresarse, ya sea por su corta edad y las limitaciones que ello pudiera suponer en sus habilidades para verbalizar sus opiniones, debiéndose cuidar aspectos como lenguaje, información para el menor, evitar la revictimización, y evaluarse caso por caso sin generalizar.
235. En este tenor, afirma que la definición de AP impugnada invalida por sí misma el dicho del menor o del adolescente ya que presupone que la capacidad del niño para pensar por sí mismo es inválida. Sostiene que el menor se vuelve “alienado” por lo que la falta de veracidad de su dicho, no se agota en ciertos testimonios, sino que la alienación se vuelve característica personal del menor de edad.
236. Finalmente argumenta que la porción normativa impugnada, tipifica comportamientos del niño que constituyen la manera en que éste, por su edad y grado de desarrollo pide ayuda. Señala que la reforma del ordenamiento local, se basa en los ocho síntomas descritos en la teoría del SAP por Richard Gardner lo que, a su juicio, tiene por efecto desacreditar y anular cualquier valor o testimonio del menor o adolescente que haya sufrido violencia o abuso sexual, poniéndolos frente a un proceso de victimización secundaria en tanto se les obliga, a través de constantes interrogatorios y entrevistas, a revivir los hechos posiblemente violatorios de sus derechos.
237. En torno a esos planteamientos, debe decirse lo siguiente.
238. En primer término, cabe reiterar que los argumentos bordados por la accionante tendentes a demostrar la inconstitucionalidad de la porción normativa impugnada a partir de la consideración de que la medida que se analiza regula o acoge el SAP de Richard Gardner devienen **infundados**.
239. Como se aclaró previamente, si bien es cierto que el legislador oaxaqueño, en uno de los documentos soporte del proceso legislativo que dio lugar a la norma cuestionada, para motivar el reconocimiento sobre la existencia del fenómeno de alienación parental, analizó y aludió a la teoría de Richard Gardner que considera un “síndrome” a la conducta en cuestión; también lo es que el legislador aludió a la existencia de otras referencias en los foros de la psicología y la psiquiatría que postulan en general la presencia de conductas de alienación parental, sus manifestaciones y su posibilidad de diagnóstico; y finalmente, en la norma expedida se recogió a la AP como una forma específica de violencia familiar en un concepto abierto, y no así como un síndrome médico identificable a través de síntomas bajo la construcción teórica de Gardner.

240. Por otra parte, este Alto Tribunal considera que algunos de los planteamientos del accionante en relación con la violación del derecho de los niños de ser escuchados en los procedimientos que les conciernen y a que su opinión se tome en cuenta, son sustancialmente **fundados**.
241. Como se expuso en apartado anterior de esta resolución, uno de los derechos de libertad de los menores de edad y que concretizan su acceso a la justicia, es **el derecho a expresar su opinión y a que ésta se tome en cuenta en los asuntos que les afectan**; en el entendido que su opinión deberá ser considerada atendiendo a su edad y madurez, y ponderada conforme a su interés superior en las circunstancias del caso concreto. Este derecho está estrechamente vinculado al diverso de reconocimiento de la autonomía progresiva, pues es conforme a ésta, que se puede alcanzar plenamente su efectividad.
242. En ese entendido, este Tribunal Pleno llega a la convicción de que el artículo 336 Bis B impugnado, en cuanto alude a un resultado de "*conciencia transformada*", también vulnera el derecho de los menores de edad a manifestar su opinión en los asuntos que les conciernen y a que ésta sea tomada en cuenta.
243. De inicio, debe decirse que, el hecho de que el artículo en estudio no prevea expresamente la obligación a cargo del juez de escuchar a los menores de edad en los procedimientos jurisdiccionales, en relación con la determinación del supuesto de violencia familiar por alienación parental, no basta para considerar que se vulnera este derecho de los niños.
244. En términos del propio Código Civil del Estado de Oaxaca, de la Convención Sobre los Derechos del Niño, así como de los múltiples criterios emitidos por este Máximo Tribunal a la luz del interés superior del menor, *resulta clara la obligación de los juzgadores de escuchar a los menores de edad en todo procedimiento jurisdiccional que los afecte y de tomar debidamente en cuenta sus opiniones*.<sup>80</sup>
245. Sin embargo, lo que aquí se impone discernir es una condición inherente al propio texto normativo que se analiza, que puede resultar susceptible de hacer ilusorio el ejercicio de ese derecho.
246. Ello, porque como se ha visto en el punto de estudio anterior, el supuesto de violencia familiar que se examina supone como resultado de la conducta del activo, que el menor *ha sido transformado en su conciencia*; y esto, trae consigo la carga argumentativa de que lo que el niño diga no es en mérito a su propio juicio, sino que es reflejo de una injerencia externa en su psique y, por tanto, que el juez deba descartar sus opiniones o manifestaciones de facto, por no ser propias, de modo que la condición apuntada necesariamente repercutirá en la valoración de su dicho.
247. Así, como se sostuvo en relación con el derecho de los menores a ser considerados como sujetos con autonomía progresiva, debe precisarse que también tratándose del derecho a ser escuchados en los procesos jurisdiccionales que les conciernen y a que sus opiniones se tomen en cuenta, respecto de este supuesto de violencia familiar, **es fundamental que el niño sea realmente escuchado y ponderadas sus opiniones o manifestaciones**, tanto por los auxiliares del Juez (peritos) como por el propio juzgador, en el abordaje psicológico que se emprenda para determinar si existe o no la condición de violencia familiar.
248. Y tal escucha del niño, exige precisamente que no se descarten o se desatiendan de facto sus manifestaciones y opiniones sobre su rechazo hacia uno de sus progenitores; pues siendo el menor de edad el sujeto pasivo de la conducta de violencia familiar, su condición es precisamente el objeto de estudio, y en ese sentido, no sólo debe ser considerado sujeto con autonomía progresiva, sino que debe ser plenamente escuchado, ponderando sus opiniones de acuerdo a su edad, madurez y circunstancias, para poder establecer si existe o no una condición de alienación parental.

---

<sup>80</sup> Décima Época. Registro: 2009999. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. XXV/2015 (10a.). Página: 236. Rubro y Texto: **"INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. OBLIGACIONES QUE, PARA SU PROTECCIÓN, DERIVAN PARA EL ESTADO MEXICANO, TRATÁNDOSE DE PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES**. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en observancia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que la obligación del Estado de proteger el interés superior de los menores durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados implica, entre otras cuestiones, los siguientes débitos: (I) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; (II) asegurar, especialmente en los casos en que hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, que su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado; y, (III) procurar que no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, su revictimización o un impacto traumático".

249. Sin embargo, al prever la norma un resultado de *conciencia transformada* en el menor de edad, en estricto sentido, implícitamente induce al Juez y a los auxiliares de la administración de justicia, en el proceso de determinación psicolegal de la conducta, a considerar en el menor de edad una condición de incapacidad que lo anula, pues se entenderá que se encuentra privado de su capacidad de conocer y percibir su realidad y emitir su propio juicio.
250. De modo que, si bien pudiere llevarse a cabo el acto procesal donde el menor de edad podrá formal y materialmente externar sus opiniones sobre los hechos que le conciernen; lo cierto es que, al indagarse respecto de la existencia de actos de AP, conforme a la definición del supuesto normativo, que presupone que los menores son objeto de transformación de su conciencia y que no son autónomos en sus opiniones, ello indefectiblemente repercute en la valoración de su dicho, lo cual, incide, por tanto, en que de fondo no se tomó en cuenta su opinión pues se considerará que está “alienada”.
251. En ese tenor, se reitera que, si existiere una intervención en su psique producto de actos de manipulación o inducción externos, los efectos de esa injerencia tendrían que entenderse en el contexto del ejercicio del menor de edad de su autonomía progresiva, y en consecuencia, el ejercicio de su derecho a ser escuchado en el proceso y a que su opinión se tome en cuenta, también tendría que ser preservado conforme a dicha autonomía, en aras de una correcta detección y determinación del supuesto de violencia familiar, sin desecharse o descartarse sus manifestaciones de entrada, a partir de la idea de que el menor tiene su conciencia transformada, *lo que no garantiza la norma al prever en su texto como resultado de la conducta, precisamente esa condición.*
252. El derecho en estudio exige que el juzgador parta de la consideración de los menores como sujetos de derecho con autonomía progresiva y no así de que, para que ello suceda, se tenga que desvirtuar que el niño no tiene una “conciencia transformada”. No obstante, si en términos de la definición impugnada la expresión del menor no es en mérito propio sino que es reflejo de una actitud de manipulación o de una injerencia negativa externa, resulta que el juzgador debe descartarla de entrada, lo que se traduce en una afectación tanto de su derecho a emitir una opinión y a que esta sea debidamente tomada en cuenta, así como en la vulneración de que las decisiones que se tomen en el juicio sean en su mejor interés.
253. Así pues, este Alto Tribunal concluye en el sentido de que el **artículo 336 Bis B** del Código Civil del Estado de Oaxaca, en cuanto a la *descripción* del supuesto de violencia familiar a partir de señalar un resultado de *conciencia transformada*, vulnera el derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos jurisdiccionales que les atañen y a que su opinión sea tomada en cuenta, por lo que también por ello se debe declarar inconstitucional e inconvencional.

**C. Supuesto de violencia familiar por AP previsto en el segundo párrafo del artículo 429 Bis A del Código Civil del Estado de Oaxaca**

254. Como se explicó en la parte inicial de este apartado de estudio, la Defensoría accionante planteó sus conceptos de invalidez en relación con la imputación de inconstitucionalidad de la definición de AP, *de manera conjunta*, pretendiendo impugnar tanto la conducta descrita en el artículo 336 Bis B, como la prevista en el diverso 429 Bis A, segundo párrafo; esto, partiendo implícitamente de la consideración de que ambas normas, en tanto se refieren a la “alienación parental”, se complementaban.
255. A ese respecto, esta Suprema Corte consideró que la configuración de la conducta de alienación parental prevista en cada uno de esos dispositivos **debía examinarse de manera independiente**, por las razones ya apuntadas.
256. En párrafos anteriores se ha establecido la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del texto del artículo 336 Bis B en cuanto a la descripción de la conducta allí contenida, por transgredir, en los términos explicados, el derecho de los menores de edad a ser considerados sujetos con autonomía progresiva, y su derecho a ser escuchados en los procedimientos jurisdiccionales que les conciernen y a que su opinión sea tomada debidamente en cuenta.
257. Por tanto, corresponde ahora hacer el análisis respecto de la constitucionalidad de la definición de AP prevista en el artículo 429 Bis A, segundo párrafo.
258. Los argumentos que la accionante enderezó para cuestionar dicha norma, en lo que ve a la configuración de la conducta, se hicieron consistir en la vulneración a derechos humanos de los menores de edad, por los motivos siguientes:

- Objetivación del niño y vulneración al principio de autonomía progresiva.
  - Violación al derecho de los niños a emitir su opinión y a que la misma sea tomada en cuenta.
  - Generación de procesos de victimización secundaria en contra de niños, niñas y adolescentes.
- 259.** Para atender a esos argumentos de invalidez respecto del artículo 429 Bis A, párrafo segundo, se impone reiterar su contenido:
- “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.”
- 260.** Esta norma describe la conducta a partir de señalar los *actos reprochables al sujeto activo*: actos de manipulación o inducción, la *forma de realización de esos actos*: desaprobación o crítica del otro progenitor; y el *resultado de esa conducta* en el menor de edad: sentimientos de rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor.
- 261.** Precisada la forma en que se configuró la conducta de AP en este precepto, se responde a los conceptos de invalidez planteados.
- i. Objetivación del menor de edad y vulneración del principio de autonomía progresiva**
- 262.** La descripción de la conducta de AP hecha en la norma que se analiza, *no vulnera* el derecho de los menores de edad a ser considerados sujetos con autonomía progresiva.
- 263.** Este precepto no prevé la exigencia de un resultado de “*conciencia transformada*” en el niño, niña o adolescente víctima de la conducta de alienación parental; argumento en el que la accionante apoyó fundamentalmente su disenso y que fue resuelto como fundado por esta Suprema Corte respecto del artículo 336 Bis B, conforme al texto de este último dispositivo.
- 264.** En el artículo 429 Bis A la definición de AP se construyó mediante la incorporación de conceptos que no trastocan la concepción del niño como sujeto con autonomía en progresión; esto, porque la norma describe la conducta del padre o madre alienador, como actos dirigidos a “*manipular*”<sup>81</sup> o “*inducir*”<sup>82</sup> al menor, *emitiendo crítica o desaprobación del otro progenitor*, y que causan en el niño *sentimientos de rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio* hacia el alienado; conductas y resultado que, aunque en su contenido reconocen o entrañan *una influencia* en la psique del menor de edad encaminada a provocar en él determinadas reacciones, sentimientos o comportamientos, su concepción no tiene el alcance de entender anulada la conciencia del menor.
- 265.** En apartado anterior se ha sentado como presupuesto de la conducta de AP, que se trata de un supuesto específico de violencia familiar de tipo psicoemocional que se refiere a una intervención o injerencia externa *en la psique* del menor de edad, y por tanto, la conducta regulada *necesariamente tiene efecto o incide en su conciencia*. Es decir, que tiene un impacto en su conocimiento espontáneo y más o menos vago, o claro y reflexivo de la realidad, y en su conocimiento del bien y del mal y su capacidad para enjuiciar moralmente los actos propios y los de los demás.
- 266.** Sin embargo, también se ha dicho que admitir que esa intervención o injerencia externa puede *influir* en la mente del niño respecto a su percepción de la realidad y particularmente en la concepción que tiene del progenitor rechazado, *no debe negar, per se*, la capacidad del menor de formarse su propio juicio de la realidad, con sus propias concepciones del mundo que le rodea y con un esquema de valores propio, conforme a su natural grado de desarrollo, pues entenderlo *anulado* con motivo de dichas conductas, lo desconoce como sujeto de derecho.
- 267.** Así, este Alto Tribunal considera que los términos conforme a los cuales el legislador de Oaxaca reguló la conducta de alienación parental en el artículo 429 Bis A, son acordes con la naturaleza del fenómeno que recoge, y al mismo tiempo, dan cabida a reconocer la autonomía progresiva del menor; pues señalar que puede ser objeto de actos de manipulación o inducción en su integridad psíquica, y que esos actos pueden generar en él los sentimientos que describe la norma, *no desconoce* su capacidad de pensamiento y de juicio, pues no parte de la base de que, en cualquier caso de AP, su conciencia haya sido transformada.

<sup>81</sup> Intervenir con medios hábiles y, a veces, areros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares. Cfr.: Diccionario de la Real Academia Española (fecha de consulta: 16/08/2016), *sitio: www.del.rae.es* (En línea) dirección: <http://dle.rae.es/?id=OENHzSq>.

<sup>82</sup> Mover a alguien a algo o darle motivo para ello; provocar o causar algo. Cfr.: Diccionario de la Real Academia Española (fecha de consulta: 16/08/2016), *sitio: www.del.rae.es* (En línea) dirección: <http://dle.rae.es/?id=LRVtrWa>.

268. Asimismo, debe destacarse que esa configuración de la conducta desde la perspectiva de la actitud del progenitor alienador, que ejerce una fuerza moral o influencia para causar algo, o la intervención con medios hábiles con el objeto de distorsionar la verdad al servicio de sus intereses, pone el énfasis en la proscripción de la conducta dañosa del progenitor y no en la condición del niño; asimismo, el resultado que se propone respecto del menor -la presencia de determinados sentimientos-, alude sólo a un estado psicoemocional del niño, sin exigir en él una condición de "conciencia transformada".
269. Sobre todo, la descripción de la conducta en esos términos, aun cuando supone, como se expuso con anterioridad, que la intervención o injerencia del padre o madre alienador se produce en la mente del niño, con afectación de su integridad psíquica; no niega en él la capacidad de formarse su propio juicio, ni impide considerar presente en su comportamiento su propia autonomía, conforme a su madurez mental y su experiencia de vida. Por ende, aunque se reconoce su calidad de víctima de conductas alienadoras, no se produce un desconocimiento de su condición de sujeto con autonomía progresiva, lo que se traducirá en un mayor equilibrio en la evaluación de la afectación sufrida.
270. En esos términos, el segundo párrafo del artículo 429 Bis A no impone condicionamientos al juzgador ni a los auxiliares de la administración de justicia (peritos en psicología) que los conduzcan a negar la autonomía progresiva del niño en el momento del abordaje psicolegal, aun en la circunstancia de lo que la norma denomina "alienación parental".
271. Cabe reiterar que el artículo 429 Bis A, establece el deber de los progenitores de abstenerse de realizar cualquier acto de *alienación parental* encaminado a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor; y como quedó señalado con anterioridad, el legislador de Oaxaca conforme a su libertad configurativa determinó cuál sería la conducta que, para efectos del propio Código Civil se consideraría "alienación parental".
272. En ese sentido, el párrafo segundo del artículo 429 Bis A aquí impugnado, contiene la definición que como realidad social reguló el legislador ordinario en aras de cumplir su obligación constitucional y convencional de proteger el interés superior del menor, al margen de que tal definición resulte acorde o no a una u otra doctrina, toda vez que como se precisó, si bien no existe un consenso unánime sobre la conceptualización de la conducta, si se acepta la existencia de la misma.
273. Por otra parte, se observa que al no exigirse en el precepto que se examina que el menor de edad presente un resultado de "conciencia transformada", sino únicamente la presencia de sentimientos de rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia uno de sus progenitores, la norma permite la detección de la conducta y la intervención judicial oportuna ante un mero riesgo de daño en la integridad psíquica del menor, lo que es acorde con la protección reforzada de sus derechos.
274. No pasa inadvertido para este Tribunal Pleno, que la descripción normativa de la conducta que el legislador se propuso regular como "alienación parental", en tanto alude a la manipulación e inducción por parte del sujeto activo, a través de la crítica o desaprobación del otro progenitor, que cause en el menor de edad los sentimientos de rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el alienado, es una descripción general o abierta que puede entenderse referida a actos reiterados del activo, o bien, a actos únicos, siempre y cuando sean capaces de causar en el menor los sentimientos que la norma establece; por tanto, es tarea de los peritos auxiliares de la administración de justicia y de los juzgadores, examinar con prudente arbitrio los casos sometidos a su conocimiento, para establecer con certeza la actualización de la conducta regulada por la norma.
275. En este sentido, devienen **infundados** los argumentos de la parte actora tendentes a demostrar la inconstitucionalidad de la definición de AP prevista en el segundo párrafo del artículo 429 Bis, A por vulnerar la condición de los niños como sujetos de derecho con autonomía progresiva.
- ii. Derecho de los menores de edad a opinar en los procesos jurisdiccionales que les conciernen y a que su opinión se tome en cuenta.**
276. En su segundo concepto de invalidez, la accionante sostiene que la definición de la conducta recogida en el artículo 429 Bis A es inconstitucional e inconveniente por vulnerar el derecho de los niños de opinar en los asuntos que los involucran, y a que su opinión sea tomada en cuenta; y tal aserto, también lo hace descansar en que se considera que su conciencia *ha sido transformada*.
277. Por otro lado, argumenta que la norma impugnada entraña un proceso de victimización secundaria en tanto que se obliga al menor, a través de *constantes interrogatorios y entrevistas*, a revivir los hechos posiblemente violatorios de sus derechos.

278. Como se aclaró previamente, la violación del derecho de los niños a opinar está íntimamente relacionada con la consideración de aquellos como sujetos de derecho con autonomía progresiva; precisamente a partir de la consideración de que cada niño es un sujeto en evolución es que se reconoce que su opinión debe ser considerada, atendiendo siempre a su edad y madurez.
279. En la definición prevista en el artículo 429 Bis A, como se ha precisado, *no* se parte de la consideración de que la conciencia del menor está transformada y, en consecuencia, no es dable sostener que del precepto derive la conclusión de que el dicho del menor está viciado de origen y por ello pueda ser anulado, por ende, su derecho a ser escuchado en el proceso y a que su opinión se tome en cuenta, no se ve trastocado.
280. Lo anterior se fortalece de un análisis sistemático del Código Civil local. En efecto, cabe señalar que en el Decreto 1380 que emitió las disposiciones impugnadas, también se expidieron otros artículos que no son controvertidos en la presente acción de inconstitucionalidad.
281. Sobre este particular, el Decreto 1380 expedido por la LXII Legislatura Constitucional del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, en su artículo único estableció:
- “La Sexagésima Segunda Legislatura del Honorable Congreso del Estado reitera en su totalidad las disposiciones del Decreto 1360, aprobado en sesión ordinaria de fecha diez y nueve (sic) de dos mil quince mediante el cual se reforman los artículos 336 Bis B, 459 fracción IV y 462 fracción IV; se adicionan los artículos 429 Bis A y 429 Bis B, todos del Código Civil para el Estado de Oaxaca, observadas por el Gobernador Constitucional del Estado para quedar nuevamente como sigue:
- (...)
- Artículo 429 Bis B.-** A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchando (sic), deberá contar con un Asistente de menores o un perito, debiendo ser en ambos casos profesional en psicología, quien asistirá al menor para facilitar la comunicación libre y espontánea, valorar su aptitud para comprender los hechos y darle protección psicoemocional en las sesiones donde sea oído por el Juez en privado sin la presencia de los progenitores. El menor para ser escuchado deberá contar con una edad mínima de 7 años, de acuerdo a lo que establece el Código Civil para el Estado de Oaxaca.
- Dicho asistente será designado por el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia o la Dirección de Servicios Periciales del Tribunal y tendrá la facultad de solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guardia y custodia del menor dar cumplimiento a sus requerimientos...”.
282. Del artículo transcrito, se aprecia la obligación del Juez de escuchar y tomar en cuenta la opinión del menor, de forma adecuada, para efectos de acreditar la alienación parental. El menor deberá contar por lo menos con siete años de edad, tal y como lo marca el Código Civil local y podrá ser entrevistado hasta dos veces por parte de un profesional en psicología, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guardia y custodia, dar cumplimiento a dicho requerimiento.
283. Aunado a lo anterior, como se señaló, la obligación del Juez de escuchar a los niños en los procedimientos que los afectan, no sólo se deriva del Código Civil local, sino de diversos tratados internacionales, así como de criterios jurisprudenciales emitidos por este Máximo Tribunal, de los que resulta que a la luz del interés superior del menor, el Estado está obligado a asegurar que los niños sean escuchados en todo procedimiento jurisdiccional que los afecte y que su opinión sea tomada en cuenta.
284. Por otro lado, este Tribunal Pleno advierte que las afirmaciones de la accionante en el sentido de que el precepto impugnado conlleva un proceso de victimización secundaria en tanto se obliga al menor, a través de constantes interrogatorios y entrevistas, a revivir los hechos posiblemente violatorios de sus derechos, carecen de sustento.
285. En primer término, debe decirse que no pasa inadvertido que esa argumentación de la accionante se apoya en una premisa contradictoria con su postura medular respecto del derecho de los menores en cuestión; puesto que, por una parte, sostuvo la inconstitucionalidad del artículo en estudio bajo el alegato de que la descripción de la conducta de alienación parental no permitía que la opinión del menor de edad fuera escuchada y tomada en cuenta en el proceso y en el punto que se examina, aduce la inconstitucionalidad del mismo precepto afirmando que los actos procesales de entrevista al menor redundan en su revictimización, por lo que resultan incompatibles sus planteamientos.

286. Al margen de ello, como quedó aclarado en líneas anteriores, en términos del artículo 429 Bis B, *no* se vulnera el derecho del menor de opinar y que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en el proceso; puesto que el dicho del menor deberá ser valorado por el Juez tanto en términos del marco constitucional, convencional y de lo previsto en el propio código local, así como atendiendo a los criterios emitidos por este Máximo Tribunal en la materia; *directrices que la norma cuestionada no coarta ni vulnera en modo alguno*.
287. Por lo anterior, y contrario a lo afirmado por la Defensoría accionante, este Tribunal Pleno concluye que el segundo párrafo del artículo 429 Bis A no vulnera ese derecho de los menores, por tanto, es constitucional, por ser acorde a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

**iii. Generación de procesos de victimización secundaria en contra de niños, niñas y adolescentes que han sufrido violencia familiar o abuso sexual**

288. En los conceptos de invalidez primero, inciso “d”, y segundo inciso “d”, la accionante introduce el argumento de que la regulación de la alienación parental, *en tanto supone que el dicho del niño es producto de una manipulación y se encuentra viciado, y conduce a anular su testimonio en el procedimiento*, puede generar procesos de victimización secundaria en contra de menores que han sufrido otras formas de violencia o inclusive abuso sexual por parte del progenitor que se dice alienado.
289. Aduce que lo anterior excluye cualquier posibilidad de que los operadores de justicia inicien investigaciones de oficio respecto de sospechas de abuso o violencia sexual contra los menores; esto, reitera, porque los parámetros que se utilizan para detectar el SAP son los mismos que se usan como indicadores para la valoración de la violencia familiar y/o del abuso sexual, y la conducta del menor es la forma natural en la que el niño pide ayuda.
290. Este Tribunal Pleno considera que tal planteamiento no evidencia la inconstitucionalidad de la norma controvertida que se examina.
291. Como se ha visto, el artículo 429 Bis A, párrafo segundo, del Código Civil del Estado de Oaxaca, exige para su actualización la presencia de conductas específicas de *manipulación e inducción* por parte del sujeto activo, a través de actos concretos de *desaprobación o crítica*, como origen causal de los sentimientos que el menor experimente hacia el progenitor que se dice alienado y que constituyen el obstáculo para el desarrollo de su relación afectiva con dicho progenitor.
292. Y se ha precisado que el hecho de que el menor de edad, con motivo de esos actos del sujeto activo, pueda presentar esos sentimientos que describe la norma (rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio) hacia el progenitor presuntamente alienado, ello en modo alguno conduce a negarle su autonomía progresiva, y por tanto, su dicho no puede ser anulado *per se*, bajo la consideración de una supuesta condición psíquica que le impida juzgar por sí mismo su realidad (los actos propios y los de los demás).
293. De manera que este Tribunal Pleno no encuentra elementos objetivos para colegir válidamente que el contenido normativo del precepto en estudio, pueda dar pauta para que, *de existir actos de violencia familiar en cualquiera de sus formas, incluido el abuso sexual*, ejecutados contra el menor de edad por parte del progenitor que se afirma alienado, tales actos queden encubiertos por un ficticio escenario de “alienación parental”.
294. Si las manifestaciones que vierta el menor de edad (o cualquiera de las partes en el proceso jurisdiccional) entrañaran la denuncia de actos de violencia de cualquier otra índole o de abuso sexual, proveniente del padre o madre que se diga alienado, o bien, si del abordaje psicológico del menor pudiere derivarse presuntivamente como causa de su comportamiento tal violencia o abuso, *la norma en modo alguno excluye los deberes de las autoridades para investigar los hechos conducentes*.
295. No pasa inadvertido que la accionante construye el argumento en cuestión, a partir de retomar algunos elementos de la propuesta teórica de Richard Gardner sobre el “SAP”, en tanto dicho autor consideró que uno de los argumentos que puede dar el niño o el progenitor alienador, para justificar el rechazo hacia el padre o la madre alienado, es que ha sido víctima de actos de violencia o de abuso sexual por parte de este último; sin embargo, como se ha precisado en este fallo, no es acertado sostener que la norma en cuestión regule el SAP de Gardner, pues el propio legislador en su exposición de motivos dejó claro que no fue así; por lo que debe entenderse que la intervención psicolegal oficial respecto de la conducta de alienación parental a que se refiere la norma debe hacerse desde un enfoque amplio.

296. Sentado que la norma no tiene el alcance que le atribuye la accionante, a mayor abundamiento, es pertinente señalar que es deber de toda persona, y particularmente de un padre o madre, denunciar ante la autoridad competente, los actos de violencia familiar que sufra un menor de edad, para que se investigue el hecho, con las consecuencias jurídicas conducentes.
297. El supuesto específico de violencia familiar por alienación parental, como se ha visto, por regla general, atento a su naturaleza y particularidades, es objeto de intervención judicial oficial, no en forma aislada, sino en el contexto de controversias del orden familiar relativas a la separación de los padres y a las disputas relativas a la patria potestad, a la guarda y custodia de los hijos y a los regímenes de convivencia.
298. De modo que si la razón del rechazo o animadversión que muestra el menor de edad hacia uno de sus progenitores, pudiere tener su origen causal en la conducta del propio progenitor rechazado, y *particularmente en actos de violencia familiar (de cualquier tipo) perpetrados por ese progenitor contra el menor*, algunos expertos, incluido el propio Richard Gardner, dejan claro que en tal caso no se está en presencia de alienación parental, en su sentido estricto, es decir, no se actualizaría el supuesto de violencia familiar que se examina.
299. En esa lógica, si necesariamente esa hipótesis específica de violencia familiar por alienación parental se manifiesta en el contexto de disputas judiciales del orden familiar, por la guarda y custodia de los hijos y los derechos de convivencia, no es dable admitir que un padre o una madre que quiere conservar el cuidado de sus hijos, no denuncie ante el Juez que conoce del proceso familiar respectivo, la existencia de actos de violencia familiar contra el niño, provenientes del progenitor que se dice alienado, por miedo a que se le impute la realización de actos de alienación parental con el riesgo de perder o no obtener dicha guarda y custodia; siendo que la existencia de esos actos de violencia contra el niño (física, emocional o sexual) sería determinante para demostrar que el repudio del niño hacia el padre o madre respectivo, tiene una justificación objetiva en esa violencia y no en una condición de "alienación parental", tal como está regulada en la norma; de ahí que no se estime adecuado el planteamiento analizado, para atribuir algún vicio de inconstitucionalidad al precepto.
300. Así pues, se concluye que devienen **infundados** los conceptos de invalidez tendentes a demostrar la inconstitucionalidad de la definición de AP prevista en el segundo párrafo del artículo 429 Bis A del Código Civil del Estado de Oaxaca.

**IV. CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 429 BIS A, PRIMER PÁRRAFO, RELACIONADO CON LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 459**

301. En este punto se abordará el estudio del *segundo apartado* de los conceptos de invalidez formulados por la accionante, relativos a la inconstitucionalidad que imputa al primer párrafo del artículo 429 Bis A, última parte, relacionado con la fracción IV del artículo 459 del Código Civil para el Estado de Oaxaca.
302. Los artículos impugnados son del tenor siguiente:

| <p style="text-align: center;"><b>TÍTULO OCTAVO</b></p> <p style="text-align: center;"><b>DE LA PATRIA POTESTAD</b></p> <p style="text-align: center;"><b>CAPITULO I</b></p> <p style="text-align: center;"><b>DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS</b></p>   | <p style="text-align: center;"><b>CAPÍTULO III</b></p> <p style="text-align: center;"><b>DE MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD</b></p>   |
|---|--|
| <p><b>Artículo 429 Bis A.-</b> Quien tenga el cuidado y custodia de los hijos debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad; en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental, encaminado a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor. <b>Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio.</b></p> | <p><b>Artículo 459.-</b> La patria potestad se pierde:</p> <p>(...)</p> <p><b>IV.- Cuando el que la ejerce produce actos de alienación parental, existiendo la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del menor.</b></p> |

303. De su transcripción se advierte que en el artículo 429 Bis A, primer párrafo, el legislador de Oaxaca estableció la obligación del progenitor que tenga el cuidado y la custodia de los hijos, de procurar el respeto y el acercamiento de los mismos con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad, evitando así cualquier acto de alienación parental, bajo pena *de suspenderse o declararse la pérdida de la patria potestad*.
304. Por otra parte, en la fracción IV del artículo 459, se establece la pérdida de la patria potestad respecto del progenitor que realiza actos de alienación parental, para el caso en que dichos actos pongan en riesgo la salud, el estado emocional o la vida del menor de edad.
305. Para cuestionar la constitucionalidad de estos preceptos, la Defensoría propone los siguientes conceptos de invalidez.

#### **A. Violación a los derechos del niño a vivir con su familia**

306. En este concepto de invalidez, la accionante argumenta básicamente que los artículos impugnados vulneran el derecho de los menores a vivir con su familia, pues el legislador, sin justificación, establece la suspensión o pérdida de la patria potestad como una sanción a los actos de alienación parental, que resulta desproporcional, y no prevé una medida menos restrictiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
307. Este Alto Tribunal, conforme a *la facultad de suplencia total de queja* en favor de los menores en los asuntos que puedan afectar sus derechos, en primer orden procede a hacer un pronunciamiento *oficioso* respecto de la porción normativa de la fracción IV del artículo 459 impugnada, en tanto condiciona la pérdida de la patria potestad, a que con las conductas de alienación parental *se ponga en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los menores de edad*, pues se estima que ese texto destacado de la norma *es inconstitucional*.
308. Es criterio de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación que las normas que condicionan la pérdida de la patria potestad a que con la conducta indebida de quienes la ejercen, **se comprometa o se pueda comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, son inconstitucionales**<sup>83</sup>.

<sup>83</sup> En el Amparo Directo en Revisión 12/2010, resuelto en sesión de once de marzo de dos mil once, se examinó la constitucionalidad del artículo 4.224, fracción II, del Código Civil del Estado de México, en relación con uno de los supuestos de pérdida de patria potestad allí previsto, consistente en el abandono de los deberes alimentarios. La porción normativa analizada en esa ejecutoria, es del siguiente tenor: "(...) abandono de sus deberes alimentarios [...] por más de dos meses y por ello se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los menores aun cuando esos hechos no constituyan delito". En este asunto se determinó que la norma no es constitucional porque no constituye una medida acorde con los deberes de protección reforzada de los derechos de los menores de edad conforme a su interés superior, que constitucional y convencionalmente obligan al Estado Mexicano, en tanto que exige requisitos adicionales al incumplimiento del deber alimentario, pues se presentarían casos, como en el allí analizado, en los que, cuando alguien más se hiciera cargo de las necesidades alimentarias de los menores, no se satisfaría la aludida porción del precepto para decretar la pérdida de la patria potestad, ocasionándose que los deberes constitucionales de protección de los menores a cargo de quien ejerce la patria potestad, se vieran reducidos a meras recomendaciones desprovistas de consecuencias jurídicas, impidiéndose la eficacia normativa de dichos deberes, en contravención del artículo 4º de la Constitución Federal. Del asunto anterior derivó la tesis de rubro: "PÉRDIDA DE PATRIA POTESTAD. LA PORCIÓN NORMATIVA DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 4.224 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO QUE ESTABLECE UN REQUISITO ADICIONAL AL ABANDONO DE LAS OBLIGACIONES ALIMENTARIAS POR MÁS DE DOS MESES, ES INCONSTITUCIONAL."

En el Amparo Directo en Revisión 77/2012, resuelto en sesión de veintiocho de marzo de dos mil doce, se analizó la constitucionalidad del artículo 598, fracción III, del Código Civil del Estado de Jalisco, que dispone: "Art. 598. La Patria potestad se pierde: (...) III. Cuando por malas costumbres de quienes la ejerzan o abandono de sus deberes frente a sus descendientes, se comprometa la seguridad o la moralidad de aquellos sobre quienes se ejerce, aunque esos hechos no sean penalmente punibles, o consientan que terceras personas lo realicen". En este caso, también se determinó que la norma es inconstitucional, al condicionar la pérdida de la patria potestad ante el abandono de deberes alimentarios de quienes la ejercen a que se afecte la seguridad o la moralidad del niño, por ser una medida no idónea y contraria al interés superior del menor, que exige que las normas jurídicas tengan en cuenta la amplia gama de derechos que la Constitución Federal, los Tratados Internacionales y las leyes secundarias les confieren, asimismo, porque no es acorde con la protección legal especial y reforzada que debe darse a los niños para el efectivo ejercicio de esos derechos. De ese asunto derivó la tesis de rubro: "PATRIA POTESTAD. EL ARTÍCULO 598, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO, EN LA PARTE QUE CONDICIONA LA PÉRDIDA DE AQUÉLLA A QUE SE DEMUESTRE QUE QUIENES LA EJERCEN COMPROMETIERON LA SEGURIDAD O MORALIDAD DEL MENOR, ES INCONSTITUCIONAL".<sup>83</sup>

En el Amparo Directo en Revisión 4698/2014, resuelto en sesión de seis de abril de dos mil dieciséis, se analizó la constitucionalidad del artículo 497, fracción III, del Código Civil para el Estado de Guanajuato que establece: "Artículo 497. La Patria potestad se pierde por resolución judicial: (...) III. Cuando por las costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de deberes, de quien ejerce la patria potestad, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal." En este asunto se determinó que dicha norma es inconstitucional, por condicionar la medida en el caso de malos tratamientos (en el supuesto de violencia física o emocional) contra el menor, a que se pudiere comprometer su salud, seguridad o moralidad, pues la norma no excluye la justificación de la violencia, sino que implícitamente la tolera, lo que no es admisible conforme a los deberes constitucionales y convencionales del Estado Mexicano en la protección reforzada de los derechos de los menores. De este asunto derivaron la tesis de rubros: "PÉRDIDA DE PATRIA POTESTAD. EL ARTÍCULO 497, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE GUANAJUATO, EN LA PORCIÓN NORMATIVA EN QUE CONDICIONA LA SANCIÓN A QUE PUDIERE COMPROMETERSE LA SALUD, LA SEGURIDAD O LA MORALIDAD DE LOS MENORES, ES INCONSTITUCIONAL" y "PÉRDIDA DE PATRIA POTESTAD POR "MALOS TRATAMIENTOS" PREVISTA EN EL ARTÍCULO 497, FRACCIÓN III, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO. PARA SU PROCEDENCIA, CORRESPONDE AL JUEZ DETERMINAR, DE ACUERDO CON LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO, SI LA SANCIÓN ES IDÓNEA CONFORME AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR".

309. Esto es, se ha resuelto que es inconstitucional que las conductas dañosas de los progenitores hacia los hijos, tales como el incumplimiento de los deberes alimentarios o los malos tratamientos expresados a través de actos de violencia física y psicológica, previstas en las normas como causas de pérdida de la patria potestad, estén *condicionadas* a que con ellas se pueda causar daño o se ponga en riesgo algún bien jurídico relevante de los hijos, como la seguridad, la salud o la moralidad.
310. Ello, porque de conformidad con el artículo 4º constitucional, el precepto 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el numeral 13, fracciones VII y VIII de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, los menores de edad tienen derecho a ser protegidos en su integridad personal y en su dignidad humana, *contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, y a tener acceso a una vida libre de violencia, para su sano desarrollo integral*, particularmente cuando cualquiera de esas conductas dañosas contra los menores, provengan de quienes ejerzan la patria potestad, de sus representantes legales o de cualquier persona o institución pública o privada que lo tenga a su cargo.
311. Asimismo, se ha resuelto que es compromiso adquirido por el Estado Mexicano, adoptar, entre otras, las medidas **legislativas** apropiadas para garantizar esos derechos, mediante la prevención, atención y sanción de la violencia contra los menores, en cualquiera de sus formas; siendo que, conforme a las Observaciones Generales 8 y 13, emitidas por el Comité de los Derechos del Niño respecto de las exigencias que conlleva el cumplimiento del artículo 19 de la Convención, se considera que se deben *eliminar* de las normas de derecho internas de los Estados parte, toda referencia explícita o implícita, *que autorice o justifique en alguna medida, por leve que esta sea*, la violencia contra los menores, y no sólo eso, sino prohibir expresamente el uso de la violencia contra los niños, como una de las formas de erradicar del comportamiento social dicha violencia y pugnar por métodos de crianza positivos.
312. Por ello, se ha sostenido que, cuando un dispositivo legal tolera, expresa o implícitamente, la violencia contra los menores en cualquiera de sus formas, *condicionando* la consecuencia jurídica de ésta, a que se les cause efectivamente un daño o se pueda poner en riesgo alguno de sus bienes jurídicos como su salud, su seguridad o su moralidad, dicha disposición *es inconstitucional*, por no constituir, en su propia construcción normativa, una medida legislativa eficaz para la protección reforzada de los derechos de los menores de edad.
313. Las conductas de alienación parental, como se ha visto, *afectan la integridad psicoemocional* del niño, niña o adolescente, y por ello, el Código Civil de Oaxaca las ha recogido, en un precepto, como un supuesto legal específico de *violencia familiar*, y en otro, dicha violencia familiar la establece como causa para decretar la suspensión o la pérdida de la patria potestad. De modo que no está a discusión que los actos de manipulación o inducción que se realizan para producir en el niño sentimientos de rechazo, rencor, odio, temor, miedo o desprecio por uno de sus progenitores, que constituyen la alienación parental, *sean una forma de violencia contra la integridad psíquica y emocional del menor*.
314. En ese entendido, cuando el artículo 459, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca, *condiciona* la pérdida de la patria potestad a que con los actos de alienación parental **se ponga en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los menores de edad**, tal previsión normativa implícitamente está justificando y tolerando la violencia contra ellos. Es decir, el artículo impugnado exige que alguno de esos bienes jurídicos pueda verse afectado con el acto de violencia perpetrado contra el menor para que se pueda producir la consecuencia jurídica, de modo que en realidad no es una disposición prohibitiva de la violencia en forma absoluta, *lo que no puede ser admisible en la norma*, conforme al deber del Estado de proteger de manera reforzada el derecho de los niños a una vida libre de violencia y acorde con el propósito internacional de que las normas legales sean un vehículo eficaz que contribuya a erradicar la violencia contra los menores en la familia.
315. No obstante, este Alto Tribunal también ha precisado que, el hecho de que una norma prevea como medida o consecuencia jurídica la suspensión o pérdida de la patria potestad, respecto de alguna conducta reprochable de quienes la ejercen, cometida contra el niño, niña o adolescente, no debe conducir al juzgador, en todos los casos y de manera automática, a que acreditada la conducta, necesariamente deba decretarse la medida. Esto, porque conforme al interés superior del menor, los jueces están constreñidos a ponderar las circunstancias del caso y los diversos derechos de los menores que se vean involucrados, para decidir conforme a ese principio si la medida legislativa, en el caso concreto, es necesaria por ser la más idónea y eficaz para proteger al niño, pues finalmente, como se precisó en el segundo apartado de estudio de esta resolución, la patria potestad, antes que un derecho de los padres, es una función que se les encomienda en beneficio de los hijos; por tanto, su suspensión o su pérdida, debe obedecer al interés superior de éstos.

316. Así pues, lo establecido que la porción normativa del artículo 459, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca, en la que se señala como condición para la pérdida de la patria potestad que con las conductas de alienación parental **“se ponga en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los menores de edad”**, es **inconstitucional**.
317. Por otra parte, la Defensoría argumenta que la sanción de suspensión o pérdida de patria potestad por la realización de la conducta de alienación parental **es desproporcional**, pues afecta el derecho de los menores a vivir en familia; siendo que la norma no prevé medidas menos restrictivas, aunado a que el legislador *no justifica la necesidad de la medida*.
318. Dichos planteamientos, suplidos en su deficiencia, son parcialmente **fundados**.
319. En principio, debe decirse que no asiste razón a la accionante en cuanto afirma la falta de *justificación* de la medida por parte del legislador; pues como ya se refirió, de la exposición de motivos de la reforma de los artículos que se impugnan<sup>84</sup>, se advierte que el legislador al introducir la alienación parental como una forma de violencia familiar y como causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, lo hizo atendiendo al interés superior del menor, a efecto de *proteger a los niños de una forma de violencia y una dinámica familiar que les ocasiona perjuicios en su desarrollo integral*. Por tanto, si la medida de suspensión o pérdida de patria potestad se prevé en la norma conforme a la obligación estatal de adoptar un estándar de protección reforzado de los derechos de los menores de edad, *su previsión legislativa está formalmente justificada*.
320. Ahora bien, las conductas de alienación parental, como se ha venido destacando en esta resolución, inciden en diversos derechos de los menores de edad, particularmente, aquí es relevante atender a su *derecho a no ser sujetos de violencia en el seno familiar, a vivir en familia* y, en caso de separación de los padres, a *mantener sus relaciones de convivencia con ambos progenitores*.
321. Esto, porque la conducta de alienación parental se recoge en la norma, precisamente, para la protección del primero de esos derechos de los menores (a no ser sujetos de violencia en cualquiera de sus formas); sin embargo, con la medida adoptada como consecuencia, se ven restringidos los demás derechos referidos (a vivir en familia y a mantener relaciones de convivencia con ambos padres), pues los artículos 429 Bis A, primer párrafo y 459, fracción IV, disponen *la suspensión o pérdida de la patria potestad* como medio para evitar la conducta reprochable.
322. En apartado anterior se ha precisado el contenido y alcance del derecho de los niños a una familia, explicándose básicamente que para los menores de edad, preservar su núcleo familiar es determinante para su sano desarrollo integral; y sobre esa base, éstos tienen derecho a no ser separados de sus padres contra su voluntad.
323. Asimismo, se ha dicho que la separación de los menores de edad de alguno o ambos padres, sólo puede tener justificación en el propio interés superior de los menores, mediante determinación de autoridad competente y de conformidad con la ley y procedimientos correspondientes. En ese sentido, se ha concluido que la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus padres, si bien en sí misma no es inconstitucional, sí es *excepcional*, sólo cuando se sustenta en su interés superior.
324. Por ello, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos precedentes ha sostenido que medidas como la pérdida de la patria potestad (por igualdad de razón, su suspensión), la reasignación de la guarda y custodia, así como la privación de un régimen de convivencias, en sí mismas, no son inconstitucionales, aun cuando entrañen una separación de los menores de uno o ambos padres, pero sí deben entenderse como excepcionales y deberán estar justificadas precisamente en el interés superior de los menores, pues en ellas necesariamente convergen las necesidades de protección de diversos derechos de éstos, que se impone jerarquizar y ponderar en su propio beneficio.
325. Por tanto, estas medidas, más que ser vistas como sanciones civiles a los padres, deben entenderse como medidas en beneficio de los hijos; de ahí que en las determinaciones judiciales que las decreten se ha de valorar si las mismas resultan *idóneas, necesarias y eficaces* conforme a las circunstancias del caso, para procurar el bienestar de los menores de edad a la luz de su interés superior.

<sup>84</sup> A fojas 145 a 152 del expediente de la acción de inconstitucionalidad 11/2016.

326. La suspensión o la pérdida de la patria potestad, implican, en lo que aquí interesa, que el progenitor que ha sido suspendido o ha perdido el ejercicio de la patria potestad, no puede tener a su cargo la guarda y custodia del hijo, y sólo por determinación judicial, si se estima conveniente para el menor, podrá establecerse un régimen de visitas y convivencias, como ejercicio del derecho del niño, niña o adolescente a mantener sus relaciones afectivas con dicho progenitor.
327. De manera que la suspensión o la pérdida de la patria potestad como consecuencia de actos de alienación parental, necesariamente conlleva que el padre o madre que se considere "alienador", si se encuentra en ejercicio de la guarda y custodia, sea privado de ella y ésta la tenga, por regla general, el otro progenitor; y, a lo sumo, a juicio del juez, podrá tener un régimen de visitas y convivencias con el hijo o hija, si se estimara conveniente para este último, sino, el menor quedará impedido del contacto con el padre o madre alienador.
328. Por tanto, la medida de suspensión o pérdida de la patria potestad es una medida de separación entre el progenitor alienador y el hijo víctima de la violencia, que impacta en la vida de ambos; es decir, no sólo es una medida sancionadora de la conducta del padre o madre que ejerce la violencia contra el menor de edad, sino que trasciende a este último, *pues es el destinatario esencial de la misma*, y en ese sentido, se reitera, *ha de constituirse primordialmente como una medida de protección de sus derechos*.
329. De lo anterior, este Tribunal Pleno llega a la convicción de que dicha medida adoptada por el legislador en los artículos que se analizan, como consecuencia de la actualización de conductas de alienación parental, *vulnera su derecho a vivir en familia y a mantener relaciones afectivas con ambos progenitores*. Esto, no porque la medida sea inconstitucional en sí misma, sino porque efectivamente resulta desproporcionada porque los preceptos aludidos **no dan cabida a que el juzgador haga esa ponderación del interés superior del menor conforme a las circunstancias del caso concreto, y decida si efectivamente aplicarla, resultará en beneficio del niño, niña o adolescente involucrado**.
330. Las normas controvertidas *no* permiten al Juez hacer la ponderación de la idoneidad, necesidad y eficacia de la medida allí prevista en el caso concreto, atendiendo a sus circunstancias y a los diversos derechos del niño que se vean involucrados, con la potestad de decidir su no aplicación de estimarlo conveniente y optar por alguna otra providencia que se estime más adecuada para ese fin, y ello, es suficiente para considerar que la norma impide al Juez salvaguardar el interés superior de los menores.
331. Es cierto que pudiere pensarse que, aunque la norma no aluda expresamente a esa potestad discrecional del Juez, ésta puede ser ejercida, pues está inmersa en el deber constitucional y convencional del juzgador de proteger el interés superior de los menores de edad; sin embargo, a juicio de este Alto Tribunal, la intelección de la norma cuestionada, conduce a estimar que excluye esa posibilidad, pues estrictamente dispone la prohibición de la conducta, ***bajo pena de suspensión o pérdida de la patria potestad***, previsión normativa que refleja el propósito del legislador de que la conducta se debe reprochar al alienador mediante la aplicación de esa consecuencia en forma inmediata.
332. En ese sentido, aunque se considerara que la norma, al establecer esa consecuencia, busca proteger la integridad psíquica y emocional del niño (bien jurídico que se entiende afectado por los actos de alienación parental) y evitar así que se siga vulnerando su derecho a no ser objeto de ningún acto de violencia, lo cierto es que el vicio de inconstitucionalidad del precepto a que se alude, como se señaló, no consiste en que las medidas previstas no puedan ser aptas en sí mismas para lograr el propósito de la norma, sino en que *su aplicación se prevé en forma irrestricta, conстриendo al Juez a su aplicación inmediata, sin permitir, por su falta de previsión, la ponderación judicial en torno a su idoneidad, necesidad y eficacia en el caso concreto, para salvaguardar el interés superior del menor*.
333. Con la suspensión o pérdida de la patria potestad como resultado de actos de alienación parental, colisionan tanto el derecho del niño a ser protegido de actos de violencia familiar que están afectando su integridad psicoemocional, como el derecho del niño a vivir en familia y a mantener sus relaciones con ambos progenitores; confrontación de derechos que no puede ser resuelta sólo con apreciar en abstracto la naturaleza de uno y otro bienes jurídicos inmersos, sino que se requiere la ponderación de todos los elementos y circunstancias que incidan en el caso para, conforme al interés superior de los menores de edad, determinar si es viable adoptar otras medidas distintas, que resulten idóneas para proteger con equilibrio tales derechos.

334. Las normas cuestionadas son susceptibles de vulnerar el derecho de los menores a vivir en familia y a mantener sus relaciones con ambos progenitores, en tanto tácitamente se excluye la posibilidad de que estos derechos deban hacerse prevalecer en un caso concreto, por ser lo más conveniente al interés del niño.
335. Por otra parte, este supuesto de violencia familiar tiene una particularidad que no se puede desatender pues, de acuerdo con las reflexiones de los expertos, generalmente el menor de edad que sufre conductas de alienación parental expresa rechazo por uno de sus progenitores, y contrario a ello, manifiesta su empatía y conexión afectiva con el progenitor que se supone alienador.
336. En esa circunstancia que vive el menor de edad, sin prejuzgar al respecto, incluso pudiere advertirse contraproducente al bienestar del menor en determinado caso, privarlo abruptamente del contacto con el progenitor alienador con el que él se siente identificado, separándolo de su lado y cambiándolo de entorno, para someterlo a la convivencia con el padre alienado al que rechaza; *pues sin desconocer que la condición de alienación parental es una forma de violencia contra el niño que debe evitarse*, estos cambios impuestos por la intervención oficial pueden ser vividos por él en forma negativa, con sufrimiento y rechazo, haciendo factible que el niño pueda resultar finalmente re-victimizado con dichas medidas, si llegan a dictarse sin atender a su interés superior.
337. Por ello es que se observa la importancia de que las normas legales permitan al juzgador la aplicación discrecional y la graduación de las medidas que se juzguen las necesarias, idóneas y eficaces para restablecer y proteger los derechos de los menores, así como la forma y términos en que se ejecutaran, dándole margen para que salvaguarde el bienestar de éstos conforme a las circunstancias del caso. Y en ese tenor, tratándose de la suspensión o pérdida de la patria potestad como medida ante la actualización de causas previstas en la ley, *no debe ser aplicada en forma automática e irrestricta*, sino conforme a lo anterior, atendiendo al marco de derechos fundamentales de los menores de edad.
338. En ese entendido, en cada caso habrá de ponderarse la afectación psicoemocional sufrida por el menor en su particular circunstancia, frente al ejercicio de sus demás derechos, para decidir si la medida de separación establecida en la norma es la más indicada para protegerlos, o bien, determinar si es conveniente aplicar medidas alternativas menos restrictivas que sean eficaces para su protección.
339. En otras palabras, *la proporcionalidad* de la medida de suspensión o pérdida de la patria potestad respecto de conductas de alienación parental, *sólo puede ser objetivamente juzgada a la luz del caso concreto* conforme al ejercicio de ponderación de derechos que haga el Juez en beneficio de los niños acorde a su interés superior; pero si las normas que se analizan no permiten al juzgador tal ponderación, en tanto no establecen la posibilidad de que se pueda prescindir de aplicar las medidas legislativas de suspensión o pérdida de la patria potestad allí previstas y adoptar otras medidas alternativas en un asunto concreto, *se impone estimarla violatoria del principio de proporcionalidad*.
340. De conformidad con las consideraciones anteriores, se declara la invalidez de la porción normativa del artículo 429 Bis A, párrafo primero que dispone: ***"Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio"***; así como el artículo 459, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca en tanto establece: ***"La patria potestad se pierde: (...) IV. Cuando el que la ejerce produce actos de alienación parental (...)"***.

#### ***B. Derecho humano a la seguridad jurídica***

341. La Defensoría accionante considera que los artículos 429 Bis A, párrafo primero y 459, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca impugnados, no cumplen con el principio de legalidad. Afirma que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha establecido que no toda regulación normativa es idónea y suficiente para justificar la restricción de un derecho. La regulación a su juicio debe buscar un fin legítimo, debe ser objetiva, razonable y predecible para ser acorde con la Convención Americana de Derechos Humanos, de tal modo que se reduzca la posibilidad de arbitrariedad en su aplicación.
342. Considera que los preceptos referidos violentan el derecho humano a la seguridad jurídica, relacionado con el principio de legalidad toda vez que: **a)** no se sustenta en criterios objetivos al tener como fundamento técnico la teoría del SAP de Richard Gardner; **b)** se basa en estereotipos de género; y **c)** no respeta las garantías procesales en dos vertientes: **1)** los efectos que tiene la disposición respecto al derecho del niño a expresar su opinión, y **2)** porque afecta derechos de terceros ajenos a juicio, esto es, impone sanciones jurídicas a personas que no son parte del proceso (familiares del progenitor alienador) por acciones no imputables a ellos, sin que previamente se les respete su garantía de audiencia, ni se cumpla con los estándares mínimos en materia del debido proceso, violando con ello lo dispuesto por el artículo 14 y 16 constitucionales.

- 343.** Deviene **infundado** el concepto de invalidez en cuestión.
- 344.** A lo largo de la presente resolución este Tribunal Pleno ha estudiado los argumentos señalados por la accionante relativos a: el fin constitucionalmente válido de las normas; las teorías sobre el SAP de Richard Gardner; la presunta ausencia de una base científica sólida; la prevalencia de estereotipos de género y el derecho del menor a ser oído en todo procedimiento que lo afecte y a que su opinión sea tomada en cuenta.
- 345.** Por lo anterior, sobre esas consideraciones, se deberá estar a lo ya señalado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la presente resolución.
- 346.** En diverso aspecto, en cuanto la accionante señala que los preceptos referidos vulneran el principio de legalidad porque imponen sanciones jurídicas a personas que no son parte del proceso -familiares del progenitor alienador- por acciones no imputables a ellos, sin que previamente se les respete su garantía de audiencia. Debe precisarse que del análisis de las normas impugnadas no se advierte algún supuesto en el que se establezca alguna sanción a los familiares del progenitor que se estime sujeto activo de actos de alienación parental, por lo que los señalamientos de la Defensoría en cuanto a ello devienen inoperantes.
- 347.** Por todo lo anterior, se declara la invalidez del tercer párrafo del artículo 336 Bis B; del artículo 429 Bis A, primer párrafo, en la parte que establece: "*Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio*"; y de la fracción IV del artículo 459 todos del Código Civil del Estado de Oaxaca, pues ha quedado demostrado que devienen contrarios al orden constitucional y convencional.
- 348. Efectos.** La presente resolución surtirá sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutive de esta sentencia al Poder Legislativo del Estado de Oaxaca.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

**PRIMERO.** Es procedente y parcialmente fundada la presente acción de inconstitucionalidad.

**SEGUNDO.** Se reconoce la validez del artículo 429 Bis A -con la salvedad indicada en el punto resolutive tercero de este fallo-, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, reformado y adicionado mediante Decreto 1380, publicado en el Periódico Oficial de dicha entidad el dos de enero de dos mil dieciséis, en términos del considerando quinto de la presente resolución.

**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.

**CUARTO.** Las declaraciones de invalidez decretadas en este fallo surtirán sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutive de esta sentencia al Congreso del Estado de Oaxaca.

**QUINTO.** Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial de la Federación, en el Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, así como en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

**Notifíquese;** haciéndolo por medio de oficio a las partes y, en su oportunidad, archívese el expediente como asunto concluido.

**En relación con el punto resolutive primero:**

Se aprobó por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, respecto de los considerandos primero, segundo, tercero y cuarto relativos, respectivamente, a la competencia, a la oportunidad, a la legitimación y a las causas de improcedencia.

**En relación con el punto resolutive segundo:**

Se aprobó por mayoría de seis votos de los señores Ministros Luna Ramos, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I. por consideraciones diferentes, Laynez Potisek y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo, consistente en reconocer la validez del artículo 429 Bis A, párrafo segundo, del Código Civil para el Estado de Oaxaca. Los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena por la invalidez total de los artículos impugnados, Franco González Salas por la invalidez total de los artículos impugnados, Zaldívar Lelo de Larrea por la invalidez total de los artículos impugnados y Pérez Dayán votaron en contra. La señora Ministra Luna Ramos anunció voto concurrente. El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea anunció voto particular.

**En relación con el punto resolutivo tercero:**

Se aprobó por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena por la invalidez total de los artículos impugnados, Luna Ramos apartándose de algunas consideraciones, Franco González Salas por consideraciones diferentes y por la invalidez total de los artículos impugnados, Zaldívar Lelo de Larrea en contra de las consideraciones y por la invalidez total de los artículos impugnados, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I. por consideraciones diferentes, Laynez Potisek y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo, consistente en declarar la invalidez del artículo 336 Bis B, párrafo último, del Código Civil para el Estado de Oaxaca. El señor Ministro Pérez Dayán votó únicamente por la invalidez de la porción normativa "en la forma de alienación parental". Los señores Ministros Luna Ramos y Zaldívar Lelo de Larrea anunciaron sendos votos concurrentes.

Se aprobó por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena por la invalidez total de los artículos impugnados, Franco González Salas por la invalidez total de los artículos impugnados, Zaldívar Lelo de Larrea por la invalidez total de los artículos impugnados, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo, consistente en declarar la invalidez del artículo 429 Bis A, párrafo primero, en la porción normativa "Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio", del Código Civil para el Estado de Oaxaca. El señor Ministro Pérez Dayán precisó que estaría por la invalidez únicamente de la porción normativa "de alienación parental". La señora Ministra Luna Ramos votó en contra. El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea anunció voto concurrente.

Se aprobó por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena por la invalidez total de los artículos impugnados, Franco González Salas por la invalidez total de los artículos impugnados, Zaldívar Lelo de Larrea por la invalidez total de los artículos impugnados, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, respecto del considerando quinto, relativo al estudio de fondo, consistente en declarar la invalidez del artículo 459, fracción IV, del Código Civil para el Estado de Oaxaca. La señora Ministra Luna Ramos votó en contra. El señor Ministro Zaldívar Lelo de Larrea anunció voto concurrente.

**En relación con el punto resolutivo cuarto:**

Se aprobó por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Luna Ramos, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales, respecto del apartado de efectos, consistente en determinar que las declaraciones de invalidez decretadas en este fallo surtirán sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutivos de esta sentencia al Congreso del Estado de Oaxaca.

**En relación con el punto resolutivo quinto:**

Se aprobó por unanimidad de diez votos de los señores Ministros Gutiérrez Ortiz Mena, Luna Ramos, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Pardo Rebolledo, Piña Hernández, Medina Mora I., Laynez Potisek, Pérez Dayán y Presidente Aguilar Morales.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales anunció voto concurrente general. El señor Ministro Gutiérrez Ortiz Mena anunció votos concurrente y particular generales. El señor Ministro Franco González Salas anunció voto particular general.

El señor Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena no asistió a la sesión de veintitrés de octubre de dos mil diecisiete previo aviso a la Presidencia.

El señor Ministro José Ramón Cossío Díaz no asistió a la sesión de veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete previo aviso a la Presidencia.

El señor Ministro Presidente Aguilar Morales declaró que el asunto se resolvió en los términos precisados. Doy fe.

El Presidente, Ministro **Luis María Aguilar Morales**.- Rúbrica.- La Ponente, Ministra **Norma Lucía Piña Hernández**.- Rúbrica.- El Secretario General de Acuerdos, **Rafael Coello Cetina**.- Rúbrica.

LICENCIADO **RAFAEL COELLO CETINA**, SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que esta fotocopia constante de ochenta y un fojas útiles, concuerda fiel y exactamente con el original de la sentencia del veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, dictada por el Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 11/2016. Se certifica con la finalidad de que se publique en el Diario Oficial de la Federación.- Ciudad de México, a veintiséis de abril de dos mil dieciocho.- Rúbrica.

**VOTO CONCURRENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO PRESIDENTE LUIS MARÍA AGUILAR MORALES, EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 11/2016.**

En sesión celebrada el veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la acción de inconstitucionalidad citada al rubro, en la que si bien coincidí con el sentido del fallo, disentí con la metodología de estudio y con los argumentos en que se sustentó, las cuales desarrollaré en el presente voto concurrente.

**I. Constitucionalidad del artículo 336 Bis B, párrafo tercero, en relación con el artículo 429 Bis A, párrafo segundo, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, en los cuales se describe la conducta de alienación parental.**

En primer término, de acuerdo con la metodología adoptada, en la sentencia se estudian los dos preceptos impugnados de manera independiente bajo la justificación de que los supuestos regulados son distintos, puesto que el artículo 336 Bis B, párrafo tercero<sup>1</sup>, recoge esa conducta como una hipótesis específica de violencia familiar, reconociendo como sujeto activo a cualquier integrante de la familia que ejerza actos *dirigidos a transformar la conciencia* del menor de edad; mientras que el artículo 429 Bis A, párrafo segundo<sup>2</sup>, la prevé como una conducta que da lugar a la suspensión o a la pérdida de la patria potestad, por lo que se estima dicho precepto prevé como sujetos activos a los progenitores que ejerzan sobre el menor *manipulación o inducción* mediante la *desaprobación o crítica*, con la finalidad de producir en este, *rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor*.

Como señalé, difiero de dicha forma de análisis, ya que desde mi perspectiva, si estamos hablando del mismo fenómeno de conducta denominado “alienación parental”, no es posible escindir o diferenciar su entendimiento para la configuración de dos diversas hipótesis normativas: violencia familiar y causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, pues a mi juicio, la definición de tal conducta debe ser única a fin de cumplir con el principio de seguridad jurídica tutelado en el artículo 14 constitucional.

Lo anterior, porque los artículos 336 Bis B, párrafo tercero y 429 Bis A, párrafo segundo, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, son parte de un sistema normativo, de tal forma que al existir dentro del mismo definiciones diferentes sobre un mismo fenómeno se genera falta de seguridad jurídica para los destinatarios y para los operadores.

No debe perderse de vista, que a través de las referidas disposiciones se busca evitar que los menores sean víctimas del mencionado fenómeno, de tal manera que la inconsistencia en el citado ordenamiento, derivada de la existencia de dos definiciones, repercutirá eventualmente en su esfera jurídica, al no existir certeza respecto de los parámetros que habrá de considerar el juzgador a efecto de determinar en qué casos se actualiza esa conducta; situación que no es acorde con la obligación del Estado mexicano de velar en todo momento por el principio del interés superior del menor.

Por ello, considero que la regularidad constitucional de las definiciones sobre la citada conducta prevista en los mencionados preceptos legales, debía examinarse como parte de un mismo sistema y no de manera independiente, como se hace en la sentencia.

Siguiendo la metodología de análisis anunciada, en el estudio independiente de cada uno de los preceptos impugnados por la descripción de la conducta de alienación parental, el Tribunal Pleno declaró la invalidez del artículo 336 Bis B, párrafo tercero del Código Civil para el Estado de Oaxaca, al considerar fundados los conceptos de invalidez en relación con el tema identificado en la sentencia como **“B) Supuesto de violencia familiar por AP previsto en el artículo 336 Bis”**, el que a su vez se subdivide en:

**i) Objetivación del niño y vulneración al principio de autonomía progresiva.**

Sobre este punto, en la sentencia se sostiene que la porción normativa contenida en el artículo 336 Bis B, párrafo tercero del Código Civil para el Estado de Oaxaca, que exige que la conducta de alienación parental tenga como resultado la transformación en la conciencia del menor de edad, es contraria a los artículos 1° y 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 1°, 2°, 3° y 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues vulnera la concepción del menor como un sujeto de derecho con autonomía progresiva.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

**ii) Violación al derecho de los menores de edad a emitir su opinión en los procedimientos que les atañen y a que esta sea tomada en cuenta.**

En relación con este tema, se consideró que la citada porción normativa, vulnera el derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos jurisdiccionales que les atañen y a que su opinión sea tomada en cuenta, pues implícitamente induce al Juez y a los auxiliares de la administración de justicia, en el proceso de determinación psicolegal de la conducta, a considerar en el menor de edad una condición de incapacidad que lo anula.

Consideraciones de las cuales me aparto, por las razones siguientes:

En primer lugar, estimo que la circunstancia de que la norma impugnada establezca como resultado la conciencia transformada del menor de edad, no implica violación al derecho de ser considerado sujeto con autonomía progresiva, puesto que la norma, en sí misma, no niega la capacidad del menor de formarse su propio juicio, sino únicamente reconoce que la transformación de la conciencia con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir los vínculos con uno de sus progenitores, es propia de este tipo de violencia; lo cual no provoca la inconstitucionalidad del precepto.

Lo anterior es así, pues se parte de la premisa de que los menores son sujetos de derecho con autonomía progresiva, en tanto que la norma no niega que tengan la capacidad de involucrarse en los asuntos que les conciernen conforme a su etapa evolutiva, sus capacidades, conocimientos, experiencias, madurez física y emocional.

Además, el que la norma establezca que debe acreditarse esa transformación en la conciencia del menor, con el fin de destruir el lazo con uno de sus progenitores, reconoce la posibilidad de que este pueda conformar su propia percepción de la realidad y, por ende, emitir sus propios juicios, configurándose progresivamente como sujeto autónomo.

En segundo lugar, considero que el hecho de que el artículo 336 Bis B, párrafo tercero del referido código sustantivo, prevea un resultado de conciencia transformada en el menor de edad, no significa que con ello se induzca al juez y a los auxiliares de la administración de justicia, a considerar en el menor una condición de incapacidad y a no valorar su dicho.

En efecto, no debe perderse de vista, que de acuerdo con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup>, los Estados Partes deben garantizar a los menores las condiciones para formarse un juicio propio y poder expresarlo, especialmente debe garantizarse su derecho a participar en los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica; lo cual significa, que no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones, sino de que tiene la capacidad de formar su propio criterio.

En este tenor, si bien la norma impugnada no establece expresamente la posibilidad de escuchar al menor afectado, ello no es obstáculo para que ese precepto sea interpretado sistemáticamente, con el artículo 429 Bis B<sup>4</sup>, del mismo ordenamiento, el cual establece: que el menor para ser escuchado, deberá contar con un asistente o un perito profesional en psicología, con el fin de facilitar la comunicación libre y espontánea, para así poder valorar su aptitud de comprensión de los hechos. Lo cual pone de manifiesto que la disposición en análisis no veda el valor de las opiniones que rindan los menores en los procedimientos.

Por ello, difiero de las anteriores razones y reitero que en mi concepción, la inconstitucionalidad del artículo 336 Bis B, párrafo tercero del Código Civil para el Estado de Oaxaca resulta de la duplicidad conceptual respecto de la definición prevista en el artículo 429 Bis A del mismo ordenamiento.

Como lo he expresado, la circunstancia de que en un mismo sistema existan dos definiciones de lo que debe entenderse por alienación parental, genera falta de seguridad y certeza jurídica, respecto de los supuestos en que podría considerarse actualizada esa conducta; lo cual a mi juicio, era suficiente para declarar su inconstitucionalidad.

---

**<sup>3</sup> 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.

**<sup>4</sup> Artículo 429 Bis B.-** A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado (*sic*), deberá contar con un Asistente de menores o un perito, debiendo ser en ambos casos profesional en psicología, quien asistirá al menor para facilitar la comunicación libre y espontánea, valorar su aptitud para comprender los hechos y darle protección psicoemocional en las sesiones donde sea oído por el Juez en privado sin la presencia de los progenitores. El menor para ser escuchado deberá contar con una edad mínima de 7 años, de acuerdo a lo que establece el Código Civil para el Estado de Oaxaca.

Dicho asistente será designado por el Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia o la Dirección de Servicios Periciales del Tribunal y tendrá la facultad de solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga.

Por otra parte, el Tribunal Pleno declaró infundados los conceptos de invalidez respecto del tema identificado como: **“C. Supuesto de violencia familiar por AP previsto en el segundo párrafo del artículo 429 Bis A del Código Civil del Estado de Oaxaca”**, en los que la parte actora también alegó vulneración al principio de autonomía progresiva y violación al derecho de los menores de edad a opinar en los procesos jurisdiccionales que les conciernen, así como la generación de procesos de victimización secundaria en contra de niños, niñas y adolescentes.

Análisis con el cual coincido y, por tanto, voté a favor de reconocer la validez de la referida norma, pues además estimo que la descripción de la conducta de alienación parental prevista en la misma, contiene conceptos más reconocibles que el diverso numeral 336 Bis, párrafo tercero; al referir que a través de esa conducta, se produzca en el menor sentimientos de *rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio* hacia el otro progenitor, lo cual puede ser objeto de valoración en juicio.

Sin que lo anterior implique que debe tomarse tal definición como absoluta, me parece que resulta razonable para orientar al juzgador al momento de resolver un caso en concreto.

## **II. Constitucionalidad del artículo 429 Bis A, primer párrafo, relacionado con la fracción IV del artículo 459 del Código Civil para el Estado de Oaxaca<sup>5</sup>.**

En segundo término, se analiza la constitucionalidad del artículo 429 Bis A, primer párrafo<sup>6</sup>, relacionado con la fracción IV del artículo 459<sup>7</sup>, ambos del Código Civil para el Estado de Oaxaca, en los que se prevé la conducta de alienación parental como una causa de suspensión o pérdida de la patria potestad.

Sobre este tópico, el Tribunal Pleno realizó un pronunciamiento oficioso respecto de la fracción IV del artículo 459 impugnada y, consideró que esta resulta inconstitucional, en tanto que condiciona la pérdida de la patria potestad, a que con las conductas de alienación parental se ponga en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los menores de edad, pues tal previsión implícitamente justifica y tolera la violencia hacia ellos.

Asimismo se declaró la invalidez del artículo 429 Bis A, primer párrafo, en la porción normativa *“Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio”*, pues se consideró que tal disposición vulnera el derecho de los menores *a vivir en familia y mantener relaciones afectivas con ambos progenitores*, al ser esa medida desproporcionada; pues impide que el juzgador realice una ponderación atendiendo al interés superior del menor, respecto de la idoneidad, necesidad y eficacia de la medida, pues no establece la posibilidad de que se pueda prescindir de su aplicación y adoptar otras medidas alternativas y, por ello, se estima violatoria del principio de proporcionalidad.

Al respecto, coincido con la determinación plenaria, pero con una diferencia en la argumentación, pues en mi opinión, el efecto y la condición sancionatoria que el legislador del Estado de Oaxaca atribuyó a la conducta de alienación parental, es inconstitucional debido a que las consecuencias que se prevén, como lo son la pérdida o suspensión de la patria potestad, no son idóneas para conseguir los fines que persigue la norma, esto es, evitar que uno de los progenitores siembre en su menor hijo odio o resentimiento hacia alguno de sus padres provocando la ruptura del vínculo paterno filial; pues por el contrario con tal medida se vulneraría el derecho de los menores a convivir con ambos padres.

Esto es, resulta contradictorio que, por un lado, el legislador pretenda evitar a través de la suspensión o pérdida de la patria potestad, que se rompan los lazos afectivos entre el menor y uno de sus padres con motivo de la alienación parental; y por otro lado, establezca una medida que en sí misma, tiene por efecto la separación total entre ellos. Lo cual constituye en mi visión, la razón de la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, pues es evidente que tales medidas no cumplen con el fin que persigue la norma.

Lo anterior es así, pues conforme al artículo 4º, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>8</sup>, el Estado debe velar y cumplir en todo momento con el principio del interés superior del

<sup>5</sup> Que se desarrolla de la página 140 a 156.

<sup>6</sup> **Artículo 429 Bis A.**- Quien tenga el cuidado y custodia de los hijos debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad; en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental, encaminado a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor. Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio.

<sup>7</sup> **Artículo 459.**- La patria potestad se pierde:

(...)

IV.- Cuando el que la ejerce produce actos de alienación parental, existiendo la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del menor.

<sup>8</sup> **Artículo 4o.**- El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

(...)

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.

(...)

menor, buscando la satisfacción plena de sus necesidades; lo cual implica la adopción de las medidas necesarias que permitan el adecuado desarrollo en todos los aspectos, incluyendo el emocional, que generalmente se logra manteniendo los lazos afectivos con ambos progenitores.

De tal suerte, que el Estado debe velar porque los niños no sean separados de sus padres, salvo en aquellos casos en que una autoridad judicial competente determine que ello es necesario y siempre atendiendo al interés superior del menor, debiendo procurar que las relaciones y el contacto directo con ambos padres sea de modo regular, salvo aquellos casos en que esa convivencia atente contra el interés superior. Lo anterior según lo ordena el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>9</sup>

En ese tenor, la circunstancia de que en la norma impugnada se prevea la conducta de alienación parental como una causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, es a mi juicio, contraria al artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues con tal medida se impide que el Estado cumpla con su obligación de procurar el desarrollo del menor, respetando la permanencia de los lazos afectivos con ambos padres.

Lo anterior no significa, que el Estado no deba intervenir tanto para evitar esa conducta, como para sancionarla; sin embargo, considero existen formas menos restrictivas al derecho del menor a convivir con sus padres, como es el caso del tratamiento psicológico especializado, o bien, la convivencia supervisada; cuya determinación corresponde al Juez atendiendo a las particularidades de cada asunto, en el supuesto de no existir convenio entre los padres<sup>10</sup>, lo cual sería acorde con la intención del legislador.

De ahí que, a mi juicio, las consecuencias previstas en los artículos 429 Bis A, primer párrafo, y 459, fracción IV, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, constituyen un acto desmedido que afecta no solo el contenido de las garantías constitucionales derivadas de la patria potestad en perjuicio del padre alienador, sino también el interés superior del niño.

De acuerdo con lo anterior, coincido con la resolución mayoritaria pero por las razones que he desarrollado en este voto.

El Ministro Presidente, **Luis María Aguilar Morales**.- Rúbrica.

EL LICENCIADO **RAFAEL COELLO CETINA**, SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que esta fotocopia constante de once fojas útiles, concuerda fiel y exactamente con el original del voto concurrente formulado por la señor Ministro Luis María Aguilar Morales, en relación con la sentencia de veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, dictada por el Tribunal Pleno en la acción de inconstitucionalidad 11/2016. Se certifica con la finalidad de que se publique en el Diario Oficial de la Federación.- Ciudad de México, a veintiséis de abril de dos mil dieciocho.- Rúbrica.

---

#### <sup>9</sup> 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.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

<sup>10</sup> **Artículo 429**.- Si el padre y la madre se separan o viven separados decidirán, de común acuerdo, quien atenderá la guarda y la custodia de los hijos. En caso de que no se pongan de acuerdo sobre éste punto, el Juez, teniendo siempre en cuenta los intereses de los hijos, designará a la persona que deba hacerlo. Los hijos habitarán con el ascendiente al que se encargue la custodia.

En todo caso, los hijos tienen derecho de convivir con el progenitor que esté separado, para lo cual, en caso de disenso (sic) entre el padre y la madre, el Juez regulará el régimen de visitas y convivencia que mejor atienda a los intereses de los hijos. Para tomar su decisión, deberá oír a los menores.

**Artículo 429 Bis A**.- Quien tenga el cuidado y custodia de los hijos debe procurar el respeto y el acercamiento constante de los menores con el otro ascendiente que también ejerza la patria potestad; en consecuencia, cada uno de los ascendientes deberá evitar cualquier acto de alienación parental, encaminado a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor. Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio.

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.