



OPINIÓN

QUE RINDE

EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES LEGISLATIVAS

CON RELACIÓN A LA INICIATIVA DE ADICIÓN DE UN TERCER PÁRRAFO AL ARTÍCULO DEL 221 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

FORMULADO POR EL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL

Guanajuato, Gto., a 16 de junio de 2017.

OPINIÓN QUE RINDE EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES LEGISLATIVAS CON RELACIÓN A LA INICIATIVA DE ADICIÓN DE UN TERCER PÁRRAFO AL ARTÍCULO DEL 221 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO, FORMULADO POR EL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL.

Por instrucciones de la Comisión de Justicia de la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado, se solicitó opinión y comparativo de la iniciativa antes citada con legislaciones de otras entidades federativas.

Por razón de método, el Instituto de Investigaciones Legislativas, en lo subsecuente el Inileg, considera conveniente establecer primeramente un marco teórico mínimo en relación al llamado *Síndrome de Alienación Parental*, así como de orden legal y de derecho internacional sobre el *interés superior de la niñez*, para con base en ello, realizar un análisis y emitir las conclusivas que de éste deriven.

I. MARCO CONCEPTUAL

Consideraciones sobre el Síndrome de Alienación Parental

La familia es una institución social tutelada por el derecho, específicamente el derecho de familia. Una de las definiciones sobre esta rama del derecho, sostiene que es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la familia para con ellos y frente a terceros; y que por la naturaleza de las relaciones jurídicas entre los sujetos y sus efectos, forma parte del derecho privado, y la intervención de los órganos del Estado sólo es auxiliar en la aplicación de las normas para el goce, el ejercicio, el

reconocimiento y la exigibilidad de estos derechos, deberes y obligaciones derivados de los vínculos familiares.¹

Sin embargo, aunque el Derecho de Familia forme parte del Derecho Civil, en sus normas existe un marcado carácter de orden público, dado el interés del Estado en que se respeten los poderes-funciones involucrados en sus relaciones jurídicas.²

Además de la familia como institución social, el Estado tiene un fin primordial en cuanto a ella: el cuidado y protección de los menores, en atención al interés superior de la niñez; principio desarrollado no sólo por los ordenamientos internos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino, además, por ordenamientos internacionales, siendo parte del *corpus iuris internacional de protección de los derechos de la niñez*³. Así, el Estado está obligado a velar por el correcto desarrollo integral de los menores dentro y fuera del núcleo familiar.

Por ello, el Estado no puede ser ajeno a las situaciones en las que los padres por tener una relación hostil, pueden colocar a los hijos como receptores de ella, viéndose afectados emocionalmente. Dichos daños pueden reflejarse desde el ostentarse indiferentes al acercamiento de uno o de ambos padres, hasta el rechazo total; limitándose con ello el derecho de los padres a la convivencia con sus hijos.

Estas circunstancias se ven agravadas cuando los padres llegan a desplegar conductas con el propósito de poner a los hijos «*de su lado*», realizando comentarios negativos acerca del otro progenitor; comentarios que pueden incluir,

¹ Pérez Contreras María de Montserrat, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Capítulo primero Introducción al derecho de familia, Nostra ediciones S.A de C.V, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 2010, pág. 21, [en línea] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3270/3.pdf>

² López Díaz Carlos, *Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia*, Tomo I, LOM Ediciones, 1ª edición, Chile, 2005, pág. 5.

³ Dentro del cual se encuentran ordenamientos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil e incluso el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

además, mentiras, exageraciones o alegatos de abuso para alterar a favor del progenitor que los realiza, la simpatía y la solidaridad de los hijos, y, por el contrario, la animadversión y rechazo hacia el otro progenitor.

Esta situación llega a modificar la mentalidad del menor receptor, generando en él repulsión por uno de los padres. Este escenario no debiese presentarse, puesto que la disolución del vínculo entre los padres sólo debería crear una nueva dinámica en la forma de organizarse a partir de una patria potestad conjunta y una guarda y custodia por parte de los padres (como también se sostiene en la exposición de motivos de la iniciativa).

Las acciones descritas en los párrafos previos forman parte del *Síndrome de Alienación Parental* (en adelante *SAP*, por sus siglas); término acuñado por Richard Gardner⁴ en 1985, autor que abordaremos a lo largo del estudio para hacer las respectivas consideraciones sobre el síndrome citado.

Según este autor, se trata del conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor, mediante distintas tácticas o estrategias, intenta transformar la conciencia de sus hijos con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor. Es un proceso gradual y consistente, que invariablemente implica una limitación al progenitor no custodio, en el ejercicio de sus derechos y obligaciones como padre, además de privarlo de la presencia y disfrute de sus hijos. Los hijos que sufren de la llamada alienación parental desarrollan un odio patológico e injustificado hacia el progenitor alienado, que genera consecuencias devastadoras en su desarrollo físico y psicológico.⁵

⁴ Richard Gardner, profesor de psiquiatría clínica del Departamento de Psiquiatría infantil de la Universidad de Columbia, en Estados Unidos, fue el primer autor que definió el *Síndrome de Alienación Parental*, en 1985. Gardner trabajaba como perito en casos de divorcios conflictivos o destructivos y con el término *SAP* se refirió al conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor (a su parecer y experiencia, generalmente la madre), mediante distintas estrategias, realiza una especie de «lavado de cerebro» para transformar la conciencia de sus hijos, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición amorosa.

⁵ Gardner Richard, *Family Evaluation in Child Custody Mediation, Arbitration and Litigation*, Cresskill, Nj, *Creative Therapeutics*, citado en Buchanan Ortega Graciela G., *Alienación parental, Ensayo sobre su trascendencia en el ámbito judicial*, pág. 5 [en línea] Disponible en: www.pjenl.gob.mx/cj/Publicaciones/9.pdf

Sin embargo, no toda expresión o manifestación negativa puede ser constitutiva de *alienación parental*; se requiere de toda una sintomatología que ha sido descrita por Gardner⁶:

1. Una campaña de denigración.
2. Racionalizaciones débiles, absurdas, o frívolas para la desaprobación.
3. Ausencia de ambivalencia.
4. El fenómeno del «pensador-independiente».
5. Apoyo irreflexivo al padre alienante en el conflicto parental.
6. Ausencia de culpa sobre la crueldad y/o explotación hacia el progenitor alienado.
7. La presencia de escenarios prestados.
8. Extensión de la animosidad hacia los amigos y/o familia extendida del progenitor alienado.

Cuando hay una separación de los padres, resulta difícil para los hijos mantener la neutralidad entre los polos opuestos del conflicto, más aún cuando esos polos los constituyen personas con las que se mantiene una historia relacional y afectivamente significativa.⁷

Cuando los padres entran en conflicto y los hijos intentan preservar su teórica posición de equilibrio entre ellos, es inevitable que estos se conviertan en observadores activos de lo que ocurre y en expertos detectores de las emociones que definen las desavenencias de los adultos. Pero siguen queriendo a sus padres y, sobre todo, quieren seguir siendo queridos por ellos.

De modo que, cuando hay evidencia de que el progenitor realiza comentarios negativos del otro frente al hijo, con el ánimo o intención de crear en él una opinión

⁶ Asensi Pérez Laura Fátima, Díez Jorro Miguel; *Síndrome de Alienación Parental, Un enfoque racional*; Título de especialista universitario en mediación familiar, 2da edición; Ilustre Colegio Provincial de Alicante y Universidad de Alicante en colaboración; Psicólogos Jurídicos y Forenses [en línea] Disponible en: www.psicojurix.com/pdf/sap_presentacion-completo-web.pdf

⁷ Bolaños Iñaki, *El síndrome de alienación parental. Descripción y abordajes psico-legales*. Psicopatología clínica, legal y forense, Vol. 2, N° 3, pág. 26 [en línea] Disponible en: masterforense.com/pdf/2002/2002art15.pdf

de rechazo o descalificación para con éste; en tal supuesto, la antipatía del niño tiene explicación causal y, por tanto, se puede estar incubando una *alienación parental*.

Consideraciones de orden legal

De primera mano, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege los derechos de los niños, niñas y adolescentes en su artículo 4º, que señala:

«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.»

Por su parte, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014, construye un plexo normativo que acoge la importancia y aplicación del interés superior de la niñez.

Por otro lado, el Código Civil del Distrito Federal (ahora Ciudad de México) establece en su numeral 323 Septimus, lo siguiente:

«ARTICULO 323 Septimus.- Comete violencia familiar 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.

La conducta descrita en el párrafo anterior, se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

A fin de asegurar el bienestar del menor, y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador.

El tratamiento para el niño alienado será llevado a cabo en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.»

En nuestra entidad, en el Código Civil para el Estado de Guanajuato se encuentra establecida como causal de suspensión de la patria potestad a la *alienación parental*:

«**ARTÍCULO 500.** La patria potestad se suspende:

VI.- Por la sentencia condenatoria que imponga esta suspensión, en caso de alienación parental.»

En relación a la *alienación parental* que contempla nuestra legislación sustantiva civil, debe también considerarse, entre otros aspectos normativos, que el matrimonio es uno de los orígenes de la relación entre dos progenitores, por lo que el Código Civil para el Estado de Guanajuato regula lo relativo a los *Derechos y Obligaciones que nacen del Matrimonio* en su Capítulo Segundo, del Título Quinto correspondiente al Libro Primero; que, sin duda, mediante su interpretación *pro homine* y de control de constitucionalidad, debe aplicarse en lo conducente a cualquier pareja que tenga hijos, sin importar su vínculo legal.

Así, el numeral 164 dispone la obligación de ambos cónyuges de arreglar por acuerdo común todo lo relativo a la educación y establecimiento de los menores hijos, y en defecto de alcanzar ese entendimiento, faculta de forma expresa a los jueces para, en tal supuesto, velar por el interés superior de la niñez; cuando a la letra dice:

«**ARTÍCULO 164.** El marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales; por lo tanto, de común acuerdo arreglarán todo lo relativo a la educación y establecimiento de los hijos y a la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el Juez de lo Civil correspondiente procurará avenirlos, y si no lo lograre, resolverá sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente a los intereses de los hijos.»

Al respecto, además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha impulsado el respeto al interés superior de la niñez, mediante la publicación del *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes*; documento que recoge los estándares que el derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado sobre derechos de las niñas, niños y adolescentes. Mismo que debe ser orientador de todos los juzgadores al ejercer su labor sobre alguna situación donde menores se vean inmersos.

Consideraciones de Derecho Internacional

El ya citado *corpus iuris internacional de protección de los derechos de la niñez* engloba una serie de instrumentos internacionales que resulta relevante observar. El primero de ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo numeral 19 puntualiza:

«Artículo 19. Derechos del Niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.»

Además, establece en su artículo 17 la obligación de, en caso de disolución del vínculo matrimonial, adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de los menores hijos; así mismo, que se reconozcan iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo:

«Artículo 17. Protección a la Familia

[...]

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.»

Otro de ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, menciona en tres puntos, algunos derechos fundamentales de las y los menores:

«Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.»

Así también, señala la obligación de los Estados Partes de tomar las medidas apropiadas para que, en caso de disolución del vínculo matrimonial, se adopten disposiciones que aseguren la protección necesaria a los menores hijos; en su artículo 23, punto 4:

«Artículo 23

[...]

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.»

Aunado a ello, el Estado Mexicano firmó y ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989; siendo éste el primer tratado internacional especializado de carácter obligatorio que reconoce los derechos humanos de todos los niños, niñas y adolescentes del mundo. A lo largo de sus 54 artículos, establece un marco jurídico de protección integral a favor de las personas menores de 18 años de edad, que obliga a los Estados que la han ratificado a respetar, proteger y garantizar el ejercicio de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas menores de 18 años de edad, independientemente de su lugar de nacimiento, sexo, religión, etnia, clase social, condición familiar, entre otros.⁸

⁸ Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño [en línea] Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

II. ANÁLISIS DE LA INICIATIVA

Objeto de la iniciativa

La iniciativa de reforma tiene como punto toral la tipificación punitiva del descrito *Síndrome de Alienación Parental*, al integrarlo al artículo 221 del Código Penal del Estado de Guanajuato, relativo al delito de *Violencia Familiar* –que contempla una sanción de uno a seis años de prisión–.

El planteamiento normativo tiene por teleología el velar por el cumplimiento de las funciones educativas, económicas, sociales, psicológicas de la familia como núcleo principal de la estructura social. Todas ellas fundamentales para el desarrollo integral de los individuos y su positiva incorporación a la vida social; por lo que la iniciativa plantea la integración de un tercer párrafo al artículo 221 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, mismo que describe el delito de «Violencia Familiar», para tipificar el «Síndrome de Alienación Parental», como una forma de maltrato (violencia).

El anterior planteamiento lo presentamos a manera de comparativa con la legislación vigente, en el siguiente cuadro, para su mejor comprensión.

CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO	
TEXTO VIGENTE	INICIATIVA
«LIBRO SEGUNDO PARTE ESPECIAL	
SECCIÓN PRIMERA DELITOS CONTRA LAS PERSONAS»	
«SECCIÓN SEGUNDA DELITOS CONTRA LA FAMILIA	
TÍTULO PRIMERO DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN FAMILIAR»	
«Capítulo VI Violencia Familiar»	
<p>ARTÍCULO 221. A quien ejerza violencia física o moral contra una persona con la que tenga relación de parentesco, matrimonio, concubinato o análoga; contra los hijos del cónyuge o pareja, pupilos, o incapaces que se hallen sujetos a la tutela o custodia, de uno u otro, se le impondrá de uno a seis años de prisión.</p> <p>Igual pena se aplicará cuando la violencia se ejerza contra quien haya mantenido una relación de las señaladas en el párrafo anterior o no teniendo ninguna de las calidades anteriores cohabite en el mismo domicilio del activo.</p> <p>La punibilidad prevista en este artículo se aplicará siempre que el hecho no constituya otro delito de mayor gravedad.</p> <p>En estos casos el Ministerio Público o la autoridad judicial dictarán las medidas que consideren pertinentes para salvaguardar la integridad física o psíquica de la víctima.</p>	<p>ARTÍCULO 221. A quien ejerza....</p> <p>Igual pena se...</p> <p>Se considerará violencia familiar la alienación parental de quienes, teniendo la patria potestad, tutela o custodia de un menor de edad, transforme su conciencia con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores. Además de las sanciones señaladas en el párrafo primero de este artículo, podrá privarse de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, según el caso</p> <p>La punibilidad prevista...</p> <p>En estos casos...</p>

La razón de la tipificación de la denominada *alienación parental*, se sustenta por la iniciante en la obligación del Estado mexicano contenida no sólo en sus ordenamientos jurídicos internos, sino también en los de carácter internacional, de preservar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de forma subsidiaria al deber de los padres; quienes son, de primera mano, los sujetos de obligaciones para con los menores involucrados.

Así, la exposición de motivos funda la iniciativa en las graves repercusiones que el *Síndrome de Alienación Parental* tiene en los menores involucrados y en la totalidad del círculo familiar; constituyéndose una forma de maltrato infantil. Señala que, aunque la *alienación parental* de inicio pueda ser vista como un problema familiar, al formar parte de todo un proceso destructivo, tiene una proyección y repercusión social.

El bien jurídico tutelado

Resulta pertinente atraer, en primer término, la definición de maltrato infantil establecida por la Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS. Siendo ésta:

«(...) los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.⁹»

En este contexto, es importante destacar que existen corrientes de opinión que sostienen, por una parte, que el *SAP* no se encuentra en el mismo tenor del maltrato infantil expuesta por la OMS; y, por otra, que aún no puede considerarse que el planteamiento de Gardner tenga una aceptación de la comunidad científica, que permita asumir y orientar las acciones para su prevención y atención.

⁹ Centro de prensa de la Organización Mundial de la Salud (septiembre 2016) *Maltrato Infantil*, Nota descriptiva [en línea] Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/>

En el primer sentido – que el *SAP* no se encuentra en el mismo tenor del maltrato infantil expuesta por la OMS–, encontramos a la magistrada del estado de Nuevo León, Graciela G. Buchanan Ortega¹⁰, para quien el maltrato infantil encuadra más con la negligencia o abuso de los padres hacia los menores hijos que con la *alienación parental*, pues aquel implica un comportamiento evidente y medianamente consciente de abuso físico, sexual o emocional, o bien, de negligencia o abandono, por parte de un padre agresivo, con problemas mentales, crónicamente enojado, muy punitivo o intimidante, que deja marcas evidentemente imborrables en la mente del menor y afecta de forma permanente una interacción sana entre ellos.

Así, en estos casos, los hijos pueden presentar rechazo hacia los padres, porque hay una justificación para ello, sin asociarse necesariamente a un *Síndrome de Alienación Parental*.

Entre las diferencias de la *alienación parental* y el abuso o negligencia parental, que la autora acoge, destaca las siguientes:¹¹

- Habitualmente los hijos abusados no necesitan la ayuda de su progenitor para recordar o expresar lo ocurrido. En los casos de *alienación parental*, por su parte, constantemente requieren apoyo del progenitor alienante.
- Los progenitores alienantes no son conscientes del daño psicológico que genera a sus hijos la pérdida del otro progenitor. Los progenitores abusadores pueden apreciar más fácilmente este daño.
- Se encuentra una historia de abusos en la familia del progenitor abusador, no así en la del alienado.
- Los abusos son descritos como algo que ya existía antes de la ruptura de la relación de pareja. En las acusaciones de alienación, generalmente se sitúan después.

¹⁰ Buchanan Ortega Graciela G., *Alienación parental, Ensayo sobre su trascendencia en el ámbito judicial*, pág. 5 [en línea] Disponible en: www.pjenl.gob.mx/cj/Publicaciones/9.pdf

¹¹ *Ibidem*, págs. 13 y 14.

- Los progenitores abusadores suelen ser impulsivos y mostrar rasgos hostiles de personalidad; los alienados no necesariamente, aunque tienden a desarrollar la hostilidad a partir de la alienación.
- Los niños víctimas de maltrato o abuso se muestran tímidos y cohibidos; por el contrario, los alienados toman una postura retadora.¹²

En el segundo sentido – que aún no puede considerarse que el planteamiento de Gardner tenga una aceptación de la comunidad científica, que permita asumir y orientar las acciones para su prevención y atención–, tenemos que la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (en adelante CDHDF) planteó en 2014, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una acción de inconstitucionalidad del artículo 323 Septimus contenido en el Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México); que sanciona la *alienación parental* con la suspensión de la patria potestad.

Dicha acción de inconstitucionalidad, de numeral 19/2014, aún no se encuentra resuelta; sin embargo, para efectos del presente análisis y el aspecto que se aborda, es conveniente traer a cuenta algunas de las consideraciones que plantea la CDHDF:

«PRIMERO.FALTA DE NEUTRALIDAD DE LA NORMA A PARTIR DE LA GENERACIÓN DE EFECTOS DISCRIMINATORIOS INDIRECTOS EN CONTRA DE MUJERES»

«i. Ausencia de neutralidad en el diseño y construcción de la norma que se combate»

La CDHDF argumenta que el concepto de *SAP* contiene un vicio de origen en cuanto a género en perjuicio de las mujeres, puesto que se funda en una visión estereotipada de ellas; contrariando así los numerales 3 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

¹² Aunado a ello, la OMS indica que es posible prevenir el maltrato infantil antes de que se produzca, y para ello es necesario un enfoque multisectorial. Los programas preventivos eficaces prestan apoyo a los padres y les aportan conocimientos y técnicas positivas para criar a sus hijos. Del mismo modo, la atención continua a los niños y a las familias puede reducir el riesgo de repetición del maltrato y minimizar sus consecuencias.

contra la Mujer «Convención de Belém Do Pará»¹³, así como los numerales 5 y 10 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, «CEDAW» (por sus siglas en inglés).¹⁴

¹³ *Artículo 3:* Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 6: El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém Do Pará» [en línea] Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

¹⁴ *Artículo 5:* Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Artículo 10: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;
- b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad;
- c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza;
- d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;
- e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible toda diferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres;
- f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;
- g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;

Además, señala en este rubro, que Richard Gardner, quien acuña el término, establece que el *SAP* surge casi exclusivamente durante disputas por custodia de un hijo y que existe una mayor proporción de madres alienadoras; aludiendo a una función primaria de cuidado de las mujeres que propicia un vínculo más estrecho entre éstas y los hijos.¹⁵ De tal modo que, la CDHDF señala que el artículo 323 Septimus descansa sobre dos estereotipos:

- a) La «función natural» de las mujeres de cuidar hijos.
- b) La «función por naturaleza» de las mujeres de cumplir un rol de «esposa abnegada».

«ii. Ausencia de neutralidad en la aplicación de la norma: Discriminación indirecta en sentido estricto»

La CDHDF sostiene que, si bien de una primera lectura es posible apreciar una aparente neutralidad en la norma impugnada a favor de la protección de niñas y niños, la misma no puede sustraerse del contexto patriarcal en el que se desenvuelve y en el cual pretende aplicarse. Lo anterior, fundado en la premisa de que la familia es una de las instituciones sociales que presenta una carga considerable de estereotipos que afectan en mayor medida a las mujeres, por lo que, un Estado comprometido con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, debe buscar que las normas que la regulen contemplen e incorporen una perspectiva de género que sea capaz de eliminar la discriminación y violencia que históricamente se ha desarrollado hacia las mujeres en el ámbito del hogar.

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer «CEDAW» [en línea] Disponible en: https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf

¹⁵ Gardner Richard, *Family Evaluation in Child Custody Mediation, Arbitration and Litigation*, Cresskill, Nj, *Creative Therapeutics*, citado en Asunción Tejedor, *El síndrome de alienación parental. Una forma de maltrato*, Editorial EOS, España, 2007.

Señala también que, en investigaciones anteriores, el autor del *SAP* ha resaltado la histeria «natural» de las mujeres y su supuesta capacidad de manipulación.

De modo que la aplicación de la norma:

- a) Produce efectos de invisibilización de contextos de violencia familiar.
- b) Refuerza estereotipos de género en perjuicio de las mujeres madres.
- c) Abona a la perpetuación de una cultura de la desigualdad entre hombres y mujeres.

En consecuencia, que al estar frente a un escenario de violencia familiar, las posibilidades de denuncia por parte de las mujeres se ven limitadas al someterse al riesgo de que las autoridades judiciales consideren que la denuncia y el testimonio de las y los niños se encuentra viciado o manipulado en la aplicación del *SAP*. Por lo que la aplicación de la norma incluye dos opciones, excluyentes entre sí¹⁶

¹⁶ Así, la acción de inconstitucionalidad planteada por la CDHDF señala que la aplicación del precepto del Código Civil del Distrito Federal al que hace alusión resultaría incompatible con los artículos 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7 de la Convención de Belém do Para.

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

«Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.»

Convención Americana sobre Derechos Humanos [en línea] Disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Convención de Belém Do Para:

«Artículo 7. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

- a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;
- b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

- 1) Denunciar actos de violencia, con riesgo de perder la patria potestad del menor, o bien,
- 2) Gozar de la patria potestad del menor, su guarda y custodia, frente a la imposibilidad de denunciar actos de violencia en el entorno familiar por temor de ser separadas de las y los menores de edad.

«SEGUNDO. INCORPORACIÓN NORMATIVA DE CONCEPTOS INCOMPATIBLES CON LOS DERECHOS HUMANOS: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD E INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ»

«a. Origen cuestionable del Síndrome de Alienación Parental»

La acción de inconstitucionalidad que se comenta, afirma que el *SAP* del que habla Gardner carece de bases científicas fiables, puesto que no ha sido corroborado con el método científico y ha resultado estático en sus postulados por más de una década. Además de que la Asociación Americana de Psicología, la Organización Mundial de la Salud y la Asociación

-
- c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;
 - d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;
 - e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;
 - f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;
 - g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y
 - h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.»

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém Do Para» [en línea] Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Americana Médica rechazan el *SAP* por su falta de fundamentación médica y clínica, al no incluirlo en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) y negando su incorporación a los sistemas DSM-III y DSM-IV.¹⁷

De ese modo, establece que existe una práctica innecesaria y errónea de peritajes sobre un síndrome cuya científicidad no es exacta ni comprobada y que existe una ausencia de parámetros claros que permitan diferenciar la manipulación del testimonio de *alienación parental* por parte de los jueces.

«b. Objetivización de niñas y niños a partir de calificación de sujetos y no conductas»

La acción de inconstitucionalidad establece que la teoría de Gardner coloca a los menores como objetos de manipulación y alienación, por lo que permite dejar de lado los testimonios que rindan en el marco de los procesos judiciales en los que se vean involucrados, de tal manera que el testimonio del niño alienado carece de validez y veracidad por su «conciencia transformada». Explica que la teoría de Gardner, sobre la que se basa dicho artículo cuestionado, pretende la regulación del aleccionamiento y manipulación de los niños, niñas y adolescentes sin atención a sus necesidades particulares, menoscabando su derecho a ser escuchados y a participar en el proceso de determinación del *SAP* o en la determinación de la guarda y custodia; negando así la condición del menor como sujeto de derechos.

Que tal postura resulta cuestionable, ya que se contrapone con el paradigma integral de la infancia regulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y que considera a niñas y niños como sujetos de derechos que presentan una capacidad de autonomía progresiva. Ser niño no es ser «menos adulto», la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta.

¹⁷ Para mayor información, ver: *American Psychiatric Association* <http://www.psych.org/home/search-results?k=parental%20alienation%20syndrome> y <http://www.washingtontimes.com/news/2012/sep/21/psychiatric-group-parental-alienation-nodisorder/?page=all>; *World Health Organization*. *ICD-2010* <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en>

La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.¹⁸

«c. Ausencia en la incorporación del control de convencionalidad con enfoque en la infancia»

La simple declaración del reconocimiento del interés superior de la niñez en las disposiciones normativas se vuelve insuficiente, por lo que las autoridades del Estado deben asegurarse que tanto la creación como la aplicación de las normas tengan un efecto útil para esos derechos. Para dar cumplimiento a las obligaciones mencionadas, existe la necesidad de considerar el principio de precaución-protección. Éste, como parte del interés superior del niño, 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 existan dudas sobre la posible afectación a los derechos de las y los niños a través de la adopción o aplicación de normas.

«TERCERO. AFECTACIONES PARTICULARES A LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA QUE SE IMPUGNA»

La CDHDF estima incompatible a la norma impugnada con los numerales: 1 y 4 de la Constitución Federal; 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 8, 9 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además de no tomar en cuenta la observación general número 14° (2013) del Comité de Derechos de Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.¹⁹

¹⁸ Cillero Bruñol Miguel, (s.f) *Infancia, autonomía y derechos: Una cuestión de principios*, Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay, Uruguay, pág. 3 [en línea] Disponible en: www.inau.gub.uy/biblioteca/cillero.pdf

¹⁹ «El artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que

Por lo que la disposición normativa en cuestión, sostiene la CDHDF, resulta incompatible con el derecho del niño a ser escuchado y participar en un juicio, contenido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño,²⁰ además de generar procesos de revictimización en éste, al partir de la premisa de que, independientemente de la edad y desarrollo cognitivo de los niños, cuando se presuma la existencia de escenario de *alienación parental*, resultará necesario desestimar su testimonio al encontrarse viciado. La acción de inconstitucionalidad reclama, además, que el artículo del Código Civil del Distrito Federal en mención, implica afectaciones al derecho de identidad y al derecho de familia de los menores al separarlos del núcleo familiar, mismo que se encuentra tutelado por el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Hasta aquí son algunas de las consideraciones que plantea la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal en torno a la acción de inconstitucionalidad del artículo 323 Septimus del Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), que resultan interesante para nuestro estudio al regular precisamente la *alienación parental*, materia de la iniciativa de reforma que pretende tipificar la figura, integrándola al Código Penal del Estado de Guanajuato.

le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada. Además, esa disposición establece uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (el Comité) ha determinado que el artículo 3, párrafo 1, enuncia uno de los cuatro principios generales de la Convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño¹, y lo aplica como un concepto dinámico debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.»

²⁰ 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.

Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 [en línea] Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Intervención mínima del derecho penal

En otro orden de ideas, la tipificación de una conducta, sea cual sea, no debe ser cosa menor. Con ello, se trata de establecer no sólo una restricción más a la esfera de derechos de los gobernados, sino que, fundamentalmente, de una cuya transgresión trae el máximo reproche legal y sanción estatal, como es la privación de la libertad; por lo cual, debe hacerse con extrema cautela.

Recordemos que el derecho penal debe ser una acción de carácter subsidiario, esto es, sólo debe acudir a él cuando las distintas ramas del derecho sean insuficientes para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos y únicamente cuando sea indispensable para lograr o mantener la coexistencia social de acuerdo al contexto histórico determinado.²¹ El también llamado *principio de ultima ratio* impone la necesidad de agotar previamente recursos no penales, cuyas consecuencias sean menos drásticas, pero que pueden resultar más eficaces que las penales para la protección de bienes jurídicos.

Al ser el derecho penal un instrumento político criminal del Estado, es un importante indicador para definir el conjunto estatal, es decir, al Estado, como un Estado democrático o como un Estado autoritario, independientemente de otros indicadores.²²

Conforme a lo expuesto, lo menos que podemos señalar es que al día de hoy no existe un consenso científico sobre la valoración de desorden mental del SAP, puesto que existen cuestionamientos a su carácter científico. Por ejemplo, el que expone la Asociación Española de Neuropsiquiatría, donde establece que el SAP supone un grave intento de medicalizar lo que es una lucha de poder por la

²¹ Sánchez Francisco, Julio Roberto, *El Principio de Intervención Mínima en el Estado Mexicano*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, núm. 23, Enero 2007. [en línea] Disponible en: <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/principio-intervencion-minima-mexicano-71224671>

²² Moreno Hernández, Moisés, *Principios Rectores del Derecho Penal Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [en línea] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/117/26.pdf>

custodia de un hijo²³; o el planteamiento de la profesora Joan S. Meier, fundadora y Directora Ejecutiva de *Domestic Violence Legal Empowerment and Appeals Project (DV LEAP)*, catedrática en la Escuela de Derecho de la Universidad George Washington²⁴.

Ahora bien, aun partiendo de aceptar las orientaciones del *SAP* con base en las experiencias y planteamientos de Richard Gardner, Profesor de Psiquiatría Clínica en la Universidad de Columbia, Estados Unidos; se pone en duda que se trate de un tipo de violencia, concepto bajo el cual pretende incorporarse al delito de Violencia Familiar, pues incluso el mismo Gardner no lo cataloga de esa manera, sino como un trastorno clínico.

De ahí que es importante ponderar si nuestro Estado, de acuerdo al avance científico y estudios que sobre la materia existen, se encuentra en condiciones para asumir una postura definitiva sobre el *SAP* y calificarlo como violencia familiar a través de la legislación penal sustantiva, cuando la comunidad científica aún no lo acepta así o, por lo menos, no se observa consenso en ese sentido.

Ahora bien, si no obstante lo anterior, se llegase a considerar conforme a la valoración y sensibilidad social sobre la problemática, que el *SAP* es una forma de violencia familiar o por lo menos equiparable y a pesar de que, por ello, estaría comprendida en la prevención penal de la misma, deba explicitarse y acogerse en la misma disposición legal y tener el mismo reproche punitivo; entonces sería ineludible plantearse la revisión legislativa conjunta con la ley sustantiva civil del estado, porque de lo contrario se generaría una situación asistemática en el

²³ Para mayor información, ver:

http://aen.es/docs/Pronunciamento_SAP.pdf

[http://www.soniavaccaro.com/images_sonia%20vaccaro/analisis_sap_\(pas\)AEN%201.pdf](http://www.soniavaccaro.com/images_sonia%20vaccaro/analisis_sap_(pas)AEN%201.pdf)

²⁴ Para mayor información, ver:

<http://www.thegreenbook.info/summit/documents/passup2.pdf>

SCIENTIFIC REJECTIONS OF PAS - The Greenbook

<https://www.law.gwu.edu/joan-s-meier>

ordenamiento jurídico estatal, en tanto que a la *alienación parental* el Código Civil no le concede tal grado de afectación a la niñez, puesto que no le contempla de forma que su actualización traiga como consecuencia la pérdida de la patria potestad –que es el máximo efecto de que por las costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de deberes, de quien ejerce la patria potestad, se compromete la salud, la seguridad o la moralidad de los menores; o bien, por abandonarlos física o alimentariamente, sin justificación–, pues sus artículos 474-A y 500 sólo la prevén como un supuesto que genera la aplicación de medidas sobre la custodia o para la suspensión de la patria potestad.

De ahí que esta situación se encontraría en contradicción con el planteamiento que se hace en la iniciativa. Sobre todo, si consideramos que en la iniciativa se propone que se acojan, entre otras consecuencias, la posibilidad de la pérdida de la patria potestad, mientras que en la legislación civil no tiene tales alcances.

Lo que hace indispensable, para que la *alienación parental* pueda incorporarse como hecho punitivo, que se realice una ponderación en conjunto con la legislación civil.

Aún más, es conveniente que, de receptarse la *alienación parental* como una conducta reprochable penalmente, por lo menos en el dictamen fuera aclarado si dicha transformación de la conciencia del menor atenderá a la puesta en riesgo o al procedimiento como tal –descrito por Gardner– o bien, al resultado final del desplegado de conductas alienantes, esto es, al cambio completo de la conciencia del menor para con el padre alienado.

Lo anterior debido a que, atendiendo a la descripción de Gardner, existen distintos grados de *alienación parental*:

- Leve: La alienación es relativamente superficial y las y los niños básicamente cooperan con las visitas, aunque en ocasiones críticos y disgustados; revelando un desgaste en los menores de edad ante el proceso de separación de sus padres; por consiguiente, la reintegración del vínculo filial es más sencilla.

- Moderada: Los hijos están más negativos e irrespetuosos. La campaña de denigración puede ser casi continua, especialmente en momentos de transición, donde los hijos aprecian que la desaprobación del padre conviviente es justo lo que desea su padre custodio. Se muestran ofensivos y lejanos. Pueden volverse ambivalentes e, incluso, inquisitivos.
- Severa: Las visitas se tornan imposibles. La hostilidad de los hijos es tan intensa que pueden llegar incluso a la violencia verbal o física. Si se fuerzan las visitas pueden escaparse, quedarse totalmente paralizados o mostrar un abierto y continuo comportamiento oposicionista y destructivo.²⁵

Por ello, el dictamen, en su caso, deberá ser claro sobre si la conducta sólo es sancionable (con privación de libertad y la pérdida de la patria potestad) cuando la *alienación parental* se actualice en su grado severo, entendiendo por éste la transformación completa de la conciencia del menor; en razón de que el interés superior de la niñez debe siempre prevalecer como es el de la convivencia con sus progenitores y únicamente debe privárseles de esa posibilidad cuando objetivamente esa relación les afecte²⁶ –sin desconocer que en la iniciativa se otorga al juzgador la posibilidad de una libre valoración en torno a la pérdida de la patria potestad, para velar por el interés superior de la niñez–.

En tal supuesto, será necesario elaborar o contar con múltiples evaluaciones, obtenidas de manera periódica por los peritos correspondientes en la materia, a

²⁵ Gardner Richard, *Family Evaluation in Child Custody Mediation, Arbitration and Litigation*, Cresskill, Nj, *Creative Therapeutics*, citado en Buchanan Ortega Graciela G., *Alienación parental, Ensayo sobre su trascendencia en el ámbito judicial*, pág. 11 [en línea] Disponible en: www.pjenl.gob.mx/cj/Publicaciones/9.pdf

²⁶ Es pertinente mencionar la necesidad de que existan elementos que permitan presumir de forma fehaciente la alienación parental en un caso concreto. Esto con base en lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, en la cual determinó que el análisis de los casos de custodia de personas menores edad debe realizarse a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo de la niña, niño o adolescente, los daños o riesgos deben ser reales y probados y no pueden considerarse admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 109

los menores que se presumen alienados; a fin de generar un diagnóstico certero antes de vinculación a proceso y sobre todo para la emisión del fallo por el juzgador. Esto, considerando que el denominado *SAP*, según su autor, es un proceso gradual y consistente.

CONCLUSIONES

El Instituto de Investigaciones Legislativas pone a consideración de la Comisión de Justicia de la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso del Estado, el presente análisis y opinión de la iniciativa de adición de un tercer párrafo al artículo del 221 del Código Penal del Estado de Guanajuato, formulada por el Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional.

La iniciativa de reforma plantea la tipificación punitiva del llamado *Síndrome de Alienación Parental*, mediante la integración de un tercer párrafo del artículo 221 del Código Penal para el Estado de Guanajuato –que describe el delito de «Violencia Familiar»–, para catalogar el «Síndrome de Alienación Parental» como una forma de maltrato –violencia–.

La iniciante fundamenta la propuesta en la obligación del Estado mexicano contenida no sólo en sus ordenamientos jurídicos internos, sino también en los de carácter internacional, de preservar los derechos de los niños, niñas y adolescentes de forma subsidiaria al deber de los padres; quienes son, de primera mano, los sujetos de obligaciones para con los menores involucrados.

Asimismo, se basa en las graves repercusiones que el *Síndrome de Alienación Parental* tiene en los menores involucrados y en la totalidad del círculo familiar; constituyéndose una forma de maltrato infantil. Se señala que, aunque la *alienación parental* de inicio pueda ser vista como un problema familiar, al formar parte de todo un proceso destructivo, tiene una proyección y repercusión social, pues cuando a una persona menor de edad se le priva de su identidad personal

para convertirlo en un aliado del progenitor alienador, o bien, cuando es sometido a un conflicto de lealtades, se atenta contra su estabilidad emocional.

Bajo estas orientaciones es claro que el planteamiento normativo busca preservar el desarrollo de las y los menores de edad, incluso de influencias perniciosas derivadas de su entorno familiar. Sin embargo, existen corrientes de opinión que sostienen, por una parte, que el *SAP* no se encuentra en el mismo tenor del concepto de maltrato infantil –expuesto por la OMS²⁷–; y, por otra, que aún no puede considerarse que el planteamiento de Gardner tenga una aceptación de la comunidad científica, que permita asumir y orientar las acciones para su prevención y atención.

Dentro del primero de estos cuestionamientos sostienen, se afirma (Buchanan Ortega²⁸) que el maltrato infantil encuadra más con la negligencia o abuso de los padres hacia los menores hijos que con la *alienación parental*, pues aquellos implican un comportamiento evidente y medianamente consciente de abuso físico, sexual o emocional, o bien, de negligencia o abandono, por parte de un padre agresivo, con problemas mentales, crónicamente enojado, muy punitivo o intimidante, que deja marcas evidentemente imborrables en la mente del menor y afecta de forma permanente una interacción sana entre ellos.

Así, en algunos casos, los hijos pueden presentar rechazo hacia los padres, porque hay una justificación para ello, sin asociarse necesariamente a un

²⁷ Definición de maltrato infantil establecida por la Organización Mundial de la Salud,

«(...) los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.»

Centro de prensa de la Organización Mundial de la Salud (septiembre 2016) *Maltrato Infantil*, Nota descriptiva [en línea] Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/>

²⁸ Graciela G. Buchanan Ortega, Magistrada Presidenta del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León.

Buchanan Ortega Graciela G., *Alienación parental, Ensayo sobre su trascendencia en el ámbito judicial*, pág. 5 [en línea] Disponible en: www.pjenl.gob.mx/cj/Publicaciones/9.pdf

Síndrome de Alienación Parental, porque existen diferencias entre la *alienación parental* y el abuso o negligencia parental.²⁹

En el sentido del segundo de los cuestionamientos –esto es, que aún no puede considerarse que el planteamiento de Gardner tenga una aceptación de la comunidad científica, que permita asumir y orientar las acciones para su prevención y atención–, destaca el que ha realizado la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, al plantear en 2014 ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una acción de inconstitucionalidad del artículo 323 Septimus del Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), que sanciona la *alienación parental* con la suspensión de la patria potestad, por considerar que es contraria a los artículos 1º, 4º, 14º, 16º y 22º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 2º, 8º, 17º, 19º, 24º, 25º y 30º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2º, 14º, 17º, 23º, 24º y 26º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2º, 3º, 8º, 9º, 12º y 18º de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1º, 5º y 16º, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y 3º, 6º y 7º, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, «Convención de Belém do Para».

Dicha acción de inconstitucionalidad, de numeral 19/2014, si bien, aún no se encuentra resuelta, tampoco han sido desestimados los argumentos mediante los cuales refuta la validez científica y la conveniencia de la incorporación legislativa del concepto de *alienación parental*, que refieren, en apretada síntesis, lo siguiente:

²⁹ Entre los distingos, destacan los siguientes: a) Habitualmente los hijos abusados no necesitan la ayuda de su progenitor para recordar o expresar lo ocurrido. En los casos de alienación parental, por su parte, constantemente requieren apoyo del progenitor alienante; b) Los progenitores alienantes no son conscientes del daño psicológico que genera a sus hijos la pérdida del otro progenitor. Los progenitores abusadores pueden apreciar más fácilmente este daño; c) Se encuentra una historia de abusos en la familia del progenitor abusador, no así en la del alienado; d) Los abusos son descritos como algo que ya existía antes de la ruptura de la relación de pareja. En las acusaciones de alienación, generalmente se sitúan después; e) Los progenitores abusadores suelen ser impulsivos y mostrar rasgos hostiles de personalidad; los alienados no necesariamente, aunque tienden a desarrollar la hostilidad a partir de la alienación; y, f) Los niños víctimas de maltrato o abuso se muestran tímidos y cohibidos; por el contrario, los alienados toman una postura retadora.

«Falta de neutralidad de la norma a partir de la generación de efectos discriminatorios indirectos en contra de mujeres», por: «Ausencia de neutralidad en el diseño y construcción de la norma que se combate» –de tal modo que, el dispositivo que acoge *alienación parental* descansa sobre dos estereotipos: la «función natural» de las mujeres de cuidar hijos y la «función por naturaleza» de las mujeres de cumplir un rol de «esposa abnegada»–; y, por «Ausencia de neutralidad en la aplicación de la norma: Discriminación indirecta en sentido estricto»³⁰. Así, al estar frente a un escenario de violencia familiar, las posibilidades de denuncia por parte de las mujeres se ven limitadas al someterse al riesgo de que las autoridades judiciales consideren que la denuncia y el testimonio de las y los niños se encuentra viciado o manipulado en la aplicación del *SAP*. Por lo que la aplicación de la norma incluye dos opciones, excluyentes entre sí: denunciar actos de violencia, con riesgo de perder la patria potestad del menor; o bien, gozar de la patria potestad del menor, su guarda y custodia, frente a la imposibilidad de denunciar actos de violencia en el entorno familiar por temor de ser separadas de las y los menores de edad.

También se cuestiona que se trata de una «*incorporación normativa de conceptos incompatibles con los derechos humanos: control de convencionalidad e interés superior de la niñez*», en razón de: un «*Origen cuestionable del Síndrome de Alienación Parental*», por carecer de bases científicas fiables, puesto que no ha sido corroborado con el método científico y ha resultado estático en sus postulados por más de una década (refiere, que la Asociación Americana de Psicología, la Organización Mundial de la Salud y la Asociación Americana Médica rechazan el *SAP* por su falta de fundamentación médica y clínica); la «*Objetivización de niñas y niños a partir de calificación de sujetos y no conductas*», porque se coloca a los menores como objetos de manipulación y alienación, lo que permite dejar de

³⁰ De modo que la aplicación de la norma: produce efectos de invisibilización de contextos de violencia familiar, refuerza estereotipos de género en perjuicio de las mujeres madres, abona a la perpetuación de una cultura de la desigualdad entre hombres y mujeres.

lado los testimonios que rindan en el marco de los procesos judiciales en los que se vean involucrados, por lo que el testimonio del niño alienado carece de validez y veracidad por su «conciencia transformada», pero ello desatiende a sus necesidades particulares, y menoscaba su derecho a ser escuchados y a participar en el proceso de determinación, negando así la condición del menor como sujeto de derechos; como por la «Ausencia en la incorporación del control de convencionalidad con enfoque en la infancia».

Además se sostienen «afectaciones particulares a los derechos de las niñas, niños y adolescentes derivados de la aplicación de la norma que se impugna»; por lo que la disposición normativa en cuestión, afirma la CDHDF, resulta incompatible con el derecho del niño a ser escuchado y participar en un juicio, además de generar procesos de revictimización en éste, al partir de la premisa de que, independientemente de la edad y desarrollo cognitivo de los niños, cuando se presuma la existencia de escenario de *alienación parental*, resultará necesario desestimar su testimonio al encontrarse viciado. Lo que implica afectación al derecho de identidad y al derecho de familia de los menores, al separarlos del núcleo familiar.

De esta manera, existe en la comunidad científica fuertes cuestionamientos a la existencia del bien jurídico que se pretende tutelar, es decir, que aun aceptando que la conducta *alienación parental* pueda ser una afectación de los derechos de la niñez no existe consenso en que constituya una forma de violencia. Incluso, a partir de propias orientaciones del SAP, con base en las experiencias y planteamientos de Richard Gardner, se pone en duda que se trate de un tipo de violencia (razón por la cual correspondería su incorporación al delito de *Violencia Familiar*), pues el mismo Gardner no lo cataloga de esa manera, sino como trastorno clínico.

Además, no debe dejarse de considerar el principio de intervención mínima del derecho penal, que conlleva el llamado *principio de ultima ratio* que impone la necesidad de agotar previamente recursos no penales, cuyas consecuencias sean

menos drásticas, pero que pueden resultar más eficaces que las penales para la protección de bienes jurídicos.

Se sostiene la necesidad de esa valoración porque, conforme a lo expuesto, al día de hoy tampoco existe un consenso científico sobre el carácter de desorden mental del *SAP* –pues existen cuestionamientos a su carácter científico, por ejemplo, el que expone la Asociación Española de Neuropsiquiatría o la profesora Joan S. Meier (ver pies de página 23 y 24)–.

De ahí que es importante ponderar si nuestro Estado, de acuerdo al avance científico y estudios que sobre la materia existen, se encuentra en condiciones para asumir una postura definitiva sobre el *SAP* y calificarlo como violencia –familiar– a través de la legislación penal sustantiva, cuando la comunidad científica no lo hace así o por lo menos no se observa consenso en ese sentido.

Pese a lo anterior, si se llegase a considerar que el *SAP* es una forma de violencia familiar o por lo menos equiparable y que, a pesar de que por ello estaría comprendida en la prevención penal de la misma, deba explicitarse y acogerse penalmente; entonces sería ineludible plantearse la necesidad de la revisión legislativa conjunta con la ley sustantiva civil del estado, porque de lo contrario se generaría una situación asistemática en el ordenamiento jurídico estatal, en razón de que a la *alienación parental*, el Código Civil no le concede tal grado de afectación a la niñez, puesto que no contempla que su actualización traiga como consecuencia la pérdida de la patria potestad³¹, en tanto que en sus artículos 474-

³¹ Que es la máxima consecuencia de por las costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de deberes, de quien ejerce la patria potestad, se compromete la salud, la seguridad o la moralidad de los menores; o bien, por abandonarlos física o alimentariamente, sin justificación.

«**ARTÍCULO 497.** La Patria potestad se pierde por resolución judicial:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado por delito grave;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 337;
- 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;
- IV. Por el abandono de quien ejerce la patria potestad, por más de treinta días, sin causa justificada, aun cuando los menores fueren abandonados en instituciones públicas o privadas dedicadas al albergue de éstos;

A y 500 únicamente lo prevén como un supuesto que genera la aplicación de medidas sobre la custodia o para la suspensión de la patria potestad.

De ahí que esta situación normativa se encontraría en contradicción con el planteamiento que se hace en la iniciativa. Sobre todo, si consideramos que en la iniciativa se plantea que se acojan, entre otras consecuencias, la posibilidad de la pérdida de la patria potestad, mientras que en la legislación civil no tiene tales alcances.

Aún más, es conveniente que de receptarse la *alienación parental* como una conducta reprochable penalmente, sería conveniente que en la exposición de motivos fuera aclarado si dicha transformación de la conciencia del menor atenderá a la puesta en riesgo, o al proceso de modificación de la conducta – descrito por Gardner–, o bien, al resultado final del desplegado de conductas alienantes, esto es, al cambio completo de la conciencia del menor para con el padre alienado.

Lo anterior debido a que, atendiendo a la propia descripción de Gardner, existen distintos grados de *alienación parental*: leve, moderada y severa. Por ello, deberá ser claro si sólo es sancionable (con privación de libertad y la pérdida de la patria potestad) cuando se actualice en su grado severo, entendiendo por éste la transformación completa de la conciencia del menor³². Esto, en razón que el interés superior de la niñez debe siempre prevalecer, como es el de la convivencia con sus progenitores y únicamente debe privárseles de esa posibilidad cuando objetivamente esa relación les afecte –sin desconocer que en la iniciativa se

V. Derogada.

VI. El incumplimiento de la obligación alimentaria por más de noventa días, sin causa justificada.

No serán considerados supuestos de abandono para los efectos de éste artículo, cuando por extrema pobreza o por necesidad de ganarse el sustento lejos del lugar de residencia de los menores, las personas que ejerzan la patria potestad tengan dificultades para atenderlos de manera permanente, siempre que los mantengan al cuidado de otras personas, libres de violencia y provean su subsistencia.»

³² En tal supuesto, será necesario elaborar o contar con múltiples evaluaciones y obtenidas de manera periódica, por los peritos correspondientes en la materia, a los menores que se presumen alienados; a fin de generar un diagnóstico certero antes de vinculación a proceso y sobre todo para la emisión del fallo por el juzgador. Esto, considerando que el denominado *SAP*, según su autor, es un proceso gradual y consistente.

otorga al juzgador la posibilidad de una libre valoración en torno a la pérdida de la patria potestad, para velar por el interés superior de la niñez–.

Por último, del estudio de las legislaciones de las diferentes entidades federativas se desprende que solamente Baja California Sur –que no contempla como punibilidad la privación de libertad– y Michoacán, prevén la *alienación parental* como delito, del orden familiar.

Instituto de Investigaciones Legislativas

mGP/pmeMT