



ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

CC. MINISTROS QUE INTEGRAN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN P R E S E N T E S

PERLA GÓMEZ GALLARDO, en mi carácter de Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, el cual acredito con la copia certificada del oficio número MDPPSA/CSP/986/2013, de fecha 5 de noviembre de 2013, suscrito por la Presidenta de la Mesa Directiva de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal VI Legislatura, así como, copia certificada del decreto de mi designación, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 1744, de fecha 29 de noviembre de 2013, que se acompañan a este escrito como **Anexos 1 y 2**; designando como delegadas y delegados en términos del artículo 11, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II, del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a las y los Licenciados en Derecho Gabriel Santiago López, Dinorah Yazmín López Martínez, Lucía Guadalupe Chávez Vargas, Alejandro Ferrel Bautista, Carlos Adrián Chora Martínez, Javier Villeda Zárraga y Aurora Galán Sánchez; señalando como domicilio para oír y recibir notificaciones el ubicado en Avenida Universidad Número 1449, Colonia Florida, Pueblo de Axotla, Delegación Álvaro Obregón, C.P. 01030, en México, Distrito Federal; ante Ustedes CC. Ministros, comparezco y expongo:

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 105, fracción II, inciso g, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los diversos 1, 2, 3, 60 y 61, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vengo a promover acción de inconstitucionalidad en los términos que se precisan enseguida.

A efecto de dar cumplimiento a los requisitos establecidos por el artículo 61, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, me permito manifestar:

I. NOMBRE Y FIRMA DEL PROMOVENTE.

PERLA GÓMEZ GALLARDO, en representación legal de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, por disposición del artículo 22, fracción I, de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

El requisito de la firma de la promovente, se cumple al final de esta demanda.

II. ÓRGANOS LEGISLATIVO Y EJECUTIVO QUE EMITIÓ Y PROMULGÓ LA NORMA GENERAL IMPUGNADA

- Órgano Legislativo: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, VI Legislatura.
- Órgano Ejecutivo: Jefe de Gobierno del Distrito Federal, Miguel Ángel Mancera Espinosa.

III. NORMA GENERAL CUYA INVALIDEZ SE RECLAMA Y EL MEDIO OFICIAL EN QUE SE PUBLICÓ

La norma general cuya invalidez se reclama es el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, adicionado por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal No 1853, el 9 de mayo de 2014.

IV. OPORTUNIDAD DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los artículos 105, fracción II, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 60, primer párrafo, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen que el plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad es de treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma general impugnada, bajo el entendido, que si el último día del plazo fuese inhábil la demanda se podrá presentar el primer día hábil siguiente.

Ahora bien, en el caso se impugna el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, adicionado por decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 9 de mayo de 2014, por lo que el referido plazo de treinta días naturales comenzó a correr a partir del día 10 del mismo mes y año, para vencer el 8 de junio del año en curso, sin embargo, por ser éste un día inhábil, por disposición del acuerdo general 18/2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹, la fecha en que fenece el plazo para ejercitar la presente acción de inconstitucionalidad es el **9 de junio de 2014**, y por ende, es oportuna la presentación de la demanda. Lo cual se ilustra a través del siguiente calendario:

MAYO Y JUNIO DE 2014

LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIÉRNES	SÁBADO	DOMINGO
			1	2	3	4
5	6	7	8	9 SE PUBLICA EL DECRETO	10 PRIMER DÍA DEL PLAZO	11 DÍA 2
12 DÍA 3	13 DÍA 4	14 DÍA 5	15 DÍA 6	16 DÍA 7	17 DÍA 8	18 DÍA 9

¹ Este acuerdo se publicó el 27 de noviembre de 2013 en el Diario Oficial de la Federación, y es relativo a la **determinación de los días hábiles e inhábiles respecto de los asuntos de su competencia**, así como, de los de descanso para su personal.

19 DÍA 10	20 DÍA 11	21 DÍA 12	22 DÍA 13	23 DÍA 14	24 DÍA 15	25 DÍA 16
26 DÍA 17	27 DÍA 18	28 DÍA 19	29 DÍA 20	30 DÍA 21	31 DÍA 22	1 DÍA 23
2 DÍA 24	3 DÍA 25	4 DÍA 26	5 DÍA 27	6 DÍA 28	7 DÍA 29	8 INHÁBIL
9 DÍA 30	10	11	12	13	14	15

V. PRECEPTOS CONSTITUCIONALES Y DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS

- Los artículos 1º, 4º, 14º, 16º y 22º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Los artículos 2º, 8º, 17º, 19º, 24º, 25º y 30º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Los artículos 2º, 14º, 17º, 23º, 24º y 26º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Los artículos 2º, 3º, 8º, 9º, 12º y 18º, de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Los artículos 1º, 5º y 16º, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Los artículos 3º, 6º y 7º, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belém do Para”

VI. CONCEPTOS DE INVALIDEZ

Cuestión previa

Previo a la formulación de los conceptos de invalidez en relación con el artículo 323, Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, se considera oportuno señalar lo siguiente:

- I. La tesis jurisprudencial P./J. 31/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta del mes de agosto de 2011, Tomo XXXIV, página 870, establece literalmente lo siguiente:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR UN ORGANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN LA DEMANDA RESPECTIVA PUEDEN PLANTEARSE VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y, POR ENDE, LA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DE UNA LEY POR CONTRAVENIR LO ESTABLECIDO EN UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10 DE JUNIO DE 2011). Si bien es cierto que el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Ley Suprema, lo que implica que se promueven para preservar de modo directo y único la supremacía constitucional, por lo que sólo los derechos fundamentales previstos por la Constitución pueden servir de parámetro de control en las acciones de inconstitucionalidad promovidas por los organismos de protección de los derechos humanos, también lo es que, al no existir un catálogo de derechos fundamentales tutelados por la Constitución General de la República a los que deban ceñirse dichos organismos al promover acciones de inconstitucionalidad, todos los derechos fundamentales expresados en la Constitución pueden invocarse como violados, sin que proceda hacer clasificaciones o exclusiones de derechos susceptibles de tutelarse por esta vía, de modo que **los organismos de protección de los derechos humanos también pueden denunciar violaciones al principio de legalidad contenido en los artículos 14 y 16 constitucionales, con lo que es dable construir un argumento de violación constitucional por incompatibilidad de una norma con un tratado internacional sobre derechos humanos.**

En ese orden de ideas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideraba que los organismos de protección de los derechos humanos no podían argumentar en las acciones de inconstitucionalidad, de manera directa, la incompatibilidad de una norma con un tratado internacional sobre derechos humanos, sino que tenían que construir su argumento partiendo de una violación al principio de legalidad, contenido en los artículos 14 y 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- II. No obstante, con motivo de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, el inciso g), de la fracción II, del artículo 105, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos quedó redactada de la manera siguiente:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale 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, estatal y del Distrito Federal, 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 los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y **la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.***

...

En tal virtud, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal tiene la posibilidad de plantear conceptos de invalidez en los que se argumente la incompatibilidad de una norma general emitida por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal con los derechos humanos consagrados en la Constitución, o bien, en los tratados internacionales de los que México sea parte

En atención a lo anterior, este Organismo Público Autónomo Protector de los Derechos Humanos, formula conceptos de invalidez en este ocurso.

Antecedente

El 9 de mayo del año en curso, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el decreto mediante el cual, se adicionó el artículo 323, Septimus, al Código Civil para el Distrito Federal, que establece de forma literal lo siguiente:

Artículo 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.

Del contenido del primer párrafo, del artículo en cita, se advierte la incorporación de un nuevo supuesto de violencia familiar, consistente en la transformación de la conciencia de una persona menor de 18 años edad, con el

objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo, del artículo en comento, cuando ese tipo de violencia sea generada por la madre o el padre se le denominará “*alienación parental*”.

Con relación a este último supuesto jurídico, del contenido de los párrafos segundo y tercero, del artículo en cita, se advierte que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal contempló dos tipos de alienación parental (leve o moderada y severa), así como, los efectos jurídicos de cada una de ellos.

En tanto que en los párrafos cuarto y quinto, se señala la autoridad a quien le corresponderá determinar qué pariente tendrá bajo su cuidado a la niña o niño, mientras recibe tratamiento para poder convivir con la madre o el padre no alienador; así como, en qué institución se le dará el tratamiento correspondiente.

Sin embargo, por considerar que el contenido de tal dispositivo legal contraviene diversos derechos humanos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en diversos tratados internacionales de los que México es parte, se hacen valer los siguientes:

CONCEPTOS DE INVALIDEZ

Como una cuestión previa, esta Comisión desea señalar que reconoce la existencia del fenómeno de la manipulación infantil como una enorme preocupación que debe ser atendida de conformidad con los estándares más altos de protección de los derechos humanos y siempre reconociendo un enfoque integral que asegure la protección del interés superior de la niñez. Por ello, es imprescindible contar con normas jurídicas que se encuentren basadas en este enfoque y que permitan proteger los derechos de niñas y niños. Desgraciadamente, la incorporación de figuras como “el síndrome de la alienación parental” y de normas como la que se combate aquí, lejos de

proteger los derechos de niñas y niños, les afectan de manera desproporcionada, al tiempo de generar situaciones que reproducen estereotipos de género, razones por las que resulta imprescindible generar un importante debate en la materia y evitar así la aprobación de normas, como la que hoy combatimos, que presentan vicios de inconventionalidad e inconstitucionalidad.

A continuación se presentan los conceptos de invalidez:

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

El artículo 323 Septimus del Código Civil para el Distrito Federal resulta incompatible con los artículos 4º y 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con los artículos constitucionales de fuente internacional consagrados en los numerales 1º, 2º, 5º y 16º de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como en los numerales 3º, 6º y 7º de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belém do Pará” sobre la base de las siguientes consideraciones:

a. La discriminación indirecta y su repercusión en casos de mujeres: necesidad de adoptar estándares reforzados de protección

De acuerdo con el artículo 1º de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer (CEDAW) la discriminación constituye toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en

cualquier otra esfera². La discriminación es un fenómeno complejo que puede presentarse de manera diferenciada a través de actos y medidas específicas o de situaciones y contextos estructurales o encubiertos que pueden generar afectaciones específicas y más graves en aquellas personas o grupos que se encuentren en condiciones de especial vulnerabilidad como las mujeres.

En el ámbito del derecho discriminatorio se han generado estudios que intentan analizar la manera diferenciada en que normas, actitudes o programas públicos y privados afectan de manera particular los derechos humanos de personas o grupos específicos. Así, se ha llegado a la construcción del concepto de discriminación indirecta la cual se refiere a 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 discriminación³ en el derecho nacional e internacional como el sexo, la edad o el género.

La discriminación indirecta en la aplicación de una norma o en la implementación de una determinada medida de política pública por parte del Estado surge cuando existen condiciones o características fácticas o jurídicas consideradas como irrelevantes que escapan del diseño y construcción de la norma y, por tanto, al quedar fuera del análisis o consideración legislativa terminan por generar un efecto perjudicial en contra de derechos o intereses de personas determinadas. 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 basta con acreditar la existencia de un tratamiento desfavorable

² ONU, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer* (CEDAW), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/34/180 durante su XXXIV periodo de sesiones, New York, 18 de diciembre de 1979, artículo 1;

³ María José Añón, *Igualdad, diferencias y discriminación*, Fontamara, México, 2010, pág. 29. Asimismo, véase *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Luxemburgo, julio 2010, pág. 29.

o menos benéfico⁴ que afecte o pueda afectar los intereses y derechos de personas y colectivos que por cuestiones fácticas o *de iure* se encuentren en condiciones de desventaja o subordinación social.

De manera más específica, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la discriminación indirecta incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas (...), consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente neutros o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre [las personas]”⁵. Lo anterior quiere decir que tratándose de discriminación en general, y de discriminación indirecta en particular, su acreditación o actualización no requiere de la intencionalidad o no intencionalidad específica por parte de la autoridad⁶ para que una norma o medida pueda generar impactos diferenciados y perjudiciales para las personas.

Tratándose de mujeres, es importante señalar que diversos instrumentos internacionales de los cuales México es Estado Parte señalan la obligación a cargo de las autoridades de eliminar todas aquellas medidas legislativas o prácticas gubernamentales que puedan generar condiciones discriminación o desventaja. De manera particular, la Convención CEDAW señala en su artículo 2 inciso d) la obligación dirigida a los Estados de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con dicha obligación; a la vez que el inciso f) del mismo artículo especifica que los Estados tienen la obligación de adoptar todas aquellas medidas, incluidas las de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer, incluida aquella discriminación de carácter indirecto. Aunado a ello, el Comité de Naciones Unidas para la

⁴ Véase Sentencia de la Sala Social Tribunal Superior de Justicia de Cantabria al Recurso de Replicación 112/2009, sentencia de fecha 25 de febrero de 2009, Ponente María Jesús Fernández García.

⁵ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional Español 145/1991 de 22 de julio de 1991

⁶ Fernando Elorza Guerrero, “Despido y prueba de la discriminación indirecta por razón de sexo”, en *Temas Laborales* número 103/2010, Universidad de Pablo de Olavide, pág. 249.

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha sostenido que la discriminación contra la mujer constituye una forma de violencia que afecta a las mujeres de manera desproporcionada⁷, por lo cual los Estados se encuentran obligados a emprender una serie de esfuerzos de cara a su reducción y erradicación.

En este contexto, y en el marco del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará” impone una serie de obligaciones dirigidas a los Estados tendientes a garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Por su parte, el artículo 6 del mismo instrumento internacional señala que dicho derecho implica la posibilidad de las mujeres de vivir libres de cualquier forma de discriminación y concepciones estereotipadas que puedan afectar el goce y ejercicio de sus derechos humanos, mientras que el artículo 9 ordena a los Estados a adoptar medidas de protección diferenciadas a la luz de las distintas condiciones que pueden generar actitudes de discriminación hacia las ellas, como la homosexualidad, la edad, la discapacidad, la pobreza, entre otras.⁸

Ahora bien, es importante señalar que las mujeres, en tanto personas diferenciadas y socialmente determinadas a partir de su sexo, se encuentran en situación de vulnerabilidad dadas las condiciones históricas y sociales en las que han sido colocadas a partir de la generación y reproducción de roles y estereotipos de género. Desde el punto de vista del derecho antidiscriminatorio, la identificación de personas o grupos en situación de vulnerabilidad parte del reconocimiento de la existencia de personas que, dadas sus diferencias y desventajas, se encuentran en un plano de subordinación y marginación social

⁷ONU, Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General núm. 19 “La Violencia contra la Mujer”*, aprobada por dicho Comité en su resolución HRI/GEN/1//REV.1, durante su XI periodo de sesiones, Ginebra, Suiza, párr. 6

⁸OEA, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”*, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos durante su XXIV periodo ordinario de sesiones, Belém Do Pará, Brasil, 6 de septiembre de 1994, artículos 6 y 7.

respecto de aquellas personas que no comparten dichas condiciones.⁹ Tal es el caso de las mujeres, quienes a pesar de vivir en contextos sociales y culturales diversos, presentan una serie de características afines que –aunque no necesariamente determinantes– sí ocupan un papel preponderante en el devenir y desarrollo dentro de distintos ámbitos de su vida y que en muchas ocasiones son la base para la generación de normas y tratamientos discriminatorios y violentos en muchos de los espacios en los que se desenvuelven como el ámbito laboral, familiar, comunitario o incluso frente al Estado. Todo ello ha derivado en la necesidad de replantear la conceptualización en torno a lo público y lo privado y el nivel de injerencia que el Estado puede adoptar frente a dichos escenarios.

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 a que en los sistemas jurídicos y sociales construidos en ausencia de la participación de mujeres y que por lo tanto carecen de la incorporación de perspectiva de género, es común que se adopten términos y conceptos normalizantes que tornen difícil la identificación de elementos discriminatorios en su perjuicio. Frente a ello, en casos que involucren de manera directa o indirecta la determinación o protección de derechos humanos de las mujeres, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y documentos como el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*¹⁰ emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación imponen a las autoridades, principalmente a las autoridades judiciales, un deber reforzado de análisis y protección para la adecuada identificación de todas aquellas medidas que resulten desproporcionadas o incompatibles con los derechos humanos de las mujeres.

⁹CDHDF, *Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Poblaciones Callejeras en el Distrito Federal 2011 – 2012*, CDHDF, México, 2014, pág. 46.

¹⁰SCJN, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad*, 2013.

En este contexto, cuando en el derecho se incorporaran elementos que producen discriminación directa o indirecta se corre el riesgo de generar, a su vez, plataformas jurídicas que deriven en condiciones de discriminación estructural o sistémica, la cual se materializa en la reproducción de condiciones de opresión y segregación basadas en concepciones morales que afectan a grupos particulares y se enquistan en las estructuras sociales y estatales, pudiendo traducirse en normas, políticas, prácticas o actitudes tanto en el ámbito público como en el privado.¹¹

Es importante remarcar que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido que la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley, se introdujo en la Carta Magna mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974 como parte de un largo proceso para lograr la equiparación jurídica del género femenino con el masculino. Así, en la relativa iniciativa de reformas se propuso elevar a rango constitucional la igualdad jurídica entre ambos y se indicó que ésta serviría de pauta para modificar leyes secundarias que incluyeran modos sutiles de discriminación. De manera que la referida igualdad implica una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, ya que frente a la ley, el hombre y la mujer deben ser tratados por igual; de ahí que el artículo 4o. constitucional, más que prever un concepto de identidad, ordena al legislador que se abstenga de introducir distinciones injustificadas o discriminatorias.¹²

b. Incorporación normativa de medidas discriminatorias y normalizantes que reproducen estereotipos de género en perjuicio de las mujeres

¹¹ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General núm. 20 La No Discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, aprobada por el Comité en su resolución E/C.12/GC/20 durante su XLII periodo de sesiones, Ginebra, Suiza, 2009, párr. 12.

¹²Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Semario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007, pág. 262, tésis1a. CLII/2007. Registro 172019. Igualdad jurídica del hombre y la mujer prevista en el artículo 4o., primer párrafo, de la Constitución Federal. Sus alcances.

El derecho de familia es una de las instituciones jurídicas que guarda sustento, en mayor medida, en preceptos y preconcepciones morales que tienden a ser inamovibles en el marco del escenario social y jurídico. Desde el punto de vista del derecho, y bajo la consideración de estos preceptos proteccionistas que tienden a generar juicios *a priori*, las relaciones familiares son analizadas desde posiciones comunes respecto de las cuales poco o nada cabe cuestionarse.

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. Como ha sido señalado en párrafos anteriores, dicho fenómeno no plantea un problema de igualdad en sociedades cuya conformación se ve caracterizada por fundamentos antropocéntricos, machistas y heterocentros¹³. 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.

En este sentido, cuando se legisla a favor de la protección de la familia, en un sentido tradicional, partiendo que la posición de la mujer en la familia se está frente a una manifestación de sexismo y discriminación. Esta forma de sexismo, identificada como familismo, se encuentra sumamente generalizada en el campo jurídico.¹⁴

Por ello, el concepto de maternidad no escapa al fenómeno de incorporación normativa de situaciones normalizadas y, a veces, discriminatorias al que se ha hecho referencia en líneas anteriores. Por el contrario, su introducción al

¹³ Luigi Ferrajoli señala que un modelo de homologación, las diferencias son ignoradas y, con base en ello, se adopta un modelo de igualdad abstracta entendida como asimilación. Véase Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª edición, Trotta, España, 2010, pág. 74.

¹⁴ Facio Montejó, Alda, *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, ILANUD, San José, Costa Rica, 2007, pág. 96.

ámbito del Derecho ha estado marcada por una reproducción de preconcepciones poco criticadas que han conducido a una situación de normalización y estigmatización a las que diversas posiciones feministas primero, y estudios de género posteriormente, han tratado de transformar. Hoy por hoy, las exigencias y características de las sociedades, así como el desarrollo de los derechos humanos de las mujeres a nivel internacional y nacional, exigen la realización de un análisis normativo y social que permita determinar la vigencia de figuras como la maternidad en un entorno que reclama igualdad y libertad. En relación con ello, las aproximaciones jurídicas al concepto de maternidad son un ejemplo claro de este tipo de fenómenos de incorporación normativa y legal, pues durante mucho tiempo, y aún en nuestros días, la idea de maternidad ha estado asociada a una serie de factores social y culturalmente contruidos que determinan una identidad femenina, la cual es reproducida por mujeres, y consentida por la comunidad, a través de acciones consideradas como socialmente válidas que se cree les corresponden por su propia naturaleza.

En este contexto, el entorno marcado por aquellas disposiciones normativas en materia de derecho familiar suele presentar un sesgo preliminar en virtud de la incorporación de concepciones morales o tradicionales asociadas a un proceso de *normativización del género* en donde la norma recoge aquellos roles y estereotipos social y culturalmente contruidos e impuestos tanto a mujeres como a los hombres. Este proceso de normativización y socialización del género¹⁵ ha traído como consecuencia la consolidación de mitos como el de la maternidad el cual hace referencia a las obligaciones sociales y culturales que se cree tienen todas las mujeres en virtud de su posibilidad y, por tanto, deseo de ser madres.

El mito de la maternidad, y su consiguiente proceso de normativización, encuentra su fundamento en la conformación y reproducción de estereotipos de género y se refuerza, a su vez, con otras concepciones en torno a lo que se cree que deben hacer y no hacer las mujeres. En un escenario de

¹⁵ Anthony Giddens, *Sociología*, Alianza Editorial, España, 1991, pág. 135.

conformación e identificación patriarcal del concepto de familia, este mito se relaciona estrechamente con el rol de género de la “esposa abnegada” que coloca a las mujeres como sujetos de “obediencia”, “ternura”, “sacrificio”, entre otros sentimientos calificativos.

A partir de dicho contexto, y con base en las obligaciones señaladas en diversos instrumentos internacionales como la Convención CEDAW y la Convención Belém do Pará, las autoridades judiciales tienen la obligación de adoptar un estándar reforzado de protección y análisis con el objetivo de identificar aquellas normas, actuaciones o medidas de política pública, entre otras, que puedan afectar de manera diferenciada y desproporcionada los derechos e intereses de las mujeres, y con ello evitar situaciones de revictimización en su contra, que tiendan a perpetuar aquellas condiciones de desventaja o subordinación social y jurídica.

c. Aparente neutralidad de la norma y su impacto diferenciado-discriminatorio en perjuicio de los derechos humanos de las mujeres

Una vez señalada la existencia de un contexto jurídico, social y cultural de corte patriarcal que coloca a las mujeres en una situación de desigualdad y especial vulnerabilidad en el escenario jurídico normativo de corte familiar, así como, la obligación derivada de diversos instrumentos internacionales y dirigida a las autoridades judiciales de adoptar un nivel reforzado de análisis y protección a favor de los derechos humanos de las mujeres, resulta necesario explicitar las razones concretas por las cuales el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, resulta incompatible con los principios, derechos y obligaciones consagradas en nuestra Constitución.

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

A juicio de esta Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, la norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, carece de neutralidad en virtud de que el concepto que sustenta su

origen se encuentra viciado también por un sesgo de género que resulta incompatible con el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y discriminación, produciendo al final del día una situación de discriminación encubierta en perjuicio de sus derechos fundamentales.

En este contexto, aun cuando de una lectura literal del precepto normativo que se impugna puede desprenderse una aparente neutralidad en su construcción al no realizar una mención específica en torno al sexo de los cónyuges o padres/madres de los menores de edad, el concepto que sustenta el origen y finalidad de la norma, y por tanto su aplicación, presenta un vicio de género que reproduce roles y estereotipos de género en perjuicio de las mujeres.

En efecto, la norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, regula la identificación y sanción de conductas asociadas a lo que se ha denominado Síndrome de Alienación Parental (SAP) concepto que, con independencia del análisis a profundidad que se realice en párrafos posteriores del presente documento, encuentra su sustento en una visión estereotipada de las mujeres y cuya aplicación redundante en la reproducción y consolidación de otros estereotipos de género que atentan contra el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y discriminación consagrados en los artículos constitucionales de fuente convencional establecidos en los numerales 3° y 6° de la Convención Belém do Pará, así como en los artículos 5° y 10° de la Convención CEDAW.

De manera particular, Richard Gardner, psiquiatra infantil y forense norteamericano, definió al SAP como una alteración que surge casi exclusivamente durante las disputas por la custodia de un hijo. De acuerdo con su autor, la primera manifestación de dicho síndrome es el inicio de una campaña injustificada de denigración contra un progenitor por parte de los hijos. Señala que tal fenómeno es el resultado de la programación (lavado de

cerebro)¹⁶ realizada por uno de los padres/madres y en la que el niño o la niña contribuye con sus propias aportaciones, dirigidas al progenitor objetivo de la alienación.¹⁷ Sin embargo, desde el inicio de su argumentación y durante la consolidación de su teoría sobre el SAP, Richard Gardner señaló que la incidencia de madres alienadoras presentaba una proporción mucho mayor en relación con los casos de padres alienadores; argumento esgrimido sobre la inexistencia de bases científicas confiables que pudieran justificar tal determinación.

La afirmación respecto de la incidencia de casos de alienación parental incitados por madres en la teoría de Gardner descansa sobre la base de argumentos no fundamentados científicamente, sino única y exclusivamente en datos empíricos sobre el universo de casos y entrevistas que dicho psiquiatra había realizado durante un tiempo determinado. Frente a la ausencia de una fundamentación teórica sólida que permitiera sustentar su argumento, Richard Gardner señaló que el SAP presentaba una mayor incidencia respecto de mujeres ya que ellas, en virtud de su sexo y genética, cuentan con una función primaria de cuidado que justifica la posibilidad de que las mujeres puedan pasar más tiempo con sus hijos e hijas y, por lo tanto, tengan una mayor posibilidad de alienar a las niñas y niños, en comparación con los padres varones que deben salir del hogar a proveer de alimentos y recursos materiales para la manutención de la familia¹⁸.

Al respecto, el propio Gardner en uno de sus artículos de investigación señala que desde 1980 y a lo largo de sus estudios identificó que en cerca de 85% a 90% de los casos por él analizados resultaba posible identificar a las mujeres como las madres alienadoras y a los hombres como los padres alienados o progenitores objetivos, y explica que dicha situación puede deberse al hecho

¹⁶Que implica que un progenitor, sistemática y conscientemente, programa a los hijos en la descalificación hacia el otro. Bolaños, Iñaki, "El Síndrome de Alienación Parental. Descripción y abordajes psico-legales", en: Psicopatología legal y forense, Vol. 2, No. 3, 2002, pp. 25 -45.

¹⁷ Richard Gardner, *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, pág. 20.

¹⁸ Asociación Española de Neuropsiquiatría, *Análisis sobre las bases científicas del síndrome de alienación parental*, Asociación Española de Neuropsiquiatría, España, pág. 41.

de que las niñas y niños, por lo general, presentan un vínculo más estrecho y de mayor temporalidad con las madres¹⁹ dado el vínculo primario de cuidado que presentan respecto de sus hijas e hijos²⁰. A fin de justificar tal argumentación, Richard Gardner señala en otro de sus estudios que las mujeres alienadoras, además de poseer la virtud/obligación primitiva de cuidar de sus hijas e hijos, por lo general son mujeres selectivas de hombres con mayores habilidades de protección y desarrollo de la familia. De manera mucho más puntual, el creador del SAP describe que:

Fue más probable que estas mujeres buscasen a hombres para los fines de quedar embarazadas y más probable que fuesen buscadas por hombres que deseasen prole. De forma similar hubo una propagación selectiva preferente de hombres que fuesen hábiles proveedores de comida, ropa, refugio, y protección de mujeres y niños. Tales hombres fueron preferentemente buscados por mujeres con elevados instintos de crianza.²¹

Como puede apreciarse, el concepto de SAP propuesto por Richard Gardner y que es recogido por el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, descansa sobre la base de al menos dos estereotipos de género que resultan perjudiciales de los derechos humanos de las mujeres. El primero de ellos se relaciona con el estereotipo de madre que considera que las mujeres tienen una función natural, y por lo tanto obligada, de cuidar a sus hijos e hijas. Dicho elemento permitió a Gardner formular y sostener un argumento en torno al deber primitivo de cuidado de las mujeres que sirve para justificar la alienación parental de niñas y niños por parte de sus madres dado que en virtud de dicho deber primitivo de cuidado las mujeres cuentan con mayor tiempo para establecer vínculos más sólidos con los menores de edad y por tanto para alienarlos en contra de los padres hombres.

El segundo de los estereotipos sobre los que descansa el SAP es el de la “esposa abnegada”. De manera particular, el síndrome que se analiza retoma consideraciones sustentadas en una división sexual del trabajo que establece y

¹⁹ Richard Gardner, *Denial of the Parental Alienation Syndrome also Harms Women*, en *The American Journal of Family Therapy*, 31:191, p. 193-194.

²⁰ Richard Gardner, *Judges Interviewing Children in Custody/Visitation Litigation*, *New Jersey Family Lawyer*, Volume VII, number 2, august/September 1987, p. 26 ff.

²¹ *Ídem*

señala qué funciones y actividades son las que, por *naturaleza*, deben realizar las mujeres. A partir de la capacidad reproductiva de las mujeres, la teoría de la división sexual del trabajo señala que la construcción femenina de la mujer se encuentra asociada a su capacidad reproductiva y a su imagen de “*madresposa*”²², mientras que la concepción social de los hombres se estructura a partir de su concepción como seres económicos capaces de producir y proveer a las familias que sustenta²³. A partir de tales preconcepciones, el concepto de SAP y su aplicación genera condiciones que reproducen estereotipos de género en contra de las mujeres al ubicarlas como mujeres abnegadas que ante su incapacidad de generar trabajo productivo se ven en la necesidad de realizar actos desesperados y primitivos para mantener un grado mínimo de estabilidad.

Así, el hecho de que la norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, recoja un concepto sustentado en visiones estereotipadas y por tanto discriminatorias en perjuicio de las mujeres resulta contrario a lo señalado por los artículos 3° y 6° de la Convención Belém do Pará, así como, por los artículos 5° y 10° de la Convención CEDAW los cuales garantizan el derecho de las mujeres de vivir una vida libre de violencia y resulta incompatible con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al no ser compatible con estándares internacionales.

ii. Ausencia de neutralidad en la aplicación de la norma que se combate: discriminación indirecta en sentido estricto

²² El término *madresposasha* sido empleado principalmente por Marcela Lagarde para hacer referencia al rol que se cree deben desempeñar las mujeres asociado a la fusión entre la naturaleza sexual reproductiva de las mujeres y el ámbito privado de la propiedad. Véase Marcela Lagarde y de los Ríos, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, Universidad Nacional Autónoma de México, 5ª edición, México, 2011.

²³ Gemma Nicolás Lazo, *Los Trabajos Invisibles: Reflexiones Feministas sobre el Trabajo de las Mujeres*, Conferencia ofrecida en las Jornadas organizadas por Surt el 13 de mayo de 2009 en Barcelona, con el título *Repensar l'economia i el treball de l'experiència de les dones*, pág. 2. Asimismo, véase Mercedes Pedrero Nieto, Género, “Trabajo doméstico y extradoméstico en México. Una estimación del valor económico del trabajo doméstico” en *Estudios Demográficos y Urbanos*, vol. 19, núm. 2 (56), pág. 14.

Como ha sido señalado en párrafos anteriores, la discriminación indirecta es común en aquellos casos en los cuales las normas en su construcción y diseño son aparentemente neutras, pero en su aplicación resultan presentar impactos diferenciados y desproporcionados dadas las situaciones fácticas o jurídicas de determinados grupos. Tal es el caso del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, y las mujeres, pues si bien de una primera lectura del artículo en comento, es posible apreciar una aparente neutralidad de la norma a favor de la protección de niñas y los niños, también es cierto que la norma que se combate no puede sustraerse del contexto patriarcal en el que se desenvuelve y en el cual pretende aplicarse. Ello es así pues como fue establecido en líneas anteriores, 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.

En relación con lo anterior, no es únicamente la redacción y construcción de la norma lo que debe cuidarse para evitar la generación de impactos discriminatorios en perjuicio de las mujeres, sino también debe prestarse especial atención al momento de aplicación de la norma ya que es en ese momento cuando la igualdad puede verse frustrada ante la colisión de la aplicación de la norma con patrones de conducta institucionalizados que presentan sesgos discriminatorios hacia las mujeres y que tienen consecuencias desiguales que afectan el goce y ejercicio de sus derechos humanos. En síntesis, cuando se habla de normas que puedan generar un impacto diferenciado en las mujeres o cualquier otro grupo en situación de especial vulnerabilidad, las autoridades deben asegurar, a través de un examen de previsibilidad, que dichas normas no reproduzcan y perpetúen las condiciones que colocan y mantienen a grupos y personas en situaciones históricas de desventaja.

Ahora bien, a fin de clarificar lo señalado hasta ahora y ejemplificar con mayor precisión la discriminación indirecta que genera la aplicación de la norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, en perjuicio de las mujeres, es necesario señalar que tomando en consideración el contexto en el que se coloca a las mujeres, especialmente en el ámbito familiar a través de la reproducción de estereotipos de género, dicha norma genera al menos tres afectaciones principales que se resumen en los siguientes argumentos:

a. La aplicación de la norma produce efectos de invisibilización de contextos de violencia familiar

De acuerdo con los principales estudios y orígenes del SAP, dicho concepto en tanto práctica surge principalmente en aquellos casos en los cuales existe una disputa legal por la guarda y custodia de las personas menores de edad, sin embargo, y como ha sido señalado en líneas anteriores, la justificación respecto de la proporción de casos con mayor incidencia de madres alienadoras descansa sobre conclusiones y argumentos poco probables que hacen de ellos la reproducción de estereotipos en contra la mujer.

Pese a ello, la aplicación de la norma genera un efecto desproporcionado y discriminatorio en contra de mujeres si se toma en consideración el contexto de violencia familiar que se registra en una parte importante de los hogares de la Ciudad de México y la probable aplicación de la sanción señalada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, consistente en la probable pérdida de la guarda y custodia, así como, de la patria potestad de las niñas y los niños en perjuicio del cónyuge alienador. Por ello, si se toma en cuenta que la norma y el concepto que recoge presentan un sesgo de género que vicia de entrada su aplicación en perjuicio de las mujeres, es posible señalar que tal situación se potencializa en escenarios de violencia familiar que limitan las posibilidades de denuncia por parte de las mujeres frente al riesgo de que las autoridades judiciales consideren que la denuncia y el testimonio de las niñas y los niños se encuentra viciado o manipulado en aplicación del síndrome de alienación parental.

Lo anterior puede entenderse en mayor medida a la luz de las cifras y datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía respecto de la violencia contra las mujeres y especialmente la violencia en los hogares. Al respecto, el INEGI señala que 52% de las mujeres del Distrito Federal que señalaron haber sido víctimas de violencia lo fueron por parte de su actual o último esposo o pareja a lo largo de su relación, principalmente, a través de actos de violencia emocional como insultos, amenazas, humillaciones e intimidación, seguidos de actos de violencia económica, física o sexual durante su relación de pareja²⁴. Tales datos se relacionan con el hecho de que en los últimos años 72.7% de los divorcios registrados en el Distrito Federal han sido de tipo “voluntario o unilateral” y con el hecho de que la mayoría de ellos hayan sido solicitados por mujeres²⁵.

En virtud de ello, si también se toma en consideración que 91.5% de las mujeres casadas o unidas del Distrito Federal que han sido víctimas violencia física y/o sexual por parte de sus parejas no han recurrido a ninguna institución ni autoridad para solicitar ayuda, es posible concluir de manera preliminar que en el Distrito Federal el divorcio unilateral es la única herramienta o posibilidad para que las mujeres puedan salir de aquellos contextos de violencia familiar en los que puedan encontrarse.²⁶ Asimismo, si bien el divorcio unilateral en el Distrito Federal ofrece una alternativa para las mujeres, también lo es que su tramitación no permite concentrar cifras respecto de qué número de divorcios se debe a causas de violencia en la pareja o en la familia.

²⁴ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “*Estadísticas a propósito del Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*” Datos del Distrito Federal, INEGI, 2013, disponible en <<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2013/violencia9.pdf>>

²⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “*Estadísticas a propósito del 14 de febrero, matrimonios y divorcios*” Datos del Distrito Federal, INEGI, 2013, disponible en: <<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2013/matrimonios9.pdf>>

²⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “*Estadísticas a propósito del Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer*” Datos del Distrito Federal, INEGI, 2013, disponible en <<http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/Contenidos/estadisticas/2013/violencia9.pdf>>

Frente a tales datos y una vez establecida una primera conclusión respecto de la violencia familiar que viven las mujeres en el Distrito Federal y la proporción de divorcios iniciados por ellas en la Ciudad de México, es posible señalar que la norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, presenta efectos discriminatorios indirectos y desproporcionados en perjuicio de las mujeres al limitar las posibilidades de denuncia de actos de violencia familiar.

Ello es así ya que la sanción señalada en la norma que se impugna corresponde a la pérdida de la guarda y custodia, así como de la patria potestad de las niñas y niños en aquellas relaciones en las que exista una sospecha de alienación parental. Sin embargo, la aplicación de la norma trae aparejado un riesgo fundado relacionado con la posibilidad que frente a denuncias de contextos o escenarios reales de violencia familiar, las autoridades judiciales consideren que el testimonio de las y los menores de edad se encuentre viciado y alienado a favor de la madre y en perjuicio del padre. Lo anterior, en cuanto que la aplicación de la norma, implica el establecimiento de dos opciones excluyentes para las mujeres: 1) la denuncia de violencia familiar frente al riesgo de perder la patria potestad de sus hijas e hijos, o bien, 2) el goce de la patria potestad, guarda y custodia de las hijas e hijos 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.

Como puede apreciarse, las opciones brindadas por la norma establecida en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, al colocar a las mujeres ante esta disyuntiva podría invisibilizar otras situaciones de violencia en el entorno familiar, ya que la denuncia puede acarrear, por parte del padre, una acusación que alega la alienación parental en su defensa.

b. La aplicación de la norma refuerza estereotipos de género en perjuicio de las mujeres madres

Tal y como ha sido apuntado por esta Comisión en apartados anteriores, la norma que se combate y el concepto que recoge, y cuya aplicación se

pretende, parte de la introducción y reproducción de roles y estereotipos de género en perjuicio de las mujeres cuando se les asocia con deberes y sentimientos arraigados en el ideario colectivo y cultural de lo que debe entenderse como correcto en el seno familiar. Aun cuando el concepto de SAP parte de estereotipos asociados al mito de la maternidad como el del *deber primitivo de cuidado*, la aplicación de éste a través de la norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, refuerza algunos otros que incluso pueden tener implicaciones relevantes en el marco de procesos judiciales sobre la determinación de la patria potestad, guardia y custodia de los menores de edad.

De manera particular, el sesgo de género del que parte la norma abre la posibilidad para que en el análisis de casos específicos en donde existan posibilidades de que el padre haya cometido algún tipo de abuso o violencia familiar o en contra de las niñas y los niños, se reproduzcan otro tipo de estereotipos de género como los de la madre maliciosa o la esposa desesperada. Ello es así ya que el SAP y, de manera encubierta, la norma combatida parte de la idea que las mujeres madres, en virtud del tiempo que conviven con las y los menores de edad, tengan mayores posibilidades de inducir o manipular la conciencia de sus hijas e hijos.

En este contexto, y partiendo de la definición de SAP aportada por Gardner, la madre inicia una campaña injustificada de denigración en contra del padre a través de las niñas y los niños, situación que la coloca como un sujeto despiadado que utiliza a las y los niños como mecanismo para sancionar y castigar a sus esposos y obtener de ellos algún tipo de beneficio o consideración. Es decir, el estereotipo del que parte el SAP y la propia norma se asocia con el de la “madre maliciosa” toda vez que coloca a las mujeres como personas que perjudican no sólo a sus parejas, sino que de manera adicional utilizan a sus hijas e hijos para obtener y conseguir sus propias finalidades. Asimismo, tales estereotipos terminan por señalar la posibilidad de que las mujeres padezcan alguna enfermedad mental, situación que reproduce la idea preconcebida de que existen mujeres “*madres*”, “*locas*” y “*desesperadas*” que pueden alienar a sus hijas e hijos, con tal de castigar o retener a sus parejas.

Lo anterior si bien resulta de especial preocupación frente a los derechos humanos de las mujeres, cobra especial relevancia en escenarios de procesos judiciales en donde se encuentra en litigio la patria potestad, guardia y custodia de las y los menores de edad pues cabe la posibilidad de que tales estereotipos sean introducidos y reproducidos por las autoridades judiciales generando procesos de discriminación estructural en contra de las mujeres que afectan de manera desproporcionada sus derechos humanos. Al respecto, y de acuerdo con el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en México las prácticas discriminatorias contra las mujeres por parte de las y los operadores de justicia son una práctica recurrentes que fomentan la institucionalización de la violencia hacia las mujeres, ya que sistemáticamente no se aplican adecuadamente las medidas de protección para ellas. Asimismo, dicho Comité ha advertido sobre el uso recurrente de estereotipos discriminatorios contra las mujeres en los fallos judiciales mexicanos, donde se destacan preconcepciones sobre feminidad, principalmente, discriminación con base en el rol de madre.²⁷

Con base en las anteriores consideraciones, es posible señalar que la incorporación y reproducción de estereotipos de género en perjuicio de las mujeres como los que sustentan al artículo 323 Septimus del Código Civil para el Distrito Federal resultan incompatibles con el artículo 4° de nuestra Constitución, así como con los artículos 2°, 5° y 16°, de la Convención CEDAW, y con los artículos 3° y 6°, de la Convención Belém do Pará, en relación con el derecho a una vida libre de violencia, así como con los artículos 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 7°, de la Convención Belém do Pará, en la medida en que la norma no resulta compatible ni armónica con estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres.

²⁷ ONU, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, (CEDAR/C/MEX/CO/7-8), 52° Periodo de sesiones, México 2012.

De igual forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los **estereotipos de género** son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos.²⁸

c. La aplicación de la norma abona a la perpetuación de una cultura de la desigualdad entre hombres y mujeres

La aplicación de la norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, abona a la perpetuación de una cultura de la desigualdad entre hombres y mujeres en virtud de la consolidación y reproducción de diversos estereotipos que impactan de manera diferenciada en los derechos humanos de las mujeres. Desde un punto de vista garantista, el Derecho debe ser entendido como una herramienta al servicio de la sociedad capaz de generar modificaciones estructurales a favor de aquellos grupos o personas que se encuentren en situación de desventaja o discriminación, y no por el contrario como una herramienta al servicio del poder de quienes se encuentran en posiciones privilegiadas.

De manera puntual, el derecho y las normas que pretendan regular las relaciones familiares deben ser capaces de modificar aquellas relaciones desiguales de poder que existen en la sociedad entre hombres y mujeres, sobre todo cuando ha quedado demostrado que el ámbito familiar, al ser un elemento especialmente valorado por la sociedad, suele incorporar un gran número de estereotipos de género sobre la base de un aparente afán de protección de niñas y niños.

El artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, lejos de constituir un mecanismo normativo que permita proteger de manera equilibrada los derechos de niñas y niños y mujeres, ayuda a mantener aquellas relaciones

²⁸Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 302

de sometimiento de las mujeres frente a los hombres y frente a las instituciones del Estado al incorporar y reproducir mitos y prejuicios que culturalmente han caracterizado a las mujeres con el paso del tiempo. Cuando el derecho sugiere a través de sus normas concepciones como las de “madre maliciosa”, “mujer desesperada”, “esposa abnegada”, entre otras, en realidad se está enviando un mensaje de legitimación respecto de tales conductas propiciando la solidificación de un *status quo* que exclusivamente abona al empoderamiento de una cultura de la desigualdad entre hombres y mujeres basada en estructuras machistas, sexuadas y patriarcales.

Con base en las anteriores consideraciones, es posible señalar que la incorporación y reproducción de estereotipos de género en perjuicio de las mujeres como los que sustentan al artículo 323 Septimus del Código Civil para el Distrito Federal resultan incompatibles con el artículo 4° de nuestra Constitución, así como con los artículos 2°, 5° y 16°, de la Convención CEDAW, y con los artículos 3° y 6°, de la Convención Belém do Pará, en relación con el derecho a una vida libre de violencia, particularmente el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y ser valorada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

Asimismo, resulta incompatible con los artículos 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 7°, de la Convención Belém do Pará, en la medida en que la norma no resulta acorde con estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres.

SEGUNDO. INCORPORACIÓN NORMATIVA DE CONCEPTOS INCOMPATIBLES CON LOS DERECHOS HUMANOS: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD E INTERÉS SUPERIOR DE NIÑAS Y NIÑOS

De acuerdo con el artículo 3°, de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados al tomar cualquier medida que pueda involucrar a niños y niñas, ya sean éstas de índoles legislativo, judicial o administrativo, tienen la obligación

de considerar de manera primordial el principio del interés superior de niñas y niños²⁹. A juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades³⁰ de modo que se hace exigible del Estado la adopción de medidas reforzadas y especiales de protección que permitan asegurar el máximo y óptimo desarrollo de las niñas y los niños.

En el marco de dichas obligaciones de protección reforzadas, las autoridades del Estado deben asegurarse de manera plena que la utilización de conceptos y la aplicación de normas, más allá de la buena fe o intención de protección que puedan perseguir, no generen impactos negativos en sus derechos humanos. A juicio de esta Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, la norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, presenta algunas características que podrían generar un impacto negativo en los derechos humanos de las niñas y los niños al partir de la utilización de conceptos que carecen de consensos mínimos y legitimidad en el escenario científico.

a. Origen cuestionable del concepto de síndrome de alienación parental (SAP)

Como ha sido señalado en secciones anteriores del presente documento, el SAP 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 las hijas e hijos. Como se estableció anteriormente, uno

²⁹ ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/44/25 durante su XLIV periodo de sesiones, New York, 20 de noviembre de 1989, artículo 3.

³⁰ Véase Corte IDH. *Caso Atala Ríffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 108; asimismo véase Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 56.

de sus principales exponentes es el psiquiatra Richard A. Gardner, quien estableció el origen y las manifestaciones del fenómeno, así como, las guías de intervención para jueces y terapeutas.³¹ Según su teoría, la alienación parental es un desorden infantil, que consiste en una campaña de denigración y rechazo sistemático que uno de los padres (generalmente la madre) enseña del otro progenitor, por medio del lavado de cerebro y programación del niño³².

No obstante el uso recurrente del término en el escenario jurídico, en el marco de la medicina y la psicología existe un importante debate sobre la veracidad y aplicabilidad del concepto, la forma de identificación de conductas y la calificación de éstas para determinar un síndrome. Quien defiende dicho concepto afirman que el SAP describe con precisión la reacción irracional de niñas y niños hacia uno de sus progenitores, en gran medida, por la influencia del otro; ayuda en el reconocimiento, la comprensión y el tratamiento de este grupo de niñas y niños; y describe un conjunto de comportamientos mostrados por esos estos que son los que justifican la denominación de "síndrome". Además, consideran que el término es útil para su uso en tribunales, pues ayuda a decidir el mejor escenario posible para el desarrollo de niñas y niños.³³

Sin embargo, aquellas posturas que cuestionan el SAP sostienen que para considerarlo científico es necesario crear una teoría basada en suficientes observaciones empíricas y llevar a cabo su comprobación mediante el método científico. Sin embargo, sostienen que para el caso del SAP, el concepto ha permanecido estático por más de una década y nunca ha sido tomado como teoría para comprobarse.³⁴ Aunado a lo anterior, los críticos afirman que su uso simplifica la causa de la posible alienación, conduce a la confusión en el trabajo clínico con niñas y niños, y carece de una base científica suficiente para ser considerado un síndrome. Por esas razones argumentan que el término es mal

³¹ Richard A. Warshak, *Current controversies regarding parental alienation syndrome*, *American Journal of Forensic Psychology*, volumen 19, no. 3, 2001, pp. 29 – 59.

³² Gardner, R.A. *Family evaluations in child custody litigation*. Creative Therapeutics. 1982.

³³ Richard A. Warshak, *op. cit.*

³⁴ Stephanie J. Dallam, Parental Alienation Syndrome: Is it scientific? In E. St. Charles & L. Crook (Eds.), *Expose: The failure of family courts to protect children from abuse in custody disputes*. Los Gatos, CA : Our Children Our Children Charitable Foundation, 1999, disponible en <http://www.leadershipcouncil.org/1/res/dallam/3.html>

utilizado en los tribunales, por lo que el testimonio respecto de este diagnóstico, así como su tratamiento deben ser inadmisibles en procesos judiciales de guarda y custodia.³⁵

Un elemento adicional que pone en duda el carácter científico del SAP y que ha sido abordado de manera previa, es el origen y el desarrollo que sustentan su construcción. El término fue propuesto por Richard Gardner quien en investigaciones anteriores a la de alienación parental hizo referencias explícitas a la histeria natural en las mujeres y su capacidad de manipulación, así como la actitud exageradamente punitiva y moralista que la sociedad tiene respecto de la violencia sexual a niños.³⁶ 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 su incompreensión de la sexualidad masculina que puede incluir las relaciones incestuosas.³⁷ Esta situación ha sido examinada previamente para advertir impactos basados en estereotipos de género.

A partir de lo anterior, es posible señalar que no existe sustento ni reconocimiento científico que permita avalar, aún más allá de cualquier duda razonable, el uso de los indicadores que detectan el SAP para detectar la existencia de condiciones de manipulación emocional de un niño, niña o adolescente, y mucho menos para diferenciar este tipo de violencia de la violencia física o sexual.³⁸ Tales son las dudas sobre la solidez científica de dicho síndrome que organismos y organizaciones especializadas en salud como la Organización Mundial de la Salud, la Asociación Americana de Psicología o la Asociación Americana Médica, han rechazado el supuesto

³⁵ Richard A. Warshak, *op. cit.*

³⁶ Ver: Gardner, R.A. (1992). True and False Accusations of Child Sex Abuse. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics.; Gardner, R.A. (1991). Sex Abuse Hysteria: Salem Witch Trials Revisited . Cresskill, NJ: Creative Therapeutics.

³⁷ Joan S. Meier, *Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation: A research review*, National Online Resource Center on Violence Against Women, September 2013, disponible en http://www.vawnet.org/Assoc_Files_VAWnet/AR_PASUpdate.pdf

³⁸ *Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre el llamado síndrome de alienación parental*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, España, 2010.

síndrome de alienación parental por su falta de fundamentación médica y clínica³⁹.

Si bien, la ausencia de fundamentos clínicos sólidos parecería resultar irrelevante para los derechos de niñas y niños, lo cierto es que con base en el principio de protección – precaución que rige el actuar del Estado con base en el principio del interés superior de niñas y niños, sus autoridades se encuentran bajo la obligación de asegurarse que el examen en torno a la determinación y protección de sus derechos humanos se realice sobre bases sólidas que permitan afirmar la inexistencia de riesgos en torno a la generación de impactos negativos para su desarrollo integral. Es decir, las autoridades, en vez de analizar e incorporar conceptos respecto de los que aún no existe un consenso científico ni jurídico determinado, deben abstenerse de aplicarlas e incorporarlas en la ley so pena de incurrir en violaciones graves a derechos humanos que con base en la propia naturaleza de niñas y niños pueden tornarse irreparables.

De manera específica, la incorporación del SAP en la norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, coloca en una situación de riesgo a las niñas y los niños en el marco de procesos judiciales, vulnerando el principio de debida diligencia que obligaría al Estado a adoptar mecanismos científicos que se encuentren más allá de toda duda razonable en el marco del principio protección precaución compatible con las obligaciones de protección e interés superior de la niñez, generando un escenario propicio para la violación de sus derechos humanos, situación que resulta contraria a los artículos 1° y 4° constitucionales, así como los artículos 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya que la falta de certeza jurídica o la falta de un procedimiento objetivo, sobre la determinación del SAP podría conllevar una

³⁹ 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-no-disorder/?page=all>; *World Health Organization*. ICD- 2010 <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en>

violación de carácter irreversible o irremediable ante una situación judicial perjudicial para los intereses de las y los niños.

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

Otro de los elementos que reviste inconstitucionalidad de la norma que se combate, es que su aplicación trae como consecuencia la objetivación de 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. Dicha 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.

Dentro de sus estudios, Richard Gardner advirtió desde el inicio sobre la posibilidad de invalidar los testimonios de niñas y niño frente a la posibilidad de que éstos fueran producto del SAP.⁴⁰ Así, la alienación parental implica la consideración de que el menor de edad que se encuentre en dicho supuesto tiene una “consciencia 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 niño o niña en cuestión. Bajo ese supuesto, el dicho de la niña o niño “alienado” carece de validez y veracidad, de tal forma que es omitido el reconocimiento de la autonomía progresiva que tienen los y las niñas, pues se presupone que los padres/madres podrán intervenir en la estructura mental de éstos sin que exista una opinión y criterio propio, atendiendo a la edad que tenga dicho niño o niña.

En este sentido, la o el niño integralmente se vuelve “alienado”, por lo que la falta de veracidad de su dicho no se agota en ciertos testimonios, por el

⁴⁰ Deirdre Conway Rand, The spectrum of parental alienation syndrome, American Journal of Forensic Psychology, volumen 15, Lumber 3, 1997.

contrario, la alienación se vuelve en característica personal del menor de edad. Se deja de distinguir entre los actos o dichos que pudieran estar manipulados y aquellos que son producto del criterio de la niña o niño, lo que tiene como consecuencia la exclusión y anulación total del menor de edad en el proceso. Aunado a ello, es común que las acciones que tradicionalmente adoptan las y los operadores de justicia cuando es supuestamente identificado el SAP derivan de la omisión de distinguir entre un testimonio manipulado y lo que pudiera considerarse alienación. Esto resulta en la inobservancia de una perspectiva de infancia que conozca las características específicas de ella y en consecuencia que se pueda diferenciar cuando el dicho de una niña, niño o adolescente es un producto propio o pudiera ser un resultado de la manipulación externa.⁴¹

A fin de aclarar la diferencia entre una posible manipulación y la forma en que con antelación se anula el testimonio de la o el niño alienado se presenta el siguiente cuadro:

	MANIPULACIÓN	ALIENACIÓN
Persona	Su dicho puede ser limitado, pero se debe considerar que la forma en que los menores de edad piensan y actúan responde a sus características estructurales e inmodificables, las cuales determinan su desarrollo cognitivo, emocional y moral.	La persona es alienada, por lo que sus pensamientos y acciones han sido modificados, no importa su desarrollo cognitivo, emocional o moral.
Participación en el proceso	Parte de la veracidad del mismo, por lo que el menor de edad participa en el proceso y el juez, tomando en consideración las características propias de la infancia, es capaz de descartar aquel testimonio sea manipulado.	No hay veracidad en el dicho del niño, por lo que el juez anula a priori el testimonio.
Obligación de juezas y jueces	Garantiza que el testimonio del niño sea escuchado así como la obligación de las y los juzgadores de adoptar todas las medidas para asegurar que el testimonio pueda ser tomado en consideración en términos de la Convención de los Derechos del Niño. .	Anula con antelación testimonio del menor de edad porque sus pensamientos y acciones fueron modificados por un tercero.

⁴¹ SCJN, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que involucre niñas, niños y adolescentes, 2013.

Fuente: Elaboración con base en “Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en caso que involucre niñas, niños y adolescentes”, SCJN, 2013.

En conclusión, la norma dispuesta en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, resulta inconstitucional toda vez que deja abierta la posibilidad de restringir la participación de niñas y niños de manera integral en el proceso sobre la base de su condición de sujetos de derecho.

c. Ausencia en la incorporación de un control de convencionalidad con enfoque de infancia

Una vez expuesto lo anterior, es necesario considerar que el Estado tiene obligaciones específicas respecto a la garantía de los derechos de las y los niños, y una obligación reforzada respecto a los derechos de la infancia. Dichas obligaciones, provenientes de los principios constitucionales e internacionales, exige a las y los juzgadores acciones particulares aun cuando las leyes no lo establezcan de manera específica. En este sentido, el principio constitucional del interés superior del niño obliga a las y los operadores de justicia a interpretar las leyes de tal forma que proporcionen todas las medidas especiales necesarias para asegurar el desarrollo adecuado del principio de igualdad sustancial.

En este sentido, para satisfacer los principios y derechos, se vuelve insuficiente la simple declaración de su reconocimiento en las disposiciones normativas, 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. Es decir, que todas las autoridades del Estado, tanto legislativas como las y los operadores de justicia, tiene la responsabilidad de identificar las obligaciones puntuales desde una perspectiva reforzada para la atención y protección de las condiciones particulares que enfrentan niñas y niños.⁴²

⁴² Margarita Griesbach y Ricardo Ortega, *La infancia y la justicia en México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Oficina de la Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C., México, 2013.

Así, 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.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la obligación ex officio para la autoridad judicial para ejercer el control de convencionalidad, en cada caso 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.⁴³ Al respecto, este Máximo Tribunal ha establecido que el interés superior niñas y niños es un principio que “ordena la realización de una interpretación sistemática que debe tomar en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales previstos en la Constitución, los tratados internacionales y las leyes de protección de la niñez”.⁴⁴ Por tanto, la incorporación a las leyes de conceptos no validados 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 las y los niños, 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.

⁴³Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I, pág. 639, tesis: 1a. LXVII/2014 (10a.) Registro: 2005622.Control de Constitucionalidad y Convencionalidad Ex Officio. Condiciones Generales para su Ejercicio.

⁴⁴ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXXIII, Febrero de 2011, pág. 616, tesis: 1a. XV/2011. Registro: 162807.Interés Superior Del Niño. Función En El Ámbito Jurisdiccional

En el caso de la norma en cuestión, la falta de debida diligencia por parte de las autoridades legislativas produce el detrimento del ejercicio de los derechos humanos de las y los niños, lo que se traduce en la falta de reconocimiento de los menores de edad como titulares de derechos, quienes requieren especial protección en función de su condición de niñas o niños.

Por el contrario, se inicia un proceso respaldado en un concepto subjetivo que, bajo una perspectiva paternalista de atención a la infancia, establece la protección del menor de edad mediante la acción del Estado.

Todo ello se torna incompatible con el artículo 1° y 4°, constitucionales, así como, con los artículos 2° y 3°, de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con los artículos 2° y 17°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

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

A juicio de esta institución, la norma que se combate resulta incompatible con los artículos 1° y 4°, constitucional; con los artículos 3°, 5° y 12°, de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 8°, 19° y 25°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que contraviene los máximos estándares de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes reconocidos en el marco constitucional y convencional. De manera particular el artículo impugnado:

- a. Resulta incompatible con el interés superior de niñas, niños y adolescentes, el derecho a la igualdad, a ser oído y a la participación en el marco del proceso judicial, puesto que niega el conjunto de garantías, consideraciones y adecuaciones procesales que el derecho internacional de los derechos humanos y la propia jurisprudencia de la Suprema Corte

de Justicia de la Nación exigen tomar a favor de este grupo dentro del proceso.

- b. Es contraria al derecho a la igualdad y no discriminación, toda vez que por su propia concepción tutelar y paternalista niega a niñas, niños y adolescentes su carácter como auténticos sujetos de derechos y en su aplicación ocasionaría afectaciones permanentes a sus derechos.

Para demostrar lo anterior, es preciso recordar que los derechos de niñas, niños y adolescentes se encuentran consagrados en más de ochenta instrumentos internacionales –de contenido y efectos jurídicos distintos– entre los que destacan de manera particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁵ y la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁶ que gracias a la reforma del artículo 1º Constitucional constituyen parte integrante de nuestro sistema jurídico.

Estos instrumentos –que en su conjunto constituyen el denominado *corpus juris internacional de protección de los derechos de la niñez*⁴⁷– reconocen que las niñas, niños y adolescentes por sus propias características se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad, por ello los Estados tienen la obligación de prestar especial atención a sus derechos y necesidades asumiendo con mayor cuidado y responsabilidad su posición especial de garante,⁴⁸ lo cual se traduce en un deber de protección especial o reforzada que conlleva a considerar el interés superior del niño, niña y adolescente como

⁴⁵ Ratificada por el Estado mexicano el 02 marzo de 1981.

⁴⁶ Ratificada por el Estado mexicano el 21 de septiembre de 1990.

⁴⁷ Entre tales instrumentos internacionales también destacan: 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.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237. Párr. 55.

el eje rector de todas las decisiones judiciales, administrativas o legislativas que el Estado toma respecto este grupo.⁴⁹

El interés superior de niñas, niños y adolescentes se encuentra reconocido en diversas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, (artículos 3°, 9°, 18, 20, 21, 37 y 40). En la Constitución mexicana, dicho principio se encuentra consagrado dentro del artículo 4°, el cual establece que “*en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos*”. Desde luego, esta disposición debe ser interpretada a la luz del artículo 1° de la Constitución que obliga a otorgar la mayor protección a las personas al interpretar todas las normas relativas a los derechos humanos de conformidad no sólo con la Constitución, sino también de conformidad con los tratados internacionales de la materia en el sentido de otorgar en todo tiempo la protección más amplia.

Por ello, la Comisión considera que para el análisis del presente asunto es particularmente relevante el pronunciamiento esgrimido por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas dentro de su Observación General número 14 “*sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*”, pues a juicio de dicho Comité la aplicación del interés superior de niñas, niños y adolescentes exige indudablemente adoptar un enfoque basado en los derechos humanos en tanto se trata de un concepto tripartita que puede entenderse como un derecho sustantivo, como un principio jurídico interpretativo fundamental y como un norma o principio de procedimiento.⁵⁰

⁴⁹ ONU. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013,

⁵⁰ ONU. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 6

a. Afectaciones a niñas, niños y adolescentes derivadas de la aplicación de la norma que se combate: el interés superior de niñas y niños como principio procesal

En cuanto al primer punto, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal estima que la norma impugnada desde su fundamento es incompatible con el principio del interés superior y debe ser declarada inconstitucional, toda vez que niega a niñas, niños y adolescentes su carácter como auténticos sujetos de derechos, así como el conjunto de garantías, consideraciones y adecuaciones procesales que el derecho internacional de los derechos humanos exigen tomar a favor de este grupo.

El interés superior de niñas, niños y adolescentes como norma de procedimiento o principio procesal significa que se deben establecer y aplicar salvaguardias procesales que estén adaptadas a sus necesidades para garantizar la observancia efectiva del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.⁵¹ En específico, dichas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos en los que se resuelva acerca de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en particular de las personas bajo cuya potestad o tutela se encuentran.⁵²

Lo anterior, debido a que niñas, niños y adolescentes tienen características específicas que son muy distintas a las de los adultos y por tanto, las condiciones en las que participan en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Según el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucran niñas, niños y adolescentes: *“si éstas características no repercutieran en la forma en que un niño o un adolescente participa en un proceso judicial serían irrelevantes, sin embargo, lo que ocurre es que sí impactan, y de manera determinante, en cómo participa, en la forma en la que*

⁵¹ ONU. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, párr. 85

⁵² Corte IDH. Caso Atala Ruffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239

*rinde su testimonio, en cómo lo procesa, en cómo saca conclusiones.*⁵³

Aunado a lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en determinar que el interés superior en relación con el derecho a la igualdad obliga al Estado a respetar todas las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación entre quienes participan en un procedimiento, es decir, las garantías del debido proceso tratándose de niñas, niños y adolescentes deben correlacionarse con este principio de forma que se reflejen en la adopción de medidas especiales de protección en cualquier proceso jurisdiccional en los que se discutan sus derechos. De lo contrario, la participación de niñas, niños y adolescentes no sólo no sea idónea, sino que además generará una victimización secundaria.⁵⁴

En concordancia con lo anterior, es posible señalar que la norma impugnada se encuentra sustentada desde una lógica inversa a estos estándares y a la consideración de niñas, niños y adolescentes como auténticos sujetos derechos, ya que regula el aleccionamiento y la manipulación del dicho infantil de manera genérica sin que se establezcan salvaguardas en atención a sus necesidades particulares. En específico, el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, se muestra incompatible con nuestra Constitución y con los tratados internacionales de los que México es Estado Parte ya que:

- Niega el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados y a participar en el proceso de determinación del síndrome de alienación parental.
- Niega el derecho a ser escuchados y participar en la decisión relativa a la guarda y custodia; así como en la determinación del tratamiento Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

⁵³ SCJN, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*, México, 2014. pág. 11

⁵⁴ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr 93.

- Desestima el dicho de niñas, niños y adolescentes bajo el argumento de que su conciencia ha sido transformada por el padre o la madre, negando así su condición como auténticos sujetos de derechos.
- Coloca a niñas, niños y adolescentes víctimas frente a un posible riesgo a sus derechos humanos, así como a su integridad física y psicológica, incluso colocándoles en una situación de revictimización.

i. Incompatibilidad de la norma con el derecho de participación y el derecho a ser escuchado

La norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, contraviene el derecho de participación y a ser oídos de niñas, niños y adolescentes pues impide que se involucren en el proceso de determinación del síndrome de alienación parental, en la decisión relativa a la guarda y custodia y en la determinación del tratamiento otorgado por el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

El derecho sobre la participación de niñas, niños y adolescentes en el proceso se encuentra reconocido en artículo 12°, de la Convención sobre los Derechos del Niño, que contiene adecuadas previsiones con el objeto de que su intervención de niñas y niños se ajuste a sus necesidades e intereses. Es preciso decir que se trata de un derecho que se ejerce progresivamente sin que su ejercicio dependa de una edad que pueda predeterminarse en una regla fija, sino que el grado de autonomía debe analizarse en cada caso.⁵⁵ Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que puede existir una gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la

⁵⁵Las niñas y los niños, como titulares de derechos humanos, ejercen sus derechos progresivamente, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía, lo que se denomina "adquisición progresiva de la autonomía de los niños", lo cual conlleva que actúen durante su primera infancia por conducto de otras personas -idealmente, de sus familiares-. Así, [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 884.

experiencia y en la información niñas y niños de acuerdo a su edad, la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años, por consiguiente debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior.⁵⁶

En el caso en concreto, la norma impugnada restringe la participación efectiva de niñas, niños y adolescentes bajo el argumento de que su conciencia ha sido transformada por el padre o la madre, además legitima a las y los operadores de justicia para adoptar un conjunto de decisiones sin tomar en cuenta a las personas menores de edad, es decir, la figura de la alienación parental sustituye la voluntad de niñas, niños y adolescentes.

En este sentido, el derecho a la participación efectiva implica que niñas, niños o adolescentes sean informados de manera oportuna y directa de las medidas que podría adoptar el tribunal, así como del proceso en general.⁵⁷ Para ello, las y los operadores de justicia deben tomar en cuenta las condiciones específicas de niñas, niños y adolescentes, así como, su interés superior para acordar su participación en la determinación de sus derechos, procurando el mayor acceso al examen de su propio caso.⁵⁸ Sin embargo, la norma anula en su totalidad la posibilidad de que niñas, niños y adolescentes sean informados, por ejemplo, respecto el síndrome de alineación parental y sus implicaciones o sobre la personas que tendrá su guarda y custodia. Además, desde un enfoque paternalista, que no considera una decisión libre y efectiva regula que niñas, niños y adolescentes “alienados” recibirán tratamiento Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

⁵⁶ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

15 ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 24.

⁵⁸ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

Aunado a lo anterior, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que garantizar la participación de niñas, niños y adolescentes en procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad pues, “al reconocerlos como sujetos de derecho, logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que las y los operadores se alleguen de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia.”⁵⁹ Bajo dicho entendido, es evidente que la norma en cuestión contraviene el derecho a la participación de niñas, niños y adolescentes, debido a que desde su propia gestación les niega su carácter como auténticos sujetos de derechos, lo cuál a su vez restringe de origen la posibilidad de que las y los juzgadores obtengan todos los elementos para resolver un asunto, prevengan o mitiguen las consecuencias del proceso en la medida de lo posible.

Por otro lado, y en lo que toca al derecho del niño a ser escuchado en los asuntos que le afectan, es preciso decir que se trata de un principio fundamental que necesariamente tiene que ser atendido en los procesos judiciales en que éstos estén involucrados. De acuerdo con el Comité sobre los Derechos del Niño cualquier decisión de apartar a un niño, niña o adolescente de su familia bajo el fundamento de que es víctima de abusos o negligencia en su hogar requiere tomar en cuenta la opinión del niño para determinar su interés superior.⁶⁰ Específicamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado 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.⁶¹

⁵⁹ [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 884.

⁶⁰ ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 24.

⁶¹ Corte IDH. Caso AtalaRiffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, Párrafo 109

En tal virtud, y como se ha expuesto en párrafos anteriores de la presente acción, el SAP se encuentra construido sobre la base de diversos estereotipos que afectan de manera desproporcionada a mujeres y a niñas, niños o adolescentes pues se estima que cuando están alienados tienen una “consciencia transformada”, es decir, su opinión está manipulada y por ende existe una presunción de incapacidad o falta de criterio propio por parte de la persona menor de edad. Como consecuencia, la norma en cuestión legitima a las y los operadores de justicia para desestimar de origen cualquier declaración realizada por una niña, niño o adolescente “alienado”, aún cuando se aleguen situaciones de violencia o abuso sexual.

En razón de todo lo anterior, es posible afirmar que la norma que se combate resulta incompatible con el derecho de participación y el derecho a ser escuchadas de niñas, niños y adolescentes pues impide que se involucren en el proceso de determinación del síndrome de alienación parental, en la decisión relativa a la guarda y custodia y en la determinación del tratamiento Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

ii. Generación de procesos de victimización secundaria o revictimización en contra de niñas, niños y adolescentes

Aunado a lo anterior, la norma establecida en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, atenta contra el principio del interés superior de la infancia pues desacredita *per se* el testimonio de niñas, niños y adolescentes supuestamente alienados; niega su condición como auténticos sujetos de derechos y coloca a las posibles víctimas frente a un posible riesgo a sus derechos y a su integridad física y psicológica generando así condiciones de discriminación en su contra.

En este sentido, es importante señalar que en virtud del principio de igualdad y no discriminación es deber de los Estados adoptar todas las medidas necesarias para impulsar acciones especiales a favor de niñas, niños y

adolescentes para asegurar la efectividad de sus derechos, especialmente en los procesos judiciales. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha interpretado que la aplicación del principio de no discriminación como igualdad de acceso a los derechos no debe entenderse como un trato idéntico, sino como la detección de discriminaciones existentes frente a las cuales impulsar medidas especiales.⁶²

En relación con la adopción de medidas especiales de protección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el artículo 19, de la Convención Americana, constituye una disposición que debe entenderse como un derecho adicional y complementario que se establece a favor de niñas, niños y adolescentes,⁶³ ya que es *“bien sabido que por sus características específicas así como por las situaciones en las que se encuentran, constituyen un grupo en especial situación de vulnerabilidad. Esta situación exige que el Estado, sus autoridades, la familia y, en general, la comunidad adopten medidas específicas destinadas a asegurar el pleno desarrollo físico, emocional psicológico y social de las personas menores de edad.”*⁶⁴

En el que nos ocupa, es importante precisar que la norma que se combate consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, desestima en términos absolutos que la forma de actuar y pensar de las niñas y los niños responde a sus características estructurales, es decir, están determinadas por las etapas de su desarrollo cognitivo, emocional y moral. Al desconocer tal situación, la norma combatida parte de la premisa que independientemente de la edad y desarrollo cognitivo de las niñas y los niños, cuando se presume la existencia de escenarios de alienación parental,

⁶²ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44.

⁶³CORTE IDH, *Caso del “Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 112, párr. 147.

⁶⁴CORTE IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 112, párr. 138.

resultará necesario desestimar su testimonio al encontrarse viciado; todo ello se opone a la consideración de niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos en relación con el principio de autonomía progresiva.

En este contexto, y desde la perspectiva de este Organismo, el SAP tiene por efectos desacreditar y anular cualquier valor al testimonio de niñas, niños y adolescentes 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 a sus derechos. A su vez, la práctica innecesaria y errónea de peritajes sobre un síndrome cuya científicidad no es exacta ni comprobada, coloca a niños, niñas y adolescentes víctimas en una situación de extrema vulnerabilidad para sus derechos, en tanto legitima que el sistema de justicia gire en su contra y les impida la posibilidad de acceder a un efectivo acceso a la justicia.

Asimismo, es importante precisar que la aplicación indiscriminada de la norma que se impugna puede generar impactos desproporcionados y perjudiciales para los derechos de niñas, niños y adolescentes debido a que la anulación o precalificación de su testimonio vulnera cualquier posibilidad de que las y los operadores de justicia inicien investigaciones de oficio respecto sospechas de abuso o violencia sexual en tanto se desestima de origen el dicho niñas, niños y adolescentes e incluso invierte la carga de la prueba en perjuicio de la víctima, pues se da por hecho que cuando un niño, niña o adolescente “alienado” afirma ser víctima de algún ilícito seguramente fue manipulado por su madre.

En este entendido, la aplicación de la norma impugnada conlleva el riesgo de dejar sin efectos el estándar de la debida diligencia reconocido en nuestro artículo 1º Constitucional, al convalidar y justificar la omisión de las y los operadores de justicia al adoptar medidas reforzadas de protección a sus derechos humanos. Al respecto, la Corte IDH ha señalado que toda persona que ha sufrido una violación a sus derechos humanos “tiene derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos

violatorios y el establecimiento de las responsabilidades correspondientes, a través, precisamente, de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶⁵ En dicha labor, es menester la efectiva y apegada participación de jueces y juezas a la normativa convencional y constitucional en materia de derechos humanos resulta fundamental, pues la ineffectividad judicial perpetúa un ambiente que facilita la violencia contra grupos específicos que se encuentran en condiciones de discriminación o subordinación.⁶⁶

Específicamente, en el caso de niñas, niños y adolescentes existe una obligación reforzada de asegurar su derecho de acceso a la justicia, así como el deber oficioso de que, ante el conocimiento de la vulneración de sus derechos, cualquier autoridad está obligada a ejercer las acciones de debida diligencia necesarias para la prevención, protección y restitución.⁶⁷ En consecuencia, que si la norma justifica que el Juez o la Jueza que se percate de cualquier riesgo en la integridad no actúe de manera oficiosa para salvaguardar la seguridad y restitución de los derechos del niño es también contraria a las obligaciones reconocidas en el artículo 1º Constitucional, así como, a los artículos 8 y 25, de la Convención Americana.

b. Violaciones permanentes a derechos de niñas, niños y adolescentes derivadas del proceso establecido en la norma impugnada

Desde la perspectiva adoptada por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, la aplicación de la norma consagrada en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, puede generar impactos diferenciados y permanentes en los derechos humanos de niñas y niños, sobre

⁶⁵Caso Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Párr. 48

⁶⁶ CIDH Informe de Fondo No. 54/01, Caso 12.051, Maria Da PenhaFernandes (Brasil), abril, 2001, párr. 56.

⁶⁷SCJN, *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes*, México, 2014. pág. 46.

todo si se toma en consideración lo señalado por el Comité de Derechos de los Niños respecto de que las violaciones en la infancia pueden prolongarse durante la vida y el desarrollo de los menores de edad⁶⁸. Las afectaciones particulares y permanentes a la esfera de derechos de niñas, niños y adolescentes derivadas de la aplicación del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, se producen, principalmente, en el ámbito del derecho a la familia y del derecho a la identidad consagrado en diversos instrumentos internacionales de los cuales México es Estado Parte.

i. La norma es incompatible con el derecho a la igualdad no discriminación

El artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, que regula el SAP resulta contrario al derecho a la igualdad y no discriminación, toda vez que desde una concepción tutelar y paternalista niega a niñas, niños y adolescentes su carácter como auténticos sujetos de derechos.

El principio de igualdad y no discriminación está reconocido en el artículo 1° Constitucional y en los artículos 1° y 24°, de la CADH. Se trata de un principio transversal a todo derecho humano que establece la obligación de evitar realizar distinciones arbitrarias ya sean de jure o de facto en la ley. En particular, la prohibición general de discriminación reconocida en la Convención Americana “*se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos sehan comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley*”.⁶⁹

⁶⁸ ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 16 sobre las Obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño*, aprobada por el Comité en su resolución CRC/C/GC/16 durante su LXII periodo de sesiones, Ginebra, Suiza, 1 de febrero de 2013, párr. 24

⁶⁹ Véase Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 103.

En el caso en cuestión es necesario enfatizar que la norma encuentra su sustento en una visión tutelar sobre los niños, niñas y adolescentes y ello impacta directamente en la protección y garantía de sus derechos fundamentales pues – como se demostrará– sirve de justificación para que se cometan diversas violaciones contra sus derechos humanos como a la identidad o a la familia. Lo anterior, debido a que el sistema o visión tutelar de las niñas, niños y adolescentes precisamente se encuentra desprovisto de garantías para sus derechos, ya que las considera innecesarias e inconvenientes, es decir, bajo este enfoque, la principal medida de protección que siempre opera –y que se ve reflejado en la norma– es la separación de las personas menores de edad de su entorno familiar.⁷⁰

De igual manera, este Máximo Tribunal debe tomar en cuenta que la concepción tutelar de este grupo de personas estima que las niñas, niños y adolescentes son incapaces de ejercer por sí mismo sus derechos.⁷¹ Inclusive, a raíz de esta “incapacidad” el principio del interés superior puede ser utilizado por las y los jueces dirigir y orientar las potestades y deberes de los adultos hacia la protección de estos “*objetos jurídicos valiosos*”.⁷²

En consecuencia esta Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal considera que la norma establecida en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, resulta incompatible con el derecho a la igualdad y no discriminación, toda vez que en el marco de un auténtico Estado Social y Democrático no es permisible la regresión hacia un enfoque que objetiviza a las

⁷⁰ Daniel O'Donnell, *La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas vigentes en relación a la Familia*. Memorias del Seminario Internacional los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes. 1ª Edición. México, 2006. P. 128.

⁷¹ Como muestra, los códigos civiles y penales regulaban una serie de incapacidades a las que eran sujetos los menores de edad, como la incapacidad para administrar sus bienes, incapacidad para participar en un juicio, a los adolescentes se les consideraba inimputables de responsabilidad penal, entre otras; incluso los apartados de los códigos llevaban o llevan por título “Del Menor o Incapaz”. Amaya, Renobables, *Convención sobre los Derechos del Niño: breve acercamiento a la doctrina de la protección integral de los derechos de la niñez e implicaciones. Juzgar con Perspectiva de Género. Manual para la aplicación en México de los tratados internacionales de protección de los derechos de las mujeres y la niñez*. Compilador: Adán Moisés Aranda Godoy. 1ª Edición. México, 2002. pág, 21

⁷² Miguel Cillero, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescente, Organismo Especializado de la Organización de Estados Americanos. Disponible en: http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

niñas, niños y adolescentes, y que les niega su condición de auténticos sujetos de derechos.

ii. ***Afectaciones al derecho a la identidad y al derecho a la familia***

Asimismo, la norma que se combate resulta incompatible con el derecho a la identidad y el derecho a la familia, toda vez que a partir de la noción de alienación parental legítima la separación de las personas menores de edad de su núcleo familiar, lo cual a su vez podría vulnerar de manera permanente su propio derecho a la identidad y a la familia.

El derecho a la protección de la familia se encuentra reconocido en el artículo 17°, de la Convención Americana. En virtud de esta disposición las niñas, niños y adolescentes no sólo tienen el derecho a vivir con su familia, sino también a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia.

Por otro lado, el derecho a la identidad está reconocido en el artículo 8°, de la Convención sobre los Derechos del Niño y en diversos artículos de la Convención Americana. La Corte IDH ha conceptualizado dicho derecho como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad, sin embargo, también ha señalado que por su naturaleza comprende otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.⁷³

En este entendido, es necesario considerar que la identidad entraña una importancia especial durante la niñez, pues es esencial para el desarrollo de la persona. Además, se encuentra íntimamente ligada a la persona menor de edad en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como, en la forma en que se relaciona el individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.⁷⁴ Es por lo anterior, que la propia Corte Interamericana considera como

⁷³Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232 Párrafo 113-115

⁷⁴Ibid.

una de las interferencias más graves a este derecho la que deriva de la separación injustificada de niñas, niños y adolescentes de su familia.⁷⁵

Ahora bien, en el asunto puesto a consideración de este Alto Tribunal, es evidente que la aplicación de la norma ocasiona perjuicios permanentes a los derechos de la identidad y de la familia de niñas, niños y adolescentes, toda vez que permite la separación y rompimiento del núcleo familiar bajo una noción cuya científicidad ha sido colocada en duda. A juicio de este Organismo de Protección a los Derechos Humanos, las restricciones al derecho a la identidad y a la familia no pueden justificarse bajo una norma que al ser discriminatoria y aplicarse de manera desproporcionada en perjuicio de niñas, niños y adolescentes o mujeres no persigue una finalidad legítima e imperiosa en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.

CUARTO. DESPROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA Y FALTA DE CERTEZA EN LA DETERMINACIÓN DE SUS CONSECUENCIAS

De manera complementaria a los argumentos que se han hecho valer con anterioridad, a juicio de esta Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, presenta algunos elementos que atentan contra la seguridad jurídica y los derechos de las personas que intervienen en escenarios de procesos judiciales familiares en donde se encuentra en litigio la patria potestad, guardia y custodia de los menores de edad.

a. La calificación y gradación de la alienación parental como elemento a considerar para decretar la separación familiar

La primera razón por la que la norma impugnada vulnera derechos humanos en el marco del proceso, se relaciona con la determinación de los grados o niveles

⁷⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

de alienación parental a la que han sido expuestas las y los niños para la determinación de la separación de niñas y niños de sus padres. De acuerdo con la norma impugnada y tratándose de casos leves o moderados, cuando se acredite la existencia de conductas de alienación parental, el padre/madre alienador será suspendido del ejercicio de la patria potestad y del régimen de visitas decretado, a la vez que perderá la guardia y custodia respecto de sus hijas o hijos. Mientras que tratándose de casos de alienación parental severa, el padre/madre alienadora perderá cualquier contacto con la o el menor de edad y éste último será sometido a tratamiento psicológico.

Sin embargo, y en consonancia con los argumentos vertidos en párrafos anteriores de la presente acción, la determinación del SAP aún presenta una serie de dudas e inconsistencias tanto en su origen y fundamentación, como en su detección y tratamiento. Lo anterior implica que ante la ausencia de parámetros claros que permitan su diagnóstico, la norma que se impugna, y por tanto sus efectos, se torna imprevisible respecto de la proporción o desproporción de las consecuencias e impactos que puede generar su aplicación en los derechos de las personas involucradas.

A manera de ejemplo, y ante la ausencia de parámetros claros que permitan diferenciar la manipulación del testimonio de la alienación parental por parte de las y los jueces, en aquellos casos en los cuales exista la primera situación (manipulación) y se aplique la sanción derivada del artículo 323 Septimus, de Código Civil para el Distrito Federal, los impactos resultarían totalmente desproporcionados en la medida en que se privaría a las y los niños de formar parte de un entorno familiar a través del decreto judicial que ordene la separación de quien se alegue es el padre/madre alienador, lo que a su vez podría generar violaciones e impactos irreparables a los derechos de las y los menores de edad.

En este contexto, la norma en cuestión pretende otorgar al dictamen psicológico por el que se acredita la presunta existencia de alienación parental en el caso de niñas un valor de prueba científica que, dadas los diversos cuestionamientos e interrogantes sobre el SAP, carece de fundamento. Si bien,

un medio de prueba científico puede ser utilizado por las y los juzgadores para adoptar una determinada decisión, la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación también ha precisado que dichos medios de prueba deben analizarse en el marco de la visión integral del proceso siempre y cuando la obtención de sus resultados derive de procesos fidedignos y pertinentes en el propio escenarios científico. De manera particular, se ha precisado que:

[Lo que] justifica la prueba científica y sobre todo interpretarla y valerse adecuadamente de ella, obedece a que los juzgadores deben tener una visión completa de los hechos o fenómenos que son determinantes de la litis, aun cuando las partes, estratégicamente, se esfuercen por presentar visiones incompletas, descontextualizadas, alteradas o deformadas de la realidad, con tal que les sean pertinentes o útiles para obtener decisiones a modo. En consonancia con lo anterior, es válido para los juzgadores apoyar sus determinaciones en la prueba científica, toda vez que contiene la opinión de expertos en una rama de la ciencia o tecnología, que aporta evidencia científica relevante para el caso, a través de la cual puede conocerse la verdad de los hechos sujetos a prueba, cuyo contenido no fue refutado y fue obtenida mediante la aplicación de métodos científicos que tienen la presunción de fidedignos y pertinentes.⁷⁶

En el caso particular de la norma que se combate, es importante señalar que la existencia de dudas razonables respecto de la determinación y detección científica del SAP hacen imposible e inconstitucional la valoración del dictamen psicológico como un medio de prueba científico, sobre todo para la determinación de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. De lo contrario, se corre el riesgo de que las autoridades judiciales mexicanas vulneren derechos humanos consagrados en los artículos 8° y 25°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como, en los artículos 3° y 9°, de la Convención sobre los Derechos del Niño.

b. Ausencia de medidas que permitan la adopción de ajustes procesales a fin de garantizar los derechos de las partes en el marco de procesos judiciales

⁷⁶ Poder Judicial de la Federación, [TA], 10ª Época, *Prueba Científica. Su Justificación Y Validez En La Resolución De Conflictos Jurídicos*, Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación el 13 de diciembre de 2012.

Aunado a ello, la determinación de la existencia del SAP en el caso de niñas y niños se torna aún más grave frente a la ausencia de medidas que permitan adoptar ajustes procesales que garanticen los derechos de quienes intervienen en el marco del proceso judicial. Ello es así ya que de conformidad con la norma que se impugna y el síndrome que pretende sancionar y curar, la determinación de éste último corresponde en única instancia a profesionales clínicos a partir de la elaboración de un diagnóstico psicológico. Sin embargo, de conformidad con el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, la imposición de la sanción a la que hace referencia dicha numeral depende única y exclusivamente de la determinación que se realice en dicho diagnóstico psicológico, dejando de lado la posibilidad de que con base en el interés superior de la infancia, la determinación de los derechos humanos de niñas y niños requiere de un análisis integral que trasciende de una prueba singular en materia de psicología.

En este contexto, es importante señalar que la norma se torna inconstitucional en la medida en que no asegura la obligación y la posibilidad de que las y los jueces tomen en consideración la existencia de otros motivos, razones, contextos y pruebas para la determinación de los derechos de niñas y niños y el régimen de visitas, guardia y custodia de los padres y madres respecto de ellos. Ello adquiere un matiz de especial gravedad si se toma en consideración que – como ha sido señalado en líneas anteriores – la determinación del SAP aún no constituye un consenso clínico entre profesionales de la psicología y la medicina.

Ante dichas inconsistencias, la norma que se combate permite que la determinación de los derechos de niñas y niños quede en manos de profesionales médicos, relevando al Estado y a sus autoridades judiciales de la obligación de velar de manera integral por el interés superior de niñas y niños, generando espacios propicios para la vulneración de sus derechos humanos. Todo lo anterior resulta incompatible con los derechos y obligaciones señalados en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En Este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Barreto Leiva vs Venezuela*, señaló que uno de los derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, lo cual implica el deber de respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquel en el análisis de la prueba⁷⁷.

QUINTO. REGRESIVIDAD EN EL GOCE Y EJERCICIO DE DERECHOS EN TORNO A LA INCORPORACIÓN DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL EN LA LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL.

La incorporación de la Alienación Parental en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, vulnera el principio de no regresividad en materia de derechos humanos. Dicho principio supone la obligación a cargo de los Estados de no adoptar ningún tipo de medidas que restrinjan ni disminuyan, de manera injustificada, el goce y ejercicio de los derechos humanos, así como los niveles de protección que se han alcanzado respecto de ellos⁷⁸.

En el caso que nos ocupa, cabe resaltar que durante el año 2007 el concepto de alienación parental ya había sido derogado de la legislación del Distrito Federal, debido a que la Asamblea Legislativa lo consideró contrario a la protección de los derechos humanos y del interés superior de las y los niños. Así, mediante el Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal; del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y del Código Penal para el Distrito Federal publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 2 de febrero de 2007, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal consideró necesaria la eliminación del término alienación parental del artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁷⁷ Corte IDH, Caso *Barreto Leiva vs Venezuela*, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 54.

⁷⁸ Christian Courtis, "La prohibición de regresividad: apuntes introductorios", en Christian Courtis, coord., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

A fin de reforzar lo señalado en párrafos anteriores, vale la pena señalar los argumentos expresados por dicho órgano legislativo para justificar la eliminación de dicho término. Así, del Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, del 28 de diciembre de 2006 se desprenden los siguientes argumentos⁷⁹:

Respecto al artículo 411, (...) se elimina en este artículo la alienación parental, debido a que después de revisar estándares internacionales en materia de psicología, no se encontró ese concepto, por lo cual no es adecuado regular una conducta no reconocida científicamente, basada en los supuestos del Doctor Richard Gardner, siquiátra estadounidense, que sostiene que el niño sexual abusado se considera generalmente ser la víctima, aunque el niño puede iniciar encuentro sexual por medio del cual seduce al adulto. Además señala que diversos tipos de comportamiento, como la pedofilia, la necrofilia (sexo con los cadáveres), la zoofilia (sexo con los animales), pueden ser considerados teniendo valor de la supervivencia de la especie y tales parafilias pueden responder a los propósitos de la naturaleza por su capacidad de realzar el nivel general de la excitación sexual en sociedad y de tal modo de aumentar la probabilidad de que la gente tendrá sexo, por lo tanto, supone que se contribuye a la supervivencia de la especie.

*Por lo anterior, se coincide con la propuesta formulada en la iniciativa, toda vez que **no se pueden aceptar en la legislación del Distrito Federal, ideas que lejos de ser científicas representan un grave riesgo para la salud psicoemocional y física de los menores y de la sociedad**, debido a que el creador de la alienación parental, defendió y justificó los abusos sexuales en contra de víctimas menores de edad, al señalar ante el Jurado de los Estados Unidos que eran denuncias falsas de abuso sexual y que se trataba de manipulación de los hijos, lo que llamó alienación parental.*

El énfasis es propio

La recuperación de dichos argumentos para considerar la eliminación del concepto de alienación parental del Código Civil del Distrito Federal, permite dar cuenta del avance en la protección de los derechos humanos de los menores de edad. Por esta razón, la reincorporación del concepto, representa un retroceso para los derechos de la infancia y constituye una medida regresiva que carece de cualquier justificación, sobre todo si se toma en consideración la reducida cantidad de argumentos que sustentan la exposición de motivos de la norma que se impugna.

⁷⁹ Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura*, 28 de diciembre de 2006, pág. 12. Disponible en: <<http://www.aldf.gob.mx/archivo-f766b2adde3e1c817008b399a14834e5.pdf>>

En este sentido, cabe señalar que todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado de un derecho humano resulta constitucionalmente problemático, pues en lo que respecta a la protección y garantía de los derechos humanos prima el principio de progresividad, de ahí la obligación del Estado de aumentar la satisfacción de los derechos y no retroceder en los avances obtenidos.⁸⁰ En este sentido, respecto de la protección de un derecho, se conforman contenidos y estándares como puntos sobre los cuales se pueda avanzar, y no existe posibilidad de retorno, salvo los casos en que el Estado pueda demostrar que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa, la cual posterior a una evaluación juiciosa y de la revisión de distintas alternativas, se concluya que la medida es adecuada para alcanzar el fin.⁸¹ En la misma línea, la Comisión Interamericana ha establecido que la regresividad de una medida no está determinadamente prohibida, pues una norma puede ser regresiva únicamente si se encuentra justificada por razones de suficiente peso.⁸²

Sobre el artículo en cuestión, es pertinente afirmar que la reincorporación del término de alienación parental al Código Civil del Distrito Federal no constituye un avance en la protección de los derechos humanos de la infancia, ni satisface una finalidad constitucional imperativa. Por el contrario y como ya se argumentó, constituye un detrimento a los derechos de los menores de edad y de las mujeres, y contradice principios constitucionales.

SEXTO. LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL SEGUNDO Y TERCER PÁRRAFOS DEL ARTÍCULO 323, SEPTIMUS, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VULNERAN LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y RESOLUCIÓN CONFORME A LA LETRA DE LA LEY EN EL ÁMBITO CIVIL, ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS 1º, PÁRRAFO PRIMERO, 14, PÁRRAFOS SEGUNDO Y CUARTO, Y 16,

⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-556/09, 20 de agosto de 2009, Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-228/11, 30 de marzo 2011, Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez.

⁸² Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, Párrafo 103

PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Los artículos 1º, párrafo primero, 14, párrafos segundo y cuarto, y 16, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen:

Artículo 1o. *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

...

Artículo 14. ...

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

...

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 16. *Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.*

...

Del contenido de los dispositivos constitucionales transcritos con antelación, se desprende que si bien los derechos humanos reconocidos en nuestra Carta Magna y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como, las garantías para su protección, no son absolutos e ilimitados en tanto que son susceptibles de restricción y/o suspensión, los principios de legalidad y seguridad jurídica exigen que los límites al ejercicio de los mismos, estén expresamente consagrados en leyes expedidas con antelación a su imposición.

La finalidad de la incorporación a nivel Constitucional de esos principios, ha sido el establecer límites al ejercicio del poder público, a fin de evitar arbitrariedades

y abusos en detrimento de los derechos humanos, de ahí la importancia de su debida observancia, para el efectivo goce y ejercicio de los mismos.

A mayor abundamiento, doctrinalmentese han atribuido dos funciones básicas al principio de seguridad jurídica:

1. Certidumbre del Derecho, que es el principio de seguridad jurídica desde un punto de vista positivo, y que se traduce en la importancia de la ley como un vehículo generador de certeza.
2. Eliminación de la arbitrariedad, que es el punto de vista negativo de este principio y que debe entenderse como el papel que tiene la ley como mecanismo de defensa frente a las posibles arbitrariedades de los órganos del Estado.

En relación con este punto, en la tesis aislada IV.2o.A.41 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3, con número de registro 2003700, cuyo rubro es **“PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE CONFIANZA LEGÍTIMA. SU OBJETO DE TUTELA Y FORMA EN QUE SE VULNERA RESPECTO DE UNA DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA QUE SE OTORGAN BENEFICIOS FISCALES A DETERMINADOS CONTRIBUYENTES, CONSISTENTES EN EL PAGO DIFERIDO DE IMPUESTOS”**, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, señaló que:

*El principio de protección de confianza legítima encuentra sustento en la **garantía de seguridad jurídica** prevista en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por su parte, **la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha destacado que en dicha garantía descansa el sistema jurídico mexicano**, de manera que lo que busca es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica. Asimismo, que tiene por objeto, desde un **punto de vista positivo, dar certeza a los ciudadanos y, en su lado negativo, evitar cualquier arbitrariedad por parte de las autoridades...***

Aunado a lo anterior, el artículo 30, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante Convención Americana, establece:

Artículo 30.- Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas

Por lo que respecta al contenido de dicho artículo, la Corte IDH⁸³ ha establecido que la Convención Americana no sólo proclama el conjunto de derechos y libertades cuya inviolabilidad se garantiza a todo ser humano sino que conforme al contenido del artículo transcrito con antelación, hace referencia a las condiciones particulares en las cuales es posible restringir el goce o ejercicio de tales derechos o libertades sin violarlos tales como:

- a) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas", y
- c) **Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes** y se apliquen de conformidad con ellas.

Con relación a dicho criterio y toda vez que los conceptos de invalidez que se han hecho valer en el presente apartado están relacionados con la hipótesis contenida en el inciso c), en este apartado únicamente analizaremos dicho requisito, a fin de reforzar la argumentación hasta aquí vertida.

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC- 6/86, del 9 de mayo de 1986, "La expresión 'leyes' en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", párrafos 17 y 18.

En tal sentido, cabe resaltar que conforme al referido estándar internacional, sólo es posible limitar o restringir el goce y ejercicio de los derechos humanos, a través de disposiciones establecidas en las leyes, en tanto su imposición se ajuste al contenido de las mismas.

De lo hasta aquí anotado, podemos advertir que el marco constitucional analizado previamente en este apartado, guarda congruencia con lo previsto en el artículo 30, de la Convención Americana, en tanto que consagra la obligación de que los límites o restricciones de los derechos humanos estén previstos expresamente en las leyes.

Ahora bien, con relación a lo que se debe entender por el término **ley o leyes**, la Corte IDH⁸⁴, ha establecido que el sentido de la palabra **leyes** dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen del mismo, por lo que:

“... la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente...”

Asimismo ha establecido:

*“... no es posible interpretar la expresión **leyes**, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en*

⁸⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ob. Cit. Párrafos 21 y 22.

el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona; y no se compadecería con el Preámbulo de la Convención Americana, según el cual "los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"⁸⁵.

Conforme a tales consideraciones, de acuerdo con la Corte IDH, la expresión leyes contenida en el artículo 30, de la Convención Americana, no puede tener otro sentido que el de ley formal, esto es, una norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.

Establecido lo cual, es preciso señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸⁶, en relación con las restricciones ha sostenido:

*56. El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, **las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad**, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.*

En cuanto al alcance de la frase "previstas en ley", es conveniente señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso Sunday Times⁸⁷, abordó el tema relativo a la previsión en ley de las restricciones a derechos humanos y, entre otros puntos, se señaló:

49. En opinión del Tribunal, las dos condiciones siguientes se encuentran entre las que explican la expresión "previstas por la ley". La primera hace referencia a que la ley tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano tiene que disponer de patrones suficientes que se adecuen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso. La segunda condición se refiere a que una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado. Estas

⁸⁵ Corte IDH, Ob. Cit. Párrafo 26.

⁸⁶ Caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 27 de enero de 2009, párrafo 56.

⁸⁷ Caso *Sunday Times*, Sentencia de 29 de marzo de 1979, párrafo 49.

consecuencias no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance. Además, la certeza, aunque sea muy deseable, va acompañada muy a menudo de una rigidez excesiva: el derecho debe saber adaptarse a los cambios de la situación. Así, muchas leyes sirven, por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica.

Con base en todos y cada uno de los argumentos vertidos con antelación, se puede afirmar que el contenido de los párrafos segundo y tercero, del artículo 323, septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, resultan violatorios de los artículos 1º, párrafo primero, 14, párrafos segundo y cuarto, y 16, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como, del artículo 30, de la Convención Americana, en tanto que en dicha norma no da certeza respecto a los supuestos jurídicos que permitirán identificar cada uno los grados o niveles de alienación parental que contempla (leve o moderada y severa), a pesar de que cada una de ellas motivará la suspensión y restricción de derechos humanos (suspensión en el ejercicio de la patria potestad y régimen de visitas y convivencias con el o la niña) establecidos en dichos dispositivos legales, lo que además de generar incertidumbre jurídica, posibilita la adopción de criterios discrecionales por parte de la autoridad competente para la aplicación de tales disposiciones.

Lo cual, además, se traduce en una contravención al principio de resolución conforme a la letra de la ley en el ámbito civil, previsto en el artículo 14, cuarto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, que los asuntos en materia civil, deben resolverse conforme: a la letra de la ley; o, a la interpretación jurídica de la ley; y, a falta de las anteriores, de conformidad con los principios generales del derecho.

SÉPTIMO. EL CONTENIDO DE LOS PÁRRAFOS SEGUNDO Y TERCERO, DEL ARTÍCULO 323, SEPTIMUS, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VULNERA EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LAS Y LOS NIÑOS, ASÍ COMO, LOS DERECHOS DE ÉSTOS A VIVIR EN FAMILIA, A MANTENER RELACIONES PERSONALES Y CONTACTO DIRECTO CON

AMBOS PADRES, AL DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD Y AL ACCESO A SERVICIOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y LA REHABILITACIÓN DE LA SALUD, A LA IGUALDAD, RECONOCIDOS EN LOS ARTÍCULOS 1º, PRIMER PÁRRAFO, 4º, PÁRRAFOS PRIMERO, CUARTO Y OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS⁸⁸; Y, 2º, 3.1, 3.2, 9.1, 9.3, 18.2, 19, 24 Y 25 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO⁸⁹.

⁸⁸ **Artículo 1o.** *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

[...]

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

...

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

...

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.

...

⁸⁹ **Artículo 2**

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

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

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

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.

...

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

...

Artículo 18.2 A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Artículo 19

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño 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.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, 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 antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 25

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

La norma inválida establece las medidas que se deben aplicar en caso de que la violencia familiar descrita en el primer párrafo del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, sea generada por alguno de los padres del menor, en los términos siguientes:

Artículo 323 septimus. ...

*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.***

...

Con relación a este punto, se advierte que en dicho artículo quedó establecido que la acreditación de la alienación parental leve o moderada, traerá como consecuencia, para el padre que la genere, la automática aplicación de las medidas siguientes:

- Suspensión del ejercicio de la patria potestad,
- Suspensión del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado, o
- Si detenta la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor.

Y en los casos de alienación severa:

- Prohibición de que el menor permanezca bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste;
- Suspensión de todo contacto del menor con el padre alienador;

- El menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

Con base en lo anterior, del contenido del artículo en cita, se desprende que las medidas aplicables a los padres generadores de la denominada “*alienación parental*”, están orientadas a la suspensión de:

- La patria potestad;
- La guarda y custodia;
- El régimen de visitas y convivencias, e incluso
- Todo contacto con el padre alienador.

En tal sentido, se advierte que las medidas referidas fueron establecidas como reglas de aplicación general para “*sancionar*” la conducta de los padres generadores de ese tipo de violencia, sin tomar en cuenta el interés superior de las y los niños, ya que como se advierte del contenido del artículo transcrito con anterioridad, no posibilita el análisis y valoración de las particularidades de cada caso concreto, para determinar la aplicación de las mismas y, en consecuencia, tampoco permite ninguna valoración previa respecto a la pertinencia o no de la aplicación de dichas medidas, lo que va en contra del principio del interés superior de las y los niños, en tanto que vulnera diversos derechos de los mismos.

Con base en lo anterior, cabe afirmar que la rigidez e inflexibilidad de las medidas establecidas, hacen nugatoria la garantía de adopción de medidas óptimas para el adecuado desarrollo psicoemocional de las y los niños.

Lo anterior, en atención a que el principio de interés superior del niño, se sustenta en la necesidad de propiciar el óptimo desarrollo de las y los niños, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades físicas, mentales, morales,

espirituales y sociales, por lo que, al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental que las instancias legislativas deben atender es justamente el interés superior del niño, como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos sus derechos, lo que en el presente caso resulta evidente que no ha acontecido.

Frente a esta circunstancia, cobra especial relevancia la tesis de jurisprudencia 1a./J. 18/2014 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro, 4, del mes de marzo de 2014, Tomo I, página 406, nacional establecida en los términos siguientes:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL.*En el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar los intereses de algún menor. Este principio ordena la realización de una interpretación sistemática que, para darle sentido a la norma en cuestión, tome en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales de éstos previstos en la Constitución, tratados internacionales y leyes de protección de la niñez. Cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión.*

De forma adicional, cabe apuntar que la Corte IDH, ha señalado que en aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar, que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia⁹⁰.

Conforme a los señalamientos formulados con antelación, se advierte que el contenido de los párrafos segundo y tercero, del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, vulnera los derechos siguientes:

⁹⁰Corte IDH, Opinión consultiva 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, agosto 28 de 2002, párrafo 65.

A) EL DERECHO DE LAS Y LOS NIÑOS A VIVIR EN FAMILIA Y A MANTENER RELACIONES PERSONALES Y CONTACTO DIRECTO CON AMBOS PADRES.

Lo anterior, en atención a que las medidas establecidas para ser aplicadas a los padres que generan la denominada “*alienación parental*”, consistentes en la suspensión del ejercicio de la patria potestad del menor, del régimen de visitas y convivencias, de la guarda y custodia, así como, la prohibición de que en ningún caso el menor permanezca bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, o la suspensión de todo contacto con el padre alienador, son medidas que impactan directamente en la esfera jurídica de los menores y vulneran su derecho a vivir en familia y a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, en tanto que, como se ha venido señalando, su aplicación genera la inmediata suspensión (por tiempo indeterminado) de esos derechos.

Sobre el particular, a fin de identificar el impacto que esas medidas generan en el adecuado desarrollo de las y los niños, y de la obligación estatal de protección a la familia, se considera por demás trascendental tener presente, en un primer momento, el concepto actual de familia.

Así, a nivel nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro de la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010(pp. 138-139), dejó establecido que la familia debe ser entendida como realidad social, ya que los fenómenos sociales tales como la incorporación cada vez más activa de la mujer al trabajo; el menor número de hijos; la tasa de divorcios y, por ende, de nuevas nupcias, han dado origen a familias que se integran con hijos de matrimonios o de uniones anteriores, e inclusive, hijos en común de los nuevos cónyuges; en ese tenor, el aumento en el número de madres y/o padres solteros; las uniones libres o de hecho; la reproducción asistida; la disminución en algunos países de la tasa de natalidad; la migración, entre muchos otros factores, han originado que la organización tradicional de la familia haya cambiado.

Por lo que, la protección de la misma debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto a esa realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan por el matrimonio; por uniones de hecho; por un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.

Aunado a ello, en el ámbito internacional, la familia ha sido conceptualizada como grupo fundamental de la sociedad y como medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, razón por la cual, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Con base en lo anterior, uno de los estándares internacionales reconocidos como elemento fundamental para la vida en familia, lo constituye la convivencia entre padres e hijos, ya que aun en aquellos casos en los que los padres estén separados de sus hijos, el estado tiene la obligación de garantizar dicha convivencia.

Al respecto, el consenso internacional establece que el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia, en cuyo caso, se requiere que la separación de éste con respecto a su núcleo familiar, estén debidamente justificadas y tengan preferentemente una duración temporal, y que el niño sea devuelto a sus padres tan pronto lo permitan las circunstancias⁹¹.

Con base a lo anterior, advertimos que si bien existe la posibilidad de separación del niño de núcleo familiar, es importante no perder de vista que esa separación debe ser excepcional, debidamente justificada, y preferentemente, temporal, lo que en el presente caso no acontece, en tanto

⁹¹Corte IDH, Opinión consultiva 17/02, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, agosto 28 de 2002, párrafos 72, 75 y 77.

que las medidas establecidas en el artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, posibilitan dicha separación y no están debidamente justificadas en función del interés superior del niño, puesto que constituyen reglas generales aplicables, sin considerar las circunstancias particulares de cada caso, ni el impacto y afectación a los derechos humanos de las y los niños, contraviniendo con ello, los principios de indivisibilidad e interdependencia que rigen a los derechos humanos, aunado a que no establecen una temporalidad mínima y máxima, según se ha venido exponiendo a lo largo de este apartado.

Lo anterior, en tanto que del contenido del artículo en comento, se advierte que las y los juzgadores, responsables últimos de la aplicación de dichas medidas, están constreñidos únicamente a su aplicación, sin tener ninguna alternativa de valoración de las circunstancias de cada caso en concreto, a fin de determinar aquélla que resulte más conducente justamente para garantizar ese interés supremo, bajo la máxima protección integral e indivisible de los derechos humanos de las y los niños.

Sobre este tema, al revisar la Jurisprudencia nacional, advertimos que el máximo tribunal ha sostenido el criterio de protección a la familia y de la importancia de una debida convivencia entre padres e hijos, para la consecución de ese fin, ya que, aún en aquellos casos en los que se aplican sanciones más severas como la pérdida de la patria potestad, ha considerado que la pérdida de ésta no conlleva indefectiblemente que deba impedirse al menor ejercer el derecho de convivencia con sus progenitores, en tanto que resulta indispensable atender al interés superior del menor, para lo cual, deben propiciarse las condiciones que le permitan un adecuado desarrollo psicológico y emocional, que en la mayoría de los casos implica la convivencia con ambos progenitores, como se precisa en la jurisprudencia por contradicción de tesis 1a./J. 97/2009, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, del mes de enero de 2010, página 176, que se transcribe a continuación:

PATRIA POTESTAD. SU PÉRDIDA NO CONLLEVA INDEFECTIBLEMENTE IMPEDIR QUE EL MENOR EJERZA EL DERECHO DE CONVIVENCIA CON SUS PROGENITORES. Una de las consecuencias de la pérdida de la patria potestad es que el progenitor condenado no tenga derechos respecto de sus hijos, es decir, la privación de todo privilegio relativo a exigir la obediencia y el respeto de los menores, la facultad de llevar su representación legal, la administración de sus bienes y decidir, participar y opinar sobre asuntos inherentes a su educación, conservación, asistencia, formación y demás relativos a los aspectos no patrimoniales de quien ejerce la patria potestad. Sin embargo, independientemente de las consecuencias apuntadas -que se relacionan directamente con los derechos que otorga al progenitor el ejercicio de la patria potestad-, de ello no se aprecia que su pérdida conlleve indefectiblemente que deba impedirse al menor ejercer el derecho de convivencia con sus progenitores en tanto que, por un lado, ese derecho no es exclusivo de los padres, sino también de los hijos y, por el otro, no todas las causales de pérdida de la patria potestad son de la misma gravedad. En ese orden de ideas resulta indispensable atender al interés superior del menor, para lo cual deben propiciarse las condiciones que le permitan un adecuado desarrollo psicológico y emocional, que en la mayoría de los casos implica la convivencia con ambos progenitores, independientemente de que ejerzan o no la patria potestad sobre aquél; de ahí que el juez de lo familiar habrá de atender a la gravedad de la causal que originó la pérdida de la patria potestad para determinar si la convivencia pudiera importar algún riesgo para la seguridad o desarrollo adecuado del menor, en el entendido de que si determina dicha pérdida pero no del derecho de convivencia, ello obedecerá a que subsiste el derecho del menor a obtener un desarrollo psico-emocional adecuado y a que las condiciones particulares así lo permiten, mas no porque el progenitor condenado pueda exigir el derecho de convivencia.

De manera complementara a dicho criterio, la Corte IDH, ha establecido que “*diversas sentencias de tribunales internacionales permiten concluir que en decisiones judiciales respecto a la custodia de menores de edad, la consideración de la conducta parental, sólo es admisible cuando existen pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental en el bienestar y desarrollo del niño o la niña*”⁹².

Asimismo, dicho tribunal ha sostenido que, el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, “*el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad*”, con derecho a “*la protección de la sociedad y el Estado*”, constituye un principio fundamental del Derecho

⁹²Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffo y Niñas vs Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 127.

Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3, de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1, de la Convención Americana⁹³.

Finalmente, con base en todas y cada una de las consideraciones vertidas a lo largo de este apartado, cabe señalar que las medidas establecidas en los párrafos segundo y tercero, del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, también transgreden el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 22, primer párrafo Constitucional, que al efecto establece:

Artículo 22. *Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.*

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que el principio de proporcionalidad es "*indispensable*" en una "*sociedad democrática*" y, por tanto, las afectaciones a un derecho fundamental son lícitas únicamente cuando:

... estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho fundamental⁹⁴.

B) VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN Y A LA SALUD.

Del contenido de los párrafos tercero, parte final, y quinto, del artículo 323, septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que el legislador local, reconoce expresamente el derecho del menor alienado, a ser

⁹³ Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02, Ob. cit. Párrafo 66.

⁹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva 5/85, 13 de noviembre de 1985.

diagnosticado y a recibir el tratamiento conducente para dicho trastorno, en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

No obstante, se advierte que dicho reconocimiento es excluyente, en tanto que sólo se reconoció esos derechos a los y los menores víctimas de alienación severa, excluyendo del mismo a los menores sujetos de alienación leve o moderada, no obstante, que en dichos supuestos establece la aplicación de medidas que restringen sus derechos a vivir en familia y a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, las cuales impactan directamente en la esfera jurídica de los menores, como se ha anotado con antelación.

Aunado a ello, el área que designa para brindar el tratamiento de menores víctimas de alienación parental severa, no existe dentro de la estructura orgánica vigente, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ni en el decreto de adición del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, se establece disposición alguna para su creación, por lo que, con dichas circunstancias se vulneran los derechos humanos del niño a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, a disfrutar del más alto nivel posible de salud y al acceso a servicios para el tratamiento de las enfermedades y a la rehabilitación a la salud, por lo que, con tales disposiciones, nuevamente se deja de lado el bienestar de los menores, y se omite garantizar el principio fundamental del interés superior de las niñas y los niños.

Derivado de estas omisiones, cabe apuntar que se incumple además con la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos, prevista en el tercer párrafo, del artículo 1º Constitucional.

Con relación a ese deber internacional, la Corte IDH, ha señalado:

El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados.

Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención⁹⁵.

Aunado a lo anterior, el contenido del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, vulnera el artículo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone que si en 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.

Con relación al contenido y alcance de esta disposición, la Corte IDH, ha sostenido en reiteradas ocasiones que la Convención Americana impone a los Estados partes, la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta, y que las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines, han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno, todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención, sea realmente cumplido y puesto en práctica⁹⁶.

En este orden de ideas, de acuerdo a la Corte IDH, si los Estados tienen, de acuerdo con el artículo 2, de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u

⁹⁵ Ídem. Párrafo 34.

⁹⁶ Corte I.D.H., Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87.

obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. De lo contrario, incurren en violación del artículo 2, de la Convención.

OCTAVO. VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA Y DERECHO AL DEBIDO PROCESO, CONSAGRADOS EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ASÍ COMO, EN EL ARTÍCULO 8, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, ASÍ COMO, A LA PROHIBICIÓN DE IMPONER PENAS TRASCENDENTALES, ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 22, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Del contenido del tercer párrafo, del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que una de las medidas aplicables en caso de alienación severa, trasciende la persona del padre alienador, en tanto que se establece que el menor, de ninguna manera, permanecerá bajo su cuidado **ni de la familia de éste**, lo que adicionalmente a los argumentos vertidos con antelación, vulnera los principios de legalidad y seguridad jurídica, así como el derecho al debido proceso, previstos en los artículos 14 y 16, de la CPEUM y en el artículo 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte.

El artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la letra dispone:

Artículo 14. ...

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

...

El precepto transcrito consagra el derecho a ser oído, el cual implica que ningún gobernado podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, a menos que:

- a) La privación se lleve a cabo mediante juicio;
- b) El juicio se lleve ante los tribunales previamente establecidos;
- c) En el juicio se observen las formalidades esenciales del procedimiento, y**
- d) El juicio se tramite conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

De tales requisitos, resulta de especial importancia para el presente caso, el señalado en el inciso **c**. Sobre cuyo contenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, por jurisprudencia, que las formalidades esenciales del procedimiento son:

- 1. La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias;**
- 2. La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;**
- 3. La oportunidad de alegar; y**
4. El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

Sirve de apoyo a lo anterior, la jurisprudencia P./J. 47/95, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo II, Diciembre de 1995, página 133, que señala:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La **garantía de audiencia** establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

En ese orden de ideas, de no cumplirse alguna de dichas formalidades, el acto de autoridad que se emita, resultará violatorio del derecho a ser oído, consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En este punto, es preciso señalar que el artículo 418, del Código Civil para el Distrito Federal, establece la posibilidad de que los menores queden bajo la custodia de algún pariente, en lugar de los padres, ya que prevé lo siguiente:

***Artículo 418.-** Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor. Quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y vigilancia.
La anterior custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.*

Ahora bien, de la lectura del párrafo tercero, del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que posibilita la afectación de los derechos de terceras personas (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, al establecer:

“...En el supuesto de que el menor presente un grado dealienaciónparentalsevero, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste...”

Del párrafo transcrito, se desprende que, en los casos de alienación parental en grado severo, se privaría a la familia del progenitor alienador de conservar el cuidado del menor, por acciones imputables a uno de los padres, sin haberlos llamado a juicio, sin haberles dado la oportunidad de ofrecer pruebas, ni de alegar.

El párrafo primero establece que constituye violencia familiar el transformar la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores y que, cuando dicha conducta es realizada por uno de los padres, se llama alienación parental.

En ese orden de ideas, la conducta de violencia familiar en estudio puede ser cometida por **cualquier integrante de la familia** y, por lo tanto, es posible emprender acciones legales en contra de aquel integrante de la familia que la lleve a cabo, en las cuales se deben cumplir las formalidades esenciales del procedimiento.

Sin embargo, el párrafo tercero implica el “sancionar” al resto de la familia del padre alienador, privándolos de la posibilidad de tener bajo su cuidado al niño o niña, a pesar de que la conducta que constituye violencia familiar no les sea imputable.

Cabe señalar que el artículo 22, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a la letra prevé:

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Ahora bien, para saber lo que debe entenderse por pena trascendental, es útil acudir a la tesis aislada con número de registro 313147, emitida por la Primera

Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XL, página 2398, que señala:

PENAS INUSITADAS Y TRASCENDENTALES, QUE SE ENTIENDE POR. Según el espíritu del artículo 22 de la Constitución General, el término inusitado, aplicado a una pena, no corresponde exactamente a la acepción gramatical de ese adjetivo. En efecto, inusitado, gramaticalmente hablando, es lo no usado, y no podría concebirse que la Constitución hubiera pretendido prohibir la aplicación, además de las penas que enumera en el citado precepto, de todas aquellas que no se hubieran usado anteriormente, por que tal interpretación haría concluir que aquel precepto era una barrera para el progreso de la ciencia penal, ya que cualquiera innovación en la forma de sancionar los delitos, implicaría una aplicación de pena inusitada, lo cual no puede aceptarse. Por pena inusitada, en su acepción constitucional, debe entenderse aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante, excesiva; porque no corresponde a los fines que persigue la penalidad; porque no llene las características de una eficaz sanción, como las de ser moral, personal, divisible, popular, tranquilizadora, reparable y, en cierta forma ejemplar; o bien aquellas penas que, aun cuando no hayan existido, sean de la misma naturaleza o índole de las citadas. **En cuanto al concepto de trascendentales, no significa que las penas causen un mal más o menos graves en la persona del delincuente, sino que los efectos de la misma afecten a los parientes del condenado.** Todo lo anterior se desprende de los términos expresos del concepto constitucional que se comenta, al establecer que quedan prohibidas las penas de mutilación e infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

De la tesis citada, se advierte que se consideran trascendentales las penas que afectan a los parientes del condenado.

Aunque en el caso concreto, nos encontramos ante una norma de naturaleza civil, al tener contenido sancionatorio, le son aplicables las prohibiciones contenidas en el artículo 22, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, toda vez que el efecto de la determinación de alienación parental severa alcanza a los familiares del padre alienador, a pesar de no haber realizado ellos conducta alguna, es inconcuso que la privación de la posibilidad de que ellos tengan al niño o niña bajo su cuidado, constituye una “pena trascendental.”

Además, de la redacción del párrafo tercero, del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, se advierte que no se hace referencia a que en los casos de alienación parental severa, después de la determinación

de la misma, se deba llamar a los parientes a juicio, ni que se les deba dar la oportunidad de aportar pruebas en su favor y de alegar.

A mayor abundamiento el derecho al debido proceso, está consagrado en el artículo 8, de la Convención Americana (en congruencia con lo previsto en los artículos 14 y 16 Constitucionales), que establece en su párrafo 1:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

...

De la transcripción, se advierte que toda persona tiene derecho a ser oída por un juez competente para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil. A pesar de lo cual, el artículo cuya invalidez se reclama prevé una sanción para personas que ni siquiera habrían sido llamadas a juicio, pues sería resultado de la conducta atribuida a uno de los padres.

Se insiste, conforme a la redacción del primer párrafo, del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, cualquier miembro de la familia puede incurrir en la hipótesis de violencia familiar y, por lo tanto, pueden iniciarse acciones legales en contra de aquellos que cometan este tipo de violencia. No obstante, el párrafo tercero establece una sanción que trasciende a la familia del padre alienador, sin necesidad de que ellos sean oídos y vencidos en juicio.

NOVENO. VIOLACIÓN DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO, CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 14, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ASÍ COMO, EN EL ARTÍCULO 8, DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, POR LA FALTA DE POSIBILIDAD DE

CONTRADICCIÓN EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DE LA PERSONA A CUYO CUIDADO QUEDARÁ EL NIÑO.

Conforme a lo expuesto en el concepto de invalidez que antecede, el derecho a ser oído, consagrado en el artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene diversos componentes, uno de los cuales es que se observen las formalidades esenciales del procedimiento. Además, se precisó que entre éstas, se encuentra **la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas.**

En el mismo sentido, al abordar el alcance del derecho a ser oído, la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁹⁷ ha sostenido lo siguiente:

122. El examen requerido en el presente caso amerita que la Corte precise el alcance del derecho a ser oído establecido en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido.

En ese orden de ideas, en su faceta formal y procesal, el derecho a ser oído, reconocido en el artículo 8.1, de la Convención Americana implica, entre otros puntos, el derecho a aportar pruebas.

Ahora bien, el párrafo cuarto del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal, prevé:

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.

⁹⁷Caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, Fondo, Reparaciones y costas*, Sentencia de 13 de octubre de 2011, párrafo 122.

Del texto transcrito, se observa que el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal evaluará a los parientes más cercanos y determinará qué persona será la encargada de cuidar a la niña o niño, en los casos en que por su edad resulte imposible que viva con el otro progenitor, sin que se haga referencia al derecho de las partes para ofrecer pruebas sobre este punto.

Lo cual, implica que el legislador local emitió una norma jurídica que menoscaba el derecho de las partes a ser oídas para la determinación de sus derechos en el ámbito civil, pues la decisión sobre quién estará a cargo del cuidado del niño o niña alienada, le corresponde, de manera unilateral defina a la unidad referida del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

DÉCIMO. EL CUARTO PÁRRAFO, DEL ARTÍCULO 323, SEPTIMUS, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIOLA EL DERECHO A DE LAS PERSONAS A QUE UN JUEZ COMPETENTE DETERMINE SUS OBLIGACIONES DE NATURALEZA CIVIL, RECONOCIDO EN LOS ARTÍCULOS 14, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

En el cuarto párrafo del artículo en estudio, se establece literalmente que:

*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.*

Del texto transcrito, se advierte que en los casos en que exista imposibilidad para que el menor alienado, por su edad, viva con su progenitor no alienador, el Departamento de Psicología, del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, determinará la persona que cuidará temporalmente del niño o niña.

Según la exposición contenida en el concepto de invalidez Octavo, el derecho a ser oído, consagrado en el artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene diversos componentes, uno de los cuales consiste en que el juicio se lleve a cabo ante los tribunales previamente establecidos.

En relación con este punto, cabe señalar que el artículo 8, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su párrafo 1, dispone:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

...

En tal virtud, dentro de las garantías judiciales de las personas está el derecho a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos y obligaciones del orden civil.

Con relación a dicho requisito, la Corte IDH, ha establecido que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños, se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos⁹⁸.

⁹⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 17/02, párrafo 10, resolutivos.

En tal sentido, con relación al contenido y alcance del requisito de “*juez o tribunal competente*” previsto específicamente en el artículo 8.1, de la Convención Americana, la Corte IDH, ha establecido que:

... cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana⁹⁹.

Con base en lo anterior, se advierte que el estándar mínimo en la materia, obliga a que la determinación de derechos y obligaciones estén dictadas por autoridades jurisdiccionales, lo que en el caso analizado no acontece, en tanto que se delega dicha facultad al “Departamento de Psicología” del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

En efecto, aunque el Departamento de Psicología al que se hace referencia en el artículo cuya invalidez se reclama, esté integrado en la estructura orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, es claro que no es un órgano jurisdiccional.

Al respecto, cabe referir que, en opinión de Fiorini, la actividad jurisdiccional y la actividad judicial muestran dos presupuestos:

1. Un *órgano independiente que dice el derecho*, y
2. Una *contienda* entre partes que tal órgano no tienen relación de dependencia alguna.

En consecuencia, el denominar a esta labor jurisdiccional en lugar de judicial y que se destaque que el órgano esté dentro o fuera del poder judicial, son

⁹⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (1990).párr. 71.

caracteres que no definen la esencia de la función judicial, la cual es: *decir el derecho en un litigio por un órgano independiente*.¹⁰⁰

En ese orden de ideas, dado que el Departamento referido no es un órgano independiente que resuelva una contienda diciendo el Derecho, es claro que no puede ser considerado como órgano jurisdiccional y, por lo tanto, al otorgarle el legislador local una facultad ajena a su naturaleza administrativa, vulnera el derecho al debido proceso previsto en el artículo 14, segundo párrafo, de la CPEUM y 8.1, de la Convención Americana, conforme a los cuales, toda resolución que tenga por objeto la determinación, restricción o suspensión de derechos, debe ser emitida por juez o tribunal competente.

Aunado a ello, se advierte que con esa disposición se establece un trato diferenciado para los menores víctimas de alienación parental del que se brinda a menores víctimas de otros supuestos de violencia, ya que conforme a lo previsto en los artículos 282, inciso A, fracción I, del Código Civil del Distrito Federal y 941, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en estos últimos casos, el Juez de lo Familiar, es la instancia que decretará las medidas precautorias conducentes¹⁰¹.

Finalmente, el establecimiento de la facultad de determinar la persona a quien le corresponderá la custodia del niño o niña, en caso de que no pueda convivir, por su edad, con el padre no alienador, a favor del Departamento de Psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, implica el privar al Juez o

¹⁰⁰Fiorini, Bartolomé A. *Qué es el contencioso*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 72 y 73.

¹⁰¹**Artículo 282.-** *Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:*

A. De oficio:

1.- En los casos en que el Juez de lo Familiar lo considere pertinente, de conformidad con los hechos expuestos y las documentales exhibidas en los convenios propuestos, tomará las medidas que considere adecuadas para salvaguardar la integridad y seguridad de los interesados, incluyendo las de violencia familiar, donde tendrá la más amplia libertad para dictar las medidas que protejan a las víctimas;

...

Tribunal competente de valorar las pruebas que obren en el expediente, para resolver los derechos y obligaciones de las partes.

VII. PRUEBAS

1.-LA DOCUMENTAL PÚBLICA consistente en copia certificada del oficio número MDPPSA/CSP/986/2013, de fecha 5 de noviembre de 2013, en el que se me informa mi designación como Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, suscrito por la Presidenta de la Mesa Directiva de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal VI Legislatura.

2.-LA DOCUMENTAL PÚBLICA consistente en copia certificada del decreto en el que consta mi designación como Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal No. 1744, de fecha 29 de noviembre de 2013.

3.-LA DOCUMENTAL PÚBLICA consistente en copia simple del decreto por el que se adiciona el artículo 323 Septimus al Código Civil para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal No 1853, de fecha 9 de mayo de 2014.

Por lo expuesto y fundado,

A Ustedes, CC. Ministros, atentamente les pido se sirvan:

PRIMERO.- Admitir a trámite la presente acción de inconstitucionalidad, y tener como delegados y delegadas, así como domicilio para oír y recibir notificaciones los mencionados en el proemio de este escrito.

SEGUNDO.- Dar vista a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal VI Legislatura y al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, para que rindan el informe previsto en el artículo 64 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

TERCERO.-Sustanciado el procedimiento, dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad del artículo 323 Septimus, del Código Civil para el Distrito Federal.

ATENTAMENTE

**DRA. PERLA GÓMEZ GALLARDO
PRESIDENTA DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
DEL DISTRITO FEDERAL**