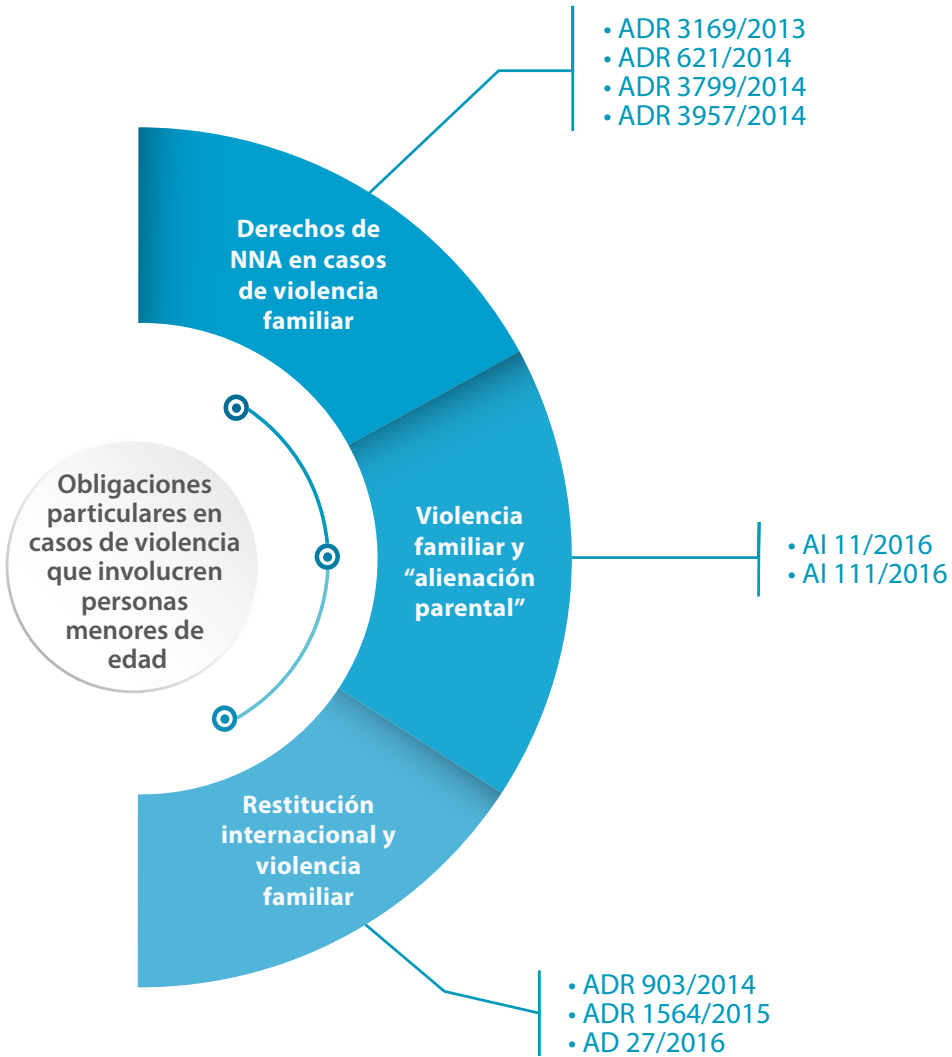




### 3. Obligaciones particulares en casos de violencia que involucren personas menores de edad



## 3. Obligaciones particulares en casos de violencia que involucren personas menores de edad

---

### 3.1 Derechos de niñas, niños y adolescentes en casos de violencia familiar

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3169/2013, 22 de enero de 2014 Denuncia de violencia contra niños, niñas y adolescentes (NNA) por otro miembro de la familia<sup>41</sup>

---

#### Hechos del caso

Un hombre se casó y en 2003 adoptó al hijo de su pareja. Posteriormente, tuvieron dos hijos propios, uno en 2004 y otro en 2005. En septiembre de 2006 la abuela paterna de los niños sostuvo que el mayor de sus nietos abusaba sexualmente de los dos niños menores. El padre y la madre consideraron que las alegaciones no eran verdad y durante la investigación afirmaron que ellos convivían con los niños en forma cotidiana y cercana, además de que habían acudido a atención psicológica con dos especialistas, que habían determinado que los niños presentaban conductas normales para su edad.

La abuela insistió en el tema y ante la inacción que —según su dicho— existía por parte de los progenitores, acudió a denunciar los hechos. La primera denuncia no prosperó y la mujer denunció nuevamente, después de grabar un interrogatorio a sus nietos sin el consentimiento de sus padres.

Frente a la segunda denuncia, el padre y la madre de los niños acudieron al juez de lo familiar para iniciar una controversia en la que señalaron que estos actos constituían

---

<sup>41</sup> Este caso se trata en el apartado 1.2 sobre violencia familiar, *supra*.

violencia familiar, conforme al artículo 323 Quáter, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal.<sup>42</sup> En el juicio, la abuela expresó que desde que los niños eran muy pequeños ella había notado que el mayor de sus nietos ejercía conductas que le parecían inapropiadas y que sus denuncias tenían la intención de proteger a sus nietos.

En la sentencia de primera instancia, el juez familiar determinó que las conductas de la abuela sí constituían violencia familiar, le ordenó que detuviera las acciones y que acudiera a un centro de servicios psicológicos. Ante esta determinación, la abuela de los niños interpuso recurso de apelación.

La Sala revocó la primera sentencia y absolvió a ambas partes de lo que se les había reclamado. Inconforme, el padre, en representación de la madre y sus hijos, presentó un amparo en el que señaló que la resolución de la Sala violaba su derecho de acceso a la justicia, los derechos de sus hijos, así como el principio de legalidad.

El tribunal colegiado negó el amparo y señaló que los actos de la abuela no constituían violencia familiar porque no tenían la intención de causar un daño físico o emocional sobre los miembros de la familia, además de que pretendían proteger a sus nietos. En ese sentido, el tribunal sostuvo que no existían actos de los que debía protegerse a los niños y que las pruebas habían sido valoradas correctamente por la Sala.

El padre interpuso un recurso de revisión, en el que señaló que el tribunal colegiado había omitido analizar el asunto conforme al interés superior de los niños. El señor también señaló que las pruebas habían sido valoradas de forma errónea y que las conductas desplegadas por su madre habían dañado la integridad de sus hijos.

La Corte determinó que el asunto era procedente debido a que el tribunal colegiado no había resuelto la cuestión de cómo se debe proteger el interés superior de la infancia cuando se presenta un caso en el que un miembro de la familia acusa a un niño ante sus padres de haber abusado sexualmente de otros niños. En la sentencia, la Primera Sala determinó, entre otras cosas,<sup>43</sup> que las conductas reclamadas que dieron base a las denuncias no podían ser consideradas violencia familiar, pero que los actos discriminatorios posteriores por parte de la señora en contra de sus nietos sí constituían violencia familiar. La sentencia ordenó que tanto los niños como el padre y la madre tuvieran acompañamiento terapéutico y que la abuela cesara las conductas discriminatorias y asistiera a terapia psicológica.

<sup>42</sup> Véase, *supra*, nota al margen, p. 27.

<sup>43</sup> Esta sentencia se aborda también en el apartado 1.2, relativo a la definición de violencia familiar.

## Problema jurídico planteado

¿Cuál es el procedimiento acorde con el marco de derechos humanos de la infancia para la práctica de un interrogatorio a NNA que han sido víctimas de un delito?

## Criterio de la Suprema Corte

Todo interrogatorio o entrevista dirigido a un menor víctima o testigo de un delito debe ser realizado por personal capacitado y atendiendo al principio de interés superior de la infancia.

## Justificación del criterio

La Corte determinó que "de acuerdo con las directrices fijadas por diversos organismos internacionales, todo interrogatorio o entrevista dirigido a un menor que haya sido testigo o víctima de un delito, requiere que el entrevistador o el interrogador esté debidamente capacitado para ello, a fin de que sin intimidar al menor y teniendo en cuenta su edad, sexo y madurez, actúe con tacto, respeto y vigor, para que lo que revele el menor en dicha entrevista o interrogatorio no se contamine y sea auténtico; [sin embargo, el proceder de la abuela en el caso] tampoco puede considerarse un acto de violencia familiar, pues en cierta medida responde a la curiosidad o necesidad natural de verificar que sus nietos no estuvieran sufriendo abusos de carácter sexual, tan es así, que la propia madre del menor también procedió a interrogar y grabar al menor sobre las conductas sexuales referidas a la abuela." (Pág. 117, párr. 3).

"De ahí que si bien, no se puede calificar como correcto el proceder de la abuela al interrogar de la manera en que lo hizo a sus nietos, este proceder si puede estar 'justificado', pues debido a los innegables lazos que se forman entre nietos y abuelos, surge en éstos la necesidad (que además es una obligación legal) de protegerlos y prevenir cualquier situación que les pueda representar un riesgo, de ahí que la abuela haya considerado la necesidad de indagar al respecto, grabando el interrogatorio respectivo, a efecto de evidenciar ante los padres, el peligro que a su parecer corrían los nietos menores frente a su hermano mayor, situación que por cuestión natural sería difícil de aceptar por los padres, en virtud de que se trataba de un conflicto que involucraba a todos los hijos, de ahí que si bien el proceder de la abuela al grabar la conversación —tipo interrogatorio que tuvo con sus nietos—, no puede considerarse correcto, sí puede tener una justificación razonable que impide considerarlo como un acto de violencia familiar, a que alude el artículo 323 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal, en tanto que carece de la intención que se requiere para ello. [...] Atendiendo a lo anterior, si los actos que se atribuyen a la abuela de los menores no constituyen un acto de violencia familiar en términos de lo dispuesto en el artículo 323 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal, los conceptos

de violación formulados en la demanda de amparo, deben declararse infundados." (Pág. 118, párrs. 1 y 2).

## SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 621/2014, 13 de agosto de 2014 (Violencia familiar y pérdida de la patria potestad)<sup>44</sup>

### Hechos del caso

Una mujer acudió al juez familiar en el estado de Quintana Roo para demandar la pérdida de la patria potestad que ejercía su exesposo sobre el hijo que tuvieron juntos, puesto que el hombre había abandonado física, emocional, afectiva y económicamente al niño. El padre contestó la demanda y solicitó que le fuera asignada la guarda y custodia de su hijo, así como que se suspendiera la patria potestad que la madre ejercía sobre él.

En primera instancia, el juez determinó que ninguna de las partes había acreditado sus pretensiones y negó lo que habían solicitado. En relación con la solicitud de la señora señaló que, de conformidad con el Código Civil de la entidad, la pérdida de la patria potestad estaba condicionada a que previamente existiera una Notsentencia que condenara al padre o madre a la suspensión de ella.

En apelación se confirmó la sentencia y la señora promovió un juicio de amparo contra esta resolución. En su demanda, señaló que el artículo 1018 BIS resultaba inconstitucional por no proteger el interés superior de la niñez. Además, señaló que, aunque en el caso no había existido un delito que diera lugar a la suspensión de la patria potestad, el padre había dejado en abandono al niño y por ello no debía permitirse que siguiera teniendo la patria potestad de su hijo.

El tribunal resolvió negar el amparo, en su sentencia señaló que el artículo 1018 BIS era constitucional y que el requisito de que exista una suspensión previa de la patria potestad para dar lugar a la pérdida de este derecho era una medida orientada a proteger el desarrollo del niño. De acuerdo con el tribunal, la suspensión de la patria potestad como requisito previo también atendía a la necesidad de graduar la intervención del Estado en las relaciones familiares.

El Tribunal Colegiado también señaló que este requisito representaba una oportunidad para aquel progenitor que incurra en alguna causa que afecte al menor reflexione sobre esa conducta y la enmiende. La señora interpuso recurso de revisión contra esta sentencia.

<sup>44</sup> Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

**Artículo 1018 BIS.** La patria potestad se pierde únicamente mediante resolución judicial, si decretada su suspensión por la causal prevista en la fracción III del artículo 1019 de éste Código, se cometiere alguno de los supuestos siguientes:  
I.- En el caso de violencia familiar reiterada en contra de la persona menor de edad, así como del cónyuge, por parte de quienes ejercen la patria potestad o con su conocimiento y tolerancia, debiéndose señalar para tal efecto las circunstancias de tiempo, modo y lugar. (...)  
IV.- Cuando habiendo dejado a su hijo o hija menor de edad a cargo de una persona o institución, el que ejerza la patria potestad deje de atender sin causa justificada y por más de seis meses, las necesidades de crianza y afecto de su hijo y/o hija.  
**Artículo 1019.** La patria potestad se suspende:  
I.- Por incapacidad declarada judicialmente;  
II.- Por la ausencia declarada en forma; y  
III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión;  
IV.- Por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas por autoridad competente o en convenio aprobado judicialmente.

La Corte determinó admitir el asunto para fijar criterio sobre los derechos de un niño en relación con la institución de la patria potestad y para resolver sobre la inconstitucionalidad del artículo reclamado. En su resolución, la Primera Sala determinó revocar la sentencia recurrida y ordenar la emisión de una nueva sentencia que no considerara el requisito de la suspensión previa de la patria potestad para estudiar si la pérdida de este derecho era procedente.

## Problema jurídico planteado

¿La condición que establece el artículo 1018 BIS, que exige que haya una suspensión previa de la patria potestad para que proceda su pérdida, atenta contra el interés superior del menor?

## Criterio de la Suprema Corte

La pérdida de la patria potestad pretende proteger la integridad del niño o la niña ante las conductas activas u omisivas de quienes la ejercen, cuando éstas suponen un peligro para el desarrollo holístico de los NNA, como en los casos de violencia familiar. Por ello, resulta excesivo que para decretar esta pérdida se exija que el incumplimiento de las labores de crianza, o bien violencia contra los NNA, sea permanente y sistemático, como señala el requisito establecido en el artículo 1018 BIS del Código Civil del estado.

Por lo anterior, el requisito es inconstitucional por no atender al principio del interés superior de la infancia. Para el estudio de la suspensión de la patria potestad basta que exista un incumplimiento de las labores de crianza, que el juzgador podrá estudiar para determinar sus consecuencias y proteger la integridad del niño o la niña.

## Justificación del criterio

La Corte señaló que, conforme al marco Código Civil para el Estado de Quintana Roo, "para que proceda la pérdida de la patria potestad en cualquiera de las cuatro hipótesis a que alude el artículo 1018 Bis del Código Civil, primero [...] es necesario que exista una sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión, misma que de acuerdo con lo dispuesto en las fracciones I, II y IV del numeral 1019, puede actualizarse en los siguientes supuestos: 1) por incapacidad declarada judicialmente; 2) por ausencia declarada en forma, y 3) por no permitir que se lleven a cabo las convivencias decretadas judicialmente o por convenio aprobado." (Pág. 24, párr. 1).

En este contexto, para analizar si este requisito es coherente con la protección del interés superior de la infancia, es necesario considerar que "si bien la patria potestad es una institución que se encomienda a los padres, ésta siempre es en beneficio de los hijos, en tanto que se rige en función del interés superior del menor." (Pág. 34, párr. 1).

En este entendido, "[...] el Código Civil del Estado de Quintana Roo, en su artículo 994 Bis, prevé una serie de derechos en favor de los menores que se traducen en obligaciones de crianza para quienes ejercen la patria potestad, las cuales deben ser cumplidas de manera puntual en función del interés superior del menor, dado que el cumplimiento de esas obligaciones no sólo permite el ejercicio de los derechos del menor sino que es indispensable para el desarrollo holístico del mismo, es decir para que alcance su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social." (Pág. 35, párr. 2).

"Estos deberes que se robustecen con lo dispuesto en el artículo 998 del propio ordenamiento y se unen al derecho que tiene el menor de convivir con quienes ejercen la patria potestad, incluso si el padre y la madre viven separados, se encuentran instituidos única y exclusivamente en beneficio del interés superior del menor, por tanto, el incumplimiento de cualquiera de esos deberes va en perjuicio del mismo." (Pág. 36, párr. 1). "En esa virtud, a fin de proteger el interés superior del menor, el legislador de Quintana Roo, vinculó la pérdida de la patria potestad al incumplimiento de esos deberes" (pág. 37, párr. 1).

El "incumplimiento [de estas labores de crianza] debe revestir de cierta gravedad, a fin de que no quede duda de que ese incumplimiento denota un verdadero desinterés de quienes ejercen la patria potestad hacia el menor." (Pág. 37, párr. 7).

"Esa gravedad se revela al exigirse que la violencia familiar que da origen a la pérdida de la patria potestad sea reiterada; que el atentado a la integridad física, sexual, emocional o psicológica del menor, constituya un delito doloso; que el abandono del menor a su suerte sea con la finalidad de deshacerse de las obligaciones de crianza que se derivan de la patria potestad; y que aun dejando al menor a cargo de una persona o institución, se deje de atender sin causa justificada y por más de seis meses las necesidades de crianza y afecto del menor. [...] Así, aunque la pérdida de la patria potestad llegó a ser considerada como una sanción para los padres o abuelos que incumplen con las obligaciones de crianza, lo cierto es que, más allá de constituir una sanción, pretende proteger la integridad del menor ante las conductas activas u omisivas de quienes la ejercen, no sólo cuando éstas denotan un desinterés injustificado hacia el menor, sino cuando en mayor o menor grado, suponen un peligro para el desarrollo holístico del mismo, es decir en cualquiera de sus aspectos físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social. [...] En esa virtud, se justifica que bajo ciertas hipótesis el legislador del Estado de Quintana Roo, en el artículo 1018 Bis del Código Civil, haya previsto que el incumplimiento de las obligaciones de crianza puede conducir a la pérdida de la patria potestad." (Pág. 38, párrs. 1 a 3).

En atención a lo anterior, la Sala estableció que "resulta excesivo que se exija que el incumplimiento [de las labores descritas] sea permanente y sistemático, pues esa permanencia sistémica que se exige para decretar la suspensión de la patria potestad necesariamente

implica poner en un riesgo innecesario el desarrollo holístico del menor —es decir en cualquiera de las siguientes vertientes, física, mental, espiritual, moral, psicológica y social—, lo cual va en contra del interés superior de la infancia, por tanto [...] en realidad bastaría que para la suspensión de la patria potestad, se exija que el incumplimiento de las obligaciones de crianza sea injustificado, para que el juzgador en vista de lo que conteste el demandado estuviera en posibilidad de analizar las circunstancias particulares del caso, a fin de decidir si el incumplimiento es o no injustificado.

En tal virtud, [el requisito establecido por el artículo 1018 BIS] resulta inconstitucional, por no resultar razonable y atentar contra el interés superior de la infancia que se deriva de lo dispuesto en el artículo 4o. constitucional, así como de lo establecido en el numeral 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño." (Pág. 44, párrs. 1 y 2).

---

## SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3799/2014, 25 de febrero de 2015 (Convivencia familiar en casos de violencia)<sup>45</sup>

---

### Hechos del caso

Una mujer, en representación de sus cuatro hijos, acudió al juez familiar para denunciar que el padre de los niños había ejercido actos de violencia física, económica y psicológica en contra de ellos. En su demanda solicitó que se dictaran las medidas necesarias para proteger la integridad física y emocional de sus hijos. En la contestación a la demanda, el hombre señaló que la mujer había estado obstaculizando la convivencia con sus hijos. Por lo anterior, solicitó el cumplimiento forzoso del régimen de visitas y convivencias que se había establecido en el divorcio.

En primera instancia, el juez tuvo por acreditados los actos de violencia del hombre en contra de sus hijos y le ordenó abstenerse de realizarlos nuevamente bajo la amenaza de imponerle una multa. Determinó también que las visitas debían suspenderse mientras las partes acudían a terapia psicológica y que, dependiendo del avance, las visitas podrían reestablecerse. Ambas partes apelaron la decisión.

La Sala determinó modificar el régimen de visitas establecido y ordenó que las visitas y convivencias se llevaran a cabo en un centro de convivencia familiar. Además, ordenó que las partes acudieran a terapia psicológica, de cuyo avance dependería la modificación del régimen de visitas y convivencias.

La madre de los niños promovió un juicio de amparo en el que señaló que la sentencia de la Sala no estaba bien argumentada, además de que el demandado había confesado haber

---

<sup>45</sup> Unanimidad de votos. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.



realizado los actos de violencia familiar que ella señaló en la demanda. Señaló que, al no impedir las visitas y convivencias de sus hijos con el demandado, la sentencia reclamada no protegía su integridad.

El Tribunal Colegiado señaló que, a pesar de que en el caso había existido violencia familiar en contra de los niños, no era necesario suspender el régimen de visitas y convivencias, pues éste podía llevarse a cabo en forma supervisada en el centro. Reiteró que la convivencia del padre con sus hijos era un derecho de ambas partes. Inconforme con la resolución, la mujer interpuso recurso de revisión y alegó que, conforme al interés superior del menor, el régimen de visitas y convivencias debía ser restringido, porque el contacto con su padre generaba una situación de riesgo para los niños.

La Corte determinó admitir el asunto al considerar que permitía la interpretación constitucional del interés superior de la infancia. En su resolución, la Primera Sala confirmó la sentencia recurrida y determinó que, aunque la convivencia con los progenitores es un derecho de los NNA, la educación impartida debe acontecer en un marco de respeto a su dignidad y sus derechos.

### Problema jurídico planteado

¿El interés superior de la infancia autoriza restringir la convivencia entre un niño, niña o adolescente y su progenitor cuando existe la posibilidad de que se ejerza violencia en su contra?

### Criterio de la Suprema Corte

El interés superior de la infancia autoriza restringir la convivencia entre un niño o niña y su progenitor cuando sea sujeto de violencia. Sin embargo, en el caso concreto no es necesario restringir la convivencia de los niños con su padre, pues existen otras medidas menos lesivas, como las convivencias supervisadas y las terapias psicológicas, que permiten proteger el derecho de los niños a la integridad y a convivir con su padre.

### Justificación del criterio de la Suprema Corte

La Corte determinó que "un derecho primordial de los menores radica en no ser separados de sus padres, a menos que tal separación sea necesaria en el interés superior del niño. [...] Este derecho se encuentra directamente relacionado con la patria potestad, ya que si bien ésta es una institución que se encomienda a los padres, dicha encomienda es en beneficio de los hijos, ya que está dirigida a la protección, educación y formación integral de los mismos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial." (Pág. 58, párrs. 1 y 2).

"En esa virtud, si bien la convivencia entre los menores y el padre que no ejerce la guarda y custodia del menor, representa un derecho para el padre que no ejerce la guarda y custodia, no debe perderse de vista que también conlleva un deber, en tanto que ese régimen de visitas y convivencias, más que satisfacer un derecho del padre, se establece en beneficio del menor. Atendiendo a ello, las visitas y convivencias entre el padre que no ejerce la guarda y custodia de sus hijos, sólo debe restringirse o suspenderse cuando el interés superior del menor así lo manda." (Pág. 60, párrs. 4 y 5) (énfasis en el original).

Por todo lo anterior, "para decidir cuándo deben restringirse o suspenderse las visitas y convivencias entre los hijos y el padre que no ejerce la guarda y custodia, el juzgador debe analizar en cada caso concreto, cuáles son los hechos y circunstancias que rodean a menores en torno a los cuales gira la controversia, a fin de resolver lo conducente" (Pág. 61, párr. 1).

En el caso concreto, una vez acreditada la violencia física y psicológica del padre en contra de dos de sus hijos, la Corte señaló que "si bien los padres tienen el derecho y el deber de corregir a sus hijos, esa corrección debe ser en un ámbito de respeto a la dignidad del menor, de ahí que ese derecho-deber, no puede utilizarse como estandarte para ejercer actos de violencia sobre los hijos, pues la violencia en cualquiera de sus clases, física, psico-emocional y sexual, no se justifica en ningún caso como una forma de educación o formación hacia el menor." (Pág. 62, párr. 2) (énfasis en el original).

"En ese orden de ideas, si bien los padres tienen el derecho y el deber de educar a los hijos, dicha educación debe impartirse en un marco de respeto a la dignidad y los derechos de la niñez, de tal manera que la educación de un menor no puede utilizarse como argumento para propiciar una disciplina violenta, cruel o degradante." (Pág. 65, párr. 3).

"Atendiendo a lo anterior, válidamente se puede concluir que el interés superior de la infancia sí autoriza a restringir la convivencia entre un menor y su progenitor, cuando el menor es objeto de violencia por parte de dicho progenitor." (Pág. 66, párr. 4). "No obstante, como el interés superior del menor también dicta que los menores de edad tienen derecho a ser cuidados y educados por sus padres, así como a mantener relaciones familiares, dicha medida sólo debe tomarse en casos que realmente ameriten esa separación." (Pág. 67, párr. 1).

"Así, si en el caso a estudio, los actos de violencia que el demandado ejerció sobre dos de sus menores hijos (gritos, golpes con la mano, cachetadas [*sic*], nalgadas, insultos) no pueden considerarse de tal gravedad que ameriten esa separación, no existe razón para suspender la convivencia entre él y sus hijos como pretende la quejosa, máxime cuando los propios menores manifestaron su deseo de seguir conviviendo con su progenitor." (Pág. 68, párr. 1).

"Atendiendo a lo anterior, si en el caso a estudio existe la posibilidad de que el progenitor de los menores involucrados en la controversia siga ejerciendo actos de violencia en contra de sus hijos, resulta acertado que como parte de esas medidas, se haya declarado que las visitas deben ser vigiladas, ya que de esta forma se respeta la opinión de los menores, se preserva el derecho que tienen a ser cuidados y educados por ambos progenitores, así como a mantener contacto directo con ellos, preservando las relaciones familiares y por otro lado, se satisface la obligación de proteger de manera preventiva a los menores. [...] Esto es así, pues al restringir la convivencia entre los menores y su progenitor, a fin de que dicha convivencia se realice en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el juzgador no sólo busca facilitar la convivencia entre los menores y su padre, sino que además busca proteger a dichos menores contra toda forma de perjuicio o maltrato por parte de su progenitor." (Pág. 70, párrs. 1 y 2).

---

### SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3957/2014, 2 de septiembre de 2015 (Representación legal adecuada para niños víctimas de violencia)<sup>46</sup>

---

#### Hechos del caso

En octubre de 2010, en el estado de Querétaro, un niño ingresó a terapia intensiva con traumatismo craneoencefálico, por lo que la trabajadora social del hospital reportó el caso al Ministerio Público; el cual dio inicio a la averiguación previa por hechos posiblemente constitutivos del delito de violencia familiar en contra de la madre y el padre.

En enero del año siguiente, el Ministerio Público ejerció acción penal y civil de reparación del daño en contra del padre y la madre del niño y unos meses después, el juez de primera instancia libró orden de aprehensión en su contra. El padre fue sentenciado en primera instancia por el delito de violencia familiar. Interpuso un recurso de revisión que confirmó la sentencia.

El señor promovió una demanda de amparo. El tribunal dejó insubsistente la sentencia reclamada y ordenó la reposición del procedimiento, en atención a que el niño en el caso no había contado con un representante o tutor especial. De acuerdo con el tribunal, la falta de un representante que defendiera sus intereses, que en el caso eran contrarios a los de sus progenitores, violaba su derecho a contar con una defensa adecuada.

---

<sup>46</sup> Mayoría con tres votos a favor. Ministro Ponente: Olga María del Carmen Sánchez Cordero.

La Corte determinó estudiar el asunto porque involucraba la interpretación del interés superior del menor como principio en los procedimientos. En su resolución determinó conceder el amparo al niño para reponer el procedimiento y asegurar que contara con una representación legal adecuada.

## Problema jurídico planteado

¿Cuáles son las obligaciones de los órganos jurisdiccionales cuando conocen un amparo penal en el que un niño o niña ha sido víctima de violencia familiar, y durante el proceso no contó con representación legal?

## Criterio de la Suprema Corte

Cuando en cualquier clase de juicio de amparo, particularmente en materia penal, pueda afectarse directa o indirectamente la esfera jurídica de un niño o niña, los órganos del Poder Judicial de la Federación tienen el deber ineludible de suplir la deficiencia de la queja en toda su amplitud, en especial cuando pueda tener la calidad de víctima de un delito. En el caso, puesto que el niño no contó con la representación legal adecuada, es necesario reponer el procedimiento para asegurar la designación de un representante para la defensa efectiva de sus intereses durante el procedimiento.

## Justificación del criterio

La Sala estableció que "de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales citados, de los que México es parte, todas las autoridades deben velar por el interés superior del menor, lo que implica necesariamente que debe ponderarse su preferencia en relación con otros principios constitucionales, como acontece en el caso concreto, en relación con el principio denominado '*non reformatio in peius*', conforme al cual no está permitido agravar la situación del sentenciado." (Párr. 89).

Por lo anterior, "tratándose de menores de edad e incapaces, cuando en cualquier clase de juicio de amparo, y particularmente en materia penal, pueda afectarse directa o indirectamente su esfera jurídica, los órganos del Poder Judicial de la Federación tienen el deber ineludible de suplir la deficiencia de la queja en toda su amplitud, más cuando pueda tener la calidad de víctima por el despliegue de una conducta delictiva." (Párr. 90).

"De esta manera no es determinante el carácter de quienes promueven el juicio de amparo, como sería a quien o quienes se les atribuye el ilícito penal, o bien, de quien interpuso el recurso de revisión, como ocurre en el caso, cuando se advierte que la determinación de

la Sala penal responsable, afecta notoriamente a un menor de edad, quien por no contar con un representante legal, no tuvo la oportunidad de recurrir dicha sentencia, pues en este caso, la sociedad y el Estado tienen interés en que los derechos humanos y las garantías individuales de los menores, queden protegidos. [...] Luego, esta misma regla opera cuando en cualquier juicio de amparo, el órgano jurisdiccional advierte que está de por medio un menor de edad, pues, aunque no interpuso el recurso de revisión, por ese solo hecho pervive el interés superior del menor, debiendo ponderarse su preferencia por encima de cualquier otro principio constitucional." (Párrs. 92 y 93).

La Corte señaló que, en el caso, el Tribunal Colegiado "advirtió que el menor ofendido, no se encontró debidamente representado y que ello impidió que sus derechos [...] estuvieran plenamente salvaguardados, [las actuaciones realizadas no implicaron] la designación de un representante del menor para la defensa efectiva de sus intereses legales durante el procedimiento. [El] Tribunal Colegiado llegó a dicha determinación tomando en cuenta el interés superior del menor, y de igual forma fue correcto que se otorgara el amparo para el efecto de que la Sala responsable repusiera el procedimiento penal, esto con el fin de que le fuera designado un representante o tutor especial al menor ofendido y hecho lo anterior, se le notificara el auto de término constitucional para que estuviera en posibilidad material y jurídica de impugnarlo y a su vez, durante la secuela procesal tenga la oportunidad legal de hacer valer los derechos fundamentales consagrados a favor del menor en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...] No "es obstáculo para lo anterior, el hecho de que el juicio de amparo hubiera sido promovido por el hoy recurrente y no por el menor, ya que en el presente asunto se encuentra en conflicto el principio del interés superior del menor, lo que trae como consecuencia que se anteponga al análisis de constitucionalidad del acto únicamente en favor de quien acude al juicio de amparo, frente a la obligación impuesta tanto al Estado como a toda autoridad de velar y hacer cumplir los derechos de la niñez, por lo que es preponderante atender el interés superior del menor." (Párrs. 95 y 96).

### 3.2 Violencia familia y "alienación parental"

#### SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 11/2016, 24 de octubre de 2017<sup>47</sup>

##### Hechos del caso

El 2 de febrero de 2016, el Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca promovió acción de inconstitucionalidad en la que reclamó la invalidez de los artículos

<sup>47</sup> Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández. Véase la votación en: «<https://www2.scjn.gob.mx/Consulta-Tematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=193848>».

Artículo 336 Bis B. [...] Comete violencia familiar en la forma de alienación parental el integrante de la familia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

336 Bis B, 429 Bis A y 459, fracción IV,<sup>48</sup> del Código Civil para el Estado de Oaxaca. Los artículos reclamados recogían disposiciones relativas al denominado Síndrome de Alienación Parental (SAP). Entre otros aspectos, la legislación del Estado establece que comete violencia familiar "en la forma de alienación parental" el integrante de la familia que "transforma la conciencia de un menor".

El Defensor señaló que no existía sustento o reconocimiento científico alguno que analizara los riesgos de aplicar el concepto del Síndrome de Alienación Parental en los casos en que existe una acusación de abuso sexual o maltrato en contra de NNA. Afirmó que, de acuerdo con algunos especialistas, el Síndrome no existe y no está aceptado por ninguna de las clasificaciones mundiales de trastornos y enfermedades mentales, por lo que no debería aceptarse como categoría diagnóstica en los juzgados.

El defensor también señaló que la incorporación del SAP a la legislación violenta el derecho de los NNA, por no representar una actuación diligente para la protección de sus derechos, además de colocarlos en situaciones de riesgo dentro de los procesos judiciales. Por otro lado, apuntó que el reconocimiento de este "síndrome" coloca a los niños y niñas 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, además de que no incorpora un control de convencionalidad con enfoque de derechos de la infancia.

Otros argumentos relevantes que el Defensor planteó fueron que las disposiciones violentaban el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión y a que ésta sea valorada; que los preceptos generaban discriminación indirecta al reproducir estereotipos de género contra las mujeres y que eran contrarios a la obligación de juzgar y legislar con perspectiva de género.

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

**Artículo 459.** La patria potestad se pierde:  
[...]  
I a III [...]  
IV.- Cuando el que la ejerce produce actos de alienación parental, existiendo la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del menor.

<sup>48</sup>"Artículo 336 Bis B. (...)

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

"Artículo 429 Bis A. (...)

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

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

"Artículo 459. La patria potestad se pierde:

(...)

I a III (...)

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

La Corte determinó declarar la invalidez de los artículos 336 Bis B, párrafo último, 429 Bis A, párrafo primero, en la porción normativa 'Bajo pena de suspenderse o declararse la pérdida de su ejercicio', y 459, fracción IV, del Código Civil para el Estado de Oaxaca. El resto de los artículos los declaró constitucionales.

## Problemas jurídicos planteados

1. ¿La introducción en la norma del Síndrome de Alienación Parental viola el principio de protección-precaución, que obliga a no incorporar en las leyes conceptos que no se encuentren validados internacionalmente como científicos, cuando esos conceptos inciden en el ámbito de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y vulneran su interés superior, por no estar basado en el uso de evidencia científica sobre su existencia?
2. ¿La incorporación de la alienación parental como forma de violencia, que considera "transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores", implica una vulneración al principio de desarrollo progresivo al considerar que niñas y niños no pueden tener una opinión personal?
3. ¿El artículo 336 Bis B, en la porción que establece un resultado de "conciencia transformada" vulnera el derecho de las personas menores de edad a opinar en los asuntos que los afectan y a que su opinión sea tomada en cuenta porque parte de la consideración de que la conciencia del menor está transformada?
4. ¿La regulación de la alienación parental, en tanto supone que el dicho del niño es producto de una manipulación y se encuentra viciado, y conduce a anular su testimonio en el procedimiento, puede generar procesos de victimización secundaria en contra de menores que han sufrido otras formas de violencia o inclusive abuso sexual por parte del progenitor que se dice alienado?
5. ¿Es inconstitucional la porción normativa del artículo 45, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca que señala como condición para la pérdida de la patria potestad que con las conductas de alienación parental "se ponga en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los menores de edad"?
6. ¿Es desproporcional la sanción establecida para los casos de violencia familiar por alienación parental que señalan la pérdida o suspensión de la patria potestad?

## Criterio de la Suprema Corte

1. El legislador no basó la conceptualización de la conducta establecida en las normas en el "Síndrome de Alienación Parental" propuesto por Richard Gardner, sino en el estudio

general de los actos de alienación parental en su acepción estricta. Por lo tanto, son infundados los argumentos orientados a demostrar la inconstitucionalidad de las porciones normativas impugnadas con base en las objeciones o críticas que estima son oponibles a las teorías del autor mencionado.

La inclusión en la norma de los actos de alienación parental no viola el principio de precaución, pues aun cuando no existe un consenso entre los expertos al describir ese fenómeno o en su forma de detección o diagnóstico, el legislador introdujo la norma con el propósito de proteger la integridad de niñas y niños ante fenómenos de conducta que pueden producir efectos nocivos en su salud psíquica y emocional.

2. El reconocimiento de la alienación parental como forma de violencia familiar no debe negar la capacidad de niñas y niños de formarse su propio juicio de la realidad, de acuerdo con el principio de autonomía progresiva. Asumir que alguien transformó su conciencia entraña la idea totalizadora de que la conciencia del niño o niña está anulada, por lo que objetiviza y desconoce su calidad de sujeto con autonomía progresiva.

3. El artículo 336 Bis B del Código Civil del Estado de Oaxaca, en cuanto a la descripción del supuesto de violencia familiar a partir de señalar un resultado de conciencia transformada, vulnera el derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos jurisdiccionales que les atañen y a que su opinión se tenga en cuenta, pues supone que niños y niñas son objeto de transformación de su conciencia y que no son autónomos en sus opiniones.

4. La regulación de la alienación parental como violencia familiar no genera un riesgo de victimización secundaria porque no existen motivos para considerar que un progenitor no denunciaría hechos que violan los derechos de su hija o hijo por temor a ser responsable de este tipo de violencia. Cuando el rechazo a un progenitor por parte del niño se encuentra fundado en hechos de violencia, la alienación no se actualiza.

5. El artículo 45, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca, que señala como condición para la pérdida de la patria potestad que con las conductas de alienación parental "se ponga en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los menores de edad" sí es inconstitucional, puesto que justifica y tolera la violencia contra niñas y niños.

6. La medida de sanción por casos de violencia familiar por alienación parental, que señala la pérdida o suspensión de la patria potestad, sí es desproporcionada porque no permite la ponderación del juez sobre los hechos del caso para llegar a una solución que proteja los intereses de todas las partes en el procedimiento y que valore el interés superior de la infancia en el caso concreto.



## Justificación de los criterios

1. La Corte señaló que del análisis de la iniciativa del legislador se desprende que "[el] concepto utilizado en los preceptos para designar la conducta de alienación parental, tanto en el artículo 336 Bis B al regular el supuesto de violencia familiar, como en el 429 Bis A, al establecerla como una causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, fue el de Alienación Parental (AP) y no Síndrome de Alienación Parental (SAP)." (Párr. 149)

En ese sentido, resaltó que "en las normas referidas se aludió expresamente a —Alienación Parental— [en] una acepción estricta, referida a aquellos casos en los que la conducta de rechazo del hijo hacia el padre o la madre no encuentra una justificación objetiva y puede reconocer como causa determinante la intervención del otro progenitor; siendo claro que la norma en estudio alude a esta última, es decir, a la conducta de alienación parental en sentido estricto." (Párr. 151).

Por ello, "los preceptos recogen una conducta apoyada en el estudio general de los actos de alienación parental en su acepción estricta, dando cabida así, para su abordaje psicológico, a los diversos estudios existentes sobre esas conductas en el foro respectivo; entonces, devienen infundados los argumentos de la accionante tendentes a demostrar la inconstitucionalidad de las porciones normativas impugnadas con base en las objeciones o críticas que estima son oponibles a las teorías de Richard Gardner al calificarlo como un síndrome pues, como se ha precisado, el legislador no basó la conceptualización de la conducta en los postulados de dicho médico." (Párr. 155).

Además de la aclaración previa, la Corte señaló en relación con el principio de precaución que "algunos de los caracteres propios de [este] principio son: 1) la necesidad de existencia de una situación de peligro de daño derivada de una actividad cualquiera; 2) el requerimiento de cierta base científica para que el peligro de daño sea evaluable; 3) en la Declaración de Río no queda claro si se refiere a las actividades que generan peligro de daño potencial, al propio peligro de daño potencial, o bien a los posibles daños que ocurran. En cualquiera de los tres casos, la falta de certidumbre científica no debe invocarse como razón para que los Estados no tomen las acciones conducentes; y 4) el peligro de daño potencial está sujeto a que deba ser grave o irreversible, entre otros." (Párr. 162).

"Así, en la hipótesis de que fuere viable la aplicación de dicho principio en [el caso concreto] se tendría que concluir que el hecho de que el legislador de Oaxaca haya introducido en el Código Civil local la regulación de una conducta sobre la base de la denominada 'alienación parental' como un supuesto específico de violencia familiar (336 Bis B) y como una causa de suspensión o pérdida de la patria potestad (429 Bis A), aun cuando no exista un consenso entre los expertos al describir ese fenómeno o en su forma de detección o

diagnóstico, no conduce a estimar que el legislador debió abstenerse de incorporar dicha conducta en la ley, invocando el principio de precaución." (Párr. 164).

Lo anterior, debido a que "es cierto que no existe un consenso en la doctrina especializada sobre la conceptualización de la llamada AP y su diagnóstico; sin embargo, de las opiniones de los expertos sí se desprende la existencia de la conducta, pues aun con las variantes y matices de sus estudios, es posible advertir que en ciertos casos de conflictos familiares de separación de los padres, algunos menores de edad rechazan la relación con uno de ellos, y si bien se sostiene que las causas de ese comportamiento pueden ser multifactoriales e incluso estar justificadas por la conducta negativa o inadecuada del progenitor rechazado, también se admite que el comportamiento del niño, aun dentro del conflicto familiar de separación, puede no encontrar una justificación suficientemente objetiva que lo sustente, y es precisamente en este último caso, donde se impone averiguar el origen de la animadversión hacia el progenitor de que se trate, al ser factible que sea producto de influencias o injerencias en la psique del niño, que violenten su integridad, provenientes de su otro progenitor o de otro miembro de la familia, ya que en ese caso, suficientes referencias doctrinarias admiten que tal situación provoca daños psicoemocionales en el menor y menoscaba su desarrollo integral." (Párr. 165).

"En ese sentido, si se atiende a la línea rectora del principio de precaución [que] privilegia la acción de la ley ante potenciales riesgos de daño precisamente ante la incertidumbre científica, ha de admitirse entonces que la creación de las normas aquí cuestionadas, por parte del legislador de Oaxaca, en modo alguno puede juzgarse contraria a la finalidad de ese principio, pues tomando en cuenta la evidencia doctrinaria en torno a la existencia de un fenómeno de conducta que puede producir efectos nocivos en la salud psíquica y emocional de los menores de edad, el legislador actuó en aras de prevenir ese riesgo de afectación." (Párr. 166).

La "motivación del legislador ilustra el hecho de que los actos de alienación parental sí han sido estudiados con regular amplitud en el foro de las ciencias de la conducta; siendo viable considerar que los actos de alienación parental existen y su presencia puede ser detectada por los expertos, por lo que su inclusión en las normas sí tiene una base científica suficiente que la apoye, al margen del desarrollo que siga teniendo el estudio del fenómeno." (Párr. 169).

"De esta forma, y con las razones expresadas en su Dictamen, es dable concluir que el legislador de Oaxaca actuó apegándose a la finalidad esencial del principio de precaución; esto, porque aunque no hubiere uniformidad o consenso científico sobre la conceptualización de la conducta llamada alienación parental, sí hay la suficiente certeza sobre su existencia en controversias familiares de separación y disputa sobre la patria potestad, guarda y custodia y convivencia con los hijos, de modo que se ocupó de regularla en la

forma que estimó conducente para prevenir el riesgo de afectación en la integridad de los menores de edad." (Párr. 170).

La Corte consideró que de acuerdo con su doctrina consolidada, "la observancia del interés superior del menor conlleva la exigencia de proteger con mayor intensidad los derechos de los menores en aras de lograr su pleno ejercicio, de manera que tal interés superior de la infancia se activa no sólo ante situaciones que puedan generar un daño real y cierto en su esfera jurídica, sino incluso ante la sola posibilidad de que los bienes y derechos de los menores se puedan ver en una situación de riesgo." (Párr. 172).

"En otras palabras, el Poder Legislativo de Oaxaca, conforme a su libertad de configuración de la ley, determinó cuál sería la conducta que, para efectos del propio Código, se consideraría "alienación parental" y que actualizaría el supuesto de violencia familiar y la diversa causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, de modo que, al margen de la regularidad constitucional de la descripción de la conducta hecha en los preceptos cuestionados, la falta de consenso científico a que se alude en modo alguno podría resultar un obstáculo para su regulación legal, ni es susceptible, por sí misma, de acarrear la inconstitucionalidad de las normas." (Párr. 175).

2. La Corte estableció que "la regulación prevista en la porción impugnada del artículo 336 Bis B, en el sentido de que las conductas de AP dan como resultado la transformación de la conciencia del menor de edad, vulnera la concepción de éste como un sujeto de derecho con autonomía progresiva, contrariando así los artículos 1o. y 4o. constitucionales, así como 1o., 2o., 3o. y 4o. de la Convención sobre los Derechos del Niño." (Párr. 208).

En este sentido, apuntó que el artículo 336 Bis B "configura un supuesto legal específico de violencia familiar, a partir de considerar que las conductas de AP que despliega el sujeto activo (cualquier integrante de la familia), transforman la conciencia del menor; de modo que se exige un resultado de 'conciencia transformada' en la víctima; esto, con la finalidad de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores." (Párr. 211).

Ante esto, es necesario considerar que "un niño evoluciona como sujeto con autonomía al adquirir conciencia sobre su realidad y, a partir de esta consideración, progresivamente, ejerce sus derechos en forma personal y directa; es decir, en la medida en que el niño madura física y emocionalmente, adquiere conocimientos y experiencias en su entorno, va conformando su propia percepción de la realidad y su capacidad para juzgar moralmente sus propios actos y los de los demás, configurándose progresivamente como sujeto autónomo." (Párrs. 212-213).

"Así, resulta inviable agrupar a los menores de dieciocho años en una misma categoría, pues esto implicaría desconocer su calidad de sujetos de derecho con autonomía progresiva. Con independencia de las prerrogativas con las que material y formalmente las normas legales protegen a los menores de edad, para los efectos del ejercicio de su derecho de autonomía progresiva, la edad de un individuo, por sí, no actualiza en automático una determinada condición de madurez, sino que, en cada caso, ello dependerá de su grado de desarrollo." (Párr. 214).

Por ello, admitir que una intervención o injerencia externa "puede estar influyendo en la mente del niño respecto a su percepción de la realidad (en su conciencia) y particularmente en la concepción que tiene del progenitor rechazado, no debe negar, *per se*, la capacidad del menor de formarse su propio juicio de la realidad, con sus propias concepciones del mundo que le rodea y con un esquema de valores propio, conforme a su grado natural de desarrollo [...]. Ese reconocimiento de la autonomía progresiva del menor de edad en el contexto de conductas de 'alienación parental', reconociendo su propia percepción y capacidad de juicio sobre la realidad que lo rodea, no se alcanza si la norma lo concibe como un ser transformado en su conciencia sólo a partir de intervenciones o injerencias externas provenientes de un miembro de su familia (entre ellos, de su padre o madre); ello, porque asumir que alguien transformó su conciencia, entraña la idea totalizadora de que la conciencia del menor está anulada, que su propia percepción de la realidad y su propia capacidad de juicio según su etapa de desarrollo, no tienen peso alguno en su comportamiento, y tal concepción del menor, lo objetiviza y desconoce su calidad de sujeto con autonomía progresiva." (Párrs. 220 y 221).

En adición a lo anterior, "[la] inclusión del elemento normativo analizado, induce a los operadores de la ley a considerar que la conducta reprochable sólo constituye violencia familiar cuando se actualiza ese, de por sí, complejo y cuestionable resultado de 'conciencia transformada' en el menor, y deja de lado que lo relevante en la configuración de la hipótesis de violencia familiar, tendrían que ser los actos de injerencia que recibe y que afectan su integridad psicoemocional y su relación con uno de sus progenitores." (Párr. 226).

"En conclusión, si la norma supone que la conciencia del menor ha sido transformada, ello implícitamente desconoce a los menores de edad como sujetos con autonomía progresiva y no permite que se realice un análisis diferenciado del fenómeno en cada caso, acorde con la condición particular del menor, para ponderar conforme a su circunstancia, si existe o no una manipulación o inducción en su percepción y concepción de la realidad, como causa determinante de su comportamiento; y al concebirlo de ese modo, lo hace víctima de una doble violación a sus derechos: el derecho a su integridad psíquica y su derecho a ser considerado como sujeto con autonomía progresiva." (Párr. 227).

Derivado de estos razonamientos, la Corte consideró que la porción normativa resulta inconstitucional, porque no es acorde con el marco de derechos humanos de la infancia ni atiende al principio del desarrollo progresivo de las niñas y los niños.

3. La Corte determinó que "uno de los derechos de libertad de los menores de edad y que concretizan su acceso a la justicia, es el derecho a expresar su opinión y a que ésta se tome en cuenta en los asuntos que les afectan; en el entendido que su opinión deberá ser considerada atendiendo a su edad y madurez, y ponderada conforme a su interés superior en las circunstancias del caso concreto. Este derecho está estrechamente vinculado al diverso de reconocimiento de la autonomía progresiva, pues es conforme a ésta, que se puede alcanzar plenamente su efectividad. [...] En ese entendido, [...] el artículo 336 Bis B impugnado, en cuanto alude a un resultado de "conciencia transformada", también vulnera el derecho de los menores de edad a manifestar su opinión en los asuntos que les conciernen y a que ésta sea tomada en cuenta." (Párrs. 241 y 242).

"[E]l supuesto de violencia familiar que se examina supone como resultado de la conducta del activo, que el menor ha sido transformado en su conciencia; y esto, trae consigo la carga argumentativa de que lo que el niño diga no es en mérito a su propio juicio, sino que es reflejo de una injerencia externa en su psique y, por tanto, que el juez deba descartar sus opiniones o manifestaciones de hecho, por no ser propias, de modo que la condición apuntada necesariamente repercutirá en la valoración de su dicho." (Párr. 246).

"De modo que, si bien pudiere llevarse a cabo el acto procesal donde el menor de edad podrá formal y materialmente externar sus opiniones [de acuerdo con la ley adjetiva del Estado] sobre los hechos que le conciernen; lo cierto es que, al indagarse respecto de la existencia de actos de AP, conforme a la definición del supuesto normativo, que presupone que los menores son objeto de transformación de su conciencia y que no son autónomos en sus opiniones, ello indefectiblemente repercute en la valoración de su dicho, lo cual, incide, por tanto, en que de fondo no se tome en cuenta su opinión pues se considerará que está 'alienada'". (Párr. 250).

"En ese tenor, se reitera que, si existiere una intervención en su psique producto de actos de manipulación o inducción externos, los efectos de esa injerencia tendrían que entenderse en el contexto del ejercicio del menor de edad de su autonomía progresiva, y en consecuencia, el ejercicio de su derecho a ser escuchado en el proceso y a que su opinión se tome en cuenta, también tendría que ser preservado conforme a dicha autonomía, en aras de una correcta detección y determinación del supuesto de violencia familiar, sin desecharse o descartarse sus manifestaciones de entrada, a partir de la idea de que el menor tiene su conciencia transformada, lo que no garantiza la norma al prever en su texto como resultado de la conducta, precisamente esa condición." (Párr. 251).

En conclusión, "el **artículo 336 Bis B** del Código Civil del Estado de Oaxaca, en cuanto a la *descripción* del supuesto de violencia familiar a partir de señalar un resultado de *conciencia transformada*, vulnera el derecho de los menores a ser escuchados en los procedimientos jurisdiccionales que les atañen y a que su opinión sea tomada en cuenta, por lo que también por ello se debe declarar inconstitucional e inconvencional." (Párr. 253) (énfasis en el original).

4. El Pleno no encontró "elementos objetivos para colegir válidamente que el contenido normativo del precepto en estudio, pueda dar pauta para que, *de existir actos de violencia familiar en cualquiera de sus formas, incluido el abuso sexual*, ejecutados contra el menor de edad por parte del progenitor que se afirme alienado, tales actos queden encubiertos por un ficticio escenario de 'alienación parental'". (Párr. 293) (énfasis en el original).

Lo anterior en el entendido de que, "[s]i las manifestaciones que vierta el menor de edad (o cualquiera de las partes en el proceso jurisdiccional) entrañaran la denuncia de actos de violencia de cualquier otra índole o de abuso sexual, proveniente del padre o madre que se diga alienado, o bien, si del abordaje psicológico del menor pudiere derivarse presuntivamente como causa de su comportamiento tal violencia o abuso, *la norma en modo alguno excluye los deberes de las autoridades para investigar los hechos conducentes*". (Párr. 294) (énfasis en el original).

"El supuesto específico de violencia familiar por alienación parental, como se ha visto, por regla general, atento a su naturaleza y particularidades, es objeto de intervención judicial oficial, no en forma aislada, sino en el contexto de controversias del orden familiar relativas a la separación de los padres y a las disputas relativas a la patria potestad, a la guarda y custodia de los hijos y a los regímenes de convivencia." (Párr. 297). "De modo que si la razón del rechazo o animadversión que muestra el menor de edad hacia uno de sus progenitores, pudiere tener su origen causal en la conducta del propio progenitor rechazado, *y particularmente en actos de violencia familiar (de cualquier tipo) perpetrados por ese progenitor contra el menor [...]* no se está en presencia de alienación parental, en su sentido estricto, es decir, no se actualizaría el supuesto de violencia familiar que se examina." (Párr. 298) (énfasis en el original).

"En esa lógica, si necesariamente esa hipótesis específica de violencia familiar por alienación parental se manifiesta en el contexto de disputas judiciales del orden familiar, por la guarda y custodia de los hijos y los derechos de convivencia, no es dable admitir que un padre o una madre que quiere conservar el cuidado de sus hijos, no denuncie ante el juez que conoce del proceso familiar respectivo, la existencia de actos de violencia familiar contra el niño, provenientes del progenitor que se dice alienado, por miedo a que se le impute la realización de actos de alienación parental con el riesgo de perder o no obtener dicha guarda y custodia; siendo que la existencia de esos actos de violencia contra el

niño (física, emocional o sexual) sería determinante para demostrar que el repudio del niño hacia el padre o madre respectivo, tiene una justificación objetiva en esa violencia y no en una condición de 'alienación parental', tal como está regulada en la norma; de ahí que no se estime adecuado el planteamiento analizado, para atribuir algún vicio de inconstitucionalidad al precepto." (Párr. 299).

5. La Corte estableció que "cuando el artículo 459, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca, condiciona la pérdida de la patria potestad a que con los actos de alienación parental **se ponga en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los menores de edad**, tal previsión normativa implícitamente está justificando y tolerando la violencia contra ellos. Es decir, el artículo impugnado exige que alguno de esos bienes jurídicos pueda verse afectado con el acto de violencia perpetrado contra el menor para que se pueda producir la consecuencia jurídica, de modo que en realidad no es una disposición prohibitiva de la violencia en forma absoluta, lo que no puede ser admisible en la norma, conforme al deber del Estado de proteger de manera reforzada el derecho de los niños a una vida libre de violencia y acorde con el propósito internacional de que las normas legales sean un vehículo eficaz que contribuya a erradicar la violencia contra los menores en la familia." (Párr. 314) (énfasis en el original).

Del mismo modo, debe tomarse en consideración que "el hecho de que una norma prevea como medida o consecuencia jurídica la suspensión o pérdida de la patria potestad [...] no debe conducir al juzgador, en todos los casos y de manera automática a que, acreditada la conducta, necesariamente deba decretarse la medida. Esto, porque conforme al interés superior del menor, los jueces están constreñidos a ponderar las circunstancias del caso y los diversos derechos de los menores que se vean involucrados, para decidir conforme a ese principio si la medida legislativa, en el caso concreto, es necesaria por ser la más idónea y eficaz para proteger al niño, pues finalmente, como se precisó en el segundo apartado de estudio de esta resolución, la patria potestad, antes que un derecho de los padres, es una función que se les encomienda en beneficio de los hijos; por tanto, su suspensión o su pérdida, debe obedecer al interés superior de éstos." (Párr. 315).

Así pues, lo establecido de que la porción normativa del artículo 459, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca, en la que se señala como condición para la pérdida de la patria potestad que con las conductas de alienación parental "se ponga en riesgo la salud, el estado emocional o la vida de los menores de edad", es inconstitucional." (Párr. 316).

6. El Pleno señaló que "[la] suspensión o la pérdida de la patria potestad, implican [...] que el progenitor que ha sido suspendido o ha perdido el ejercicio de la patria potestad, no puede tener a su cargo la guarda y custodia del hijo, y sólo por determinación judicial, si se estima conveniente para el menor, podrá establecerse un régimen de visitas y convivencias, como ejercicio del derecho del niño, niña o adolescente a mantener sus relaciones

afectivas con dicho progenitor." (Párr. 326). En este sentido, "la medida de suspensión o pérdida de la patria potestad es una medida de separación entre el progenitor alienador y el hijo víctima de la violencia, que impacta en la vida de ambos; es decir, no sólo es una medida sancionadora de la conducta del padre o madre que ejerce la violencia contra el menor de edad, sino que trasciende a este último, *pues es el destinatario esencial de la misma, y en ese sentido, se reitera, ha de constituirse primordialmente como una medida de protección de sus derechos.*" (Párr. 328) (énfasis en el original).

Atendiendo a lo anterior, "dicha medida adoptada por el legislador [...] vulnera [el] derecho [de niñas y niños] *a vivir en familia y a mantener relaciones afectivas con ambos progenitores.* Esto, no porque la medida sea inconstitucional en sí misma, sino porque efectivamente resulta desproporcionada porque los preceptos aludidos **no dan cabida a que el juzgador haga esa ponderación del interés superior del menor conforme a las circunstancias del caso concreto, y decida si efectivamente aplicarla, resultará en beneficio del niño, niña o adolescente involucrado.**" (Párr. 329) (énfasis en el original).

"Las normas controvertidas *no* permiten al juez hacer la ponderación de la idoneidad, necesidad y eficacia de la medida allí prevista en el caso concreto, atendiendo a sus circunstancias y a los diversos derechos del niño que se vean involucrados, con la potestad de decidir su no aplicación de estimarlo conveniente y optar por alguna otra providencia que se estime más adecuada para ese fin, y ello es suficiente para considerar que la norma impide al Juez salvaguardar el interés superior de los menores." (Párr. 330) (énfasis en el original).

"En ese sentido, aunque [...] la norma [...] busca proteger la integridad psíquica y emocional del niño, [la medida constriñe] *al juez a su aplicación inmediata, sin permitir, por su falta de previsión, la ponderación judicial en torno a su idoneidad, necesidad y eficacia en el caso concreto, para salvaguardar el interés superior del menor.*" (Párr. 332). "Con la suspensión o pérdida de la patria potestad como resultado de actos de alienación parental, colisionan tanto el derecho del niño a ser protegido de actos de violencia familiar que están afectando su integridad psicoemocional, como el derecho del niño a vivir en familia y a mantener sus relaciones con ambos progenitores; confrontación de derechos que no puede ser resuelta sólo con apreciar en abstracto la naturaleza de uno y otros bienes jurídicos inmersos, sino que se requiere la ponderación de todos los elementos y circunstancias que incidan en el caso para, conforme al interés superior de los menores de edad, determinar si es viable adoptar otras medidas distintas, que resulten idóneas para proteger con equilibrio tales derechos." (Párr. 333).

Por lo anterior, "[l]as normas cuestionadas son susceptibles de vulnerar el derecho de los menores a vivir en familia y a mantener sus relaciones con ambos progenitores, en tanto tácitamente se excluye la posibilidad de que estos derechos deban hacerse prevalecer en un caso concreto, por ser lo más conveniente al interés del niño." (Párr. 334).



*Razones similares en la AI 11/2016*

## Hechos del caso

El asunto resuelve la acción de inconstitucionalidad planteada por el Presidente de la CNDH, interpuesta en contra del primer párrafo del artículo 178 del Código Penal para el Estado de Michoacán. El artículo establecía que la "alienación parental" era una de las conductas consideradas como violencia familiar y debía ser sancionada con pena de prisión de uno a cinco años, además de la suspensión de derechos sucesorios y la prohibición de acudir a un lugar determinado o residir en él.

El Presidente de la Comisión señaló que equiparar la alienación parental con el delito de violencia familiar y sancionarla con pena de prisión, aunque era una medida orientada a busca el bienestar de niñas y niños, no resultaba idónea. Argumentó que la porción normativa vulneraba el principio del interés superior de la niñez porque la pena privativa de libertad no era la medida adecuada para tratar el problema y privaba de contacto al niño o la niña con su padre y aumentaría la perspectiva negativa que tienen hacia el padre no conviviente. Finalmente, señaló que equiparar la alienación parental al delito de violencia familiar pone al niño o la niña en un proceso de revictimización al exhibirlo en un proceso penal de manera innecesaria.

La Corte determinó que la medida privativa de libertad en caso de alienación parental no resultaba una medida idónea para la protección del interés superior de la infancia, porque no le permitía al juzgador hacer una ponderación del interés superior del menor conforme a las circunstancias del caso concreto, y de esta manera, decidir si su aplicación resultará en beneficio del menor involucrado. En este entendido, declaró la invalidez de la porción normativa que establece: "Se considerará como violencia familiar la alienación parental demostrada, respecto de sus hijos o adoptados".

## Problema jurídico planteado

¿El artículo 178 del Código Penal para el Estado de Michoacán, que considera a la alienación parental como violencia familiar y lo sanciona con pena privativa de libertad, es inconstitucional por vulnerar el interés superior de la infancia, al no ser una medida idónea para la protección de sus derechos?

<sup>49</sup> Unanimidad de votos. Ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán.

## Criterio de la Suprema Corte

Aunque el artículo 178 del Código Penal para el Estado de Michoacán impone la pena privativa de libertad ante casos de alienación parental como una medida que busca salvaguardar la integridad de niñas, niños y adolescentes, esta medida resulta desproporcional porque no permite al juzgador ponderar en cada caso el interés superior de la infancia y decidir si la aplicación de la medida se traduce en un beneficio para el niño o la niña afectada por la conducta.

### Justificación del criterio

La Corte retomó el criterio adoptado en la acción de inconstitucionalidad 11/2016, que resolvió sobre un artículo en la legislación civil de Oaxaca que establecía la pérdida de la patria potestad por el mismo supuesto de alienación parental y recordó que "el Pleno de este Alto Tribunal determinó básicamente que la previsión de suspensión o pérdida de la patria potestad como consecuencia del despliegue de la conducta de alienación parental es desproporcionada en detrimento de los derechos del menor a vivir en familia y mantener relaciones afectivas con ambos progenitores; no porque la medida sea inconstitucional en sí misma, sino porque no le permiten al juzgador hacer una ponderación del interés superior del menor conforme a las circunstancias del caso concreto y de esta manera, decidir si su aplicación resultará en beneficio del menor involucrado." (Pág. 24, párr. 2).

Los razonamientos vertidos sobre el tema señalaron que "el legislador al introducir la alienación parental como una forma de violencia familiar y como causa de suspensión o pérdida de la patria potestad, lo hizo atendiendo al interés superior del menor y a la obligación del Estado de adoptar un estándar de protección reforzado de los derechos de los menores de edad; de ahí que, estimó que su previsión legislativa se encontraba formalmente justificada". (Pág. 24, párr. 3). Sin embargo "si bien las disposiciones impugnadas buscan proteger el [el derecho a no ser sujetos de violencia en el seno familiar], con la medida adoptada como consecuencia se ven restringidos los demás derechos." (Pág. 25, párr. 1).

El Pleno consideró que "las medidas como la pérdida de la patria potestad (y por igualdad de razón, su suspensión), la reasignación de la guarda y custodia, así como la privación de un régimen de convivencias, en sí mismas, no son inconstitucionales, aun cuando entrañen una separación de los menores de uno o ambos padres, pero sí deben entenderse como excepcionales y deberán estar justificadas precisamente en el interés superior de los menores, ya que en ellas convergen las necesidades de protección de diversos derechos de éstos, que se impone jerarquizar y ponderar en su propio beneficio". (Pág. 25, párr. 2)

En este sentido, "las referidas medidas, más que ser vistas como sanciones civiles a los padres, deben entenderse como medidas en beneficio de los hijos." (Pág. 25, párr. 4). "A partir de lo anterior, el Pleno de este Alto Tribunal determinó que la medida adoptada por el legislador en las disposiciones impugnadas, como consecuencia de la actualización de conductas de alienación parental, vulnera su derecho a vivir en familia y a mantener relaciones afectivas con ambos progenitores. Ello —según precisó—, no porque la medida sea inconstitucional en sí misma, sino porque resulta desproporcionada debido a que los preceptos no dan cabida a que el juzgador haga esa ponderación del interés superior del menor conforme a las circunstancias del caso en concreto y decida si efectivamente aplicarla resultará en beneficio del niño, niña o adolescente involucrado. Que las normas no permiten al juez hacer la ponderación de la idoneidad, necesidad y eficacia de la medida ahí prevista en el caso concreto, atendiendo a sus circunstancias y a los diversos derechos del niño que se vean involucrados, con la potestad de decidir su no aplicación de estimarlo conveniente y optar por alguna otra providencia que se estime más adecuada para ese fin y ello es suficiente para considerar que la norma impide al juez salvaguardar el interés superior de los menores." (Pág. 26, párr. 1).

"[C]on la suspensión o pérdida de la patria potestad como resultado de actos de alienación parental, colisionan tanto el derecho del niño a ser protegido de actos de violencia familiar que están afectando su integridad psicoemocional, como el derecho del niño a vivir en familia y mantener sus relaciones con ambos progenitores; confrontación de derechos que no puede ser resuelta sólo con apreciar en abstracto la naturaleza de unos y otros bienes jurídicos inmersos, sino que se requiere la ponderación de todos los elementos y circunstancias que incidan en el caso para, conforme al interés superior de los menores de edad, determinar si es viable adoptar otras medidas distintas, que resulten idóneas para proteger con equilibrio tales derechos" (Pág. 26, párr. 1). En el caso, el Pleno determinó reiterar y aplicar por mayoría de razón los razonamientos que antes fueron vertidos en la acción de inconstitucionalidad 11/2016 a fin de resolver el asunto.

"[Con] el diseño legislativo de la disposición impugnada, la porción normativa también se vuelve indiferente ante los derechos del menor de vivir en familia y mantener relaciones de convivencia con ambos progenitores y, por ende, es desproporcional, debido a que no se le permite al juzgador hacer una ponderación de la idoneidad, necesidad y eficacia de la medida ahí prevista en beneficio de los menores; antes bien, como se dijo, una vez demostrada la conducta de reproche, la consecuencia inmediata es la privación de la libertad del sujeto activo del delito y la suspensión de sus derechos respecto de la víctima por el plazo de la pena de prisión." (Pág. 26, párr. 3).

Así las cosas, "al no permitírsele al juzgador hacer una ponderación del interés superior del menor conforme a las circunstancias del caso concreto y de esta manera, decidir si su

aplicación resultará en beneficio del menor involucrado o bien, optar por alguna otra medida que se estime más adecuada para salvaguardar los derechos del niño; la norma impugnada, tal como está diseñada, evidencia la omisión del legislador local de adoptar un estándar de protección reforzado de los derechos de los menores de edad, que les permita satisfacer sus necesidades básicas para su desarrollo integral. [De lo anterior se desprende que] el creador de la norma no consideró que en las conductas de alienación parental inciden diversos derechos de los menores de edad, no solamente el de no ser sujetos de violencia en el seno familiar, sino también, a vivir en familia y en el contexto de separación de los padres, a mantener relaciones de convivencia con ambos progenitores; además de que las medidas que entrañan una separación de los menores con uno o ambos de ellos deben ser excepcionales y estar justificadas precisamente en su interés superior. Lo anterior, pues según se puede observar, con la disposición impugnada ni siquiera es factible considerar los derechos del menor de vivir en familia y mantener relaciones de convivencia con ambos padres." (Pág. 28, párr. 2).

De este modo, "lo procedente es declarar la invalidez de la porción normativa impugnada que establece: 'Se considerará como violencia familiar la alienación parental demostrada, respecto de sus hijos o adoptados.'" (Pág. 29, párr. 1).

### *3.3 Restitución internacional y violencia familiar*

#### **SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 903/2014, 2 de julio de 2014<sup>50</sup>**

##### **Hechos del caso**

En España una pareja con residencia tuvo dos hijos. La madre trasladó a los niños a México con el argumento de que vivían una situación de violencia familiar provocada por su esposo. El padre solicitó la restitución internacional de sus hijos, y seguido el procedimiento, el juez familiar negó la restitución inmediata al considerar que podría causar un daño en la salud psicológica de los niños.

En contra de esa sentencia que puso fin al juicio, el padre promovió juicio de amparo directo en el que argumentó que no existían elementos o pruebas que dieran certeza sobre la violencia que supuestamente existía hacia sus hijos y esposa. El Tribunal Colegiado concedió el amparo, pues valoró que efectivamente las pruebas ofrecidas por la madre en relación con la violencia vivida no eran suficientes para que se actualizara una excepción a la restitución.

<sup>50</sup> Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

La madre presentó un recurso de revisión al considerar, entre otras cosas, que ella contaba con la custodia legal de los niños y, por tanto, tenía el derecho de elegir el lugar de residencia de sus hijos. La Corte admitió el asunto por considerar que permitía analizar las disposiciones de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores desde el principio del interés superior del menor. La sentencia determinó revocar la resolución reclamada, para que se dictara una nueva decisión atendiendo a la situación específica de riesgo que existía en el caso.

## Problema jurídico planteado

¿Qué elementos deben considerarse cuando una parte argumenta que en el caso de restitución internacional se acredita una excepción porque en el caso existió violencia familiar?

## Criterio de la Suprema Corte

Cuando se argumenta una excepción a la restitución internacional porque existe violencia familiar, las autoridades judiciales o administrativas deben tener en cuenta la información que proporcione la Autoridad Central sobre la situación social del niño, y permitir que los niños opinen sobre su situación. El juez debe allegarse de elementos que permitan determinar si existe un contexto de violencia de género.

Además, el juez debe atender a los antecedentes manifestados en cada caso. De ser necesario, también debe ordenar periciales psicológicas a los adultos que se consideren víctimas de esa violencia de género en el núcleo familiar para corroborar si, efectivamente, padecen algún síndrome de maltrato por esas causas, y si esa violencia provoca un impacto en el bienestar de niñas, niños y adolescentes.

## Justificación del criterio

La Corte señaló que "la Convención de La Haya exime al Estado requerido de realizar la restitución del menor, en los siguientes supuestos: i. que se demostrare que la persona que solicite la restitución hubiera consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; ii. se advierta la **existencia de un grave riesgo** en la restitución del menor, o bien que ésta **lo exponga a un peligro físico o psíquico**, que ponga al menor en una situación intolerante, iii. o bien cuando se compruebe que el propio menor se opone a su restitución." (Párr. 59) (énfasis en el original).

En este sentido, "a fin de asegurar que las excepciones establecidas en dicho numeral sean tomadas en cuenta por la autoridad, se dispone que las autoridades judiciales o administrativas deben tomar en cuenta la información que proporcione la Autoridad Central sobre

la situación social del menor, e incluso la Convención faculta igualmente a los menores a opinar respecto al peligro o riesgo en su restitución." (Párr. 60).

Para resolver sobre esas excepciones, "la Convención deja a discreción de las autoridades encargadas de aplicar el instrumento internacional referido y determinar así conforme al interés superior del menor los casos en los que se genere una excepción que impida la restitución inmediata de los menores, así como que incluso para ello es pertinente considerar la opinión del menor sin importar la edad mínima para expresarla [...] [En el caso], el Colegiado fue omiso en valorar detenidamente la totalidad de las circunstancias del caso, a fin de verificar si en efecto se estaba frente a la actualización de un grave riesgo que comprometiera la salud física o psicológica o bien el estado emocional de los menores con su restitución inmediata, o bien si ésta los expondría a un peligro físico o psíquico." (Párr. 62).

"Pues a pesar de que el Colegiado señaló que si bien se desahogó una pericial en psicología y consideró que ésta no puede tenerse como válida, por haber sido ofrecida por la tercero perjudicada hoy recurrente en el procedimiento de exhorto internacional, sin posibilidad de ser objetada por el quejoso, el Colegiado a su vez fue omiso en valorar el contenido de dicha pericial y verificar si efectivamente de ésta pudiera corroborarse el grado de riesgo que sufrirían los menores con la restitución inmediata, asimismo tampoco consideró como argumenta la quejosa si efectivamente se demostraba una situación de violencia familiar que hiciera presumir un riesgo para los menores con su restitución." (Párr. 63).

"Dicha omisión se traduce en una vulneración directa, además del contenido de la propia Convención de La Haya, al principio del interés superior del menor, pues se debió ponderar la situación particular de los menores, los antecedentes y causas del abandono del hogar conyugal, junto con la pericial desahogada a fin de concluir con razones suficientes por qué en el caso no quedaba comprobado el riesgo grave en detrimento de los dos niños de quienes se solicita su restitución." (Párr. 64).

En ese sentido, la Corte determinó que "al haber sido omiso el Tribunal Colegiado de evaluar y ponderar el interés superior del menor con las argumentaciones del quejoso, se vulneró el derecho de los menores implicados a que se considerara su interés superior como cuestión primordial en la solución de la controversia sobre la restitución internacional solicitada. [Así,] no basta la mera presentación de la solicitud de restitución internacional de menores para que ésta sea procedente, sino que, la autoridad auxiliar de la Autoridad Central, debe cerciorarse conforme al interés superior del menor y las propias disposiciones de la Convención de La Haya, si la restitución del menor a su lugar habitual de residencia resulta conveniente a sus intereses, por lo que de advertir la configuración de un riesgo o peligro sin duda debe rehusarse a restituir al menor, para lo cual debe razonarse y moti-

vase debidamente las conclusiones de la negativa, al igual que de concederse deben expresarse criterios racionales que justifiquen el porqué de la restitución." (Párr. 82).

En relación con la violencia familiar, la Corte señaló que "los juzgadores deben tomar en cuenta que [...] por lo regular se encuentra asociada a la violencia de género, lo que implica que la violencia de género no necesariamente debe ser ejercida en contra de un infante para afectarle profundamente. Esto es así, por que las acciones de los adultos que conviven en un mismo núcleo familiar tienen una influencia primordial en el crecimiento del niño o niña, de ahí que, cuando se ejerce violencia de género en el hogar los hijos sufren afectaciones en sus propias visiones sobre el género, así como demuestran normalización de la violencia o bien una indefensión aprendida, afectaciones que además de perjudicar al niño en su desarrollo, constituyen un elemento central en la perpetuación de la violencia de género como fenómeno social (cita omitida)." (Párr. 89).

"De ahí que los juzgadores, reconociendo la importancia y gravedad de las afectaciones que la violencia de género puede tener sobre los infantes, debe allegarse de elementos que le permitan diagnosticar el contexto de violencia de género, de acuerdo a los antecedentes manifestados en cada caso, e incluso ordenar periciales psicológicas a las mujeres o hombres adultos que se consideren víctimas de esa violencia de género en el núcleo familiar con el objeto de corroborar si efectivamente padecen de algún síndrome de maltrato por esas causas, y si esa violencia de género aducida provoca un impacto, esto es, afectación en el bienestar de los menores, lo cual indiscutiblemente influirá en la decisión a tomar en cada caso." (Párr. 90).

"Lo anterior es así por la exigencia que existe a que todos los juzgadores introduzcan la perspectiva de género en el análisis jurídico, método que pretende combatir argumentos estereotipados e indiferentes para el pleno y efectivo ejercicio del derecho a la igualdad (cita omitida), lo cual de no hacerse puede condicionar el acceso a la justicia por cuestiones de género e invisibilizar una situación particular." (Pág. 91).

"De suerte que la directriz de impartir justicia con perspectiva de género, no se contrapone con el principio del interés superior del menor, sino, por el contrario, ambos principios persiguen un mismo propósito: el respeto a los derechos humanos de las personas involucradas en la controversia, de ahí que al advertir una situación de violencia de género el juzgador está obligado a tomarla en cuenta en toda resolución que emita. (cita omitida)." (Párr. 92).

En consonancia con lo anterior, "el Colegiado debió considerar las diversas denuncias por violencia familiar interpuestas por la recurrente y verificar si dicha situación representaba a su vez un riesgo para los menores en el caso de su restitución, o bien debió motivar por-

que la situación alegada de violencia no significaba un escenario que representara un peligro físico o psíquico a los niños sujetos de la solicitud de restitución." (Párr. 93).

## SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1564/2015, 2 de diciembre de 2015<sup>51</sup>

Este asunto se aborda en el Cuaderno de jurisprudencia "Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes", núm. 1, de esta misma serie Derecho y familia.

### Hechos del caso

Una familia estadounidense integrada por madre, padre y dos hijos, llegó a vacacionar a México. Durante las vacaciones, la madre denunció ante autoridades mexicanas la existencia de violencia familiar por parte del padre y decidió permanecer con sus hijos en territorio nacional. Ante esto, el señor solicitó la restitución de sus hijos al lugar de su residencia habitual, los Estados Unidos.

El juez de primera instancia le negó la solicitud al hombre al considerar que no acreditó que ejercía el derecho de custodia sobre sus hijos antes de la "supuesta retención", y que existía una denuncia por violencia familiar presentada por su esposa, lo que implicaba un riesgo para sus hijos.

En contra de la sentencia, el señor promovió juicio de amparo directo, en el que alegó que la decisión del juez se basaba en suposiciones, que no podía resolver sobre la base de una denuncia que no ha sido investigada y que él también ejercía la guarda y custodia. El Tribunal negó el amparo bajo el argumento de que restituir a los niños implicaba exponerlos a un peligro físico o psíquico, debido a que su padre estaba sujeto a un proceso penal por el delito de violencia intrafamiliar.

Ante lo anterior, el hombre interpuso recurso de revisión. El señor consideró que se afectaban sus derechos y los de sus hijos al negarse la restitución bajo el argumento de que existía un procedimiento penal en su contra en los Estados Unidos, respecto del cual aún no existía sentencia condenatoria.

La Corte determinó estudiar el asunto porque el caso consistía en resolver una solicitud de restitución internacional de dos niños, por lo que era necesaria una interpretación del principio de interés superior de la infancia. Además, la Corte apuntó como un tema relevante y trascendente determinar si la mera existencia de una denuncia por violencia familiar puede configurar un motivo de riesgo suficiente para impedir la restitución internacional. En la resolución, la Primera Sala determinó revocar la sentencia y ordenar que una nueva fuera dictada, atendiendo a los criterios establecidos.

<sup>51</sup> Unanimidad de votos. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.



## Problema jurídico planteado

¿La existencia de una denuncia por violencia familiar es suficiente para actualizar alguna de las hipótesis establecidas en el artículo 13 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, necesarias para negar la restitución internacional de un niño?

## Criterio de la Suprema Corte

La existencia de una denuncia no es suficiente para actualizar una excepción al principio general de restitución internacional, pues la excepción se actualiza únicamente cuando existe grave riesgo de poner al menor en una situación intolerable o exponerlo a un peligro físico o psíquico, que debe probarse.

## Justificación del criterio

La Primera Sala determinó que la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores "parte de la base de que el interés superior es protegido mediante la restitución del menor a su lugar de origen, por tanto quien pretenda destruir esa presunción apoyándose en lo dispuesto en el inciso b) del artículo 13 de la propia Convención, está obligado a probar de manera fehaciente que de darse la restitución, existe grave riesgo de que el menor en torno al cual gira el procedimiento de restitución, estará expuesto a un peligro físico o psíquico, o que de alguna u otra manera se pondrá al menor en una situación intolerable. [...] Situación que no se logra demostrar con la simple existencia de un proceso penal en contra de quien solicita la restitución. [...] Esto es así, porque considerar lo contrario, implicaría pasar por alto, por un lado, que el artículo 20, apartado B, fracción I, de la Constitución Federal, señala que uno de los derechos de la persona imputada, radica precisamente en que se presuma su inocencia, hasta en tanto no se declare su responsabilidad a través de una sentencia emitida por el juez de la causa, y por otro, que la excepción prevista en el artículo 13, inciso b) de la citada Convención, exige prueba plena, no una simple presunción". (Pág. 46, párrs. 3 a 5) (énfasis en el original).

"En este sentido, [...] aunque el principio de presunción de inocencia se encuentra dirigido específicamente a la materia penal que es donde cobra plena aplicación, en tanto que toda persona acusada de la comisión de un delito debe ser considerada y tratada como inocente en tanto no se establezca legalmente su culpabilidad; [...] no considerar que ese principio también puede tener eficacia refleja en los procedimientos del orden civil, implicaría permitir que en ese tipo de procedimientos se resuelvan las controversias partiendo de una presunta culpabilidad, esto a pesar de que no exista una sentencia penal que defina su culpabilidad en la comisión del delito que le es imputado, lo cual necesariamente

conllevaría a transgredir, aun cuando sea de manera indirecta, el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal." (Pág. 46, párr. 6) (énfasis en el original).

"Además, considerar que basta la existencia de un procedimiento penal en contra de aquel que solicita la restitución de un menor, para suponer en automático, que de otorgarse la restitución, existe grave riesgo de poner al menor en una situación intolerable o exponerlo a un peligro físico o psíquico, también implicaría desconocer que el riesgo en cuestión debe probarse de manera fehaciente. (Pág. 47, párr. 2). Por tanto, [...] la existencia de una denuncia penal en contra de quien solicita la restitución de un menor, no es por si sola determinante para negar la solicitud con fundamento en el artículo 13, inciso b), de la citada Convención. (Pág. 47, párr. 3).

"Considerar lo contrario, podría propiciar que, en su actividad procesal, la parte que se opone a la restitución, se viera incentivada indebidamente a realizar "las gestiones necesarias" para que se diera inició a un procedimiento penal en contra de quien solicita la restitución, anulando con ello el propósito que se persigue a través de la citada Convención." (Pág. 47, párr. 4).

Pese a lo anterior, "es importante destacar que el interés superior de la infancia, obliga al juzgador a resolver lo que resulte más favorable para el menor cuya restitución se solicita; por ello, si bien el juzgador que conoce de un procedimiento de restitución internacional, atendiendo al interés superior del menor, está obligado a tomar en consideración la existencia del proceso penal que se sigue en contra de aquel que solicita la restitución, a fin de ponderar cuál es el delito que se le imputa y qué trascendencia podría tener en el menor respecto del cual se solicita la restitución, que en el proceso penal se encuentre culpable a quien solicita la restitución, pues no es lo mismo por ejemplo que el proceso penal se siga por un delito de fraude o lesiones en contra de un tercero, a que el delito se siga por violación o abuso sexual en contra de los propios menores." (Pág. 48, párr. 1) (énfasis en el original).

"Así, sin desconocer el principio de presunción de inocencia, es importante que el juzgador valore cada caso, a fin de determinar hipotéticamente cuál sería el escenario en que se encontraría el menor si se concede la restitución y aquel que la solicita es considerado culpable del delito que se le imputa, a fin de determinar, si de darse ese caso, el menor realmente se podría encontrar en grave riesgo de ser expuesto a un peligro o ser colocado en una situación intolerable, pues si bien el juzgador no puede en base en una situación meramente hipotética negar la restitución del menor al país de su origen, sí puede comunicar esa situación a la autoridad requirente a fin de que al momento de la restitución se tomen las providencias necesarias para proteger de manera efectiva al menor." (Pág. 48, párr. 2) (énfasis en el original).

## SCJN, Primera Sala, Amparo Directo 27/2016, 10 de enero de 2018 en relación con el Amparo Directo 26/2016<sup>52</sup>

### Hechos del caso

Una mujer dio a luz a su primer hijo en 2001, después de cinco años se casó en los Estados Unidos y en 2007 tuvo otro niño. En 2013 se divorció del padre de su segundo hijo y el juez determinó que ella sería la principal encargada de la custodia del niño. Adicionalmente, en la sentencia el juez instauró un régimen de visitas para el padre.

Dos meses después la mujer abandonó su domicilio en California y se trasladó a México sin notificar al padre del niño ni a las autoridades. Después de siete meses de la sustracción, en mayo de 2014, el progenitor inició la solicitud de restitución de su hijo. Entre otras cosas, a la solicitud adjuntó la orden de custodia del niño que acreditaba que el juez en los Estados Unidos que conoció del divorcio había decretado una custodia compartida entre la madre y el padre.

Una vez iniciado el procedimiento, el Departamento de Justicia del Estado de California informó a la autoridad central en México y en los Estados Unidos de que el progenitor estaba registrado con el estatus de ofensor sexual. A pesar de lo anterior, señaló que dicha información ya había sido considerada en la determinación de la custodia del niño.

La solicitud de restitución comenzó su trámite y, en la respuesta a ésta, la señora manifestó que había decidido volver a México con sus hijos porque era víctima de violencia doméstica por parte de su ex cónyuge y temía por su integridad y la de sus hijos. Por lo anterior, la mujer manifestó que la restitución debía considerarse improcedente, debido a la situación de riesgo que se actualizaba en el caso.

La señora exhibió durante el procedimiento un documento que mostraba que había pasado dos meses en un centro para mujeres en los Estados Unidos, como consecuencia de la violencia familiar que había sufrido. Además, presentó la declaración de la mujer que había sido víctima de abuso sexual cometido por el padre de su hijo.

En primera instancia la jueza valoró los testimonios de los dos hijos de la mujer y determinó negar la restitución. Señaló que el padre sólo tenía derechos de convivencia con su hijo, por lo que la mujer había hecho uso de su derecho de custodia para trasladarse a México. Por otra parte, estableció que en el caso sí se actualizaba una situación de riesgo para el niño proveniente de la conducta agresiva del padre y de sus antecedentes penales, por lo que se actualizaba una excepción a la regla de restitución inmediata.

<sup>52</sup> Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

El padre del niño apeló la decisión y argumentó que en el procedimiento se habían violado las reglas procesales establecidas en la Convención. Aunado a lo anterior, controvertió que existiera para su hijo una situación de grave riesgo en caso de ser restituido y se opuso a la afirmación de que el niño estaba integrado a su nuevo ambiente. En febrero de 2015 la Sala familiar determinó introducir en el caso un régimen de convivencia entre el señor y su hijo, pero retomó la decisión de negar la restitución del niño a California en los Estados Unidos. Frente a esta decisión, ambas partes acudieron al juicio de amparo.

La madre señaló que el establecimiento del tiempo de convivencia vulneraba la aplicación del principio de interés superior de la infancia. En su demanda estableció que la Sala no había considerado que existía una situación de grave riesgo para el niño y que él mismo había manifestado que no quería convivir con su padre. Por su parte, el padre señaló que la resolución no había atendido a las violaciones al procedimiento que afectaron sus derechos y que no debía acreditarse en el caso la excepción a la restitución que la madre argumentó. También apuntó que las medidas provisionales dictadas para mantener contacto con su hijo resultaban deficientes.

El tribunal colegiado que conoció del caso solicitó a la Corte hacer uso de su facultad de atracción para establecer criterios sobre el interés superior de la infancia y la restitución internacional de menores. La Corte atrajo ambos amparos y determinó de qué forma debía llevarse a cabo la valoración de las excepciones a la restitución, así como el establecimiento de contacto transfronterizo entre un niño y su progenitor.

## Problema jurídico planteado

¿Debe acreditarse en el caso la excepción de grave riesgo cuando se ha probado que el progenitor que solicitó la restitución era generador de violencia y contaba con antecedentes de abuso sexual?

## Criterio de la Suprema Corte

En casos de violencia familiar se actualiza un riesgo serio, real, actual y directo cuando los niños presencian los hechos de violencia, incluso cuando no se cometan directamente en su contra. Las agresiones físicas, psicológicas, sexuales y económicas se traducen en un impacto significativo en su salud emocional y psicológica que los vuelven víctimas secundarias de los hechos.

## Justificación del criterio

En el caso, la Corte determinó que para acreditar que existe un riesgo grave que pueda constituir una excepción a la restitución del niño, el riesgo "debe ser serio, real, actual y directo y deberá estar plenamente probado." (Pág. 35, párr. 1). En este sentido, estableció

que en el caso sí se advertía que la restitución del niño lo colocaría en una situación de riesgo para su integridad.

Para sustentar lo anterior, la Primera Sala determinó que "a pesar de que el progenitor se [encontraba] sometido a un programa de asistencia para el seguimiento a su estatus de ofensor sexual, existen elementos que pueden afectar la esfera psíquica y emocional [del niño]. Lo anterior, derivado de la situación de violencia doméstica [sic] que ha enfrentado y del hecho de que existe un alto grado de certeza de que ni su madre ni su hermano lo puedan acompañar a su retorno." (Pág. 39, párr. 2).

En relación con las declaraciones de violencia de la mujer, la Sala apuntó que "la **violencia de doméstica** [sic] tiene consecuencias que comprometen las libertades fundamentales de quienes son sus víctimas, como los derechos a la vida y la seguridad personal, al más alto nivel posible de salud física y mental, a la educación, al trabajo y a la vivienda, así como a la participación en la vida pública. Así, paralelamente a las mujeres, víctimas primarias de esta violencia, se encuentran sus hijos como víctimas secundarias —*testigos*—." (Cita omitida) (pág. 39).

Así, "al evaluar el impacto de la violencia doméstica en los menores testigos de esta violencia, uno de los errores más frecuentes es diversificar los hechos de violencia que sufre la madre respecto de la situación de los hijos, es decir, se pretende *distinguir* que un generador de violencia puede causar un daño físico, psicológico o sexual a la madre y no así a los hijos —ya que el padre no realiza directamente una agresión física o verbal—. Sin embargo, esta distinción es incorrecta, pues a pesar de que los niños no reciben directamente la violencia, al estar expuestos a ella se producen prácticamente los mismos efectos emocionales y psicológicos que el de una víctima primaria de violencia paterna." (Cita omitida) (pág. 40).

"En efecto, diversos estudios afirman que las situaciones que involucran a los niños como testigos de la violencia que sufren sus madres al interior del hogar constituyen una forma de abuso en su contra, ya que sufren de manera directa las consecuencias, no sólo físicas y emocionales, sino también las derivadas de haber vivido y formado su personalidad en un ambiente de desigualdad de poder y sometimiento de la madre a la conducta violenta de un hombre. [...] En ese sentido, la exposición de los hijos a la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja se considera, por sí misma, un factor de riesgo para su bienestar y desarrollo que influye de manera directa en la vida normal y en el estado de salud general de los hijos." (Págs. 40 y 41).

Por lo anterior, la Corte determinó que "existe un riesgo serio, real, actual y directo, porque las agresiones físicas, psicológicas, sexuales y económicas que presenciaron los niños se traducen en un impacto significativo en su salud emocional y psicológica, que logran calificarse como realmente preocupantes." (Pág. 42, párr. 2).