

1

LOS DERECHOS DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES DE EDAD Y LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE LA LEY DE ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

Celia Gómez Martínez

SUMARIO: 1. *Introducción* 2. *Las medidas de protección de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* 2.1 *Las órdenes de protección de emergencia.* 2.2 *Las órdenes de protección preventivas.* 3. *Convención sobre los derechos del niño.*

1. INTRODUCCIÓN

El 29 de enero de 2008 se publicó en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal¹, que señala que sus disposiciones son de orden público, interés social y observancia general en esta ciudad.

La violencia detectada en nuestro país y en muchos otros más, provocó a nivel internacional un reconocimiento de protección a dicho grupo social (así lo han reconocido la Declaración de Viena de 1993; Convenciones Interamericanas sobre Derechos Civiles y Políticos de la Mujer de 1948, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, la Declaración de Beijing; etcétera).

A nivel nacional en los homicidios cometidos durante años en Ciudad Juárez, Chihuahua, y en el Estado de México, las autoridades demostraron la incapacidad para encontrar a los probables responsables, lo cual hizo concluir que dichos casos eran cometidos con violencia de género.

Si bien es obligación de las autoridades garantizar la paz y seguridad de todas las personas, no sólo de las mujeres, los ejemplos mencionados en el párrafo anterior

¹ Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 29 de enero de 2008.

dejaron clara la situación de vulnerabilidad de este grupo social a nivel nacional, por ello, la emisión de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal señala que su objeto *“establecer los principios y criterios que, desde la perspectiva de género, orienten las políticas públicas para reconocer, promover, proteger y garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia; así como establecer la coordinación interinstitucional para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.”*

El 10 de Junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto que modificó (entre otras cosas) el artículo 1° de la Constitución General de la República, implicando dicha reforma un reconocimiento a los derechos humanos al señalar que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Al tenor de la Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, y el reconocimiento al respeto a los derechos humanos por parte de cualquier autoridad de nuestro país, analizaremos si las medidas de protección previstas para la supuesta víctima en la ley en comento, pueden dañar a terceros, circunstancia que a la fecha ha sido pasada por alto por algunos jueces que conceden las medidas que analizaremos a continuación, pues la prohibición del agresor de acercarse o ingresar al domicilio, lugar de trabajo, etc., de la víctima y las víctimas indirectas, no analiza el derecho de convivencia que tiene los hijos, y la medida se concede sin mayores elementos para determinar la gravedad del caso, o la veracidad de las imputaciones realizadas, por ello el interés de escribir este artículo.

De conformidad con el artículo 1° de la Constitución General de la República², los jueces a quienes se pone en consideración la emisión de las medidas de protección referidas, deben considerar también el respeto y protección de los derechos humanos de los menores, en este caso, considerar si los menores se ven afectados con la violencia que se denuncia, y si la medida no violenta su derecho de convivencia con ambos padres, difícil tarea para un juez en materia penal, como veremos a continuación.

2. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA LEY DE ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

El artículo 3° de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal parece explicar (fracción IX) que no todo el grupo de mujeres está en condición de vulnerabilidad, sino *“Aquellas en mayor situación de riesgo de ser víctimas de violencia en atención a su raza, origen étnico, edad, discapacidad, condición social, económica, de salud, embarazo, lengua, idioma, religión, opiniones, orientación sexual, estado civil; cuando tengan la calidad de migrante, refugiada, desplazada o privadas de la libertad por mandato judicial; sea víctima de trata de personas, turismo sexual,*

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1°.

prostitución, pornografía, privación de la libertad o cualquier otra condición que anule o menoscabe su derecho a una vida libre de violencia.”

La redacción anterior parece mostrar que los legisladores comprendieron que las circunstancias de las mujeres en México no son idénticas, así, una mujer con educación profesional, con trabajo, sana, que vive en una ciudad como Monterrey, Guadalajara o la Ciudad de México, no necesariamente se encontrará en las mismas condiciones que una mujer con discapacidad mental (por poner un ejemplo), o que una mujer indígena que no sepa leer o escribir; parece entonces que son esos grupos vulnerables de mujeres los que la ley reconoce como sujetos de protección, sin que se excluya que una mujer profesionalista, con salud, habitante de la Ciudad de México, pueda encontrarse en situación de violencia, simplemente son circunstancias diferentes a analizar.

El mismo artículo en su fracción XII explica la perspectiva de género como una visión crítica, explicativa, analítica y alternativa que aborda las relaciones entre los géneros y que permita enfocar y comprender las desigualdades construidas socialmente entre mujeres y hombres.

Por lo anterior, ante la claridad de los primeros artículos de la ley, resulta preocupante que los legisladores hayan considerado que los jueces en materia civil, penal o familiar, puedan expedir *medidas de protección*³ que se establecen en su artículo 62, y que tienen como propósito prevenir, interrumpir o impedir la consumación de un delito o que se actualice un supuesto en materia civil o familiar que implique violencia contra las mujeres.

La preocupación que trataré de explicar en la materia penal concretamente, deriva de que dichas medidas deberán otorgarse por los jueces inmediatamente que conozcan los hechos probablemente constitutivos de delitos, que impliquen violencia contra la víctima o víctimas indirectas, pero la ley es omisa en señalar cuáles elementos objetivos tendrán los jueces para considerar que los hechos que se hacen de su conocimiento son constitutivos de delito, ya que el texto legal no se refiere a que el Ministerio Público, haya ejercitado acción penal y que el juez cuente con pruebas o datos de prueba que le ayuden a concluir la situación.

Así, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido el siguiente criterio:

ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. LOS ARTÍCULOS 62 Y 66, FRACCIONES I A III, DE LA LEY RELATIVA, QUE PREVIEN RESPECTIVAMENTE, MEDIDAS Y ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE EMERGENCIA, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 16, PARRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Los citados preceptos legales, al establecer las medidas y órdenes de protección de emergencia, en materia de violencia contra las mujeres, no violan el artículo 16, párrafo

³ Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, 29 de enero de 2008. Artículo 62.

tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior y posterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, que prevé la obligación para la autoridad judicial de no librar orden de aprehensión sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la posibilidad de que el indicado lo cometió o participó en su comisión. Ello es así, pues las medidas y órdenes de protección de emergencia no tienen la finalidad de aprehender a quien se considera probable responsable de la comisión de un delito para ponerlo a disposición de un juez para que se inicie un proceso penal en su contra; por el contrario, dichas medidas son actos de urgente aplicación en función del interés superior de la mujer víctima de violencia, por encontrarse en riesgo de su integridad física o psicológica, su libertad o seguridad y la de las víctimas indirectas; además, porque no sólo puede dictarlas un juez penal sino también uno en materia civil o familiar; de ahí que las medidas y órdenes que prevén los numerales de referencia no tienen porqué dictarse bajo las condiciones y los requisitos que establece dicho precepto constitucional para la orden de aprehensión, pues el objeto y la finalidad de las dos figuras son completamente distintos.

Amparo en revisión 495/2013.4 de diciembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. José Ramón Cossío Díaz. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz, Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Tesis: 1a. LXXXVII/2014 (10a.) – *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. – Época: Décima Época. – Registro: 2005199 5 de 21. – Primera Sala. – Marzo de 2014. – Tomo I. – p. 528. – Tesis: Aislada (Constitucional).

El texto anterior aclara que las medidas y órdenes de protección de emergencia no tienen la finalidad de aprehender a quien se considere probable de la comisión de un delito para ponerlo a disposición de un juez, sino son actos de urgente aplicación en función del interés superior de la mujer víctima de violencia, por encontrarse en riesgo de su integridad física o psicológica, su libertad o seguridad y de las víctimas indirectas, lo que no se explica es la afectación que una víctima indirecta, como un menor de edad, puede llegar a sufrir con esta medida.

Las órdenes de protección podrían ser⁴ de emergencia, preventivas, y de naturaleza civil. Nos ocuparemos de las dos primeras.

2.1 LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN DE EMERGENCIA

Las órdenes de protección de emergencia⁵, tendrán una temporalidad no mayor de 72 horas (sin que se entienda el motivo de tal término) y deberán emitirse por el juez de lo penal cuando en la solicitud se establezca que se encuentra en riesgo la integridad física o psicológica, la libertad o seguridad de la víctima y víctimas indirectas. El juez competente podrá trasladarse al lugar de los hechos para

⁴ *Ibidem*, artículo 63.

⁵ *Ibidem*, artículo 64.

cerciorarse de que se ejecuta la orden y se pone a salvo a la víctima o víctimas indirectas, pero la ley no lo obliga a cerciorarse de tal circunstancia.

Los jueces de lo penal al otorgar las órdenes de protección de emergencia, deberán tomar en consideración el riesgo o peligro existente; la seguridad de la víctima, y los elementos con que se cuente (puede no contar más que con la declaración de la víctima).⁶

El juez podrá emitir una o varias de las órdenes de emergencia, que pueden consistir en:

- La desocupación por el agresor, del domicilio conyugal o donde habite la víctima, independientemente de la acreditación de propiedad o posesión del inmueble;
- La prohibición al agresor de acercarse o ingresar al domicilio, lugar de trabajo, de estudios de la víctima y las víctimas indirectas, o cualquier otro que frecuente la víctima;
- La prohibición al agresor de comunicarse por cualquier medio o por interpósita persona, con la víctima y, en su caso, las víctimas indirectas;

2.2 LAS ÓRDENES DE PROTECCIÓN PREVENTIVAS

También tendrán una temporalidad no mayor de 72 horas, y se emitirán por el juez de lo penal dentro de las seis horas siguientes a la solicitud.

El juez penal podrá emitir como orden de protección preventiva la retención y guarda de armas en posesión de la persona agresora, y dar aviso a la autoridad federal competente.⁷

Es importante resaltar que las órdenes de protección de emergencia podrán ser solicitadas por cualquier persona que tenga conocimiento del riesgo en que se encuentra la integridad física o psicológica, la libertad o seguridad de la víctima y víctimas indirectas.⁸

Con la emisión de la orden de protección se citará a la persona agresora para comparecer ante el juez que emite la orden al día siguiente en que la reciba para que celebrar audiencia de pruebas y alegatos,⁹ y el juez tendrá veinticuatro horas para dictar resolución donde confirme, modifique o revoque.

Respecto a la rapidez con que se emiten estas Medidas, y la rapidez en que se cita al supuesto agresor para ser oído por la autoridad judicial, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha emitido el siguiente criterio:

⁶ *Ibidem*, artículo 65.

⁷ Idem Artículo 67

⁸ Idem Artículo 69

⁹ Idem Artículo 72

ACCESO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 62, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY RELATIVA, AL ESTABLECER LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE EMERGENCIA, NO VIOLA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE AUDIENCIA PREVIA.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado que los actos de privación se rigen por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se caracterizan por ser definitivos; mientras que los de molestia se relacionan con el diverso 16 constitucional y se distinguen de aquéllos por ser provisionales y carecer de definitividad, esto es, la Constitución Federal distingue y regula de forma diferente los actos privativos y los de molestia. Ahora bien, el artículo 62, párrafo segundo, de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, que establece que las medidas de protección previstas en el artículo 66 del citado ordenamiento son precautorias, cautelares y de urgente aplicación en función del interés superior de la víctima, no se rige por el derecho fundamental de audiencia previa reconocido por el artículo 14 constitucional, porque no tiene por objeto la disminución, el menoscabo o la supresión definitiva de un bien material o inmaterial, o de un derecho del gobernado, sino únicamente un propósito de interés general, consistente en prevenir un acto de violencia más contra la mujer agredida; por lo que sus alcances sólo son precautorios y cautelares, ya que se fundan en principios de debida diligencia y en el estado de necesidad. No obstante lo anterior, si bien el indicado derecho de audiencia previa no rige para antes de que el juez dicte las medidas de emergencia, la propia Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, en su artículo 72, establece que al notificarse la medida de emergencia debe citarse al agresor para que comparezca ante el juzgador a alegar lo que a su derecho convenga, lo cual permite considerar que la referida ley tutela y cumple con ese derecho a favor del agresor, en virtud de la afectación que pudiera ocasionarse a la esfera de sus derechos con el dictado de la medida cautelar. De ahí que el artículo 62, párrafo segundo, de la citada ley, al establecer medidas de protección de emergencia, no viola el derecho fundamental de audiencia previa.

Amparo en revisión 495/2013. 4 de diciembre de 2013. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles.

Tesis: 1a. LXXXVIII/2014 (10a.) – *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*. – Época: Décima Época. – Registro: 2005975. – Primera Sala. – Marzo de 2014. – Tomo I. – p. 525. – Tesis: Aislada Constitucional.

Si la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado en la tesis anterior que el derecho de audiencia previa no rige para antes de que el juez dicte las medidas de emergencia, y que la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, al establecer que debe citarse al agresor para que comparezca ante el juzgador a alegar lo que a su derecho convenga, y eso permite considerar que no se viola el derecho fundamental de audiencia previa, ha omitido considerar los derechos

de convivencia de los menores hijos con ambos padres de conformidad con el 9o. de la Convención de los Derechos del Niño.¹⁰

Tampoco se han analizado los derechos del padre de convivir con su hijo, aclarando que esta postura no pasa por alto el riesgo que se protege, pero debe analizarse además que dependiendo de la edad del menor, el contacto en los primeros años de vida de los hijos y sus padres es de gran importancia para su desarrollo.

3. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Artículo 9º.

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. [...]

Del texto del artículo 62 y siguientes de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, no se desprende que los jueces en materia penal analicen el interés superior del menor al conceder o negar las medidas de protección que se les soliciten, sin embargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1o. de la Constitución General de la República, deben considerar el respeto de los derechos humanos del menor, y de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño, el interés superior de éste, como lo prevé el artículo 9o., fracción I antes transcrito.

Así mismo lo establece la siguiente tesis:

DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE RESPETARLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

¹⁰ Adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989, mismo que se ha aprobado por el Senado de la República el 19 de junio de 1990, *Diario Oficial de la Federación* del 31 de julio de 1990.

El párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone como obligaciones generales de las autoridades del Estado Mexicano las consistentes en: i) Respetar; ii) Proteger; iii) Garantizar; y, iv) Promover los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. De ahí que para determinar si una conducta específica de la autoridad importa violación a derechos fundamentales, debe evaluarse si se apega o no a la obligación de respetarlos y ésta puede caracterizarse como el deber de la autoridad que le impide interferir con el ejercicio de los derechos o ponerlos en peligro, ya sea por acción u omisión; es decir, la autoridad en todos sus niveles (federal, estatal o municipal) y en cualquiera de sus funciones (ejecutiva, legislativa o judicial), debe mantener el goce de derecho y, por ende, su cumplimiento es inmediatamente exigible puesto que, aun cuando está primeramente dirigido a los órganos del Estado, también incluye la conducta de los particulares, que igualmente se encuentran obligados a no interferir con el ejercicio de los derechos; por tanto, esta aplicación la manera en que las autoridades entienden las restricciones de los derechos, tanto en su formación (a cargo del Poder Legislativo) como en su aplicación (Poder Ejecutivo) e interpretación Poder Judicial).

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 47/2014. 24 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Edgar Bruno Castrezana Moro, secretario de tribunal autorizado por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el diverso 42, fracción V, del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo. Secretario: Gustavo Valdovinos Pérez.

Tesis: XXVII/3o.1 CS (10a.). –*Seminario Judicial de la Federación*. – Época: Décima Época. – Registro: 2007599. – Octubre de 2014. – Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito – Tipo de Tesis: Aislada. – Materia(s): (Constitucional).

La solución ante esta controversia implica que de conformidad con lo que establece el artículo 61 de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, los Tribunales cuenten desde la perspectiva de género, con jueces capaces para analizar los casos que se les plantean, considerando el interés superior del menor, la edad de éstos y no solamente el interés de la víctima.