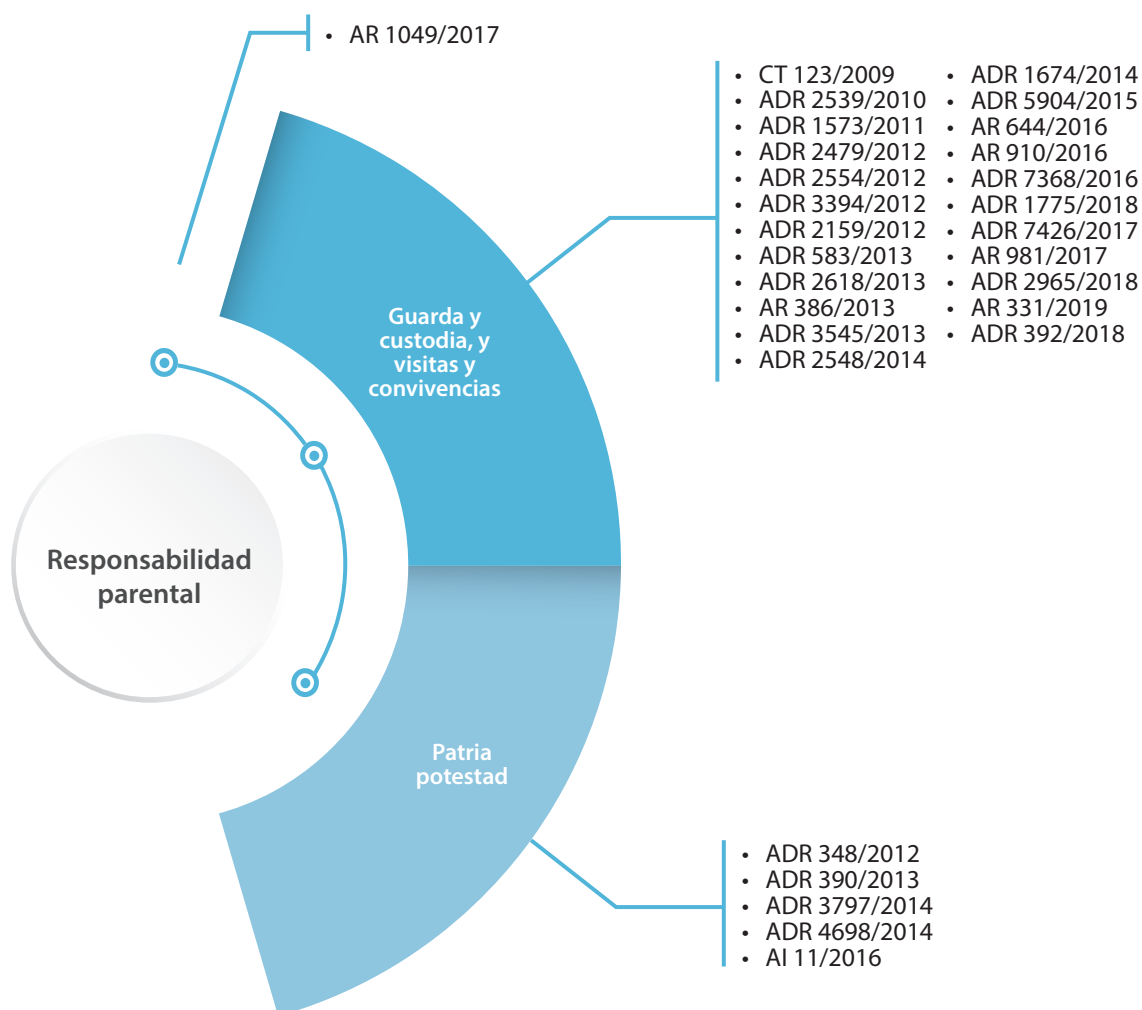




7. Responsabilidad parental



7. Responsabilidad parental

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 1049/2017, 15 de agosto de 2018⁸² (Situaciones de riesgo para la interferencia estatal de la autonomía parental)

Hechos del caso⁸³

Una niña que pertenecía a una familia de la etnia Rarámuri, que profesaba la religión Testigos de Jehová, presentó signos de lo que parecía varicela, por lo que sus padres la llevaron a consulta médica. Al ser examinada en el área de urgencias, los médicos informaron a sus padres que el diagnóstico probable era leucemia linfoblástica aguda y que la situación de salud de la niña era grave, por lo que fue trasladada a un hospital, en donde ingresó a etapa intermedia.

Los médicos indicaron a los padres que el tratamiento idóneo era la aplicación de antivirales, antibióticos y hemoderivados, lo que incluía la realización de transfusiones sanguíneas. Los progenitores se negaron a que se realizara dicho tratamiento y pidieron buscar una medida alternativa, ya que las transfusiones sanguíneas no estaban permitidas en la religión que profesaban. Ante la oposición de los padres al tratamiento y la gravedad del estado de salud de la menor de edad, los médicos decidieron poner a la niña a disposición de la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial de Morelos, Chihuahua, ya que consideraron que era necesario llevar a cabo el tratamiento de transfusión sanguínea para tener la posibilidad de salvar su vida.

⁸² Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

⁸³ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Libertad religiosa, núm. 11, de la serie Derechos humanos, de esta misma colección, y del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

La Subprocuradora se entrevistó con los progenitores de la niña para que aceptaran el tratamiento, pero ellos se negaron, por lo que decidió iniciar un procedimiento administrativo de protección de menores de edad, derivado del cual, la tutela provisional de la niña quedó a cargo de la Subprocuraduría, que autorizó los tratamientos médicos necesarios con la finalidad de salvarle la vida. Tres días después de iniciado el tratamiento (el cual implicó transfusiones sanguíneas) la salud de la niña mejoró en forma notable.

Posteriormente, se le realizaron exámenes médicos en los que se confirmó el diagnóstico de leucemia linfoblástica aguda. Días después, los médicos se reunieron con los progenitores para informarles que su hija requería un tratamiento de quimioterapia y que era posible que se requirieran más transfusiones sanguíneas, ante lo cual, los padres solicitaron una segunda opinión médica.

A pesar de esta situación, la Subprocuradora autorizó el inicio de las quimioterapias. En este contexto, los padres presentaron una demanda de amparo en contra de la determinación de la Subprocuraduría por iniciar el procedimiento administrativo y asumir la tutela sobre su hija con el fin de autorizar los procedimientos médicos.

En su escrito de demanda, señalaron que la Subprocuraduría no indagó adecuadamente sobre los hechos y desplazó en forma injustificada su derecho a tomar decisiones sobre su hija, a pesar de que en todo momento actuaron con diligencia y responsabilidad. Además, indicaron que no se protegió la decisión que tomaron en atención a sus creencias religiosas de comenzar los procedimientos hasta tener certeza sobre la inexistencia de un tratamiento alternativo o una segunda opinión médica. Más aún, consideraron vulnerado su derecho a recibir la información adecuada para tomar una decisión informada respecto a la salud de su hija, pues nunca se les brindó la orientación necesaria, ni se les explicaron los riesgos y alternativas del diagnóstico terapéutico y quirúrgico, lo que les impidió decidir libremente si otorgaban o no su consentimiento y rechazar tratamientos médicos no idóneos.

También señalaron que recibieron un trato inadecuado por parte de todas las autoridades porque la Subprocuraduría actuó en forma negligente al no dar un seguimiento constante al caso médico de la menor de edad. Asimismo, indicaron que se vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación de la madre, ya que por ser originaria de la etnia Rarámuri y profesar la religión Testigos de Jehová, tanto los médicos como las autoridades la consideraron como ignorante e incapaz de tomar las decisiones adecuadas respecto a los tratamientos que debía recibir su hija.

El juez concedió el amparo respecto a los actos realizados por la Subprocuraduría al considerar que, si bien los padres fueron negligentes en el cuidado de la menor de edad, no se les presentó un tratamiento alternativo, no se les brindó información detallada sobre

el tratamiento y se inició el procedimiento administrativo de protección de manera ilegal, porque no se acreditó que la niña estuviera en situación de desamparo. Por todo ello, el juez concluyó que la decisión de la Subprocuraduría discriminaba a los progenitores por sus creencias religiosas y ordenó que en los tratamientos subsecuentes se respetara la voluntad de los progenitores de emplear tratamientos alternativos y, únicamente en caso de ser "urgente o necesario" (si los tratamientos alternativos fallaban), se realizaran transfusiones sanguíneas a la niña. Ante esta decisión, la madre de la niña, la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial de Morelos, el Representante Especial de los Menores y el Ministerio Público interpusieron recursos de revisión.

La madre argumentó estar en desacuerdo con la decisión del juez respecto a autorizar a los médicos (aunque fuera como último recurso) a que realizaran transfusiones sanguíneas a su hija, pues dicha determinación implicaba de cualquier modo que no pudiera elegir libremente el tratamiento que fuera mejor conforme a su juicio. También señaló que las transfusiones abrían la posibilidad de que su hija fuera contagiada de una patología más grave, por lo que debían tomarse en consideración medidas alternativas. Además, para los padres la vida no era el bien supremo que debía protegerse, pues por encima de ella se encontraba el derecho a la dignidad, el cual se resguardaba en el ejercicio de la libertad religiosa.

Por su parte, en su recurso de revisión la Subprocuradora señaló que su actuación no había sido unilateral, arbitraria o sin fundamento, sino basada en la atención médica urgente que necesitaba la niña. Y que, si bien atendió la sugerencia de los progenitores sobre emplear tratamientos alternativos, no era posible aplicarlos en ese preciso momento, debido a que la condición de salud de la niña era de tal gravedad que los tratamientos alternativos en esa instancia concreta no serían efectivos para que recuperara la salud.

Por lo demás, la Subprocuradora señaló que no existieron prácticas discriminatorias, pues no existía indicio alguno de que el tratamiento o la aplicación de las medidas de protección de la niña se basaran en que la madre profesara la religión Testigos de Jehová. El Representante Especial del Menor indicó que el juez nunca aclaró de qué manera debían actuar las autoridades encargadas de la atención médica en caso de que la niña necesitara transfusiones sanguíneas ante una emergencia médica. Finalmente, el Ministerio Público también se pronunció en contra de lo establecido por el juez, pues manifestó que ante una urgencia médica no se puede limitar la posibilidad de que se aplique el tratamiento médico oportuno y eficaz y que, en este caso, ese tratamiento era precisamente la transfusión sanguínea.

El tribunal colegiado que conoció del asunto resolvió que se actualizaba la competencia originaria de la Suprema Corte para conocerlo, porque involucraba un problema de carácter

excepcional en torno a la libertad religiosa y el derecho de los progenitores a tomar decisiones médicas respecto de sus hijos e hijas, e implicaba establecer cómo deben actuar las instituciones públicas hospitalarias y las procuradurías de protección del niños, niñas y adolescentes en casos similares. En su resolución, la Primera Sala de la Suprema Corte determinó que la intervención de las autoridades en el caso estaba justificada, pues los derechos a la vida y a la libertad religiosa pueden ser limitados para proteger derechos de terceros.

Problema jurídico planteado

¿La oposición de los progenitores a que su hijo o hija, menor de edad, reciba un tratamiento médico actualiza una situación de riesgo que permita al Estado interferir en su autonomía parental?

Criterio de la Suprema Corte

No cualquier diferencia que tengan los progenitores con la opinión de los médicos sobre el tratamiento médico que recibiría su hijo o hija, menor de edad, actualiza un supuesto de riesgo que permita al Estado interferir en su autonomía parental. Sólo actualizará una situación de riesgo la oposición de los progenitores a que se utilice el tratamiento médico idóneo, esto es, aquel que ha sido acreditado por la comunidad médica como el procedimiento más efectivo para tratar determinada condición, conforme a la *lex artis* médica, para atender un padecimiento que coloque en riesgo la vida del NNA. Además, conforme al interés superior de la infancia, siempre debe optarse por el tratamiento que cuente con mayor probabilidad de salvar la vida del NNA.

Justificación del criterio

"[...] [E]l Estado puede interferir válidamente la autonomía parental para tomar decisiones por los padres cuando sus elecciones coloquen en riesgo la vida de sus hijos." (Pág. 38, párr. 4).

"[L]a puesta en riesgo de la vida de un niño se actualiza cuando los padres, privilegiando sus creencias religiosas, se rehúsan a seguir el tratamiento médico idóneo para salvar la vida de su hijo menor de edad.

[...] [E]l tratamiento médico idóneo para salvar la vida es aquél que **ya ha sido acreditado por la comunidad médica como el procedimiento más efectivo para tratar determinada condición letal**. En esa medida, se trata de una intervención médica que no presenta una disputa científica sustancial sobre su eficacia y confiabilidad." (Pág. 39, párrs. 1 y 2). (Énfasis en el original).

"De acuerdo con lo anterior, [...] un **tratamiento idóneo** es aquél procedimiento recomendado por la ciencia médica que cuenta con el nivel más alto posible de consolidación científica y que, por lo tanto, se indica con el mayor grado de prioridad.

Con todo, cabe aclarar que la ciencia médica no es una ciencia de resultados sino de medios, por lo que los procedimientos sanitarios no necesariamente garantizan con absoluta certeza la recuperación del paciente, sino que con cierto grado de probabilidad, se alcanzará un determinado resultado. En esa línea, cuando nos referimos al tratamiento médico idóneo entendemos que es aquél que tiene un mayor índice de éxito." (Pág. 40, párrs. 3 y 4). (Énfasis en el original).

"De esta forma, el principio de interés superior del menor impone que siempre deba optarse por el tratamiento que cuente con mayor probabilidad de salvar la vida de un niño." (Pág. 41, párr. 2).

"[...] **En ese sentido, el interés prevalente del menor impide que se aplique a un menor un tratamiento que es claramente inferior al tratamiento idóneo, de acuerdo con la *lex artis* médica.**

De acuerdo con lo anterior, para que prevalezca una propuesta alternativa por parte de los padres es imprescindible acreditar que la alternativa ofrece un grado de recuperación similar o comparable a la intervención médica que ha sido objetada. De otro modo, se pondría al menor de edad en una situación de riesgo que puede evitarse al aplicar el tratamiento acreditado." (Pág. 41, párrs. 4 y 5). (Énfasis en el original).

"Así, si el tratamiento alternativo tiene un resultado mucho más pobre o no comparable con el uso de transfusiones sanguíneas, si el tratamiento no se encuentra disponible, o bien, si no existe evidencia que garantice su grado de eficacia, el Estado debe suplantar la decisión de los padres y autorizar el tratamiento indicado por el personal médico, pues solamente a través de esa intervención podrá protegerse la vida del menor.

En ese orden de ideas, en caso de que la transfusión de hemoderivados sea la única opción científicamente acreditada para resguardar la vida del menor de edad, debe optarse por esta intervención aun en contra de la voluntad de los progenitores, pues como se ha establecido **el derecho a la vida de los hijos no es un derecho que se encuentre disponible para los padres.**

Con todo, es pertinente aclarar que **no cualquier diferencia que tengan los padres con la opinión de los médicos sobre el tratamiento médico pertinente actualiza un supuesto de riesgo**, sino únicamente la oposición de los padres a que se utilice el tratamiento médico idóneo conforme a la *lex artis* médica, para atender un padecimiento que coloque en riesgo la vida." (Pág. 42, párrs. 1-3). (Énfasis en el original).

No obstante "[...] en presencia de una situación seriamente urgente puede ser indispensable que el médico tratante intervenga sin el consentimiento con la finalidad de preservar la vida del menor. En estos casos es claro que no es viable considerar un tratamiento alternativo puesto que el personal hospitalario debe actuar *en el momento* para enfrentar la situación médica particular." (Pág. 44, párr. 2). (Énfasis en el original).

7.1 Guarda y custodia, y visitas y convivencias

SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 123/2009, 09 de septiembre de 2009⁸⁴ (Valoración de la causa de pérdida de la patria potestad para fijar convivencias)

Razones similares en el ADR 6793/2018

Hechos del caso⁸⁵

La Suprema Corte resolvió una contradicción de tesis para determinar si la pérdida de la patria potestad implica la pérdida, o no, de los derechos de convivencia de los progenitores con sus hijos e hijas.

Por un lado, el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Segundo Circuito sostuvo que el hecho de que el progenitor hubiera sido condenado a la pérdida de la patria potestad, por haber incumplido con su obligación alimentaria, no conllevaba indefectiblemente la pérdida del derecho de convivencia con su hijo o hija menor de edad, mientras no se acreditara que la convivencia fuera contraria a su bienestar.

Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito consideró que el incumplimiento de las obligaciones respecto a los hijos e hijas, que conlleva a la pérdida de la patria potestad, implica una afectación grave a la integridad de niñas y niños, por lo que los progenitores que perdieron la patria potestad no debían conservar el derecho de convivencia con sus hijos e hijas.

La Suprema Corte determinó que la pérdida de la patria potestad no conlleva de forma inherente la pérdida del derecho de convivencia de un progenitor con sus hijos e hijas, sino que es necesario atender a la gravedad de las causas que dieron origen a la pérdida de la patria potestad.

⁸⁴ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero.

⁸⁵ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

Problema jurídico planteado

¿La gravedad de la causal de pérdida de la patria potestad, deberá ser valorada para la fijación de un régimen de convivencias entre el progenitor que perdió la patria potestad y sus hijas e hijos, menores de edad?

Criterio de la Suprema Corte

Para decidir sobre la fijación de un régimen de convivencias entre el progenitor que perdió la patria potestad y sus hijas e hijos, menores de edad, quien juzga deberá valorar la gravedad de la causal de pérdida de la patria potestad en cada caso concreto. En atención a que, derivado de esto, la convivencia pudiera representar algún riesgo para la seguridad o adecuado desarrollo del NNA, o algún daño irreversible en el desarrollo del NNA.

Justificación del criterio

"[L]a pérdida de la patria potestad no conlleva necesariamente la pérdida del derecho de convivencia del progenitor que perdió la primera, sino que el juzgador debe atender a las circunstancias que dieron lugar a la pérdida de la patria potestad y al interés del menor [...]" (pág. 41, párr. 3).

"[L]a gravedad de la causal de la pérdida de la patria potestad debe ser un elemento que el juez de lo familiar no puede dejar de tener en cuenta para definir si también deberá perderse el derecho de convivencia, en el entendido de que si determina la pérdida de la primera pero no del segundo de los derechos, esto es debido a que el derecho de convivencia no es un derecho exclusivo de los progenitores, sino también del menor, pues a través de éste se intenta propiciar su adecuado desarrollo psico-emocional, el régimen deberá quedar sujeto a la determinación del juez atendiendo a las condiciones y necesidades del menor y no así a la exigencia del progenitor." (Pág. 53, párr. 3).

"[E]n cada caso será necesario atender a la causal por la cual el progenitor fue condenado a la pérdida de la patria potestad, pues derivado de esto se puede llegar a la conclusión de que la convivencia pudiera importar algún riesgo para la seguridad o adecuado desarrollo del menor.

[...] [D]e lo contrario podría ocasionársele un daño irreversible en su desarrollo psicológico y emocional, es por ello que debe quedar al arbitrio del juzgador la decisión de si además de condenar a la pérdida de la patria potestad, también deberá decretar la pérdida del derecho de convivencia pues ésta puede acarrear un perjuicio al menor, o bien, por el contrario definir un régimen de convivencia que propicie la relación del menor con el padre que perdió la patria potestad por haber incurrido en alguna de las causales poco graves que prevea la legislación correspondiente." (Pág. 55, párrs. 2 y 3).

"No es óbice a lo anterior el hecho de que haya legislaciones en las que se establezca que derivado de la pérdida de la patria potestad se podría perder también el derecho de convivencia, [...] pues dicha circunstancia es [...] en la que el juzgador deberá valorar el caso concreto y definir si procede establecer un régimen de convivencia o no, atendiendo para ello al interés superior del niño." (Pág. 56, párr. 2).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2539/2010, 26 de enero de 2011⁸⁶ (Deberes de jueces en materia probatoria sobre asuntos donde se involucran los derechos de NNA)

Hechos del caso⁸⁷

El primero de marzo de 2010, en el Estado de México, un padre, en representación de sus tres hijos, demandó su guarda y custodia. Seguido el juicio, la jueza civil dictó sentencia en la que otorgó la guarda y custodia definitiva de los tres hijos a la madre. Inconforme, el padre interpuso un recurso de apelación. La sala familiar modificó la sentencia de primera instancia para señalar el pago de una pensión alimenticia a favor de los niños por el 45% de las percepciones del padre.

En contra de la sentencia de segunda instancia, el padre promovió un amparo directo alegando que no se tomó en cuenta la opinión de los niños que deseaban ser cuidados por su padre y que no se valoraron las particularidades del caso. Además, el padre señaló que no se ordenaron de oficio pruebas para determinar la aptitud de los progenitores en el ejercicio de la guarda y custodia de los hijos y cuestionó el análisis de las pruebas en el juicio. El tribunal colegiado de conocimiento confirmó la sentencia recurrida, por considerar que el análisis de las pruebas realizado por la sala familiar fue correcto y que se respetó lo manifestado por los niños.

Inconforme, el padre interpuso un recurso de revisión en el que reclamó que la sentencia de amparo careció de exhaustividad, al no pronunciarse respecto a una violación al artículo 4o. constitucional. El señor argumentó la violación de este artículo dado que la decisión no respetó los deseos de sus hijos para determinar la guarda y custodia de ellos a su favor. La Primera Sala de la Suprema Corte conoció del asunto y determinó que lo manifestado por los niños ante la jueza de primera instancia fue ponderado y valorado debidamente, de manera que se garantizó su derecho a expresar sus opiniones, de acuerdo con el artículo 4o. constitucional.

⁸⁶ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

⁸⁷ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

Problema jurídico planteado

¿Qué obligaciones tienen, en materia probatoria, quienes juzgan asuntos en los que directa o indirectamente se ven involucrados los derechos de niños, niñas y adolescentes?

Criterio de la Suprema Corte

Quienes juzgan asuntos en los que directa o indirectamente se ven involucrados los derechos de niños, niñas y adolescentes tienen la obligación de resolver la controversia conforme a lo que es mejor para estos. En materia probatoria, las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación de suplir la deficiencia de la queja y recabar de oficio las pruebas que considere necesarias para establecer lo que es de mayor conveniencia para preservar el interés superior de la niñez, tienen el deber de analizar todo el material probatorio que se encuentre en autos, aun cuando vaya más allá del litigio planteado y debe tomar en cuenta las opiniones de los niños.

Justificación del criterio

"[...] [E]n los juicios en los que directa o indirectamente se ven involucrados los derechos de los menores, el interés superior del niño le impone al juez resolver la controversia atendiendo a **lo que es mejor para el niño**. En materia probatoria, tal premisa supone, entre otras cuestiones, que el juez deba allegarse de todo el material probatorio que tenga a su alcance e incluso la potestad de recabar pruebas de oficio." (pág. 21, párr. 3). (Énfasis en el original).

Entre "[l]os deberes que en materia probatoria le impone el interés superior del niño al juzgador" (pág. 22, párr. 2) destacan:

a) "[L]a obligación de suplir la deficiencia de la queja y aportar de oficio las pruebas que se estimen pertinentes, cuando se reclamen actos que afecten derechos de menores o incapaces, así como cuando estos figuren como quejosos." (Pág. 22, párr. 4). (Énfasis en el original). "[L]a suplencia en la deficiencia de la queja debe operar desde la demanda hasta la ejecución de sentencia, incluyendo omisiones en la demanda, [e] insuficiencia de conceptos de violación [...]" (pág. 22, párr. 3) (énfasis en el original).

b) "[E]l juez está facultado de oficio para recabar las pruebas necesarias con el objeto de establecer aquello que resulte de mayor conveniencia para preservar el interés superior del niño" (pág. 23, párr. 2) (énfasis en el original).

c) "[E]l juez debe valorar todo el material probatorio que está integrado en autos, aun cuando vaya más allá de la *litis* planteada en la demanda de guarda y custodia" (pág. 23, párr. 3) (énfasis en el original).

d) Se deberá observar "el derecho de los menores a expresar libremente su opinión en todo asunto que lo afecte." (Pág. 24, párr. 2). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1573/2011, 07 de marzo de 2012⁸⁸ (Presunción de la idoneidad de la madre para el ejercicio la guarda y custodia de NNA no es absoluta)

Razones similares en el ADR 2159/2012, ADR 918/2013, ADR 3329/2013, ADR 2252/2013, AR 310/2013, ADR 1804/2014 y AR 149/2016

Hechos del caso⁸⁹

En 2010, en el Estado de México, una señora demandó de su esposo la guarda y custodia definitiva de su hija de seis meses de edad, así como una pensión alimenticia para ambas. El esposo contestó la demanda y reclamó la guarda y custodia definitiva de la hija, así como una pensión de la madre para él y la niña. En primera instancia, el juez civil concedió la guarda y custodia a la madre y condenó al padre al pago de una pensión alimenticia para la hija.

Inconforme, el padre interpuso un recurso de apelación, pero la sala familiar confirmó la sentencia recurrida. La sala consideró que la custodia correspondía a la madre, de conformidad con la presunción legal de que resulta la más apta para el cuidado de las y los hijos establecida en el artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, vigente en ese momento, y que el padre no había acreditado que otorgar la guarda y custodia a la señora resultaba perjudicial para la niña. En el juicio se valoró también un dictamen pericial en psicología, que concluía que la señora tenía mayores aptitudes y vocación para el cuidado de su hija.

En contra de la sentencia de segunda instancia, el señor interpuso un amparo directo por considerar que el artículo 4.228 violenta el principio de igualdad entre hombres y mujeres. El tribunal colegiado determinó negar el amparo porque, a su juicio, el artículo reclamado no favorece en principio a uno u otro de los progenitores, pues permite que sean ellos quienes determinen quién se hará cargo de la guarda y custodia y solo cuando no exista acuerdo entre ellos será aplicable la presunción reclamada.

El tribunal también remarcó que la diferencia de trato atendía a la obligación del Estado de considerar los periodos de gestación y de lactancia, que generan la preferencia a favor de la madre y que en la resolución se había realizado una adecuada valoración de

⁸⁸ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

⁸⁹ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

Artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, vigente en 2010.- "Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones:
I.- Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor;
II.- Si no llegan a ningún acuerdo:
A.- Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor.
B.- El Juez, después de oír a los interesados, decidirá quién se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce;
C.- Los mayores de catorce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá."

las pruebas. Adicionalmente, justificó la decisión atendiendo al principio de interés superior de la infancia, que obliga a calificar el bienestar de niñas y niños de forma prioritaria sobre el de sus progenitores.

Finalmente, el padre presentó un recurso de revisión en contra de la sentencia del tribunal colegiado. La Primera Sala de la Suprema Corte lo admitió y determinó negar el amparo solicitado, por considerar que el artículo señalado puede interpretarse conforme al interés superior de la niñez y el principio de igualdad.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Existe en el ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta a favor de alguno de los progenitores, para que se le otorgue la guarda y custodia de sus hijos o hijas?
2. ¿Qué elementos debe tomar en cuenta la persona juzgadora al determinar y delimitar el contenido del interés superior de la niñez para establecer quién de los que ejercen la patria potestad debe hacerse cargo de la guarda y custodia de un niño, niña o adolescente?

Criterios de la Suprema Corte

1. No existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores, pues en principio tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a sus hijos e hijas. La decisión judicial que se adopte al respecto ha de priorizar el interés y bienestar de la niñez sin partir de ninguna predeterminación o prejuicio sexista que otorgue privilegios a la hora de ser conferida la responsabilidad de atenderles y cuidarles. En ese sentido se debe interpretar el artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, vigente en ese momento.
2. Quien juzga, al aplicar el artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, vigente en ese momento, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa y la más benéfica para la niña o niño, tomando en cuenta los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en cada caso concreto para determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad y la formación psíquica y física del niño o niña, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre.

Otros elementos individualizados a tomar en cuenta son las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para el desarrollo del niño o niña, las pautas de conducta de su

Se sugiere revisar el Amparo en Revisión 331/2019 en el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la presunción para otorgar la guarda y custodia de los menores de 12 años, a la madre, establecida en el Código Civil para el Distrito Federal.

entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, entre otros elementos que se presenten en el caso concreto.

Justificación de los criterios

1. "[...] [E]l legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor. Sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, per se, la persona más preparada para tal tarea.

Es innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre. Y no solo [respecto a] las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, si no, y como lo han desarrollado diversos especialistas en la materia a nivel internacional, **el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro.** En esta lógica, **la determinación de la guarda y custodia a favor de la mujer está basada en la preservación del interés superior del menor, el cual, como ya señalamos, resulta el criterio proteccionista al que se debe acudir.**" (Pág. 26, párrs. 2 y 3). (Énfasis en el original).

"Ahora bien, como también señalan los expertos, pasado cierto periodo de tiempo, se opera un progresivo proceso de individuación del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores. El menor necesita tanto de su madre como de su padre aunque de modo diferente, en función de la edad. Ambos progenitores deben hacer posible y propiciar la presencia efectiva de esas funciones simbólicas en el proceso de maduración personal de los hijos.

En definitiva, y como ya lo ha establecido [la] Primera Sala en otros precedentes, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de **presunción de idoneidad absoluta** que juegue a favor de alguno de los progenitores, pues en principio tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos. La decisión judicial que se adopte al respecto ha de priorizar el interés y bienestar de los menores sin partir de ninguna predeterminación o prejuicio sexista que otorgue privilegios a la hora de ser conferida la responsabilidad de atender y cuidar de los hijos." (Pág. 29, párrs. 1 y 2). (Énfasis en el original).

2. "[...] [E]l interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia. En esta lógica,

a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos." (Pág. 25, párr. 4).

"En el caso [...], el intérprete, al momento de aplicar el inciso a), de la fracción II, del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que dispone que si no se llega a ningún acuerdo respecto a la guarda y custodia, **los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor**, deberá atender, en todo momento, al interés superior del menor.

Lo anterior significa que la decisión judicial al respecto no solo deberá atender a aquel escenario que resulte **menos perjudicial** para el menor, si no, por el contrario, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que resulte **lo más benéfica** para el menor." (Pág. 29, párrs. 3 y 4). (Énfasis en el original).

"El juez, al aplicar la norma impugnada, ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, tendiendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, entre muchos otros elementos que se presenten en cada caso concreto.

Esta es la exigencia que subyace del interés superior del menor y a través de la cual debe ser interpretada la norma impugnada. En esta lógica, la guarda y custodia no deberá ser otorgada, en automático y sin más razonamiento, a la madre, a pesar de la preferencia establecida por el legislador." (Pág. 30, párrs. 3 y 4).

"El juez ha de valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre.

Los jueces deben indagar, no solo el **menor perjuicio** que se le pueda causar al menor, sino que le **resultará más beneficioso** no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro. La tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más idónea para el menor." (Pág. 31, párrs. 2 y 3). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2479/2012, 24 de octubre de 2012⁹⁰ (Lineamientos de la prueba testimonial de NNA en procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica)

Razones similares en el AR 386/2013 y ADR 903/2014

Hechos del caso⁹¹

Mónica y Eduardo se casaron en 2002 y, dos años después, tuvieron una hija llamada René. El 19 de enero de 2007, un juez en Texas, Estados Unidos, decretó el divorcio entre los progenitores; la pérdida de patria potestad de Eduardo respecto de su hija, sin la subsistencia de algún régimen de convivencia entre padre e hija; y el otorgamiento de la custodia de René a Mónica.

En México, en el estado de Nuevo León, el 26 de noviembre de 2010, Eduardo inició un juicio de convivencia y posesión interina de René, pero el asunto fue sobreesido en virtud de la sentencia extranjera de 2007. Eduardo apeló la decisión, pero la sala familiar confirmó la sentencia de primera instancia y lo condenó al pago de gastos y costas.

En contra de la decisión de la sala familiar, Eduardo promovió un juicio de amparo directo. El tribunal colegiado que conoció del asunto concedió el amparo para el efecto de que se emitiera una nueva sentencia, en la cual se ordene al juez de primera instancia resolver la cuestión planteada atendiendo al derecho de René a ser escuchada.

Mónica interpuso un recurso de revisión, a través del cual alegó que la restitución del derecho humano de René a ser escuchada en el juicio de origen constituye un enfoque limitado que no contempla verdaderamente su interés superior. La Suprema Corte aceptó conocer del asunto y confirmó la sentencia recurrida, dado que la reposición del procedimiento para garantizar el derecho de la niña a ser escuchada en juicio no constituye una afectación a su interés superior.

⁹⁰ Unanimidad de cinco votos. Ministro Ponente: Arturo Zaldívar.

⁹¹ Si se desea profundizar en el derecho de participación de NNA en los juicios de guarda y custodia, se recomienda revisar el apartado "Derecho de niñas, niños y adolescentes a participar en procedimientos de guarda y custodia" contenido en el Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Qué lineamientos deben observarse para la participación de NNA, a través de una prueba testimonial o declaración, en los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica?
2. ¿Cómo deben expresarse las decisiones relacionadas con prueba y su valoración en los procesos judiciales relacionados con la adopción, guarda y custodia y convivencia con niñas y niños?

Criterios de la Suprema Corte

1. Atendiendo al interés superior de la infancia, los lineamientos que deben observarse para la participación de NNA, a través de una prueba testimonial o declaración, en los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica son los siguientes:

- 1) Admisión de la prueba: Al admitir el desahogo de la prueba testimonial de un NNA debe tomarse en cuenta:
 - a) madurez del NNA, manifestada en su capacidad de entendimiento y para formar un criterio propio.
 - b) Que la obligación de escuchar a un NNA no equivale a aceptar sus deseos.
 - c) Que se debe evitar entrevistar a los NNA en más ocasiones de las necesarias.
- 2) Preparación de la prueba: Deben adoptarse dos medidas:
 - a) Informar al NNA, en un lenguaje accesible y amigable, sobre el procedimiento y su derecho a participar en el mismo.
 - b) Garantizar que los NNA participen voluntariamente.
- 3) Desahogo de las pruebas: la diligencia de desahogo de la prueba testimonial o declaración del niño o niña debe ser en forma de entrevista o conversación, y debe cumplir con los siguientes requisitos:
 - a) Antes de la entrevista, es conveniente que el juzgador se reúna con una persona especialista en temas de niñez para que se formule la manera en que deben abordarse los temas de la controversia.
 - b) La diligencia debe desarrollarse, en la medida de lo posible, en un ambiente no hostil para el niño, niña o adolescente.

- c) Además de la persona juzgadora debe estar presente el especialista en niñez y una persona de confianza del niño, que no tenga un conflicto de interés en el caso.
 - d) La declaración o testimonial, en la medida de lo posible, debe registrarse íntegramente para su análisis posterior.
- 4) Representación del NNA: la representación recaerá sobre quienes legalmente están llamados a ejercerla, salvo que esto implique un conflicto de interés.
 - 5) Confidencialidad: los NNA deberán ser consultados sobre la confidencialidad de sus declaraciones.

2. Las decisiones relacionadas con la prueba y su valoración en los procesos judiciales relacionados con la adopción, guarda y custodia y convivencia con niñas y niños deben expresarse con claridad y exhaustividad, de modo que puedan ser objeto de análisis y control, para poder comprobar que se ha atendido el interés superior de la infancia, mediante la consideración de todos los elementos de convicción necesarios.

Justificación de los criterios

1. "[...] [P]ara la correcta determinación sobre lo que resulte en el superior interés de la niña, es necesaria su participación dentro del juicio de origen" (Pág. 22, párr. 3). (Énfasis en el original). "[...] [E]l derecho [de los NNA a participar en los procedimientos jurisdiccionales] constituye una formalidad esencial del procedimiento a favor de las niñas y niños, cuya tutela debe observarse siempre y en todo tipo de procedimiento que pueda afectar sus intereses" (pág. 27, párr. 2). (Énfasis en el original).

"[...] [L]os lineamientos que deben observarse para la participación de niñas y niños dentro de cualquier procedimiento jurisdiccional que pueda afectar su esfera jurídica:

- 1) **Admisión de la prueba.** Ya sea que se haya ofrecido como prueba el testimonio o declaración de las niñas o niños o que su participación se determine de oficio por el juzgador, es importante que se consideren los siguientes elementos respecto de la conveniencia de admitir la prueba:
 - a) [...] [L]a edad biológica de los niños no es el criterio determinante para llegar a una decisión respecto a su participación dentro de un procedimiento jurisdiccional. Con independencia de su edad, **lo importante es atender a la madurez de las niñas y niños, es decir, a su capacidad de comprender el asunto y sus consecuencias, así como de formarse un juicio o criterio propio.**

Presente este elemento deberá admitirse la prueba, con independencia de que igualmente deben considerarse dos factores adicionales: (i) las diferencias o variaciones en el grado de madurez de las niñas y niños deberán considerarse para la valoración de la prueba; y (ii) la obligación de escuchar a un niño no equivale a aceptar sus deseos, sino que su opinión deberá ser analizada de conformidad con el factor antes mencionado y a la luz de los lineamientos establecidos para tal efecto en el amparo directo 30/2008, así como dentro del cúmulo probatorio que obre en el expediente." (Pág. 31, párrs. 1-4). (Énfasis en el original).

"Deben tomarse en consideración las formas de comunicación verbal y no verbal.

Es importante destacar que la evaluación de la madurez del niño puede hacerse con anterioridad al desahogo de la prueba —mediante un dictamen pericial— o durante la diligencia misma de desahogo, según se estime conveniente.

- b) Debe **evitarse la práctica desconsiderada en el ejercicio de este derecho**, especialmente cuando las niñas o niños sean muy pequeños o en aquellos casos en que el menor de edad haya sido víctima de ciertos delitos, como abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato.
- c) Es importante que se evite entrevistar a los niños en más ocasiones de las necesarias.

2) **Preparación de la prueba.** Una vez considerada la conveniencia de admitir la prueba, es importante que se adopten dos medidas, igualmente previas a la entrevista:

- a) El niño debe ser **informado —en un lenguaje accesible y amigable— sobre: (i) el procedimiento**, es decir, lo que comprende información sobre los alegatos de las partes y las consecuencias que se pueden generar; **y (ii) su derecho a participar.**" (Pág. 32, párrs. 2-7). (Énfasis en el original).
- b) "Una vez informado, debe garantizarse que la niña o niño **participe voluntariamente**. La participación de las niñas y niños es una opción y no una obligación. El momento de confirmación de este factor se presenta inmediatamente antes del desahogo de la prueba, cuando el niño se encuentre separado de las personas que eventualmente pudieran presionarlo para que participe o se abstenga de hacerlo.

- 3) **Desahogo de la prueba.** La declaración o testimonio del niño se debe llevar a cabo en una diligencia seguida en forma de entrevista o conversación y no de un interrogatorio o examen unilateral. Esta diligencia debe cumplir con los siguientes requisitos:
- a) **Contenido:** con anterioridad a la entrevista es conveniente que el juzgador —o, en su caso, la persona facultada para llevar a cabo la diligencia— se reúna con un especialista en temas de niñez —psiquiatra o psicólogo— para que se aclaren los términos de lo que se pretende conversar con la niña o niño, de modo que a éste le resulte más sencillo comprender y continuar la conversación.
 - b) **Lugar:** la entrevista debe desarrollarse, en la medida de lo posible, en un lugar que no represente un ambiente hostil para los intereses del niño, donde pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones.
 - c) **Personas involucradas.** Además del juzgador o funcionario encargado de tomar la decisión y de la niña o niño, durante la diligencia deben estar presentes dos personas más: (i) el especialista en temas de niñez que se haya reunido con el juzgador —psiquiatra o psicólogo—; y (ii) una persona de confianza del niño, es decir, quien ejerza su representación natural, siempre y cuando esto no represente un conflicto de intereses, un tutor interino o algún mayor de edad involucrado en los asuntos del niño, como puede ser otro familiar que no esté involucrado en el conflicto o algún profesor, trabajador social o cuidador. Esta última persona deberá participar en caso de que la niña o niño así lo solicite o se estime mejor para lograr su superior interés." (Pág. 33, párrs. 2-6). (Énfasis en el original).
 - d) **"Registro de la diligencia.** En la medida de lo posible, se deberá **registrar la declaración o testimonio de las niñas y niños en su integralidad**, ya sea mediante la transcripción de toda la diligencia o con la utilización de los medios tecnológicos al alcance del juzgado o tribunal que permitan el registro del audio. Esto permitirá que la entrevista se valore integralmente por los tribunales de alzada y de amparo que eventualmente lleguen a conocer del asunto, a la vez que evitará el sometimiento de los niños a la celebración de nuevas entrevistas cuando no sean necesarias.
- 4) **Representación del niño.** Los niños deben intervenir directamente en las entrevistas, sin que ello implique que no puedan tener representación alguna durante el juicio. Para estos efectos, la representación recaerá en quienes legalmente estén

Llamados a ejercerla, salvo que esta situación genere un conflicto de intereses —como suele ocurrir en asuntos de guarda y custodia, por ejemplo—, en cuyo caso se deberá analizar la necesidad de nombrar un tutor interino.

- 5) **Confidencialidad.** Aunque la decisión final será adoptada por el juzgador, los niños deberán ser consultados sobre la confidencialidad de sus declaraciones, para efectos de evitar generarles algún conflicto que pueda implicar una afectación a su salud mental o, en general, a su bienestar." (Pág. 34, párrs. 2-4). (Énfasis en el original).

"Es importante enfatizar que en **cada una de estas medidas deberá tenerse siempre en cuenta el interés superior de la infancia**, de modo que no deberá adoptarse determinación alguna que implique algún perjuicio para los niños, más allá de los efectos normales que resultan inherentes a su participación dentro de un procedimiento jurisdiccional." (Pág. 35, párr. 2). (Énfasis en el original).

2. "Asimismo, resulta de la mayor trascendencia que **todas las decisiones que se adopten en relación con la prueba y su valoración se expresen con claridad y exhaustividad por el juzgador o tribunal, de modo que puedan ser objeto de análisis y control** —por los tribunales de alzada y los jueces de amparo—. Lo anterior posibilitará la comprobación de que se ha seguido el interés superior de la infancia durante el procedimiento y, en su caso, detectar las deficiencias en este sentido.

Por último, [la] Primera Sala observa que los procesos judiciales relacionados con la adopción, guarda y custodia y convivencia con niñas y niños, especialmente durante su primera infancia, deben ser manejados con **diligencia y celeridad excepcionales** por parte de las autoridades, mediante la **consideración de todos los elementos de convicción que resulten necesarios.**" (Pág. 35, párrs. 3 y 4). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2554/2012, 16 de enero de 2013⁹² (Interés superior de la niñez vs principio de mantenimiento de NNA en la familia biológica)

Hechos del caso⁹³

En el Estado de México, en 2008, un recién nacido fue abandonado en un terreno baldío por su madre, por lo que quedó al resguardo del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México (DIF). Luego de un proceso judicial, la madre perdió la patria

⁹² Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

⁹³ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

potestad del bebé. Siete meses después, los abuelos maternos del niño presentaron una demanda para que se les otorgara la guarda y custodia de su nieto. El juez civil concedió la guarda y custodia a los abuelos maternos, después de que se probara que tenían una relación filial.

El DIF apeló la decisión por considerar que decretar la guarda y custodia a favor de los abuelos, atendiendo únicamente a la relación biológica que existía entre ellos, no era correcto. La sala familiar que conoció del asunto restituyó al DIF la guarda y custodia del niño, con base en testimoniales, informes de trabajadores sociales, periciales psicológicas, pruebas genéticas y, en especial, en el desinterés de los abuelos hacia el niño desde que fue abandonado, ya que nunca se presentaron para conocerlo mientras estuvo al cuidado del Estado.

Inconformes, los abuelos promovieron una demanda de amparo, en la que argumentaron que la decisión afectaba el interés superior de su nieto. El tribunal colegiado de conocimiento estimó que la permanencia del niño bajo la guarda y custodia de sus abuelos maternos podía afectar su normal desarrollo porque su conducta podía poner en riesgo la salud, seguridad o moralidad del niño, por lo que negó el amparo solicitado.

Finalmente, los abuelos interpusieron un recurso de revisión, en el que señalaron que el interés superior de su nieto no podía garantizarse fuera de su núcleo familiar biológico. La Primera Sala de la Suprema Corte conoció del asunto y decidió confirmar la sentencia del tribunal colegiado, con base en el interés superior de la infancia. Sin embargo, puntualizó que las autoridades administrativas y judiciales involucradas en el asunto deberán tomar las medidas necesarias para favorecer una relación entre el niño y sus abuelos.

Problema jurídico planteado

¿Cómo se debe valorar el principio del interés superior de la niñez cuando entra en contradicción con el principio de mantenimiento de los NNA en la familia biológica?

Criterio de la Suprema Corte

Cuando el principio del interés superior de la niñez entra en contradicción con el principio de mantenimiento de NNA en la familia biológica, debe imponerse una técnica de ponderación que valore el peso atribuido a cada una de las directrices. Desde esta perspectiva, prevalece el interés superior de la infancia, ya que el principio de mantenimiento de NNA en la familia biológica se subordina al primero. El retorno de NNA a su familia biológica no será aceptable cuando sea incompatible con las medidas más benéficas para el desarrollo físico, intelectual e integración social del NNA.

Justificación del criterio

"[...] [L]a decisión de cualquier cuestión familiar suscitada en el marco de las relaciones de patria potestad —y, por extensión, todo conflicto o situación en que intervengan menores o de un modo u otro les afecte— debe valorar el beneficio del menor como **interés prevalente**." (Pág. 40, párr. 2). (Énfasis en el original).

"Tanto el deber de perseguir el interés de menor, como el principio de de (sic) mantenimiento del menor en la familia biológica, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, permitan la reinserción en la propia familia." (Pág. 42, párr. 3).

"Ahora bien, ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan el mantenimiento o reinserción en la familia biológica.

Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso atribuido a cada una de las directrices. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que se advierte la superior jerarquía atribuida al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella ('cuando no sea contrario a su interés').

Debe concluirse entonces, que el derecho de los padres biológicos o los ascendientes no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor.

"[...] Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia biológica; **pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.**" (Pág. 43, párrs. 1-4). (Énfasis en el original).

Hechos del caso⁹⁵

El 22 de julio de 2009, en el estado de Coahuila, un padre demandó el divorcio, el pago de una pensión alimenticia a su favor y de su hijo, la pérdida de la guarda y custodia de la madre sobre el niño y la reincorporación del niño a su domicilio. La jueza familiar que conoció del caso declaró procedente la acción de divorcio, decretó la guarda y custodia del niño a favor de la madre y condenó al padre a pagar una pensión alimenticia a favor del niño. El padre apeló la resolución de primera instancia, sin embargo, la sala familiar determinó que no era necesario el desahogo de pruebas oficiosas para dilucidar las condiciones psicosociales del padre, por lo que confirmó la sentencia.

Inconforme, el señor promovió un juicio de amparo directo. El tribunal colegiado de conocimiento determinó que se debían desahogar pruebas periciales en psicología y trabajo social para determinar qué progenitor estaba en mejores condiciones de hacerse cargo de la guarda y custodia del niño. Por lo anterior, con las pruebas señaladas, la sala dictó nueva sentencia y determinó que la madre tenía mejores condiciones para ejercer la guarda y custodia del niño.

En contra de la segunda resolución de la sala de apelación, el padre promovió un amparo directo en contra de la valoración de las pruebas, en especial, por omitir ordenar la práctica de pruebas periciales a la actual pareja de la madre. El amparo le fue negado porque, a juicio del tribunal colegiado, no existían deficiencias en los peritos o el desahogo de las pruebas y tampoco procedía el pago de una pensión alimenticia a favor del señor.

Finalmente, el padre interpuso un recurso de revisión por considerar que el tribunal colegiado omitió nombrar un representante especial al niño y que no suplió la deficiencia de la queja para ordenar el desahogo de otras pruebas para garantizar la seguridad y el sano desarrollo del niño, en especial en relación con la actual pareja de la madre del niño. La Primera Sala de la Suprema Corte admitió el asunto y decidió amparar al padre para efecto de practicar pruebas a las parejas de ambos progenitores, si es que tienen pareja, con el fin de evaluar los entornos familiares y determinar el más conveniente para el desarrollo del niño.

Problema jurídico planteado

¿La persona juzgadora debe ordenar la práctica de pruebas personales a las nuevas parejas de los progenitores que buscan ejercer la guarda y custodia de niños, niñas y adolescentes?

⁹⁴ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

⁹⁵ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

Criterio de la Suprema Corte

Conforme al principio de protección reforzada de los NNA, que se desprende del interés superior de la niñez, cuando quien juzga ha ordenado el desahogo de ciertas pruebas personales sobre los progenitores (psicológicas, de trabajo social o alguna similar) para poder decidir qué es lo que más le conviene a un NNA en relación con su guarda y custodia, también deben practicarse dichas pruebas a las nuevas parejas de los progenitores que buscan ejercer la guarda y custodia de los hijos o hijas, cuando estos cohabitan en el domicilio donde se va a ejercer la guarda y custodia. Al formar parte del núcleo familiar en el que se desenvolverá el NNA, debe descartarse cualquier riesgo físico o psicológico a su integridad derivado de la convivencia con las parejas de sus progenitores custodios.

Justificación del criterio

"[L]as cuestiones probatorias en los casos en los que se vean involucrados menores constituyen normalmente un tema de legalidad no susceptible de impugnarse en amparo directo en revisión. No obstante, esta Primera Sala estima que de manera extraordinaria pueden analizarse estas cuestiones cuando estén estrechamente relacionadas con la determinación del alcance de los derechos fundamentales de los menores." (Pág. 16, párr. 2).

De este modo, "cuando un órgano jurisdiccional ha considerado pertinente ordenar el desahogo de ciertas pruebas personales sobre los padres (psicológicas, de trabajo social o alguna similar) para poder decidir qué es lo que más le conviene a un menor en relación con su guarda y custodia, el principio del interés superior del niño ordena que esas pruebas también se practiquen de forma independiente a las parejas de los padres, en el caso de que cohabiten con éstas.

En efecto, cuando los padres cohabitan con otra pareja y existe una disputa sobre la guarda y custodia de los hijos, es lógico suponer que ésta se desarrollará en el domicilio del núcleo familiar compuesto por el padre y su pareja (e incluso en algunos casos los hijos de ésta). De esta forma, el menor deberá insertarse en ese núcleo familiar, toda vez que la guarda y custodia implica que convivirá de forma permanente con la pareja de uno de sus padres. Así, cuando se ha considerado pertinente realizar alguna prueba personal para evaluar la idoneidad de los padres para ser titulares de la guarda y custodia de un menor, lo más conveniente para éste es que esas pruebas también se practiquen a las respectivas parejas de los padres, toda vez que forman parte del núcleo familiar donde va a vivir el menor. Lo anterior es aún más relevante en casos como el presente, donde lo que pretende el recurrente es descartar que la convivencia con la pareja de la madre suponga un riesgo para la integridad física o psicológica del menor.

En esta línea, la protección reforzada a los menores que se depende del interés superior del niño obliga a los juzgadores a tomar las medidas necesarias para descartar que una decisión que afecta a un menor suponga un riesgo para éste. [...]” (Pág. 17, párrs. 1-3).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2159/2012, 24 de abril de 2013⁹⁶ (Las excepciones a la preferencia materna para detentar la guarda y custodia de niñas y niños están sujetas a un examen de razonabilidad)⁹⁷

Razones similares en el ADR 2252/2013 y AR 310/2013

Hechos del caso⁹⁸

En el estado de Nuevo León, un matrimonio conformado por Daniel y María se separó, por lo que Daniel abandonó el domicilio conyugal. Los dos hijos menores de edad del matrimonio quedaron bajo el cuidado de María, pero mantuvieron convivencias con Daniel por más de un año. El 18 de septiembre de 2009, Daniel promovió un juicio en contra de María para solicitar la guarda y custodia de sus hijos. Daniel señaló que él tenía la capacidad económica, así como la formación académica y moral para hacerse cargo de sus hijos, en cambio María sometía a sus hijos a un ambiente de violencia por su comportamiento negligente e inadecuado.

Mientras se desarrollaba el juicio, la juez familiar estableció un régimen de convivencia provisional entre Daniel y sus hijos. El 31 de mayo de 2010, la jueza familiar dictó sentencia donde otorgó la guarda y custodia de los niños a Daniel y fijó un régimen de convivencia entre María y sus hijos porque consideró que no les había brindado un ambiente de comprensión, amor y respeto.

María apeló la decisión de primera instancia, entre otras cosas, porque la jueza no tomó en cuenta la presunción contenida en artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, la cual señala que la madre tendrá preferencia para la custodia de sus hijos, a menos de que se acredite alguna de las excepciones que señala el propio artículo, excepciones que consideró que no fueron probadas. Una sala civil conoció del asunto y revocó la decisión de primera instancia porque no hubo una adecuada valoración de las pruebas, mismas que resultaron irrelevantes para desvirtuar la presunción legal mencionada.

⁹⁶ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

⁹⁷ Para profundizar sobre el tema, se sugiere revisar el capítulo "Inconstitucionalidad de la preferencia materna para detentar la guarda y custodia" contenido en el Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

⁹⁸ Para mejor entendimiento de los hechos, se usan nombres ficticios.

Artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León (vigente en 2010). "La madre tendrá en todos los casos en que no viva con el padre de sus hijos, el derecho preferente de mantener a su cuidado a los que fueren menores de doce años, a menos que se dedicare a la prostitución, al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriaguez, drogadicción o cualquier otra adicción que pusiere directa o indirectamente en riesgo la estabilidad física o emocional del menor, tuviere alguna enfermedad contagiosa, o por su conducta antisocial ofreciere peligro grave para la salud o la moralidad de sus hijos. Debiendo en todo caso el Juez, escuchar la opinión de los menores que han cumplido doce años, resolviendo siempre conforme al interés superior de éstos. En todos los casos, el Juez deberá garantizar y facilitar la convivencia de los menores con su padre o madre y cuando sea necesario supervisarla."

En contra de la sentencia de apelación, Daniel promovió un juicio de amparo directo a través del cual insistió en la pertinencia de las pruebas aportadas y la ineptitud de María para ejercer la custodia de los niños. El tribunal colegiado de conocimiento otorgó el amparo a Daniel para que se dictaran las providencias necesarias para obtener la mayor cantidad posible de elementos para resolver el asunto. En cumplimiento de la sentencia de amparo, se analizaron nuevamente las pruebas periciales, lo cual llevó a una nueva sentencia de segunda instancia que reiteró que no se demostró la existencia de alguna de las excepciones previstas en el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León.

Daniel promovió un segundo juicio de amparo directo reiterando la idoneidad de las pruebas periciales ofrecidas en juicio, las cuales acreditaban el daño psicológico que María les había causado a sus hijos. El tribunal colegiado que conoció del asunto concedió el amparo y ordenó que se dejará insubsistente la sentencia reclamada y se emitiera una que otorgará la guarda y custodia de los niños a Daniel, así como la fijación de un régimen de convivencias entre madre e hijos.

María presentó un recurso de revisión, el cual fue de conocimiento de la Suprema Corte, la cual a través de su Primera Sala revocó la sentencia recurrida para efecto de escuchar a los niños, y que el tribunal colegiado otorgue la guarda y custodia de los infantes conforme a la interpretación de que la presunción legal de la preferencia materna alegada no es absoluta.

Problema jurídico planteado

¿La actualización de alguna de las excepciones a la preferencia materna para el ejercicio de la guarda y custodia de las y los hijos menores de doce años, contenidas en el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, implica automáticamente privar a la madre de detentar la guarda y custodia de sus hijos o hijas?

Se sugiere revisar el Amparo en Revisión 331/2019 en el que la Corte declaró la inconstitucionalidad de la presunción para otorgar la guarda y custodia de los menores de 12 años, a la madre, establecida en el Código Civil para el Distrito Federal.

Criterio de la Suprema Corte

La actualización de alguna de las excepciones a la presunción de idoneidad materna para el ejercicio de la guarda y custodia de las y los hijos menores de doce años, contenida en el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, no implica automáticamente la privación de la madre de detentar la guarda y custodia de sus hijos. La existencia de estos supuestos no significa que sean armónicos con el interés superior de la infancia, incluso dichas excepciones pueden sustentarse en un reproche moral o social, que poco tienen que ver con las cualidades de madre de una mujer. Por lo tanto, quien juzga deberá realizar un análisis de razonabilidad para determinar si en el caso en concreto, la excepción justifica la privación de la guarda y custodia, al poner en peligro o imposibilitar que la madre cumpla con los deberes de guarda y custodia.

Justificación del criterio

"[...] [I]ncluso en el supuesto de que el legislador de determinada entidad federativa establezca una serie de supuestos de excepción a una preferencia de que la madre detente la guarda y custodia de sus menores hijos, a través de los cuales estime que se encuentra protegido el interés superior de los mismos, debe señalarse que **tales supuestos se encuentran sujetos a un análisis de razonabilidad, pues su sola inclusión en cierta normativa por parte del legislador local, no los torna, per se, en válidos e idóneos para preservar el mayor beneficio para los menores.**

Se arriba a tal consideración, toda vez que [...] la sola existencia de supuestos taxativos establecidos por el legislador, no implica que los mismos sean armónicos con el interés superior del menor, ni implica que los mismos protejan de forma integral a dicho principio en cualquier supuesto de hecho que pudiese presentarse[...]" (pág. 42, párrs. 4 y 5) (énfasis en el original).

"Así, [...] incluso en el caso de que se estime la actualización de alguno de los supuestos antes señalados, el juzgador deberá analizar que el mismo se traduzca en el mayor beneficio posible para los menores. Lo anterior toda vez que si bien el legislador de Nuevo León estableció una preferencia hacia la madre para detentar la guarda y custodia, y enumeró una serie de supuestos de excepción, los mismos **pueden sustentarse en un reproche moral o social, que poco tienen que ver con las cualidades de madre de una mujer y que, en última instancia resultaría incompatible con el interés superior del menor.**" (Pág. 44, párr. 3). (Énfasis en el original).

"Por ende, disposiciones como las contenidas en la legislación de Nuevo León, no deberán ser interpretadas como una sanción o reproche a conductas o situaciones exclusivas de los progenitores, sino que deben evaluarse en la medida en que impidan o dificulten el pleno desarrollo del menor.

En consecuencia, causales como la consistente en que la madre se dedique a la **prostitución** —contenida en el artículo en estudio—, no debe entenderse como una situación que, *per se*, justifique que la madre no detente la guarda y custodia de sus menores hijos, sino que su actualización debe verificarse solamente cuando implique una puesta en peligro o imposibilidad de cumplir con los deberes inherentes de la guarda y custodia. Es más, la inclusión de supuestos de este tipo por parte del legislador se encuentra muy cerca de un escenario de discriminación, ya que implican inevitablemente la idea de la mujer como un ser inferior, como ser cosificado para el deseo del hombre, y que resulta incapaz de ser una 'buena' madre." (Pág. 46, párrs. 3 y 4). (Énfasis en el original).

"En ese mismo sentido debe interpretarse la causal relativa a que la madre tenga una enfermedad contagiosa, pues tal enfermedad en específico deberá ser evaluada por el juzgador, a efecto de analizar si la situación en concreto imposibilita que el menor se desarrolle en el ambiente que le sea de mayor beneficio.

En suma, incluso en el supuesto de que se alegue la actualización de alguna de las causales establecidas en la legislación del Estado de Nuevo León, **el juzgador deberá realizar un análisis de razonabilidad, a efecto de determinar si en el caso en concreto, la misma justifica la privación de la guarda y custodia, en virtud de que ponga en peligro o imposibilite que la madre cumpla con los deberes que son inherentes a dicha institución jurídica, y que por tanto, son fundamentales para la protección más amplia del interés superior del menor.**" (Pág. 46, párrs. 2 y 3). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 583/2013, 11 de septiembre de 2013⁹⁹ (Valoración de elementos para fijar las convivencias entre progenitores no custodios y sus hijos e hijas)

Razones similares en el AR 169/2014

Hechos del caso¹⁰⁰

El 5 de febrero de 2010, en el estado de Chiapas, un padre recogió en la escuela a su hijo de cuatro años; sin embargo, una hora después, la madre también se presentó en el plantel educativo para llevarse al niño. Al percatarse de que el niño no estaba, la madre se comunicó con el padre para que regresara al niño, a lo que él se negó. El mismo día, la madre acudió al Ministerio Público para denunciar los hechos.

Una vez practicadas las diligencias pertinentes, el 2 de mayo de 2010, la autoridad ministerial ejerció acción penal en contra del padre como probable responsable del "delito de sustracción de menores", previsto en el artículo 225 del Código Penal para el Estado de Chiapas, y solicitó al juez penal en turno que librara una orden de aprehensión. La orden fue librada en contra del padre y con posterioridad se dictó un auto de formal prisión. El 4 de mayo de 2012, el juez penal dictó sentencia definitiva en la que declaró al padre penalmente responsable del "delito de sustracción de menores" en agravio de su hijo y le impuso una pena de dos años y seis meses de prisión y una multa de cien días de salario. El padre apeló la sentencia penal, pero la sala regional colegiada la confirmó.

Posteriormente, el señor promovió un juicio de amparo a través del cual reclamó, entre otras cosas, que el "delito de sustracción de menores" contenido en el artículo 225 del

Artículo 225 Código Penal para el Estado de Chiapas.- "Si el sujeto activo de la sustracción del menor o del incapaz no tiene la finalidad de corromperlo, es familiar del sustraído pero no ejerce la patria potestad o la tutela sobre el mismo, o no ejerce la guarda o custodia por resolución judicial, se le impondrá la mitad de las penas previstas para el delito de sustracción."

⁹⁹ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar.

¹⁰⁰ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

Código Penal para el Estado de Chiapas transgrede los derechos humanos a la convivencia familiar, al sano desarrollo psicológico y al interés superior de la niñez, pues impide el contacto del niño con uno de sus progenitores. Sin embargo, el tribunal colegiado de conocimiento determinó negar el amparo solicitado, por considerar que lo que limita la norma es que el NNA sea sustraído de su entorno familiar para ser llevado a otro distinto, cuando existe una resolución judicial que impide dicha conducta.

Finalmente, el padre interpuso un recurso de revisión que fue resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte. La Sala confirmó la sentencia recurrida, entre otras cosas, porque la norma tiene como finalidad proteger el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, de manera que no se vean afectados por los problemas que puedan ocurrir entre sus progenitores.

Problema jurídico planteado

¿Qué elementos debe valorar quien juzga para dotar de contenido el derecho de visitas entre progenitores no custodios y sus hijas o hijos menores de edad?

Criterio de la Suprema Corte

Para dotar de contenido el derecho de visitas entre progenitores no custodios y sus hijas o hijos, menores de edad, quien juzga debe valorar diversos elementos tales como la edad, necesidades y costumbres de los NNA involucrados; el tipo de relación que mantienen con el progenitor no custodio; los orígenes del conflicto familiar; la disponibilidad y personalidad del progenitor no custodio; la distancia geográfica entre la residencia habitual de los NNA y la del progenitor no custodio; y cualquier otro factor que le permita discernir qué régimen de convivencia sería el más benéfico para los NNA involucrados. Si quien juzga observa una situación extraordinaria, podrá privar del progenitor no custodio del derecho de convivencias, exponiendo en su resolución los hechos que indubitablemente demuestren la nocividad de la relación paterno-filial.

Justificación del criterio

"Al igual que la decisión sobre la asignación de la guarda y custodia a uno de los progenitores, la determinación sobre el contenido del derecho de visitas en cada caso concreto tampoco es una tarea sencilla. El juez de lo familiar deberá tener en consideración diversos elementos tales como la edad, necesidades y costumbres de los menores involucrados; el tipo de relación que mantienen con el progenitor no custodio; los orígenes del conflicto familiar; la disponibilidad y personalidad del progenitor no custodio; la distancia geográfica entre la residencia habitual de los menores y la del padre no custodio; y en general cualquier otro factor que permita al juzgador discernir qué régimen de convivencia sería más benéfico para los menores involucrados.

Así las cosas, tomando como base los anteriores elementos, el juez de lo familiar deberá establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que considere más adecuadas para el ejercicio del derecho de visitas, velando siempre por el bienestar del menor en cuestión. Dichas circunstancias conformarán propiamente el contenido del régimen de convivencia o derecho de visitas." (Pág. 35, párrs. 1 y 2).

"Por otra parte, a pesar de que [...] el contacto regular entre los menores y ambos progenitores es un elemento no sólo beneficioso sino esencial en el desarrollo de la personalidad del menor, también es un hecho que pueden llegarse a presentar situaciones excepcionalmente graves en las que la existencia de una relación familiar con uno de los progenitores puede resultar perjudicial para éste. En consecuencia, ante la existencia de situaciones extraordinarias en las que la convivencia con alguno de los progenitores sea más perjudicial que beneficiosa para el menor, el juez de lo familiar, mediante una resolución en la que exponga los hechos que indubitablemente demuestren la nocividad de la relación paterno-filial, podrá privar al progenitor en cuestión del derecho de convivencia." (Pág. 36, párr. 2).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2618/2013, 23 de octubre de 2013¹⁰¹ (Valoración de una categoría sospechosa al atribuir la guarda y custodia)¹⁰²

Razones similares en el ADR 4122/2015, ADR 1773/2016, ADR 8577/2019 y ADR 5382/2019

Hechos del caso

Una mujer demandó del padre de sus hijas: la guarda y custodia de las niñas, el pago y aseguramiento de una pensión alimenticia y el establecimiento de un régimen de visitas entre las hijas y el demandado. En su contestación, el demandado reconvino la pérdida de la patria potestad, la guarda y custodia provisional a su favor y un régimen de convivencia con la madre. Adicionalmente, se acumuló la solicitud de disolución del vínculo matrimonial.

En su resolución, el juzgado determinó la disolución del vínculo matrimonial, absolvió a la madre de la pérdida de la patria potestad y concedió la guarda y custodia en favor del padre, estableciendo un régimen de visitas con la madre. Inconformes con la decisión, ambas partes interpusieron recurso de apelación. La sala que conoció del asunto determinó modificar la guarda y custodia, concediendo ésta en favor de la madre, y estableciendo un régimen de visitas con el padre. Además, restringió en forma absoluta el contacto de

¹⁰¹ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

¹⁰² Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

las niñas con el tío materno, a quien se le imputa haber abusado sexualmente de ellas. Por último, decretó una pensión alimenticia en favor de la madre y sus hijas, así como la asistencia de ambos progenitores a terapia psicológica.

En contra de la anterior decisión, el padre presentó un juicio de amparo. En su decisión, el Tribunal Colegiado determinó que la guarda y custodia correspondía al padre, toda vez que presenta una condición económica más favorable, además que la madre estaba diagnosticada con lupus y artritis, condición que influía en su salud mental y no le permitía hacerse cargo de las responsabilidades de cuidado.

Como tercera interesada en el anterior juicio de amparo, la madre interpuso un recurso de revisión, el cual fue remitido a la Suprema Corte. En su decisión, la Corte determinó que los razonamientos del Tribunal ponderaron la salud y condición económica de la madre, ambas categorías sospechosas protegidas por la constitución. Por lo que se revocó la sentencia para el efecto de que el órgano colegiado emitiera una nueva en la que no ponderara la situación de salud física de la madre o, si lo hacía, se sustentara en pruebas técnicas o científicas que mostraran el grado de afectación de la salud de la madre y la manera en que dichas circunstancias la hacían menos idónea que el padre para cuidar de manera apropiada a las niñas.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Qué elementos pueden considerarse para determinar si una decisión judicial está basada en una categoría sospechosa?
2. ¿Qué debe evidenciar la persona juzgadora si quiere ponderar, en una contienda de guarda y custodia, una característica de un progenitor protegida por el artículo 1o. constitucional para que no constituya un trato discriminatorio?

Criterios de la suprema Corte

1. Para determinar si la decisión judicial estuvo motivada en categorías sospechosas es necesario analizar los argumentos expuestos, el lenguaje utilizado y el contexto en que se tomó la decisión. Lo anterior, para determinar si existió un vínculo o nexo causal entre la categoría sospechosa y la decisión.
2. Para superar la presunción de discriminación, la determinación de la guarda y custodia basada en una categoría sospechosa debe probar la existencia de un riesgo en contra del niño, niña o adolescente. Dicho riesgo no puede estar basado en especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres. Al contrario, la existencia de un riesgo derivado de una categoría sospechosa debe evidenciar con base en pruebas técnicas o científicas que dicha circunstancia tiene un

impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño o niña, esto es, que hace más probable que se encuentre mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores.

Justificación de los criterios

1. "En este primer nivel de análisis debe determinarse si la decisión judicial estuvo motivada en las categorías de salud y situación económica de la madre. Esto es, si el órgano judicial consideró en su resolución las condiciones de salud y economía de la ahora recurrente como factores a ponderar en la determinación de guarda y custodia de las niñas.

"Para lo anterior, es necesario analizar los argumentos expuestos por del Tribunal Colegiado, el lenguaje utilizado y el contexto en que se tomó la decisión judicial. Así, será posible determinar si existió un vínculo o nexo causal entre la salud y situación económica de la madre y la determinación de guarda y custodia.

"Debe precisarse asimismo, que en tanto la salud y condición económica son categorías protegidas por la Constitución, no es necesario que la decisión del Tribunal Colegiado esté basada 'fundamental y únicamente' en dichas circunstancias. Basta con que tales condiciones hayan sido tomadas en cuenta por el juzgador." (Pág. 33, párrs. 1-3). (Énfasis en el original).

2. **"Un uso justificado de las categorías protegidas por la Constitución** será aquel que evidencié con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un **impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño. La situación de riesgo que se alegue debe ser probada, y no especulativa o imaginaria.** Por tanto, **no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres que se cataloguen como categorías protegidas por la Constitución.**" (Pág. 38, párr. 3) (Énfasis en el original).

"Sólo en caso de que se pruebe la existencia de un riesgo para el desarrollo de los niños, podrá afirmarse que la ponderación de las categorías protegidas por la Constitución tiende a proteger el interés superior del niño. De otro modo su alegada protección resultaría especulativa y sin sustento alguno. Si por el contrario se demuestra tal situación de riesgo, entonces deberá privilegiarse al interés superior del niño frente a la diferencia de trato (pérdida de la guarda y custodia con motivo de dichas circunstancias), la cual, en tanto se encontraría justificada, no sería discriminatoria." (Pág. 38, párr. 3).

Al respecto, la Corte precisó que "[d]e acuerdo con la literatura especializada, el aumento del riesgo 'se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento aumenta cuando se produce el primero" (pág. 40, párr. 3). "[...] Bajo

En este asunto la Suprema Corte resaltó la existencia de literatura especializada, con la cual integró una interpretación del concepto de riesgo "como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro." (Pág. 40).

dicha premisa, la situación de riesgo se actualizará si el hecho de que uno de los padres se ubique en una categoría sospechosa (primer evento) hace más probable que el menor se encontrará mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores (segundo evento)." (Pág. 41, párr. 1).

"En tal sentido basta con que el juzgador evidencie que las circunstancias que ponderó, aun cuando éstas constituyan categorías protegidas por la Constitución, hagan más probable "que el niño se encuentre mejor" únicamente bajo el cuidado del otro de los progenitores." (Pág. 41, párr. 2).

"En resumen, si el juez considera conveniente ponderar en las contiendas de guarda y custodia de los niños que alguno de los padres tiene ciertas características protegidas por el artículo 1o. de la Constitución, debe evidenciar con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias hacen más probable que el niño se encuentre mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores. De otro modo, la decisión judicial motivada en alguna de dichas categorías resultaría injustificada y por tanto constituiría un trato discriminatorio." (Pág. 42, párr. 1). (Énfasis en el original).

"Asimismo, en tanto no se pruebe que dicha circunstancia genera una situación de riesgo en los bienes o derechos de los menores, no puede considerarse que su ponderación en la decisión de guarda y custodia tienda a proteger al interés superior de la infancia." (Pág. 42, párr. 2). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 386/2013, 04 de diciembre de 2013¹⁰³ (Valoración de que el NNA esté en condiciones de formar su propio juicio y preparación previa a su participación)

Hechos del caso¹⁰⁴

En el estado de Jalisco, Cecilia y Juan tuvieron un hijo llamado Camilo. Cuando la pareja se separó, celebraron un convenio notarial en el que fijaron los días y horas de convivencia entre Camilo y Juan, una pensión alimenticia, la custodia y el lugar donde estudiaría Camilo. Posteriormente, Cecilia demandó la guarda y custodia del niño, por su parte Juan interpuso un incidente de convivencias provisionales.

Después de diferentes procedimientos, el juez familiar señaló fecha para que se realizara una audiencia de escucha del niño, conforme al artículo 573 del Código Civil del Estado de Jalisco y ordenó a Cecilia presentar a Camilo para el desarrollo de la audiencia.

¹⁰³ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

¹⁰⁴ Para mejor entendimiento de los hechos, se usan nombres ficticios.

Artículo 573 del Código Civil del Estado de Jalisco.- "Cuando se vaya a tomar una determinación relacionada con los intereses del menor, deberá oírsele y considerársele su opinión, la cual deberá ser valorada en función de su edad y madurez"

Cecilia promovió un juicio de amparo indirecto, por sí misma y en representación de su hijo, en contra de la decisión del juez de señalar fecha para la audiencia de escucha del niño, la orden de presentarlo para el desarrollo de dicha audiencia, así como la aplicación del artículo 573 referido. Cecilia argumentó, principalmente, que la norma combatida vulneraba el interés superior de la niñez y ponía en riesgo la salud mental de los niños, ya que establecía la obligación de que todos los niños, niñas y adolescentes se presentaran en el juzgado para ser escuchados, con independencia de la situación particular en que se encuentren.

El juez de distrito sobreseyó el amparo respecto a la orden de presentar al niño para el desarrollo de la audiencia de escucha; negó el amparo respecto a la aplicación del artículo 573 del Código; y concedió el amparo en contra de la decisión del juez de primera instancia de señalar fecha para el desarrollo de dicha audiencia.

Inconforme con la sentencia de amparo, Cecilia interpuso un recurso de revisión. En su recurso alegó, entre otras cuestiones, que si bien el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que es importante escuchar a las niñas, niños y adolescentes en juicios en que se puedan afectar sus intereses, este derecho sólo aplicaba al niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio.

El tribunal colegiado del conocimiento remitió el expediente a la Suprema Corte, la cual asumió su competencia originaria para conocer del asunto porque se cuestionó la constitucionalidad del artículo 573 del Código Civil del Estado de Jalisco. La Suprema Corte confirmó la sentencia, ya que, aunque el artículo 573 citado no lo señala expresamente, conforme al interés superior de la infancia, las y los juzgadores tienen el deber de valorar que el NNA esté en condiciones de formarse un juicio propio para su participación en juicios que puedan afectar sus derechos.

Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

Problema jurídico planteado

¿El artículo 573 del Código Civil del Estado de Jalisco es inconveniente por no contemplar que para que los NNA expresen su opinión en asuntos relacionados con sus intereses, debe valorarse que estén en condiciones de formarse un juicio propio?

Criterio de la Suprema Corte

El artículo 573 del Código Civil del Estado de Jalisco es convencional porque, aunque no señala expresamente que deberá oírse a los NNA que estén en condiciones de formarse un juicio propio, la norma no es limitante y constituye una obligación de la persona juzgadora de evaluar la capacidad del NNA de formarse una opinión autónoma y considerar en cada caso la pertinencia de escuchar al NNA, atendiendo al interés superior de la niñez.

La Corte señaló que en caso de que la persona juzgadora estime pertinente escuchar al NNA podrá atender a los lineamientos contenidos en el Protocolo de Actuación para quienes Imparten Justicia en Casos que Afecten a Niñas, Niños y Adolescentes, que establece recomendaciones para los casos en que el NNA vaya a participar en un procedimiento jurisdiccional que afecte su esfera jurídica, de manera que pueda disminuir sus sentimientos de indefensión y angustia y participar sin temor.

Algunas recomendaciones son:

- a) Informar al NNA, de acuerdo a su edad y grado de desarrollo, del momento y la manera en que se desarrollará la diligencia, el propósito, quiénes estarán presentes y la función de cada uno, incluido lo que el NNA deberá hacer.
- b) Deberá indicarse que el NNA podrá hablar o si lo desea guardar silencio, preguntar lo que no entienda y adicionar cualquier información que desee. Señalar que el NNA está en plena libertad de contestar lo que considere, ya que no hay respuestas correctas o incorrectas, y se deberá disipar cualquier temor a ser castigado por expresarse libremente.
- c) La preparación debe realizarse por lo menos un día previo a la diligencia, por personal especializado en NNA.
- d) Tanto la preparación como la diligencia deben desarrollarse con un lenguaje sencillo y comprensible.
- e) Que el NNA cuente con alguna persona de apoyo, quien no podrá intervenir en la diligencia.
- f) Que la duración de la diligencia sea mínima y se desarrolle con un lenguaje sencillo y comprensible, al igual que la preparación de la diligencia. (Párrs. 81-83).

Además, deberá considerar las posibles consecuencias negativas de la participación en el juicio, tratándose de niños o niñas que sean muy pequeños o que hayan sido víctimas de delitos o de maltrato, y adoptar las medidas necesarias para garantizar que se ejerza su derecho a ser escuchados, asegurando la plena protección del NNA y evitando experiencias nocivas.

Justificación del criterio

"Al señalar el referido artículo 12 [de la Convención sobre los Derechos del Niño], que los Estados partes garantizarán a los niños que estén **en condiciones de formarse un juicio propio**, el derecho a expresar su opinión en los asuntos que los afecten, no debe entenderse que tal derecho sólo está previsto para niños mayores y con madurez suficiente como lo señala la [promovente]". (Párr. 50). (Énfasis en el original).

"[A] señalar el punto 1 del artículo 12 de la multicitada Convención, que los Estados deben garantizar, a los niños que estén **en condiciones de formarse un juicio propio**, el derecho de expresar su opinión en los asuntos que los afecten, no debe tenerse como una limitante para ejercer ese derecho, para aquellos niños más pequeños. Ello en virtud de que tal señalamiento, constituye una obligación para el Estado en el sentido de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, capacidad que no depende de su edad, ya que hay niños que son capaces de formarse opiniones aun cuando no las pueden expresar verbalmente, pues basta que tengan una comprensión suficiente del asunto que los afecta para ser capaces de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto que les permita comprender, elegir y tener preferencias". (Párr. 52). (Énfasis en el original).

"[...] [L]a obligación del Estado de evaluar si los niños están **en condiciones de formarse un juicio propio**, deberá considerar las posibles consecuencias negativas tratándose de niños que sean muy pequeños o que hayan sido víctimas de delitos o de maltrato, debiendo adoptar las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a la escucha, asegurando plena protección del niño, evitando experiencias nocivas". (Párr. 54). (Énfasis en el original).

"De todo lo anterior, puede concluirse que el artículo 573 del Código Civil del Estado de Jalisco no es contrario al 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues aun cuando aquél no señala expresamente que deberá oírse a los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio, lo cierto es que [...] tal precisión en el precepto convencional referido, no es limitante, sino que constituye una obligación del Estado (del juzgador), evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, es decir, considerar en cada caso la pertinencia de la escucha atendiendo al interés superior del niño." (Párr. 59).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3545/2013, 14 de enero de 2015¹⁰⁵ (Videograbación de pruebas psicológicas practicadas a los NNA)

Hechos del caso¹⁰⁶

En 2004, en el estado de Nuevo León, Rosa y Francisco promovieron un juicio de divorcio por mutuo consentimiento en el que acordaron que ambos conservarían la patria potestad de su hijo Uriel, que Rosa tendría la custodia de Uriel y Francisco tendría visitas con su hijo. Cuatro años después se modificaron los días de convivencia entre Francisco y Uriel, el juez familiar apercibió con el cese del derecho de convivencia por un año a Francisco si incumplía con la entrega del niño conforme a lo acordado y a Rosa si no proporcionaba las facilidades necesarias para la convivencia.

Un par de meses después, Francisco acudió junto con su hijo a denunciar actos de maltrato en contra de Uriel por parte de Rosa. Con base en la denuncia, Francisco promovió una separación cautelar de persona, de manera que un juez familiar decretó la separación de Uriel del domicilio de Rosa. Por otra parte, Francisco demandó la custodia definitiva de Uriel y la declaración judicial de que se limiten o suspendan los derechos de patria potestad de Rosa sobre Uriel. En su demanda, Francisco argumentó que Uriel había sido víctima de violencia física y psicológica por Rosa y el abuelo materno de Uriel; Rosa, por su parte, negó que haya violentado al niño.

Seguido el procedimiento, en 2011, se dictó sentencia en la que se decretó improcedente la acción porque Francisco no acreditó su pretensión con las pruebas aportadas y desahogadas, razón por la que el juez familiar ordenó entregar a Uriel de manera inmediata a Rosa. En contra de esta decisión, Francisco interpuso un recurso de apelación, el cual ordenó la reposición del procedimiento.

Rosa promovió un amparo indirecto, el cual le fue negado. Ante la negativa de amparo, Rosa presentó un recurso de revisión, el cual le fue concedido para efecto de que se recabaran de forma oficiosa las pruebas periciales en psicología y trabajo social de Francisco, ya que la decisión no tomó en cuenta si el padre presentaba patologías que afectarían el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo. En la nueva resolución, se confirmó la decisión del juez familiar respecto a entregar a Uriel a Rosa.

Es relevante que, durante el procedimiento, para el desahogo de la prueba en psicología de Uriel, Francisco solicitó la videograbación de la práctica de la prueba para evitar que

¹⁰⁵ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

¹⁰⁶ Para mejor entendimiento de los hechos se usan nombres ficticios.

los dictámenes fueran alterados, pero la autoridad se negó. En ese punto, Francisco puso una grabadora oculta en la ropa de Uriel los días que se practicó la prueba y presentó las grabaciones notariadas para señalar que la perito en psicología alteró la prueba, pero no procedió su acción.

Después, Francisco, por su propio derecho y en representación de Uriel, promovió un juicio de amparo directo, en el que cuestionó, entre otras cosas, la valoración de las pruebas desahogadas. El juicio fue sobreesido, ya que lo reclamado por Francisco no eran cuestiones de constitucionalidad. Francisco interpuso un recurso de revisión, el cual fue remitido para su estudio a la Suprema Corte. La Primera Sala admitió el recurso y del análisis de la efectividad de los recursos disponibles de Francisco, las irregularidades en el desahogo de las pruebas y su afectación al interés superior de la infancia, revocó la sentencia recurrida. Esto, para el efecto de que la sala de apelación analizara todos los elementos del caso, así como las grabaciones de Francisco y determinara lo procedente.

Problemas jurídicos planteados

1. En los casos de guarda y custodia, ¿el desahogo de la prueba pericial en psicología practicada a niños, niñas o adolescentes debe ser impecable?
2. En los casos de guarda y custodia, ¿aunque no esté previsto en la ley procesal aplicable, quien juzga puede permitir que el desahogo de las pruebas psicológicas practicadas a los NNA involucradas sea videograbado?

Criterios de la Suprema Corte

1. En los casos de guarda y custodia, el desahogo de prueba pericial en psicología practicada a niños, niñas o adolescentes debe ser impecable, libre de vicios, a fin de que se tenga certeza de que su contenido aporta los elementos científicos, técnicos o artísticos que quien juzga requiere para la resolución del caso, pues esto contribuirá a que lo resuelto se ajuste al interés superior del menor de edad involucrado en la controversia.
2. En los casos de guarda y custodia, aunque no esté previsto en la ley procesal aplicable, quien juzga puede permitir que el desahogo de las pruebas psicológicas practicadas a los NNA involucradas sea videograbado. La videograbación ayuda a preservar el interés superior del NNA, ya que la autoridad jurisdiccional contará con mayores elementos para valorar objetivamente los resultados de dicha prueba. Entre otras cosas, quien juzga podrá observar si los dictámenes se ajustan o no a lo manifestado por el menor de edad; si la evaluación realmente fue realizada por el perito designado para ese efecto, la manera en que éste se condujo durante la valoración y si su conducta es o no apropiada y si se ajusta a la de un profesional en la materia; cuál es el estado emocional del NNA en la evaluación, su lenguaje

no verbal y si las respuestas del infante fueron espontáneas o resultado de una intimidación. Para efecto de que la decisión no afecte psicológicamente al NNA y favorezca el establecimiento de lazos afectivos estables entre el menor de edad y sus progenitores a fin de tener una relación armónica con ellos.

Justificación de los criterios

1. "[P]ara resolver una controversia que gira en torno a la guarda y custodia de un menor, resulta de suma importancia analizar la manera en que esa decisión trascenderá en el desarrollo holístico del menor; por tanto, es indispensable que en la decisión que se tome al respecto, el juzgador se asegure de respetar sus derechos y proteger su dignidad, a efecto de que esa decisión no afecte —en la medida de lo posible— psicológicamente al menor." (Pág. 139, párr. 3). (Énfasis en el original).

"Lo anterior implica que cuando se va decidir una controversia de esa naturaleza, el juzgador debe allegarse de todos los medios de prueba que resulten necesarios para resolver lo que más convenga al menor, por tanto debe auxiliarse de expertos en la materia, a fin de asegurar que lo que decida al respecto, es lo que más conviene al desarrollo psicológico del menor.

En consecuencia, el desahogo de la prueba pericial en psicología resulta de suma importancia para la resolución de ese tipo de controversias, de ahí que el desahogo de esa prueba debe ser impecable, pues en la medida en que ello se cumple, se protege el interés superior del menor." (Pág. 140, párrs. 1 y 2). (Énfasis en el original).

"[E]l desahogo de esa probanza debe ser impecable, es decir, debe estar libre de vicios, a fin de que tanto las partes como el juzgador tengan la certeza, de que su contenido sí aporta los elementos científicos, técnicos o artísticos que el juzgador requiere para la resolución de la controversia, en especial cuando dicha probanza gira en torno a un menor, pues ello necesariamente contribuirá a que lo resuelto por el juez realmente se ajuste al interés superior del menor, es decir a lo que de acuerdo a las circunstancias concretas de la controversia, sea lo más conveniente para dicho menor, pues de no ser así, dicho principio pierde prevalencia." (Pág. 140, párr. 4). (Énfasis en el original).

2. "[...] [C]uando en una controversia se solicita un trámite no previsto en la ley, que lejos de atentar contra el interés superior del menor, tiende a protegerlo, el juzgador está obligado a acordar de conformidad esa solicitud cuando la petición que se realiza es posible de llevarse a cabo, ya sea porque la mecánica judicial y la manera en que está instrumentada lo permite y además se cuenta con las herramientas tecnológicas que lo pueden hacer posible o porque quien hace esa petición proporciona los medios necesarios para ello.

En tal virtud, si el quejoso solicitó que la valoración psicológica practicada a su menor hijo fuera video-grabada, y además se comprometió a proporcionar los instrumentos tecnológicos necesarios a efecto de que se llevara a cabo la videograbación solicitada, el juzgador debió acordar de conformidad esa petición, en tanto que esa petición, lejos de atentar contra el interés superior del menor, podría contribuir a asegurar que lo resuelto en cuanto al fondo de la controversia, era lo más adecuado para el desarrollo psicológico del menor, y por ende para el desarrollo holístico del mismo.

Se afirma lo anterior porque el contar con la videograbación de referencia, permitiría al juzgador valorar con bases objetivas la manera en que se desahogó la pericial en psicología, en tanto que no sólo tendría mayores elementos para analizar si los dictámenes periciales correspondientes se ajustan o no a lo manifestado por el menor; sino que además, le permitiría observar si la evaluación correspondiente realmente la realizó el perito designado para ese efecto, la manera en que éste se condujo durante la valoración y si su conducta es o no apropiada; y por ende, si se ajusta o no a la de un profesional en la materia; además, también le permitiría observar de manera directa cuál fue el estado emocional del menor en la evaluación, analizando cuál fue el lenguaje no verbal del menor en la misma, así como determinar si las respuestas del menor fueron espontáneas o si por el contrario éstas son resultado de una intimidación." (Pág. 165, párrs. 1-3)

"[...] [I]ncluso atendiendo al comportamiento del menor durante la evaluación psicológica, el juzgador podría cuestionar al perito cualquier cuestión que le genere inquietud o duda sobre dicho comportamiento y las conclusiones alcanzadas por el experto en la materia, sin que para ello el perito tenga necesidad de volver a evaluar al menor, en tanto que tendría a su alcance las videograbaciones de referencia." (Pág. 166, párr. 2).

"[S]i la videograbación de las pruebas periciales resulta fundamental para preservar el interés superior del menor, sobre todo en los casos en que como éste, se alega violencia familiar por parte de uno de los progenitores, es evidente que aún y cuando la videograbación de la prueba pericial en psicología no sea un trámite expresamente previsto en la ley procesal aplicable, el juzgador debe acordar de manera favorable la solicitud que se hace en el sentido de ordenar su grabación en audio y video si la petición que se realiza es posible de llevarse a cabo, ya sea porque la mecánica judicial y la manera en que está instrumentada lo permite al contar con las herramientas tecnológicas necesarias para ese efecto, o bien porque quien hace esa petición proporciona los medios necesarios para ello.

Esto es así, porque la videograbación de referencia [...] le permitirá al juzgador resolver mejor la controversia, en tanto que en casos [...] en donde se acusa a uno de los progenitores de violentar al menor, el juzgador podrá observar de manera directa cuál es la posición que asume el menor en relación a sus progenitores durante la evaluación psicológica y la

relación que guarda con ellos, a efecto de que lo que lo que se decida en el fondo de la controversia no sólo no afecte psicológicamente al menor, sino que además, favorezca el establecimiento de lazos afectivos estables entre el menor y sus progenitores a fin de tener una relación armónica con ellos." (Pág. 173, párrs. 2 y 3).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2548/2014, 21 de enero de 2015¹⁰⁷ (Valoración de la opinión de NNA en juicios de guarda y custodia)

Razones similares en la CT 256/2014

Hechos del caso¹⁰⁸

En 2010, en el estado de Veracruz, Patricio demandó de Ana, el divorcio necesario, la pérdida de la patria potestad y de la guarda y custodia de su hijo, Jorge, el pago de una pensión alimenticia y el pago de los gastos y costas generados en el juicio. Por su parte, Ana contestó la demanda y demandó de Patricio el pago de una pensión alimenticia para ella y Jorge, la guarda y custodia de su hijo y el divorcio necesario fundado en diversas causales previstas en el Código Civil para el Estado de Veracruz.

El juez de primera instancia disolvió el vínculo matrimonial, determinó que la guarda y custodia de Jorge correspondía a la madre y condenó a Patricio al pago de una pensión alimenticia a favor del niño. Patricio apeló la decisión, la cual fue modificada para efecto de que se ordenara la práctica de un análisis psicológico a Jorge para decidir adecuadamente sobre su situación. Ana presentó una demanda de amparo, por sí misma y en representación de Jorge, en la cual reclamó que no debía reponerse el procedimiento para la práctica de dicha prueba, pues ya existían pruebas suficientes para resolver el asunto. Un juzgado de distrito resolvió que debía dejarse insubsistente la sentencia de apelación y emitirse otra que contemplara el derecho del niño a que no se le practicaran más pruebas de las estrictamente necesarias e impidiendo actuaciones ociosas que no le generaran beneficio.

En cumplimiento de la sentencia de amparo, la sala de apelación estableció las modalidades de convivencia entre padre e hijo. En contra de dicha sentencia, Patricio promovió un amparo directo en el que reclamó, entre otras cosas, que se prefirió a la madre para detentar la guarda y custodia de Jorge por su género y que la sala no tomó en cuenta que el niño manifestó que deseaba vivir con su padre. El tribunal colegiado negó el amparo, entre otras cosas, porque de la valoración de las pruebas sobre el entorno familiar de Jorge, no

¹⁰⁷ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

¹⁰⁸ Para mejor entendimiento de los hechos se usan nombres ficticios.

se advirtió que la madre representara un peligro para el niño. Por último, Patricio interpuso un recurso de revisión, competencia de la Suprema Corte. La Primera Sala conoció del asunto, realizó un análisis de la relevancia de la participación de NNA en los procesos judiciales que afecten sus derechos y confirmó la sentencia recurrida.

Problema jurídico planteado

¿La persona que juzga debe acatar indefectiblemente las opiniones de las NNA involucradas en el asunto para emitir su resolución?

Criterio de la Suprema Corte

Conforme al interés superior de la infancia, las manifestaciones de las y los menores de edad no deben ser acatadas indefectiblemente, pues la persona que juzga debe considerar todas las circunstancias del caso, incluida la opinión, madurez y condiciones específicas del NNA, para emitir una resolución armónica y respetuosa de sus derechos humanos.

Justificación del criterio

"[S]i bien el interés superior del menor implica que el menor tiene el derecho de expresar su opinión y que ésta sea debidamente tenida en cuenta en todos los asuntos que le afectan, esto no significa que deba acatarse indefectiblemente lo expresado por el menor en los procesos jurisdiccionales, o que deba necesariamente cumplirse en estricto sentido su voluntad ni, muchos menos, tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional que conoce del asunto; considerar lo contrario [...] sería contradictorio con la finalidad perseguida por la Convención [sobre los derechos del Niño] y el interés superior, pues justamente en aras de una protección integral del menor el juzgador debe ponderar todas las circunstancias del caso —incluida la opinión del menor— para emitir una resolución armónica y respetuosa de sus derechos humanos.

Por otro lado, no debe obviarse que en muchas ocasiones en las cuales se dirimen aspectos que afectan los derechos de los menores, éstos expresan una opinión que bien pudiera estar manipulada o alienada, por lo que el juez tendrá que ser especialmente cuidadoso al valorar tanto la opinión del menor como el resto del material probatorio, de manera que vele adecuadamente porque sus derechos sean debidamente protegidos y, al mismo tiempo, asumir que a medida que el niño o la niña madura sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior.

En definitiva, en todos los casos en que se involucren derechos de menores, deberá tomarse en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación del menor y que éste exprese su opinión, según corresponda,

en la determinación de sus derechos, sin que tal manifestación conduzca necesariamente y en vía de consecuencia a que deba ser acatada irrestrictamente y a que la autoridad no pondere todos los elementos del asunto, pues en ese caso se podrían vulnerar con suma facilidad los derechos del menor que precisamente se pretenden proteger." (Párrs. 57-59).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1674/2014, 15 de mayo de 2015¹⁰⁹ (Valoración de la madurez de NNA para tomar decisiones en el ejercicio de sus derechos)

Hechos del caso¹¹⁰

El 11 de junio de 2008, una mujer demandó su divorcio, la guarda y custodia provisional y, en su momento, definitiva de sus dos hijos, el pago de una pensión alimenticia y el establecimiento de un régimen de visitas y convivencias. Un juez familiar en el Estado de México decretó la disolución del vínculo matrimonial con el padre de sus hijos, la guarda y custodia de los menores de edad a favor de su madre, fijó un régimen de visitas y convivencias entre padre e hijos y condenó al padre al pago de pensión alimenticia.

Ambos progenitores apelaron la decisión del juez y una sala familiar determinó reponer el procedimiento. En la nueva resolución, el juez familiar decretó la disolución del vínculo matrimonial, otorgó la guarda y custodia definitiva de los hijos a favor de la madre, ordenó que los hijos tomaran terapias psicológicas, determinó un régimen de visitas y convivencias entre padre e hijos y condenó al padre a la pérdida de la patria potestad que ejercía sobre sus hijos y al pago de pensión alimenticia a favor de la señora y sus hijos. El juez estimó que el padre había sido omiso en brindar a sus hijos, amor, cariño, apoyo moral y atención.

Después de la interposición de diversos medios de impugnación por ambos progenitores, el 21 de agosto de 2013, otra sala familiar emitió una nueva sentencia en la que fijó un monto para el pago de la pensión alimenticia y determinó que el régimen de convivencia entre los hijos y su padre quedaba sujeto a la libre demanda y voluntad de los menores de edad, que en ese momento eran adolescentes. Lo anterior porque, como consecuencia de la pérdida de la patria potestad, el padre perdió el derecho a una convivencia paterno-filial e incluso a opinar o intervenir en todos los aspectos que atañen a sus hijos.

En contra de esta nueva sentencia, el padre promovió un juicio de amparo directo por considerar que la decisión de sus hijos no debía condicionar las convivencias, y en contra

¹⁰⁹ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

¹¹⁰ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

de la determinación del monto fijado por concepto de pensión alimenticia. El tribunal colegiado de conocimiento negó el amparo al considerar que la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos implicó la pérdida del derecho de convivencia con ellos.

El padre interpuso un recurso de revisión que fue resuelto por la Suprema Corte. La Primera Sala negó el amparo y consideró que los adolescentes tenían la capacidad de decisión suficiente para elegir no ejercer su derecho de visitas y convivencias con su progenitor no custodio, en especial, porque el padre perdió la patria potestad sobre ellos, por lo que la decisión de los menores de edad no afecta su desarrollo integral.

Problema jurídico planteado

¿Qué elementos debe tomar en cuenta la persona que juzga, al valorar la opinión de niños, niñas y adolescentes y determinar la capacidad de los menores de edad para tomar decisiones sobre el ejercicio de sus derechos?

Criterio de la Suprema Corte

La persona que juzga, al valorar la opinión de niños, niñas y adolescentes, deberá realizar una ponderación entre la evaluación de las características propias del NNA y las particularidades de la decisión, para determinar la capacidad de los NNA para tomar decisiones sobre el ejercicio de sus derechos.

Justificación del criterio

"[P]ara determinar la capacidad de los menores para tomar **decisiones sobre el ejercicio de sus derechos es fundamental que los juzgadores realicen una ponderación entre la evaluación de las características propias del menor** (edad, nivel de maduración, medio social y cultural, etc.) **y las particularidades de la decisión** (tipo de derechos que implica, los riesgos que asumirá el menor, consecuencias a corto y largo plazo, entre otras cuestiones)." (Pág. 28, párr. 3). (Énfasis en original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 5904/2015, 28 de septiembre de 2016¹¹¹ (Protección reforzada de las relaciones familiares cuando un progenitor tiene discapacidad)

Hechos del caso¹¹²

Un matrimonio decidió divorciarse en abril de 2012. Ese mismo mes, el señor demandó la guarda y custodia definitiva de sus hijos, la salida de la madre del domicilio y su entrega

¹¹¹ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

¹¹² Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

a él. El señor argumentó que la señora, quien es una persona con una discapacidad psicosocial, ejercía violencia sobre los niños debido a dicha discapacidad. La jueza que conoció del asunto resolvió que no observaba que la señora ejerciera violencia sobre los niños y que, además, uno de los niños le manifestó su deseo de vivir con su madre; por tanto, concluyó que tanto la señora como el señor eran aptos para ejercer la guarda y custodia de sus tres hijos. Estableció la guarda y custodia definitiva en favor de la madre y ordenó tratamiento psicoterapéutico con una duración de por lo menos dos años para ambos progenitores.

El señor, inconforme con esta decisión, interpuso un recurso de apelación para que revisaran la sentencia. El tribunal que conoció del asunto determinó que el señor no había probado que la señora ejerciera violencia o representara un peligro derivado de su discapacidad psicosocial. Por este motivo, el tribunal confirmó la sentencia de primera instancia.

El señor, de nuevo inconforme con esta decisión, interpuso un juicio de amparo directo. En dicho juicio, desahogó un video en el que se constataba la declaración de uno de sus hijos como presunta víctima de actos de violencia, y un escrito donde se informaba la existencia de una averiguación previa respecto del posible ilícito de violencia familiar. El Tribunal Colegiado le otorgó el amparo al señor, concedió la guarda y custodia de los tres niños al señor y determinó un régimen de visitas y convivencias supervisado de la señora y los niños.

La señora interpuso un recurso de revisión y el señor interpuso un recurso de revisión adhesiva, los cuales fueron conocidos por la Suprema Corte; la cual amparó a la señora y resolvió revocar la sentencia, para que se determinara de nueva cuenta la situación de guarda y custodia, bajo un estándar de prueba de escrutinio reforzado.

Problema jurídico planteado

En los casos en los que un progenitor tiene discapacidad ¿Cuándo puede verse superado el principio de mantenimiento de las relaciones familiares?

Criterio de la Suprema Corte

Las relaciones paterno-filiales gozan de una protección especial y reforzada cuando la madre o el padre tiene alguna discapacidad. De modo que el principio de mantenimiento de las relaciones familiares sólo puede verse superado cuando: i) se demuestre, bajo una comprobación razonable, que de mantenerse la cercanía con el progenitor con discapacidad se generará una situación perjudicial para el niño; y, ii) cuando esto se pruebe bajo un estándar de prueba claro y convincente.

Además, el daño debe ser real, esto es, basado en evidencia técnica o científica que demuestre que las características del progenitor tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño. En ese sentido, la evaluación no puede ser especulativa, el daño no puede presumirse ni puede derivar de prejuicios o generalizaciones injustificadas respecto de la situación de las personas con discapacidad o bien, de barreras ambientales, estructurales o sociales que puedan ser mitigadas mediante medidas alternativas.

Justificación del criterio

La Corte sostuvo como criterio interpretativo del principio de protección a la familia que "las relaciones paterno-filiales gozan de una protección especial y reforzada cuando la madre o padre tenga alguna discapacidad. Así, el principio de mantenimiento de las relaciones familiares sólo puede verse superado cuando se muestre bajo una comprobación razonable, que de mantenerse la cercanía con el progenitor con discapacidad se generará una situación perjudicial para el niño, esto es la existencia de un riesgo probable y fundado bajo un estándar de prueba claro y convincente. Y resalta que, dicha valoración de la situación no puede derivar de prejuicios o generalizaciones injustificadas respecto de la situación de las personas con discapacidad o bien, de barreras ambientales, estructurales o sociales que puedan ser mitigadas mediante medidas alternativas." (Párr. 127).

"Así, esta Primera Sala estima que a fin de evaluar el riesgo probable y fundado, es necesario un estándar de prueba claro y convincente, en la metodología para evaluar la constitucionalidad de las decisiones judiciales en que les sea necesario ponderar alguna de las características de los progenitores protegidas especialmente por la Constitución en el artículo 1o., como la salud, la religión, las preferencias sexuales, o la condición social de alguno de los padres; ya que un uso justificado de las categorías protegidas por la Constitución en las contiendas familiares será aquél que demuestre **con base en pruebas técnicas o científicas** que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño.

Por tanto, en un análisis sobre el fondo de la controversia de guarda y custodia, —análisis que es muy distinto a la evaluación de la situación para la determinación de medidas cautelares o provisionales—, la situación de riesgo probable y fundado que se alegue debe ser convicción del juzgador es decir probada, y no especulativa o imaginaria. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres que se cataloguen como categorías protegidas por la Constitución" (párrs. 128 y 129) (énfasis en el original).

"Sólo en caso de que se pruebe la existencia de un daño o peligro probable y fundado para el desarrollo de los niños, podrá afirmarse que la ponderación de las circunstancias derivadas de la discapacidad tiende a proteger el interés superior del menor. De otro modo

su alegada protección resultaría especulativa y sin sustento alguno. En este contexto, si la decisión se motiva en la afectación que pueden sufrir los bienes y derechos de los niños porque alguno de sus padres se ubica en alguna de las denominadas categorías sospechosas, —como en el presente caso, en el que se pondera la condición de discapacidad de la recurrente— dicho daño debe ser real, esto es, basado en evidencia técnica o científica, no en prejuicios o consideraciones sociales generalizadas" (párr. 130).

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 644/2016, 08 de marzo de 2017¹¹³ (Separación entre madre privada de la libertad y su hijo o hija)

Hechos del caso¹¹⁴

Una señora y un señor contrajeron matrimonio en el Centro de Reinserción Social de la Ciudad de Puebla, en donde se encontraban cumpliendo una pena de 50 años de prisión. Años después, el señor y la señora tuvieron una hija; la cual, desde su nacimiento, vivió con su madre dentro del Centro de Reinserción.

Poco después de cumplir tres años de edad, el abuelo de la niña la inscribió en un kínder cercano a su casa, por lo que la niña salía del centro de reclusión los domingos de cada semana y regresaba los jueves para quedarse con su madre.

En agosto de 2014, la madre solicitó verbalmente al director del centro penitenciario que la niña continuara viviendo con ella los fines de semana, a pesar de haber cumplido la edad máxima para habitar en el centro. El director negó la solicitud, de conformidad con el artículo 32 del Reglamento de los Centros de Reinserción Social para el Estado de Puebla y determinó que en el futuro se negaría el acceso a la niña al Centro.

Frente a esta resolución, la mujer promovió un juicio de amparo, en el que reclamó la inconstitucionalidad del citado artículo 32 y la decisión de la autoridad penitenciaria derivada del mismo. La señora señaló que el artículo ordena una separación tajante del NNA con sus progenitores en cuanto aquél cumpla tres años de edad, con lo que viola la protección constitucional de la unidad familiar, priva al niño del derecho de convivir con su familia y puede provocar afectaciones a su integridad psicológica y emocional.

El juez de distrito que conoció del asunto sobreseyó en cuanto a la inconstitucionalidad de la norma y negó el amparo en relación con la determinación del director del centro penitenciario. El juez estableció que, lejos de vulnerar el interés superior de la infancia y el derecho a la convivencia familiar, la norma reclamada era imprescindible para proteger

Artículo 32 del Reglamento de los Centros de Reinserción Social para el Estado de Puebla.- "Los niños que residan con su madre interna no podrán permanecer en el CERESO después de cumplir los tres años de edad. El área de trabajo social deberá prever las acciones necesarias para que una vez alcanzada la edad señalada, el niño sea entregado a quien ejerza la patria potestad sobre el menor, o en su caso, a quien designe la madre o al Sistema Estatal de Desarrollo Integral de la Familia, en términos de la legislación aplicable."

¹¹³ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

¹¹⁴ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

adecuadamente a los niños, pues un centro de reclusión no es un lugar adecuado para su desarrollo y bienestar.

Inconforme con esta resolución, la señora interpuso un recurso de revisión. En sus agravios, señaló que la separación categórica de su hija fue hecha sin una adecuada valoración mediante exámenes psicológicos, sin escuchar la opinión de su hija y sin prever una separación paulatina o gradual. Por lo anterior, argumentó que la decisión implicaba una violación grave al interés superior de la niña, a su derecho a ser escuchada en juicio, al derecho a la protección de la unión familiar, al debido proceso, al derecho al mantenimiento de las relaciones biológicas y a la identidad y personalidad de la niña.

La Primera Sala de la Suprema Corte concedió el amparo a la señora y a su hija en contra de la aplicación del artículo reclamado, por lo que ordenó anular la determinación de la autoridad penitenciaria para que la separación entre madre e hija se realice de forma que garantice el interés superior de la infancia.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Qué debe valorar la persona juzgadora para determinar la separación entre una madre privada de la libertad y su hijo o hija en edad temprana?
2. ¿Para determinar la separación entre una madre privada de la libertad y su hijo o hija, debe valorarse la opinión del infante?

Criterios de la Suprema Corte

1. Para determinar la separación entre una madre privada de la libertad y su hijo o hija en edad temprana debe valorarse el posible daño que se provoca en el infante. Si bien, el legislador puede decidir que a partir de cierta edad el niño o niña debe salir de prisión y por ende puede ser separado de su madre, la importancia de la relación materno-filial para el niño o niña en conexión con el interés superior de la infancia, condicionan la forma específica en la que se debe realizar dicha separación. No debe perderse de vista que la separación entre hijas e hijos y su madre no puede fundarse en generalizaciones o conjeturas sin sustento, sino que debe partir de una evaluación minuciosa de las condiciones reales del caso, atendiendo a lo que resulte más favorable para los intereses del niño o la niña.
2. Para determinar la separación entre una madre privada de la libertad y su hijo o hija y colocarlo con un cuidador alternativo, debe valorarse la opinión de los niños o niñas. Para esto, hay que recordar que el derecho a ser escuchados en los procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica comprende el que sean escuchados y sus opiniones tomadas en cuenta. Sin perjuicio de lo anterior, la pertinencia de estas debe ser evaluadas

en función de su madurez. Al mismo tiempo, se tiene que recordar que el derecho de participación de los niños y niñas no implica que deba acatarse indefectiblemente su voluntad.

Justificación de los criterios

1. La Suprema Corte destacó "que la separación entre madre e hijo es una intervención delicada al principio del mantenimiento del menor con su núcleo familiar, sobretodo porque puede ser devastadora para el desarrollo del niño pequeño. Esto parece ser cierto para cualquier relación materno-filial, pero resulta aún más delicado tratándose de niños con madres privadas de la libertad." (Pág. 31, párr. 2).

"Para entender la dimensión del riesgo que supone la separación entre madre e hijo, es preciso hacer referencia a la teoría del apego. De acuerdo con la literatura especializada, el apego es un vínculo emocional duradero y trascendental que genera el niño, normalmente con sus padres, a través de sus primeras interacciones sociales." (Pág. 31, párr. 3). Por tanto, "no es extraño que un menor pueda sufrir un grave daño emocional si sus necesidades de apego no se ven adecuadamente satisfechas durante la infancia temprana, o incluso si falta en años posteriores de su vida." (Pág. 31, párr. 4).

"El caso de los niños que viven con sus madres en reclusión no es diferente. [...] De hecho, la separación del menor respecto de su madre reclusa puede ser inclusive más dolorosa que otras formas de separación parental debido al estigma, la ambigüedad y la falta de apoyo social y compasión que ello comporta para él." (Pág. 33, párr. 1). (Énfasis en el original).

"En este sentido, la interrupción puede provocar al niño la pérdida de su principal fuente de recursos emocionales y psicológicos, comprometiendo su desarrollo social, emocional y cognitivo. Así, los estudios revelan que las reacciones más frecuentes de niños separados de madres privadas de la libertad incluyen tristeza, confusión, depresión, preocupación, ira, agresividad, miedo, regresiones del desarrollo, problemas de sueño, desórdenes alimenticios e hiperactividad. Por lo demás, las investigaciones refieren que los menores separados de sus madres privadas de la libertad son más propensos a enfrentar dificultades conductuales como problemas de disciplina, pobre desempeño escolar, depresión, ansiedad y hostilidad con los demás." (Pág. 33, párr. 3).

"En esa virtud, si bien el legislador puede decidir que a partir de cierta edad el menor debe salir de prisión y por ende puede ser separado de su madre, la importancia de la relación materno-filial para el niño en conexión con el interés superior del menor, **condicionan la forma específica en la que se debe realizar dicha separación.**" (Pág. 34, párr. 1). (Énfasis en el original).

En este asunto la Suprema Corte resaltó la existencia de literatura especializada, la cual "reconoce que la separación entre madre e hijo debido al encarcelamiento parental puede producir un rompimiento grave en la relación afectiva, así como dificultar severamente la reconstrucción del vínculo con posterioridad." (Pág. 33).

"De acuerdo con lo anterior, a juicio de esta Primera Sala **las autoridades deben articular una separación sensible y gradual**, así como garantizar un **contacto cercano y frecuente entre madre e hijo una vez distanciados**, siempre que lo anterior sea lo más benéfico para aquél a la luz de todas las particularidades del caso concreto." (Pág. 34, párr. 2). (Énfasis en el original). Tomando en cuenta que, "la forma en la que se ejecute la separación entre el menor y su madre no puede fundarse en generalizaciones o conjeturas sin sustento, sino que debe partir de una **evaluación minuciosa de las condiciones reales del caso**, atendiendo a lo que resulte más favorable para los intereses del niño. En ese sentido, aunque la separación puede tener lugar a partir de que el menor ha cumplido 3 años de edad, lo relevante no es la edad *en sí misma considerada*, sino el hecho de que a partir del crecimiento del menor, éste demanda de necesidades que no pueden ser satisfechas en el interior del centro de reinserción social, como lo es recibir educación escolarizada" (Pág. 35, párr. 4). (Énfasis en el original).

2. La Corte precisó que: "**Es importante que se tome en cuenta la opinión del niño al separarlo de su madre y colocarlo con un cuidador alternativo, sin importar qué tan pequeño sea**. Al respecto, conviene tomar en cuenta que (i) el derecho comprende el que los niños sean escuchados y que sus opiniones sean tomadas en cuenta; (ii) que la pertinencia de la opinión del menor debe ser evaluada en función de su madurez; y (iii) el derecho de participación de los menores no implica que deba acatarse indefectiblemente la voluntad del menor, en tanto tal rigidez podría dejar de lado las condiciones específicas que rodean a los niños en casos particulares, lo que se tomaría en detrimento de su propio interés superior" (pág. 37, párr. 2) (énfasis en el original).

"Por último, es pertinente considerar que cada niña y niño pequeño necesita una explicación acerca de por qué no puede permanecer al lado de su madre en el centro, además de que tiene la necesidad de saber si puede —y de qué manera— visitarla en la posteridad" (pág. 38, párr. 2).

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 910/2016, 23 de agosto de 2017¹¹⁵ (Valoración de una condición de salud de un progenitor al determinar la guarda y custodia)

Hechos del caso¹¹⁶

En el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, el 24 de febrero de 2014, un padre demandó la suspensión de la patria potestad que ejercía la madre de su hija y la suspensión definitiva

¹¹⁵ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

¹¹⁶ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

del régimen de visitas y convivencias entre madre e hija hasta que la madre hubiera superado un trastorno alimenticio. Por su parte, la madre demandó la pérdida de la patria potestad que el padre ejercía sobre la niña, la restitución física de su hija, quien se encontraba con el padre, el otorgamiento de una pensión alimenticia en favor de la niña y el requerimiento para que el padre cesara todo tipo de violencia en contra de la niña y de ella.

Paralelamente, el padre denunció ante el Ministerio Público que la madre ejercía violencia familiar en contra de su hija. En ese procedimiento compareció la niña y se emitió una resolución ministerial que determinó que el padre era la persona apropiada para salvaguardar provisionalmente la integridad física y emocional de la niña, dicha resolución fue presentada en el procedimiento familiar.

En el juicio de suspensión de la patria potestad, una jueza familiar mantuvo una plática con la niña y como las partes no llegaron a convenio alguno, determinó la guarda y custodia provisional de la niña a favor del padre, un régimen de visitas y convivencia entre madre e hija, la realización de una valoración psiquiátrica a los padres y un análisis psicológico a la niña, así como que los progenitores se abstuvieran de publicitar lo relacionado con el juicio. No obstante, la jueza se excusó y dejó de conocer del juicio, por lo que otra jueza familiar asumió la resolución del asunto.

El 2 de octubre de 2014, la madre solicitó vía incidental la revocación de la guarda y custodia provisional de la niña a favor del padre, así como la restitución de la niña a su lado. La madre argumentó que se decretó la custodia provisional de la niña a favor del padre, fundamentalmente por el procedimiento penal, el cual cambió de circunstancia, ya que se determinó que era inconstitucional la declaración y comparecencia de la niña ante la autoridad ministerial.

El 19 de junio de 2015, la nueva jueza sostuvo una plática con la niña y decretó la guarda y custodia provisional a favor de la madre, por lo que requirió al padre la entrega de la niña, ya que no había probado que la madre cometiera actos de violencia familiar en contra de su hija, asimismo, fijó un régimen de convivencias entre padre e hija en el Centro de Convivencias Familiares. En contra de la decisión incidental, el progenitor promovió un juicio de amparo indirecto, a través del cual argumentó que él no representaba un riesgo para la niña, por lo que la fijación de un régimen de convivencias rígido y supervisado limitaba la convivencia con su hija de forma injustificada. El señor señaló que en realidad era la madre quien constituía un riesgo para la niña, ya que tenía un trastorno alimenticio.

El juez de distrito amparó al padre porque consideró que la madre sí constituía un riesgo a la niña, debido al ejemplo que le daba. A su juicio, no existió un cambio de condiciones

que ameritara una modificación en la guarda y custodia provisional que ejercía el padre, en atención a las manifestaciones de la niña de que deseaba vivir con su padre, una prueba confesional donde la madre donde admitió tener un trastorno alimenticio, las pruebas en psicología practicadas a la niña y a los progenitores y el actuar omisivo de la madre en las obligaciones de crianza.

En contra de la sentencia de amparo, la madre interpuso un recurso de revisión a través del cual consideró que la decisión atentó en contra del interés superior de la niña. La madre insistió en que se tomó en cuenta la integración de la averiguación previa para negar la guarda y custodia provisional de la niña y cuestionó el análisis de las pruebas en el asunto. El asunto fue atraído por la Suprema Corte y en su resolución la Primera Sala, en suplencia de la queja, observó que efectivamente se tomó en cuenta la situación de salud de la madre y el procedimiento penal en la sentencia recurrida. Por lo tanto, la Sala determinó que la jueza familiar debía tomar en cuenta la situación de desequilibrio entre los padres para decidir la guarda y custodia provisional de la niña y que era necesario que se pronunciara sobre un régimen de alimentos provisional a favor de la niña.

Problema jurídico planteado

¿Cuándo está justificado negar la guarda y custodia a un progenitor por una condición de salud?

Criterio de la Suprema Corte

La regla general es que los progenitores son aptos para el cuidado de sus hijos e hijas, por lo que la falta de aptitud debe demostrarse. Una condición de salud no es por sí misma un obstáculo para el otorgamiento de la guarda y custodia. Sólo se puede hacer depender el otorgamiento de ésta a una condición de salud cuando con base en pruebas técnicas o científicas, se evidencie que dicha condición tiene un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del menor de edad. Pero esa situación debe ser probada y no especulativa o imaginaria, valorando cada situación en particular.

Justificación del criterio

La Corte estableció que "el principio de interés superior implica que los intereses de los niños deben protegerse con mayor intensidad, por lo que no es necesario que se genere un daño a los bienes o derechos de los niños para que se vean afectados, sino que basta con que éstos se coloquen en una situación de riesgo" (párr. 79). Sin embargo, advierte que el concepto de riesgo "debe entenderse que el aumento del riesgo se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento

aumenta cuando se produce el primero" (párr. 80). "Aplicando tal comprensión a las contiendas donde estén involucrados los derechos de los menores de edad, y reiterando que el interés superior de la infancia ordena que los jueces decidan atendiendo a lo que resultará más beneficioso para el niño, la situación de riesgo se actualizará cuando no se adopte aquella medida que resultará más beneficiosa para el niño, y no sólo cuando se evite una situación perjudicial." (Párr. 81).

"Al hilo de esa conceptualización de riesgo, esta Sala ya ha expresado en diversos precedentes que, en los casos en que se involucren derechos de niños y niñas, como es el caso de la guarda y custodia, debe demostrarse la existencia de un riesgo probable y fundado para determinar que un progenitor no es apto para tenerla" (párr. 82).

"[H]acer depender el otorgamiento de la guarda y la custodia de los niños y niñas de una condición de salud, sin que se demuestre la existencia de un riesgo para los menores involucrados no protege el interés superior del menor y, además, es contrario a lo dispuesto por el artículo 1o. constitucional." (Párr. 84).

"A la luz de doctrina, la condición de salud y, en su caso, la utilización de fármacos para combatirla no es razón suficiente para determinar que una persona no es apta para detentar la guarda y la custodia. Antes bien, debe probarse que la situación de salud condiciona de tal modo a la persona que ésta no puede hacerse cargo de los niños o niña por los efectos que en ella provoca la medicación o las limitaciones inherentes a la condición de salud porque —y esto es lo relevante— con ellos se afecta a los niños y niñas implicados." (Párr. 86).

Por lo que "el juzgador debe ser especialmente escrupuloso en el análisis de las circunstancias que rodean el asunto, de modo que, con base en pruebas técnicas o científicas, se evidencie que la condición de salud tiene un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del menor. Pero esa situación, como lo ha expresado en otras ocasiones esta Sala, debe ser probada y no especulativa o imaginaria, valorando cada situación en particular para que, con base en los méritos de las circunstancias, se determine lo que ha de regir en el caso concreto" (párr. 106).

"La regla general es que los progenitores son aptos para el cuidado de sus hijos e hijas, no obstante los defectos y carencias que acompañan necesariamente la condición humana. Lo contrario, la falta de aptitud, debe demostrarse, pues con ello se afectan los derechos y la esfera jurídica de los niños y niñas involucrados. Ninguna duda cabe que no existe un modelo de padres y madres ideales, acabado y perfecto, una especie de arquetipo ante el cual contrastar la conducta específica de los progenitores, con el fin de determinar si se está o no ante un buen padre y/o madre, y si, con base en esa imagen ejemplar, sean justificables o no ciertas restricciones en las instituciones protectores de la infancia, como lo es la guarda y custodia." (Párr. 107).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 7368/2016, 25 de octubre de 2017¹¹⁷ (Restricción de convivencias entre progenitores y sus hijas o hijos con discapacidad)

Hechos del caso¹¹⁸

El 13 de enero de 2014, en el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, una mujer en representación de su hijo demandó del padre del niño una pensión alimenticia para éste, debido a que su condición de salud requería gastos significativos en terapias y atención médica. El padre demandó la guarda y custodia del niño y, en caso de que le fuera negada, un régimen amplio de convivencias. Seguido el procedimiento, el juez familiar decretó la guarda y custodia compartida del niño y condenó al padre al pago de una pensión alimenticia para cubrir los gastos por conceptos de terapias y atención médica del niño.

El 4 de enero de 2016, la madre apeló esta decisión. Una sala de lo familiar revocó la sentencia del juez, determinó la guarda y custodia del niño a favor de la madre y fijó un régimen de convivencias entre padre e hijo que debía llevarse a cabo los fines de semana de cada quince días. La sala motivó su decisión, entre otras cosas, en una prueba socioeconómica donde se determinó que el domicilio de los abuelos maternos, donde el niño vivía con la madre, tenía adaptaciones para facilitar la movilidad y el uso de la propiedad por el niño.

El padre, por su propio derecho y en representación de su hijo, presentó una demanda de amparo. El señor consideró que era más benéfico para el niño tener convivencias compartidas con sus progenitores, ya que estaba habituado al núcleo familiar de ambos padres y resaltó el hecho de que la madre trabajaba, por lo que quienes se hacían cargo del niño eran los abuelos maternos. El tribunal colegiado de conocimiento negó el amparo porque consideró, del análisis de las pruebas vertidas en juicio y al tratarse de un niño con discapacidad, que requería cuidados específicos, por lo que sustraerlo del núcleo familiar de la madre le generaría un daño irreparable, de modo que resultaba más conveniente para el niño que permaneciera con la madre.

Inconforme, el padre, por su propio derecho y en representación de su hijo, interpuso un recurso de revisión. El padre insistió en el beneficio de la custodia compartida del niño porque el entorno del niño estaba integrado por ambos progenitores y cuestionó el análisis del estudio socioeconómico, del que consideró que no se desprendía cuáles son las adaptaciones en el domicilio de los abuelos maternos que beneficiaban al niño.

¹¹⁷ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

¹¹⁸ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

Al conocer del caso, la Suprema Corte revocó la sentencia recurrida, al considerar que no existían elementos que justificaran la limitación a la convivencia entre padre e hijo de forma frecuente y efectiva. Además, la Corte consideró que el tribunal colegiado omitió verificar si en el domicilio del padre existía la posibilidad de realizar adecuaciones o implementar otras medidas alternativas en beneficio del niño, de manera que la decisión no procuró eficazmente el interés superior del niño.

Problema jurídico planteado

Tratándose de un niño, niña o adolescente con discapacidad, ¿cuándo puede verse superado el principio de mantenimiento de las relaciones familiares?

Criterio de la Suprema Corte

El principio de mantenimiento de las relaciones familiares sólo puede verse superado cuando se muestre bajo una comprobación razonable, que de mantenerse la cercanía del infante con el progenitor se generará una situación perjudicial para el niño, esto es la existencia de un riesgo probable y fundado bajo un estándar de prueba claro y convincente.

Atendiendo a la metodología para evaluar alguna categoría sospechosa, se debe demostrar que las circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo de un niño con discapacidad, con base en pruebas técnicas o científicas. No puede derivar de prejuicios o generalizaciones injustificadas respecto de la condición de discapacidad ni de barreras que puedan ser mitigadas mediante medidas alternativas.

Justificación del criterio

La Corte señaló que "en precedentes cuyos antecedentes fácticos referían a una condición de discapacidad del progenitor, pero que resultan igualmente aplicables al presente caso dado que derivan de la interpretación directa a los principios de igualdad, protección a la familia e interés superior del menor, ha desarrollado ya estándares que auxilian al operador jurídico a verificar cuándo constitucionalmente se justifica romper con el principio convencional de mantenimiento de las relaciones familiares, esto es cuándo se justifica impedir la convivencia filial de un infante por una condición de discapacidad, lo que se ha concluido que es factible cuando bajo un estándar de prueba claro y convincente se advierta que de mantener la cercanía de la relación filial, ésta sí resulta contraria al interés superior del niño, lo que entonces sí amerita una restricción o limitación al derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con alguno de sus progenitores, o bien con ambos." (Párr. 30).

En ese contexto, la Corte reiteró que "el principio de mantenimiento de las relaciones familiares sólo puede verse superado cuando se muestre bajo una comprobación razonable,

que de mantenerse la cercanía del infante con el progenitor se generará una situación perjudicial para el niño, esto es la existencia de un riesgo probable y fundado bajo un estándar de prueba claro y convincente." [...] "dicha valoración de la situación no puede derivar de prejuicios o generalizaciones injustificadas respecto de una condición de discapacidad o bien, de barreras ambientales, estructurales o sociales que puedan ser mitigadas mediante medidas alternativas." (Párr. 31).

"Por tanto, el operador jurídico a fin de evaluar el riesgo probable y fundado, es necesario un estándar de prueba claro y convincente." Así como, que "en la metodología para evaluar la constitucionalidad de las decisiones judiciales en que les sea necesario ponderar alguna de las características protegidas especialmente por la Constitución en el artículo 1o., como la salud, la religión, las preferencias sexuales, o la condición social de alguno de los padres; se deberá demostrar con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño especialmente cuando se trata de su protección por una razón de discapacidad". (Párr. 32).

La Corte estableció que "solo en caso de que se pruebe la existencia de un daño o peligro probable y fundado para el desarrollo del infante, podrá afirmarse que la ponderación de las circunstancias derivadas de una condición de discapacidad tiende a proteger el interés superior del menor. De otro modo, su alegada protección resultaría especulativa y sin sustento alguno". (Párr. 33).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1775/2018, 07 de noviembre de 2018¹¹⁹ (Valoración de un conflicto de intereses en la representación legal de NNA)

Hechos del caso¹²⁰

En el estado de Guanajuato, una mujer, en representación de su hija de tres años, demandó al padre de la niña la suspensión o pérdida de las convivencias con la menor de edad. La madre argumentó que la niña había sido víctima de abuso sexual por parte del padre. El 30 de junio de 2017, el juez de primera instancia consideró que no se había probado el abuso, ni que el padre representaba un peligro para la niña, por lo que no suspendió las convivencias.

En contra de la decisión, la madre interpuso un recurso de apelación. La sala de conocimiento consideró que, aun cuando no se había probado el abuso sexual, las convivencias

¹¹⁹ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

¹²⁰ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

debían ser supervisadas, por lo que sólo modificó el modo en el cual se llevarían a cabo las convivencias entre padre e hija. Después, la mujer promovió juicio de amparo por considerar que la sala no tomó en cuenta que debía tenerse por confeso al padre de la niña del abuso sexual por no haber contestado la demanda. La señora también cuestionó la valoración de la pericial en psicología realizada a la niña y que no se juzgó con perspectiva de género, entre otras cosas.

El 21 de febrero de 2018, un tribunal colegiado dictó sentencia, en la que consideró que se actualizaba un conflicto de intereses entre los progenitores de la niña, quienes ejercían su representación originaria. Por lo tanto, otorgó el amparo para efecto de que se repusiera el procedimiento a fin de que, ante la existencia de un conflicto de intereses, la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Guanajuato ejerciera la representación de la niña en suplencia.

En contra de esta resolución, la madre interpuso un recurso de revisión ante la Suprema Corte. La señora cuestionó, entre otras cosas, la constitucionalidad del artículo 3 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato, aplicado por el tribunal colegiado para justificar la suplencia de la representación de la niña. La Primera Sala de la Suprema Corte concedió el amparo para que el tribunal colegiado evalúe si hay indicios de un posible conflicto de interés y, en caso de no ser así, se pronuncie sobre lo reclamado por la madre. Además, determinó que el artículo 3 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato admitía una interpretación conforme para evitar que limite la posibilidad de los progenitores para proteger los derechos de sus hijos e hijas.

Problema jurídico planteado

¿Cómo debe evaluar la persona que juzga el ejercicio de la representación de un NNA para determinar si existe un conflicto de intereses en un proceso jurisdiccional?

Criterio de la Suprema Corte

La persona que juzga debe evaluar las circunstancias específicas de cada caso y si el representante está actuando conforme al interés superior del NNA representado, para determinar si existe un conflicto de intereses en un proceso jurisdiccional. Quien juzga deberá evitar hacer ejercicios genéricos o en abstracto para analizar la facultad de los progenitores para tomar decisiones sobre sus hijos o hijas, pues no se puede presumir que los progenitores no son aptos para representar a sus hijos e hijas sin mayor prueba que el hecho de que están enfrentados en una controversia familiar.

Artículo 3 el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato.- "Las personas de que habla el artículo anterior intervendrán por sí o por medio de las personas que las representen de acuerdo con la Ley Civil. En todos los asuntos donde se ventilen cuestiones relacionadas con menores de edad, se dará de oficio intervención a la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Guanajuato para que se constituya como representante coadyuvante, con el fin de garantizar su interés superior. A petición del Ministerio Público, de la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Guanajuato, o de oficio, cuando existan indicios de conflicto de intereses entre quienes ejerzan la representación originaria, o de éstos con sus representados menores de edad o por una representación deficiente o dolosa, la Procuraduría de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Guanajuato ejercerá su representación en suplencia, previo incidente de restricción, suspensión o revocación de la representación originaria."

Justificación del criterio

"[E]l juzgador debe evitar hacer ejercicios genéricos o en abstracto al decidir sobre la facultad de los padres para tomar decisiones sobre sus hijos, pues se corre el riesgo de soslayar el interés superior de los menores al no analizar las circunstancias específicas del caso." (Pág. 8, párr. 4). (Énfasis en el original).

"[La] Suprema Corte considera que la evaluación del ejercicio de representación de un menor debe tener como consideración fundamental si el representante está actuando conforme a su función principal: garante del interés superior de su representado. [...]" (Pág. 13, párr. 4).

"[...] La realidad social detrás de la mayoría de las controversias familiares es mucho más compleja. En muchas ocasiones, en estas controversias se enfrentan 2 progenitores que buscan lo mejor para el niño, teniendo opiniones divergentes sobre qué implica esto. Asimismo, tampoco se estima ideal presumir que los padres no son aptos para representar a sus hijos sin mayor prueba que el hecho de que están enfrentados en una controversia familiar." (Pág. 14, párr. 3).

"Tomando el caso en estudio como ejemplo, [la] Suprema Corte difícilmente podría estimar **en abstracto, sin pruebas**, que una madre que intenta proteger a su hija de supuestos hechos de violencia o que un padre que busca asegurar las convivencias con ésta, están actuando en contra del interés superior del menor." (Pág. 15, párr. 1). (Énfasis en el original).

"[...] [L]a representación de un menor se ejercerá incorrectamente cuando se pueda evidenciar que no persigue la tutela de su interés superior. En ese sentido, **si alguna circunstancia entre los representantes del menor repercute en el ejercicio de la representación, es decir, impide que se busque su máximo beneficio se habrá actualizado un conflicto de intereses entre el niño y quien esté ejerciendo la representación.**" (Pág. 15, párr. 4). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 7426/2017, 13 de marzo de 2019¹²¹ (Negativa de cambio de domicilio por afectación al interés superior de la niñez)

Hechos del caso¹²²

En 2010, en Culiacán, Sinaloa, se inició un juicio de divorcio entre un hombre y una mujer. Dentro de este juicio se estableció el pago de una pensión alimenticia provisional a cargo del señor y a favor de los dos hijos que tuvieron en común.

¹²¹ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

¹²² Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección. Los hechos

Por otra parte, el 4 de octubre de 2010, la madre, por su propio derecho y en representación de sus hijos, demandó del padre de sus hijos la pérdida de la patria potestad que ejercía sobre estos (primer juicio de pérdida de la patria potestad). La madre señaló como causales de pérdida de la patria potestad el abandono de los deberes parentales por más de tres meses y el incumplimiento de las obligaciones alimentarias sin causa justificada por más de tres meses, pues el padre no cubrió la pensión alimenticia provisional que se fijó en el juicio de divorcio.

El 16 de diciembre de 2011, un juez estimó que no se acreditó el incumplimiento de la obligación alimentaria por lo que absolvió al padre de la pérdida de la patria potestad sobre los niños. La madre apeló la decisión, por lo que, el 30 de marzo de 2012, una sala de apelación condenó al padre a la pérdida de la patria potestad y dejó la guarda y custodia de los niños a la madre. Esta situación jurídica cambió en varias ocasiones debido a la promoción de diversos juicios de amparo.

Casi tres años después, el 19 de junio de 2014, el padre demandó la guarda y custodia exclusiva de sus hijos, la pérdida de la patria potestad de la madre sobre los niños y que la señora no los trasladara fuera de Culiacán para no afectar su derecho de convivencia (segundo juicio de pérdida de la patria potestad). El padre sostuvo que la madre no era buen ejemplo para los niños, que ella era generadora de violencia psicológica en contra de ellos, que atentaba contra su bienestar porque tuvo una ceremonia religiosa de matrimonio con otro hombre, y alegó que se había enterado de que la madre pretendía llevarse a los niños a Ciudad de México.

La jueza que conoció de este segundo juicio de pérdida de la patria potestad ordenó que la madre presentara a los niños el 4 de septiembre de 2014 y dictó una medida cautelar para que los niños no fueran sustraídos de Culiacán, Sinaloa. La madre apeló la medida cautelar y solicitó su levantamiento en numerosas ocasiones.

Dentro del segundo juicio de pérdida de la patria potestad, la madre alegó que requería establecer su residencia y la de sus hijos en la Ciudad de México por razones laborales, especialmente porque el padre no había pagado la pensión alimenticia provisional a la que fue condenado y necesitaba sufragar los gastos de los niños, por lo que reiteró su solicitud de levantar la medida cautelar. Adicionalmente, la señora manifestó que ya había inscrito a sus hijos en una escuela en la Ciudad de México.

de este caso están relacionados con tres diferentes procedimientos familiares: un juicio de divorcio y dos juicios de pérdida de la patria potestad. En este resumen, se hace referencia únicamente a los aspectos relacionados con los derechos de los menores de edad involucrados en dichos asuntos.

En relación con el juicio de divorcio, el 25 de junio de 2014, el juez requirió al señor abstenerse de causar cualquier molestia, intimidación, amenazas e interferir de cualquier forma en el desarrollo de las actividades de la señora, así como acudir al domicilio particular, escolar o cualquier otra parte donde se encontrara la señora y los hijos, a generar conductas o actos de molestia.

El 17 de septiembre de 2014, la jueza del segundo juicio de pérdida de patria potestad levantó la medida cautelar. Ese mes, la madre y los hijos se mudaron a la Ciudad de México, cuando los niños tenían 12 años de edad. El segundo juicio de pérdida de la patria potestad continuó con su etapa de pruebas, en la que se hizo un reconocimiento psicológico de los niños, se emitió un dictamen en psicología que consideró que ambos progenitores eran personas sanas emocionalmente, aptas para convivir con sus hijos y para ejercer su derecho de custodia con los niños y se dio lugar para escuchar a los niños.

Casi un año después, el 2 de junio de 2015, el juez del juicio de divorcio estableció un régimen de convivencias entre padre e hijos, por lo que en el mes de julio de 2015, el padre se trasladó a la Ciudad de México para tener las convivencias con sus hijos. Respecto al primer juicio de pérdida de la patria potestad, el 11 de agosto de 2015, después de que el asunto fue sujeto a cuatro juicios de amparo directo, se absolvió al padre de la pérdida de la patria potestad, porque no se acreditó el incumplimiento de la obligación alimentaria.

Por otra parte, el 26 de agosto de 2015, dentro del juicio de divorcio, la madre presentó un convenio con una propuesta para determinar la guarda y custodia, visitas y convivencia de los niños. Derivado de esta situación, la madre solicitó que el segundo juicio de pérdida de la patria potestad y el juicio de divorcio se acumularan, porque ambos asuntos estaban estudiando la guarda y custodia de los niños, pero la solicitud fue negada en varias ocasiones.

El 15 de marzo de 2016, la jueza del segundo juicio de pérdida de la patria potestad emitió sentencia y determinó, en lo que nos interesa, que ambos padres compartirían la guarda y custodia y convivencias de los niños, por lo que se fijaron los términos y ordenó a la madre restituirlos a Culiacán en un término de cinco días hábiles. Esto, en atención a que la jueza consideró que el traslado de los niños a Ciudad de México había tenido como resultado alejarlos del padre y su entorno.

La madre promovió un juicio de amparo directo en contra de la sentencia del segundo juicio de pérdida de la patria potestad, a través del cual, entre otras cosas, cuestionó el desahogo y análisis de las pruebas, ya que no se demostró que la madre afectara a los niños. Además, señaló que la decisión atentó en contra el interés superior de los niños porque el padre incumplía con sus obligaciones alimentarias, por lo que no había razón para que ella y sus hijos vivieran donde el padre.

El tribunal colegiado de conocimiento negó el amparo. A su juicio, la decisión de que los niños volvieran a Culiacán no les afectaba, pues había tomado en cuenta su entorno familiar, social y cultural, así como sus necesidades físicas y mentales. La madre interpuso un recurso de revisión, entre otras cosas, por el peso que se les dio a las opiniones de los niños y por la necesidad —a su consideración— de una prueba pericial en psicología para conocer la situación emocional, en ese momento, de los niños respecto al cambio de domicilio y el regreso a su residencia anterior. La señora añadió que el cambio de domicilio respondió a que ella tenía que ganar el sustento para alimentar a sus hijos, cosa que el padre no hizo y que el tribunal colegiado no valoró la relevancia del incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del padre. Además, la madre dijo que no se tomaron en cuenta las pruebas supervenientes que, a través de notas periodísticas, demostraban que el padre se encontraba envuelto en situaciones criminales, hechos que ponían en riesgo a los niños al regresar a Culiacán.

La Primera Sala de la Suprema Corte conoció del asunto, suplió la deficiencia de la queja y revocó la sentencia recurrida para efecto de reponer el procedimiento y recabar las pruebas necesarias para conocer la situación real y sentir de los niños respecto a su guarda y custodia. La Sala consideró que la determinación de que el cambio de domicilio afectó a los niños se basó en presunciones abstractas y no en pruebas ciertas del efecto que causaba en ellos volver a Culiacán.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿El interés superior de niñas, niños y adolescente puede sustentarse únicamente en presunciones?
2. ¿Basta la presunción de que un cambio de residencia puede tener un impacto negativo en la vida de un menor de edad, para sostener que, efectivamente en un caso concreto, dicho cambio resulta perjudicial?

Criterios de la Suprema Corte

1. El interés superior de niñas, niños y adolescentes no puede sustentarse únicamente en presunciones, sino que es necesario conocer las circunstancias concretas de la situación en que se encuentren los menores de edad, para que la materialización del interés superior sea real, basada en elementos objetivos respecto de cuál es la decisión que más les beneficia, en su concreto contexto; de ahí que las personas juzgadoras tienen amplias facultades y están obligados a recabar las pruebas necesarias que les permitan conocer la situación concreta.

2. Un cambio de residencia no puede catalogarse, por sí mismo, como contrario al interés superior del menor, ni el regreso a la misma residencia en todos los casos será lo mejor para él o ella. Esto dependerá, necesariamente, de una ponderación de las circunstancias en que se vivía y las nuevas, en el específico contexto de cada niño o niña, con base en pruebas que permitan conocer su real situación y adoptar la decisión de la manera más objetiva e informada posible.

Justificación de los criterios

1. "[...] [E]l **interés superior del menor no puede sustentarse únicamente en presunciones**, sino que es menester conocer las circunstancias concretas de la situación en que se encuentren el menor o menores de edad en cada caso, para que la materialización del interés superior sea real, basada en elementos objetivos respecto de cuál es la decisión que más les beneficia, en su concreto contexto; de ahí [...] que los juzgadores tienen amplias facultades y están obligados a recabar las pruebas necesarias que les permitan conocer la situación de los menores a efecto de resolver sobre sus derechos de la manera más acorde con su interés superior en cada caso." (Párr. 53). (Énfasis en el original).

2. "[...] [E]s cierto que **un cambio de residencia** para un menor de edad, es posible que pueda implicar consecuencias que impacten en su persona, pues la lógica y la experiencia podrían indicarle a cualquiera que el menor de edad podría sufrir determinados efectos emocionales por la separación del ambiente en que se desarrolla y de las personas con las que convive; dejar la casa habitación, la escuela y demás espacios en que se desarrolla su vida, dejar de convivir con vecinos, amigos, profesores, parientes cercanos, etcétera; y desde luego, **el cambio de residencia** también implicará tener que atravesar por un proceso de adaptación en el nuevo lugar en que se va a residir, enfrentar nuevos ambientes, nuevas rutinas y la convivencia con nuevas personas; lo que sin duda, autorizaría a presumir que el hecho de cambiar de residencia en sí mismo, sí puede tener una trascendencia que afecte negativamente al menor de edad, y con mayor razón cuando ese cambio de residencia implica alejarse de uno de sus progenitores en un contexto de separación de éstos como pareja.

Pese a ello, no es posible admitir como una regla general, que baste *la presunción* de que un cambio de residencia puede tener un impacto negativo en la vida de un menor de edad por las razones apuntadas, para sostener que efectivamente en un caso concreto, dicho cambio resultó perjudicial, y por otra parte, que el retorno al lugar de residencia anterior, es lo que más beneficiará al menor; pues siempre es necesario que el juzgador cuente con elementos objetivos de prueba, idóneos y suficientes, que lo acerquen al conocimiento de la verdad sobre la realidad de la vida del menor de edad, a efecto de materializar en modo cierto su interés superior." (Párrs. 62 y 63). (Énfasis en el original).

"Un cambio de residencia de un menor de edad, aun cuando inicialmente pudiere actualizarse la presunción antes referida, sobre todo cuando implica que no vivirá cerca de uno de sus progenitores; no necesariamente resultará perjudicial para el menor en todos los casos, ni puede decirse que siempre lo más benéfico tendrá que ser su retorno a la residencia anterior; es decir, un cambio de residencia no puede catalogarse, per se, como contrario al interés superior del menor, ni el regreso a la misma residencia en todos los casos será lo mejor para él; ello dependerá, necesariamente, de una ponderación de las circunstancias en que se vivía y las nuevas, en el específico contexto de cada niño, con base en pruebas que permitan conocer su real situación y adoptar la decisión de la manera más objetiva e informada posible." (Párr. 65).

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 981/2017, 07 de agosto de 2019¹²³ (Periciales psicológicas a menor de edad que forma parte del núcleo familiar, pero que es ajeno a la controversia)

Hechos del caso¹²⁴

El 6 de marzo de 2014, en la Ciudad de México, un señor promovió un incidente de cambio de guarda y custodia dentro de una controversia familiar. El señor motivó el incidente en el que la madre de su hija, quien tenía la guarda y custodia de la niña, ponía en riesgo la integridad y desarrollo de la niña e impedía el régimen de convivencias entre padre e hija. Por su parte, la madre manifestó que las convivencias no se llevaban a cabo porque la niña corría riesgo por situaciones de violencia familiar que se suscitaban cuando estaba con el padre.

El juez familiar que conoció del asunto, a solicitud de la madre, ordenó realizar estudios psicológicos al padre y a su entorno familiar conformado por su pareja, el hijo de su pareja (quien era menor de edad), la hija común de estos y la abuela paterna. Más tarde, el padre solicitó que se fundara y motivara la orden del estudio psicológico al hijo de su pareja porque los padres del niño no consintieron que le realizaran pruebas, para no exponerlo a una afectación irreparable. El 27 de enero de 2015, el juez familiar emitió un auto donde señaló que el desahogo de la prueba al hijo de la pareja del padre respondía al interés superior de la infancia.

Después de la omisión de presentar al niño para la práctica de las pruebas, la pareja del padre, por su propio derecho y en representación de su hijo, promovió un juicio de amparo indirecto, en su calidad de terceros extraños en el incidente de cambio de guarda y

¹²³ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

¹²⁴ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

custodia. Reclamaron que las pruebas transgredían sus derechos porque ellos no eran parte del juicio, además de tratarse de un acto de molestia no fundado ni motivado.

El juez de distrito de conocimiento negó el amparo porque los jueces tienen facultad para ordenar las pruebas necesarias para resolver cuestiones donde se requiera salvaguardar el interés superior de la infancia. En especial, tratándose de un asunto de cambio de guarda y custodia en el que es necesario valorar todos los elementos para determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de una niña.

En contra de la sentencia de amparo, la pareja del padre interpuso un recurso de revisión, el cual fue atraído por la Suprema Corte. La señora reclamó que la práctica de pruebas psicológicas a un menor de edad es un acto de imposible reparación y que en el caso no hay elementos que sugieran un peligro a la niña, por lo que no existía justificación para ordenar las pruebas.

En su resolución, la Primera Sala de la Corte revocó la sentencia recurrida al determinar que el desahogo de la prueba solicitada es un acto de molestia que debe ser fundado y motivado, para salvaguardar el interés superior de todos los niños involucrados en el asunto. Además, determinó que, si resultaba procedente la práctica de la prueba psicológica al menor de edad, debía nombrarse una representación coadyuvante para que, aunada a la representación originaria, salvaguarde los derechos del niño.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿En el contexto de una controversia de guarda y custodia de un menor de edad, la persona juzgadora puede ordenar la práctica de periciales psicológicas a otro niño o niña que forma parte del núcleo familiar, pero que es ajeno a la controversia?
2. ¿Qué ocurre cuando los representantes del menor de edad que no forma parte de la controversia se oponen a practicarle una prueba pericial en psicología?

Criterios de la Suprema Corte

1. En el contexto de una controversia de guarda y custodia de un niño o niña, quien juzga puede ordenar la práctica de periciales psicológicas a otro menor de edad que forma parte del núcleo familiar, pero que es ajeno a la controversia, siempre y cuando dicho acto se encuentre revestido de una fundamentación y motivación adecuada, que tome en cuenta que la naturaleza de la pericial psicológica representa un potencial riesgo de afectación a la salud mental de los niños, niñas y adolescentes. Por tal razón, en la práctica de periciales psicológicas a menores de edad ajenos a la controversia, quien juzga deberá evaluar los riesgos que representa para el infante sobre el que ha de practicarse, a fin de emitir un acto con la debida fundamentación y motivación reforzada que justifique la pertinencia de la prueba que pretende desahogarse en el juicio.

2. Si una vez que se escuche a los representantes de los menores de edad que no forman parte de la controversia, se niegan a que se les realice una prueba pericial en psicología a los NNA, quien juzga deberá resolver la controversia familiar conforme los elementos, pruebas de juicio y acorde con el mandato de optimización del interés superior de la infancia.

Justificación de los criterios

1. La Suprema Corte estimó que "la obligación del tercero de auxiliar al Tribunal o juzgador al esclarecimiento de la verdad no puede constituir una imposición o acto de molestia irracional sobre sus derechos, propiedades o posesiones, sino que siempre debe estar revestido de una fundamentación y motivación adecuada que evidencia la razonabilidad jurisdiccional de la misma en su interrelación con el derecho a la tutela judicial efectiva" (Párr. 61). En ese sentido, "el mandato de protección con el que deben actuar las autoridades es reforzado bajo el principio del interés superior del menor y de que el derecho a la salud mental de los niños es un derecho de rango constitucional. Además, es claro para esta Primera Sala que dada la naturaleza de la pericial psicológica en la que se intenta destacar diversas situaciones personales del menor y en virtud de la cual es altamente probable se le someta a una situación de estrés al verse cuestionado por peritos en psicología, existe un potencial riesgo de afectación al derecho de los niños a la salud mental." (Párr. 63).

"De ahí que esta Primera Sala ya afirmó, —en tratándose de los derechos de los niños— que no es necesario que la prueba pericial psicológica ocasione un daño a los mismos, sino que es suficiente que exista un riesgo en su desahogo para activar la protección reforzada interpretada que es consistente con el principio constitucional del interés superior del niño.

Entonces, dicho principio impone una tutela reforzada de los derechos del niño, e implica que los derechos de los niños no sólo se ven afectados cuando se materializa un daño en su esfera jurídica, sino también cuando ésta se pone un riesgo. En otras palabras, para atentar contra la salud psicológica no es necesario causarle un daño a un menor, sino que basta con ponerlo en riesgo de sufrir alguna afectación." (Párrs. 64 y 65).

"Ahora bien, lo anterior no quiere decir que la admisión y desahogo de las pruebas a cargo de menores, como testimoniales o periciales psicológicas deban estar proscritas, sino que al considerarse las mismas como actos de molestia requieren de una fundamentación y motivación reforzada, que vinculada con las formalidades esenciales del procedimiento jurisdiccional del cual deriva, faculta al tercero ajeno a juicio a objetar la misma, esto es a combatir la fundamentación y motivación por la que se emite el acto de molestia y con ello, o bien solicitar las garantías y medidas para prevenir el riesgo y daño o efecto nocivo en su desahogo" (párr. 77).

Por todo lo anterior, "el juzgador a fin de determinar la pertinencia de la prueba pericial también deberá evaluar los riesgos que representa para el infante sobre el que ha de practicarse, porque únicamente tomando en cuenta ambas protecciones de los infantes, puede emitir un acto con la debida fundamentación y motivación reforzada que justifique la pertinencia de la prueba que pretende desahogarse en el juicio de guarda y custodia. Y de no hacerlo así, entonces no se cumple con la debida fundamentación y motivación del acto de molestia y éste resultaría contrario al parámetro constitucional" (párr. 107).

2. "Así, una vez que el juzgador motiva y justifica de forma reforzada la pertinencia de la prueba, notifica directamente a la representación originaria del menor, y nombra una representación coadyuvante de los intereses del infante sobre quien se ordena la prueba, el juez deberá oír todos los argumentos de los representantes del menor dado que éstos pueden oponerse a la realización de la misma, o solicitar medidas o salvaguardias especiales para su realización, en la lógica que ante la negativa de desahogar la pericial en psicología el juez deberá resolver la controversia familiar conforme los elementos y pruebas de juicio y acorde con el mandato de optimización del interés superior del menor." (Párr. 110).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2965/2018, 02 de octubre de 2019¹²⁵ (Valoración de la negativa de un niño, niña o adolescente para ejercer su derecho de convivencia con progenitor no custodio)

Hechos del caso¹²⁶

Una señora demandó del padre de su hija: la reincorporación de su hija a su casa, la guarda y custodia provisional y definitiva, el pago de una pensión alimenticia y el pago de gastos y costas.

El señor contestó la demanda y a su vez, demandó la guarda y custodia de la niña, bajo el alegato de que la misma sufría agresiones sexuales en casa de la señora por parte del abuelo de la niña.

El señor alegó que la señora manipulaba a la niña para decir que no quería verlo. Sin embargo, la niña en reiteradas ocasiones expresó ante la autoridad del Centro de Convivencias donde se llevaban a cabo las visitas, y ante la jueza, que ella no deseaba ver a su padre por las dinámicas familiares que acontecían en el hogar de este. Incluso manifestó que le molestaba que le mentía para llevarla al centro de terapias para víctimas de delitos

¹²⁵ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

¹²⁶ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

sexuales, ya que eso era mentira. En un informe psicológico, se concluyó que no se identificó ninguna sintomatología de agresión sexual en contra de la niña.

Por todo lo anterior, la jueza concedió la guarda y custodia definitiva de la niña en favor de la madre; fijó un régimen de convivencia entre la niña y el padre; decretó que la señora, el señor y la niña tenían que asistir a terapias psicológicas individuales y condenó al señor al pago de una pensión alimenticia.

En apelación y en amparo se confirmó la sentencia. Inconforme, el señor interpuso un recurso de revisión, del que conoció la Suprema Corte, quien le concedió el amparo para que se emitiera una nueva sentencia donde se determinaran las medidas necesarias para facilitar un régimen de convivencia entre el señor y la niña, aun cuando éste vaya en contra de la voluntad de la señora y el señor.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Cómo debe valorarse el deseo o manifestación del infante sobre su decisión de no ejercer su derecho de convivencia con el progenitor no custodio?
2. ¿La sola manifestación de un niño, niña o adolescente de no desear convivir con el progenitor no custodio es suficiente para que no se establezca un régimen de convivencias entre estos?

Criterios de la Suprema Corte

1. Cuando un niño, niña o adolescente manifiesta no querer convivir con el progenitor no custodio, su declaración debe contextualizarse en relación con todas las demás circunstancias de la litis, a fin de no ser tomada como un apunte vinculante ni como un hecho aislado. Quien juzga debe cerciorarse si la voluntad del infante no está cooptada por intereses ajenos al infante, o bien ofuscada debido al contexto de la problemática familiar y la tensión misma del proceso judicial. Para ello, quien juzga deberá solicitar auxilio de especialistas para verificar, en caso de duda, cuál es el deseo y voluntad verdadera del infante.
2. La única limitante para el establecimiento de un régimen de convivencia es que se advierta que la convivencia, por sí misma, suponga un riesgo para el niño, niña o adolescente, lo que requiere de un análisis diverso por el operador jurídico con base en los elementos de la teoría del riesgo. De modo que, quien juzga debe preocuparse por establecer la estructura y facilidades para que esa convivencia suceda.

Justificación de los criterios

1. La Suprema Corte manifestó que "que si bien los infantes tienen derecho a manifestar y expresar sus opiniones en y durante los procedimientos judiciales que son partes o de

los cuales puedan verse afectados sus bienes o derechos, ello no significa que los operadores jurídicos deben atender a las peticiones de los infantes en tanto éstas no resultan vinculantes y el juzgador debe atender a diversos aspectos que junto con las circunstancias particulares de la litis puedan servir de guía para decidir sobre lo más conveniente para el menor que expresa su opinión, especialmente porque las controversias familiares son extremadamente flexibles y la opinión del menor debe estar contextualizada sin poderla tomar como un hecho aislado" (Párr. 69).

La Suprema Corte ha determinado que, "en consonancia con el principio del interés superior del menor, existe deber adicional al operador jurídico que resuelve una controversia que atañe a determinar un régimen de convivencia con el progenitor no custodio, de cerciorarse de la forma en que ha de estructurarse un régimen de visitas y convivencias cuando el infante exprese que no es su voluntad realizarlo, esto es, cuando se niegue a convivir con el padre o madre no custodio, ello primeramente evaluando cuidadosamente la opinión y manifestación de la voluntad del menor, a fin de cerciorarse si la voluntad del infante no está cooptada por intereses ajenos al infante, o bien ofuscada debido precisamente al contexto de la problemática familiar y la tensión misma del proceso judicial, para lo cual el juzgador en aras de preservar y garantizar el derecho a la sana convivencia familiar del infante, deberá incluso solicitar auxilio de especialistas para primeramente verificar, en caso de duda, cuál es el deseo y voluntad verdadera del infante, y en su caso determinar u ordenar medidas terapéuticas y/o conciliación entre las partes a fin de favorecer la realización de la convivencia, o incluso determinar regímenes de convivencia en distintas modalidades, ya sea supervisada o progresivos a fin de cumplir con el mandato del interés superior del menor en el sentido de priorizar la convivencia familiar de un infante separado de uno de sus progenitores" (Párr. 70).

2. De acuerdo con la Suprema Corte, "la única limitante para ordenar un régimen de convivencia que impide éste pueda ser siquiera planeado, ocurre cuando el juzgador aprecia que de realizarse la convivencia ésta represente por sí misma un riesgo para el infante, limitante que en su caso requiere de un análisis diverso por el operador jurídico con base en los elementos de la teoría del riesgo que esta Primera Sala ha venido desarrollando a fin de dar contenido al principio del interés superior del menor" (Párr. 75). Por tanto, "si bien el acto de convivencia entre un padre o madre y su descendiente (s) no puede ser un acto involuntario sino propio de un ejercicio de la voluntad personal que nace precisamente de la interrelación cotidiana del vínculo parental, es que el operador judicial debe preocuparse por establecer la estructura y facilidades para que esa convivencia suceda, esto es se garantice el derecho mismo y así se torne efectivo, máxime que la convivencia familiar que crea vínculos paternos o maternos es lo que conviene al desarrollo armónico de cualquier infante, dada la importancia para el desarrollo humano de establecer lazos y vínculos con sus progenitores o figuras de apego" (párr. 74).

SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 331/2019, 21 de noviembre de 2019¹²⁷ (Inconstitucionalidad de la presunción legal de preferencia materna para detentar la guarda y custodia)

Hechos del caso¹²⁸

En la Ciudad de México, un padre demandó de la madre de su hija de dos años ocho meses de edad, la guarda y custodia de la niña, la declaración judicial de tener mejores condiciones para ejercerla y el pago de una pensión alimenticia a favor de la niña por parte de su madre. El 17 de abril de 2018, la jueza familiar de conocimiento resolvió que la guarda y custodia provisional de la menor de edad quedaba a favor de su madre, conforme al artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal, ya que el padre no refirió actos de violencia de la madre en contra de la niña.

En contra de esta determinación, el padre por su propio derecho y en representación de su hija, promovió un juicio de amparo indirecto. El señor argumentó que la jueza familiar no señaló un régimen de visitas y convivencias entre padre e hija, aplicó la norma señalada sin considerar que la madre fue denunciada por violencia familiar y sustracción de menores y que no tenía domicilio cierto. Además, reclamó la inconstitucionalidad del artículo 282, inciso b), fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal, por ser contrario al derecho de igualdad y no discriminación, a la libre determinación de los hijos que se desean tener y al interés superior de la infancia. El padre señaló que la norma no admitía una interpretación conforme porque, por sí misma, privilegiaba en automático que los menores de doce años deben permanecer con su madre.

El juzgado de distrito de conocimiento concedió el amparo respecto a la resolución de la jueza familiar y lo negó en relación con la inconstitucionalidad de la norma planteada. Como fundamento, el Juzgado retomó los pronunciamientos de la Suprema Corte en relación con la constitucionalidad de las normas que confieren a la madre de menores de doce años su guarda y custodia y añadió que existe una identificación total de hijos y madres por la satisfacción de sus necesidades elementales y el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante su primera etapa de vida.

El padre interpuso un recurso de revisión, a través del cual insistió en la inconstitucionalidad de la norma señalada por ser contraria a los artículos 1o. y 4o. constitucionales, además, señaló que la norma es sexista y no atiende a la realidad social. La Suprema Corte asumió su competencia originaria del asunto, dado que el juzgado hizo referencias a

Artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal. "Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes [...] B. Una vez contestada la solicitud: [...] II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio. [...] Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos."

¹²⁷ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá.

¹²⁸ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

precedentes emitidos por la Primera Sala. La Primera Sala revocó la sentencia recurrida porque, de una nueva reflexión sobre la norma impugnada, concluyó que el artículo reclamado efectivamente era inconstitucional, al atentar en contra del principio de igualdad y no discriminación, y del interés superior de la infancia y abandonó el criterio de que las disposiciones de este tipo podían ser interpretadas a la luz del interés superior de la infancia.

Problema jurídico planteado

¿La presunción de idoneidad de las madres para detentar la guarda y custodia de los menores de 12 años, contenida en el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal, es constitucional?

Criterio de la Suprema Corte

La presunción de idoneidad de las madres para detentar la guarda y custodia de los menores de 12 años, contenida en el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal, es inconstitucional al vulnerar el principio del interés superior de la niñez y el principio de igualdad y no discriminación.

Por un lado, al someter a la norma bajo un análisis de escrutinio estricto, la medida no es idónea para satisfacer el interés superior de la niñez porque impide que la persona que juzga cumpla con su obligación de evaluar las circunstancias concretas del caso específico, ya sean las características y posibilidades de los progenitores, la opinión del NNA y su relación con estos.

Por otra parte, la norma genera una distinción en función de una categoría sospechosa, que es el género, ignora la pluralidad de la realidad social, reafirma estereotipos de género tradicionales, y profundiza la doble carga de responsabilidad que ello genera fundado en el binomio de mujer-madre.

Justificación del criterio

En el pasado se "[...] llegó a la conclusión de que el artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal es constitucional si se ve a la luz de una interpretación conforme en el sentido de que la preferencia materna en él establecida no debe entenderse de manera literal y excluyente en forma automática de la figura paterna, esto es, no puede partirse de que exista una presunción de idoneidad absoluta a favor de alguno de los progenitores, pues en principio tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos; por lo que, se debe realizar una interpretación conforme de la disposición y tomar la decisión sobre la guarda y custodia únicamente atendiendo al interés superior del menor, valorando

las circunstancias especiales en cada caso concreto y atendiendo no solo al menor perjuicio que se le pueda causar, sino al mayor beneficio que se le pueda generar." (Párr. 29).

"Sin embargo, en una nueva reflexión sobre el tema [...] [se] considera que la constitucionalidad de la norma en cita no puede sostenerse a la luz de una interpretación conforme pues [...] las normas generales que establecen distinciones basadas en las categorías sospechosas enunciadas expresamente en el artículo 1 de la Constitución Federal —entre las que se encuentra el género y sexo de la persona—, no admiten interpretación conforme, antes bien, las mismas deben ser sometidas a un escrutinio aún más estricto [...]" (Párr. 31).

"[...] [E]stablecer una presunción *ex ante* en favor de uno de los progenitores —como lo hace el artículo controvertido— sin evaluar cuál sería la situación más benéfica para el infante contraviene el principio del interés superior del menor. [...]" (Párr. 57). (Énfasis en el original).

"[...] El artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación, previsto en los artículos 1 y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que genera una distinción normativa en función de una categoría sospechosa y no cumple con los estándares de evaluación mediante un escrutinio estricto." (Párr. 60).

Del análisis de constitucionalidad del precepto bajo un escrutinio estricto, "en primer lugar, por lo que hace a la exigencia de que la distinción persiga una finalidad u objetivo constitucionalmente importante y claro, esta [...] se satisface [...], pues tal precepto persigue la satisfacción del interés superior del menor.

En segundo lugar, en cuanto a verificar que la norma general esté totalmente encaminada a la consecución de la finalidad, es decir, sea realmente útil para satisfacer de una mejor forma el interés superior del menor, [...] el artículo 282 en cita no es idóneo para satisfacer de una mejor forma el interés superior del menor pues [...] establecer una presunción *ex ante* en favor de uno de los progenitores —como lo hace el artículo controvertido— sin evaluar cuál sería la situación más benéfica para el infante, lejos de potencializar el principio del interés superior del menor, lo contraviene. Esto, pues impide que el juzgador cumpla con su obligación de evaluar las condiciones fácticas que generan la controversia, ya sean las características y posibilidades de los progenitores, así como la opinión del menor y su relación con estos.

El establecimiento de una regla absoluta sin la admisión de excepciones encaminadas a buscar un mayor beneficio para el infante, pretende ignorar la pluralidad de la realidad social.

En ese tenor, ni siquiera es el caso de analizar el tercer paso del escrutinio [respecto a si la medida legislativa es la menos restrictiva posible para cumplir con la finalidad constitucional]. Ello, en la medida de que la preferencia materna y el presumir que los hijos quedan bajo el cuidado y responsabilidad de las madres por presunción legal, no solo reafirma estereotipos de género tradicionales, sino que profundiza el mandato y la correspondiente culpa o doble carga de responsabilidad que ello genera fundado en el binomio de mujer-madre. Por ello, sostener decisiones legislativas que mantienen la preferencia materna en el cuidado y responsabilidad de las hijas e hijos no solo impide el difícil y complejo sendero hacia la erradicación de la feminidad tradicional, sino que tampoco abona a maximizar el interés superior del menor.

A partir de lo expuesto [...] [la norma] no constituye un medio idóneo para satisfacer de mejor manera o potencializar el interés superior del menor. Por el contrario, neutralizar la norma permite garantizar este *principio* si el menor tiene la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para sus necesidades, independientemente del género y la relación consanguínea de éste.

Dicho cuidador primario que, si bien puede ser su madre, también lo puede ser su padre o incluso una persona ajena a sus progenitores. Es por ello que, al tenor de lo anterior, los jueces, al momento de decidir sobre la guarda y custodia provisional de los menores, deben atender a las circunstancias concretas del caso específico, pues solo de esa manera estarán en posibilidad de resolver en la forma que mejor se satisfaga el interés superior del menor." (Párrs. 78-83). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 392/2018, 19 de febrero de 2020¹²⁹ (Estándar de prueba para suspensión o limitación del régimen de convivencias entre un progenitor y su hijo o hija)

Hechos del caso¹³⁰

En 2016, se declaró la disolución de un matrimonio que tenía un único hijo. Un juez resolvió que le correspondía a la madre la guarda y custodia definitiva del niño, fijó un régimen supervisado de visitas y convivencias con el padre y fijó una pensión alimenticia mensual de mil doscientos pesos a cargo del padre. En apelación y amparo directo, se confirmó la decisión.

El tribunal que conoció del amparo resolvió que la convivencia supervisada puede establecerse no sólo en casos donde exista un peligro para la integridad física o psíquica de

¹²⁹ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

¹³⁰ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

la niña, niño o adolescente, sino que también puede establecerse en atención al interés superior de estos. En el caso concreto, el tribunal previó la convivencia supervisada pues estimó que generaría una gradual integración del niño con el padre.

En virtud de lo anterior, el padre interpuso un recurso de revisión. Alegó que la convivencia supervisada es la excepción en el diseño de regímenes de visitas y convivencias, por lo que la interpretación del tribunal iba en desacuerdo con el interés superior del niño y del derecho de convivencias.

La Suprema Corte conoció de este recurso de revisión y resolvió que, aunque la convivencia supervisada no es violatoria del interés superior de la niñez, su establecimiento es una limitación al derecho a las relaciones familiares y el derecho a la vida familiar. Por tanto, decidió revocar la sentencia recurrida para el efecto de que se determinara de nueva cuenta el régimen de convivencia con base en los lineamientos expuestos en la sentencia.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Hay una presunción de que la madre, por sólo hecho de ser madre, es la más apta y capacitada para ejercer la guarda y custodia de sus hijos o hijas?
2. ¿Bajo qué estándar de prueba se justifica la suspensión o limitación del régimen de convivencias entre un progenitor y su hijo o hija?
3. ¿Qué elementos pueden tomar en consideración las y los juzgadores para determinar el régimen de convivencias entre un NNA y su progenitor no custodio?

Criterios de la Suprema Corte

1. Con base en el principio de igualdad y no discriminación, la presunción de que la madre es la más apta y capacitada para el otorgamiento de la guarda y custodia se ha visto superada por el principio de corresponsabilidad parental. Éste supone que ambos progenitores tienen parte activa en las labores de educación, crianza y desarrollo de sus hijos e hijas, así como en la toma de decisiones fundamentales, aun cuando estén separados.

Esto es así, porque aceptar una presunción de idoneidad de la madre, además de la carga estereotipada que conlleva, desplaza injustamente la carga de la prueba: el padre debe demostrar que tiene la aptitud suficiente para hacerse cargo de sus obligaciones derivadas de la patria potestad, pues no se presume su idoneidad. Aunado a que la presunción repercute negativamente en el derecho del niño o niña a relacionarse con su progenitor no custodio.

2. Una suspensión o limitación del régimen de convivencias entre un progenitor y su hijo o hija sólo puede ser dictada por razones excepcionales que sean debidamente justificadas.

Esto puede suceder cuando los niños, niñas o adolescentes se coloquen en una situación de riesgo por la convivencia con el progenitor; sin embargo, el riesgo no puede entenderse como una mera posibilidad, sino que se configura cuando la determinación de la convivencia aumenta la posibilidad de que se produzca el evento dañino. Aunado a lo anterior, debe demostrarse que este riesgo es probable y fundado, bajo un estándar de prueba claro y convincente.

3. Las y los juzgadores pueden tomar en consideración: la edad, necesidades y costumbres de los menores de edad involucrados; el tipo de relación que mantienen con el padre no custodio; los orígenes del conflicto familiar; la disponibilidad y personalidad del padre no custodio; la distancia geográfica entre la residencia habitual de los menores de edad y la del padre no custodio; y, en general, cualquier otro factor que permita al juzgador discernir qué régimen de convivencia sería más benéfico para el menor de edad involucrado.

Justificación de los criterios

1. La Suprema Corte observa que "la tendencia clara en estos tiempos marca el rumbo hacia una familia en la que sus miembros fundadores gozan de los mismos derechos y en cuyo seno y funcionamiento han de participar y cooperar a fin de realizar las tareas de la casa y el cuidado de los hijos. Esas circunstancias han obligado a esta Sala a separarse de aquellas justificaciones basadas en la presunción de que la madre es la más apta y capacitada para el otorgamiento de la guarda y custodia. (Párr. 65). En ese sentido, el "principio de igualdad entre hombre y mujer recogido en el artículo 4o. en conexión con el artículo 1o. de la Constitución Federal sientan las bases para lo que la doctrina jurídica ha denominado principio de corresponsabilidad parental, que reviste especial importancia por lo que atañe a las obligaciones de los progenitores en cuanto a la crianza y educación de los hijos." (Párr. 66).

"La corresponsabilidad parental permite que ambos progenitores puedan tener parte activa en las labores de educación, crianza y desarrollo de sus hijos y en la toma de decisiones fundamentales, aun cuando estén separados. En definitiva, implica el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres, respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial... esa responsabilidad se da en el ámbito de sus acuerdos —las más de las veces implícitos— cuando los padres viven juntos, sin embargo cuando se separan siguen siendo igual y conjuntamente responsables, aunque la forma de cumplir con las responsabilidades adquiere una modalidad distintas o bien otros cauces y modos de cumplimiento". (Párr. 68).

"Este principio de corresponsabilidad parental, con las consecuencias que acarrea, no debe perderse de vista por los juzgadores al momento de determinar la guarda y la custodia, así como la modalización del derecho de visitas y convivencias para garantizar

el derecho del menor de edad a relacionarse con sus progenitores y a ser cuidado (obligaciones de crianza) por ambos. En particular, cuando la guarda y custodia es atribuida a uno de los padres, **el establecimiento de un régimen amplio y fluido de relación directa y regular con el progenitor no custodio es una manera de observar este principio que asegura la igualdad en las obligaciones de crianza**" (párr. 69) (énfasis en el original).

"[E]sta Primera Sala no conviene con la presunción de que la madre, por el sólo hecho de ser madre, es la más apta y capacitada para el otorgamiento de la guarda y custodia, por su inclinación "natural" a las labores de cuidado, que es la idea que subyace en los razonamientos de la sentencia reclamada, presunción que vulnera el principio de igualdad entre el hombre y la mujer y repercute negativamente en el derecho del niño a relacionarse con su progenitor no custodio." (Párr. 72).

"Debe notarse que admitir la presunción de idoneidad de la madre, además de la carga estereotipada que conlleva, desplaza injustamente la carga de la prueba: el padre deberá demostrar que tiene la aptitud suficiente para hacerse cargo de sus obligaciones derivadas de la patria potestad pues no se presume su idoneidad. En el caso en análisis, deberá constatarse a través de reportes que emitan especialistas del centro de convivencia, como trabajadores sociales y psicólogos, en términos de lo que determinó la autoridad responsable, carga demostrativa que no es exigida a la mamá del menor, de lo que se concluye que el tribunal colegiado, al analizar los conceptos de violación, avala una decisión que da un trato desigual a los progenitores." (Párr. 74).

2. La Suprema Corte estimó que "el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía constituye un elemento fundamental del derecho a las relaciones familiares, del derecho a la vida familiar, por lo que las medidas que interfieran en esos derechos deben estar debidamente justificadas" (párr. 95). "La regla general es una amplia convivencia que garantice el derecho de padres e hijos a relacionarse entre sí: más allá del desmembramiento familiar con ocasión de la ruptura entre los progenitores, es un derecho del niño contactar y ser cuidado por ambos padres. Desde esta perspectiva, sólo por razones excepcionales se justifica la suspensión o limitación del régimen de convivencias, esto es, por graves circunstancias que así lo aconsejen tomando en cuenta el interés superior de la niñez. Al tratarse de una restricción que incide directamente en la esfera jurídica del menor de edad debe estar debidamente justificada: la simple alusión al interés superior del menor no implica de suyo una adecuada motivación si no se esgrimen razones de por qué en el caso concreto se actualiza un riesgo o bien resulta constatable un mayor beneficio que la convivencia amplia con el progenitor no custodio" (párr. 96).

Si bien, en atención al principio del interés superior de la infancia, se prevé que no es necesario que se genere un daño a los bienes o derechos del niño, niña o adolescente para que se vean afectados, sino que basta con que se actualice una situación de riesgo, "para esta Suprema Corte, si el concepto de riesgo se entiende simplemente como la posibilidad

de que un daño ocurra en el futuro, es evidente que la eventualidad de que un niño o niña sufra una afectación estará siempre latente. Cualquier niño o niña está en riesgo de sufrir una afectación por muy improbable que sea. Sin embargo, esta no es una interpretación muy razonable del concepto de riesgo. Así, debe entenderse que el aumento del riesgo se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento aumenta cuando se produce el primero" (párr. 98). "En los casos en que se involucren derechos de niños y niñas, como es el caso de la determinación un régimen de convivencia, debe demostrarse la existencia de un riesgo probable y fundado, bajo un estándar de prueba claro y convincente, para determinar que el derecho a relacionarse entre el progenitor no custodio y el menor de edad no puede llevarse a cabo de manera amplia, esto es, para fijar ciertos límites o restricciones a la convivencia" (Párr. 99). "Es preciso puntualizar que el derecho a relacionarse entre padres e hijos sin limitaciones sólo puede verse superado cuando se muestre bajo una comprobación razonable que de mantenerse la cercanía o contacto amplio y sin supervisión del niño y/o niña con el progenitor se generará una situación perjudicial para el niño y/o niña. En suma, sólo razones de peso comprobadas *in concreto* podrán justificar la restricción, suspensión o limitación del derecho a relacionarse entre progenitores y menores de edad" (párr. 101) (énfasis en el original).

3. "[E]s criterio de esta Primera Sala que los juzgadores tomen en cuenta para la fijación del régimen de convivencia ciertos elementos, a saber: la edad, necesidades y costumbres de los menores de edad involucrados; el tipo de relación que mantienen con el padre no custodio; los orígenes del conflicto familiar; la disponibilidad y personalidad del padre no custodio; la distancia geográfica entre la residencia habitual de los menores de edad y la del padre no custodio; y, en general, cualquier otro factor que permita al juzgador discernir qué régimen de convivencia sería más benéfico para el menor de edad involucrado." (Párr. 104).

7.2 Patria potestad

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 348/2012, 05 de diciembre de 2012¹³¹ (Evaluación del abandono como causal de pérdida de la patria potestad)

Razones similares en el ADR 553/2014

Hechos del caso¹³²

Una mujer manifestó verbalmente ante un agente del Ministerio Público su consentimiento para dar en adopción a su hija horas después de su nacimiento. Tres meses después, al

¹³¹ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

¹³² Este asunto también forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Adopción, núm. 3, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección; del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Filiación. Mantenimiento de relaciones

enterarse del juicio especial de adopción que promovió la pareja adoptante para incorporar a la niña de manera legal a su núcleo familiar, se presentó en el juicio para oponerse a la adopción y pidió la custodia y el reconocimiento del nexo biológico que la unía a la niña.

Luego de diversos juicios sobre pérdida de la patria potestad y de recuperación de guarda y custodia promovidos por ambas partes, una sala civil resolvió que la mujer no había perdido la patria potestad sobre su hija, por lo que no podría aprobarse la adopción de la niña, pues la madre biológica no había otorgado su consentimiento para el procedimiento de adopción.

En contra de esa sentencia, los adoptantes promovieron un juicio de amparo directo. En su demanda, argumentaron, entre otras cosas, que la madre biológica debió perder la patria potestad luego del abandono de la niña y que debió considerarse la voluntad de la mujer de dar en adopción a su hija al momento de su nacimiento, misma que constaba en una fe ministerial.

El tribunal colegiado determinó que la madre no pretendía abandonar a su hija al entregarla a la pareja. En este sentido, consideró que la pareja habría tenido que probar que al dejar a la bebé en manos de otra persona se puso en peligro su seguridad, salud y moralidad para la procedencia de las acciones de adopción y pérdida de la patria potestad. El tribunal también sostuvo que, toda vez que no se acreditó la voluntad de dar en adopción a la niña, lo mejor para ella era volver a su núcleo biológico con su madre.

Los adoptantes interpusieron recurso de revisión, competencia de la Primera Sala de la SCJN. En su escrito, los recurrentes alegaron que la decisión de devolver a la niña a su familia biológica transgredía su interés superior, pues la madre biológica la había abandonado y no mostró interés por ella, aunado a que la niña ya había cumplido cuatro años y siempre había vivido con ellos.

La Corte, al revisar el caso, estimó que la interpretación realizada por el tribunal era contraria al artículo 4o. constitucional, por lo que revocó la sentencia recurrida. Consideró que el desentendimiento de la madre sobre la niña recién nacida fue absoluto y que no se justificó que la dejara en manos de una desconocida, por lo que reiteró la pérdida de la patria potestad por la causal "abandono por más de 3 meses, si quedó a cargo de una persona". Además, la Corte reiteró la constitución de la adopción de la niña a favor de la pareja, tal y como lo declaró el juez familiar.

familiares y derecho a la identidad, núm. 11, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección y del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Cómo debe probar, quien juzga, el incumplimiento de los deberes de los progenitores respecto de sus hijas e hijos para condenar a la pérdida de la patria potestad?
2. ¿Cómo debe valorarse la causal de abandono de un NNA para decretar la pérdida de la patria potestad?
3. ¿Qué debe acreditarse para que la autoridad jurisdiccional decrete la adopción de un NNA?
4. ¿Qué elementos deberá tomar en cuenta la autoridad jurisdiccional para acordar el retorno del NNA a su familia biológica?

Criterios de la Suprema Corte

1. Quien juzga debe probar, en forma plena y convincente, que el incumplimiento de los deberes de los progenitores respecto de sus hijas e hijos fue efectivo y voluntario, para condenar a la pérdida de la patria potestad. Además, quien juzga deberá tomar en cuenta el interés superior de la infancia, el alcance y gravedad de los incumplimientos de los progenitores y las circunstancias concurrentes para tomar su decisión.
2. La causal de pérdida de la patria potestad por el abandono de un NNA debe valorarse como de extrema gravedad que está vinculada al más radical incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, incluso en el caso de que las necesidades del niño o niña queden cubiertas por otras personas. En cada caso, quien juzga deberá analizar las causas del abandono, así como la edad, madurez y autonomía del NNA, pues cuando el abandono se realiza al momento del nacimiento se hace patente el desinterés de los progenitores respecto de su hija o hijo.
3. Para que la autoridad jurisdiccional decrete la adopción de un NNA, se deberá acreditar la idoneidad de los adoptantes y el consentimiento, exento de vicios, de las personas que deban otorgarlo, conforme a la legislación aplicable.
4. La autoridad jurisdiccional deberá tomar en cuenta para determinar el retorno del NNA a su familia biológica que la evolución positiva de los padres biológicos sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del NNA y compensen su interés en que se mantenga la situación en que se encuentre. Además, quien juzga deberá analizar el tiempo transcurrido del NNA en la familia adoptiva, si su integración en ella y en el entorno ha sido satisfactoria, el desarrollo de vínculos afectivos con ella, si el NNA obtiene en la familia adoptiva los medios necesarios

Se sugiere revisar el Amparo Directo en Revisión 3859/2014 que establece que aún cuando una persona está en estado de interdicción conserva su derecho a manifestar su voluntad, por lo que si ejerce la patria potestad de un NNA, se requiere de su consentimiento para la adopción de éste. No obstante, es posible superar el principio de mantenimiento de las relaciones paterno-filiales si se prueba clara y convincentemente, que de no otorgarse la adopción, se afectaría al NNA.

para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor de edad con la familia biológica y si el retorno representa riesgos relevantes de tipo psíquico.

Justificación de los criterios

1. El "[...] **interés superior del menor previsto en el artículo 4o. constitucional, es el que deben tener presentes los tribunales para determinar la privación de la patria potestad.**

Asimismo, y ante una medida de tal gravedad, los órganos jurisdiccionales deben probar en forma plena y convincente que ha ocurrido un efectivo y voluntario incumplimiento por parte de los padres, así como establecer el alcance y gravedad de los incumplimientos imputados y las circunstancias concurrentes como decisivas para poder atribuir las consecuencias negativas de las acciones y omisiones denunciadas." (Pág. 62, párrs. 1 y 2).

"Los deberes de la patria potestad no se extinguirán por la pérdida de derechos de la patria potestad, siempre y cuando, a consideración del Juez, el cumplimiento de dichos deberes no se oponga a la pérdida de los derechos." (Pág. 65, párr. 4). (Énfasis en el original).

2. "El abandono de un menor por sus padres, no sólo en su acepción más estricta —entendido como dejar desamparado a un hijo—, sino también y especialmente en la amplia —vinculada al más radical incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad incluso en el caso de que las necesidades del menor queden cubiertas por la intervención de otras personas—, constituye una situación que debe ser valorada como de extrema gravedad por los órganos judiciales.

Esta pauta interpretativa es la que deben tomar en cuenta los órganos judiciales al analizar las causales de privación de pérdida de la patria potestad previstas en la legislación de Puebla que hacen referencia al '*abandono del menor*', ya que **estos supuestos denotan una situación de absoluto desprecio a las obligaciones parentales más elementales y primarias y que implican el abandono voluntario del menor.**" (Pág. 68, párrs. 1 y 2). (Énfasis en el original).

"[L]os tribunales, en aras de proteger al menor, deberán analizar en cada caso concreto las causas del abandono, la edad del menor y su madurez y autonomía, ya que en aquellos supuestos en los que el abandono se realiza al momento mismo del nacimiento, resulta patente el radical desinterés de los progenitores respecto del menor." (Pág. 68, párr. 4).

La "[...] Primera Sala no comparte la conclusión del Tribunal Colegiado en el sentido de que el abandono requiere necesariamente la comprobación de un peligro real para el menor, ya que la posibilidad de despojar a los titulares de su potestad paterna puede

hacerse depender tanto de un resultado, **como de la creación de una situación de riesgo** para el menor.

[...] [E]l daño al menor se ha de derivar no tanto de la situación en la que éste se encuentra [...], sino de que la conducta de los progenitores puede resultar lesiva para los intereses prioritarios del menor, al no revelarse como adecuadas para su futura formación personal." (Pág. 69, párrs. 3 y 4). (Énfasis en el original).

3. "[P]ara que el Juez de lo Familiar pueda decretar la adopción en la etapa judicial del procedimiento, el o los promoventes deben acreditar que han cumplido con los **requisitos materiales** pertinentes, a saber: a) los adoptantes deben contar con el dictamen técnico que certifique su idoneidad para adoptar a un menor y b) **se debe obtener el consentimiento de las personas que deban otorgarlo**, conforme a lo dispuesto en la legislación aplicable." (Pág. 78, párr. 3). (Énfasis en el original).

"**Antes de dictar sentencia, el Juez podrá suplir el consentimiento de las personas quienes no ejerciendo la patria potestad deban consentir, al igual que el del tutor del menor o el Ministerio Público.** La suplencia procederá cuando la adopción sea conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado. Para decidir si suple o no el consentimiento, oír a los interesados en una audiencia en la que recibirá las pruebas que se ofrezcan." (Pág. 83, párr. 2). (Énfasis en el original).

"[V]olviendo al consentimiento de quienes ejercen la patria potestad, es indudable que para que esta voluntad sea válida, el sujeto ha de tener la capacidad mínima para poder formarla internamente y manifestarla al exterior, lo que es lo mismo, la formación de esa voluntad y su manifestación deben estar **exentas de vicios**. Es decir, si existió violencia, coacción, intimidación o cualquier otro elemento que coarte la libertad de los padres biológicos, a la hora de asentir el trámite de adopción, provocará que el consentimiento de estos individuos no sea considerado como válido. Este elemento siempre debe ser analizado por el juez, ya que, en último término, redundará en la protección del menor objeto de la adopción." (Pág. 88, párr. 2). (Énfasis en el original).

4. "[...] [P]ara acordar el retorno del menor a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia adoptiva, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene

en la familia adoptiva los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico." (Pág. 101, párr. 3).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 390/2013, 14 de agosto de 2013¹³³ (Duda razonable frente a la sanción de pérdida de patria potestad por comisión de delito doloso)

Razones similares en el ADR 1433/2014

Hechos del caso¹³⁴

Durante una controversia familiar, un juzgado de primera instancia en el estado de Veracruz decretó el "depósito judicial" de los hijos a favor del padre. Después de esa resolución, la madre sustrajo a los niños de un restaurante, por lo que, luego de un proceso penal, fue condenada por el delito de sustracción de menores, conforme al artículo 241 del Código Penal para el Estado de Veracruz. Posteriormente, en relación con la controversia familiar, el juez resolvió que el padre tendría la guarda y custodia de los niños y fijó un régimen de convivencia entre la madre y sus hijos.

La madre apeló esa decisión de primera instancia, pero la sala familiar la condenó a la pérdida de la patria potestad como consecuencia de la sentencia penal condenatoria en su contra, conforme a lo dispuesto por el artículo 373, fracción VI, del Código Civil para el Estado de Veracruz. Inconforme, la madre promovió un juicio de amparo directo, donde argumentó que ella no había cometido el delito de forma dolosa, pues desconocía que los niños estuvieran bajo el "depósito judicial" del padre y cuestionó la proporcionalidad de la sanción. El tribunal colegiado que conoció del asunto negó la protección solicitada porque determinó, entre otras cosas, que la pérdida de patria potestad decretada perseguía un fin constitucionalmente válido consistente en la protección del interés superior de la infancia.

En contra de la sentencia de amparo, la madre interpuso un recurso de revisión que fue resuelto por la Primera Sala de la SCJN, misma que suplió la deficiencia de la queja y revocó la sentencia recurrida.

Problema jurídico planteado

¿La comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el NNA sujeto a patria potestad, prueba el incumplimiento de las obligaciones de cuidado que conlleva la aplicación de

Artículo 373 del Código Civil para el Estado de Veracruz.- "La patria potestad se pierde: [...] VI.- Cuando el que la ejerza sea condenado por la comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el menor..."

En otros asuntos, la Suprema Corte ha establecido que la patria potestad es una función en beneficio de las infancias, por lo que su pérdida no puede entenderse como una sanción o castigo si no como una medida de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Ver, por ejemplo, el ADR 348/2012, ADR 390/2013, ADR 4698/2014 y ADR 1463/2016).

¹³³ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

¹³⁴ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

la sanción de pérdida de la patria potestad, contenida en la fracción VI del artículo 373 del Código Civil para el Estado de Veracruz?

Criterio de la Suprema Corte

La comisión de un delito doloso en el que la víctima sea el NNA sujeto a patria potestad no supone la aplicación de la sanción de pérdida de la patria potestad, contenida en la fracción VI del artículo 373 del Código Civil para el Estado de Veracruz, si no resulta claro y evidente el incumplimiento de las obligaciones de cuidado. Si de las circunstancias en las que se cometió el delito, quien juzga tiene una duda razonable sobre la comprobación del cumplimiento de las obligaciones de cuidado, no debe aplicarse la sanción. Para determinar la pérdida de la patria potestad deberá demostrarse con pruebas plenas e indiscutibles que el progenitor incumplió con sus obligaciones de cuidado y respeto por el desarrollo y bienestar moral, educativo, y patrimonial del NNA, porque de lo contrario la sanción puede ocasionar mayores perjuicios que beneficios a los intereses y derechos de los NNA involucrados.

Justificación del criterio

"[...] [E]l legislador ha previsto la sanción de la pérdida de dicha potestad cuando es claro y evidente que el progenitor ha incumplido sus obligaciones de cuidado del menor lo que denota que de seguir ejerciendo la patria potestad se ejercerá sin miras a buscar ese bienestar integral, de ahí que cuando se cometa un ilícito que claramente demuestre el perjuicio al bienestar del menor, es constitucionalmente válido restringir el ejercicio de la patria potestad, puesto que se comprueba que no se cumple con el deber derivado de esta institución y por lo tanto no es lícito ejercer una potestad para decidir sobre los ámbitos educativos, morales, culturales, religiosos y patrimoniales del menor, pues comprobado está que la conducta cometida como ilícito demuestra indefectiblemente que no se busca el bienestar del menor sino por el contrario su perjuicio, lo que sin duda permite sancionar la pérdida de la patria potestad con un claro y evidente beneficio a los intereses del menor.

No obstante, el legislador no previó que hay ilícitos cuyas circunstancias no demuestran *per se* y de forma indubitable que el progenitor incumplió los deberes inherentes a la institución de la patria potestad, o bien que éste sólo busca el perjuicio a los intereses del menor, en lugar de su bienestar integral, lo que da lugar a una duda razonable en el juzgador respecto a si la pérdida de la patria potestad no acarreará más perjuicios al interés del menor que beneficios.

En efecto, puede suceder que aún ante una sentencia penal de la comisión de un ilícito en el que el menor sea víctima, exista la duda razonable respecto a si con dicha comisión del ilícito el progenitor incumplió a su deber de cuidado y bienestar del menor, tal y como sucede en el caso del delito de sustracción de menores, en el que no obstante se tenga al menor como víctima del delito, existe una duda razonable de si el progenitor al

cometer el ilícito actuó con ánimo de buscar el bienestar integral del menor en vez de su perjuicio.

Pues si bien la comisión del ilícito ya fue comprobada con base en los elementos del tipo penal, ante el juez competente para así determinarlo, el juzgador que deba decidir respecto a la pérdida de la patria potestad no puede basar su conclusión tomando en cuenta el análisis del ilícito con los elementos que tomó el juez penal, pues la conducta reprochable respecto a la legislación penal, toma en consideración elementos distintos a la sanción civil que condena la pérdida de la patria potestad, en tanto esta última debe dilucidar si al progenitor le asiste aún la potestad de decidir sobre el desarrollo y bienestar integral de su descendiente en ponderación directa con el interés superior del menor.

De ahí que, si de las circunstancias en las que se comete el ilícito en cuestión al juzgador le surge una duda razonable respecto a si con la comisión de dicho ilícito se comprueba que el progenitor ha sido falto a su obligación de cuidado y búsqueda del bienestar del menor, entonces la sanción de la pérdida de patria potestad no debe aplicarse porque no asegura la consecución de la finalidad de la norma, que es evitar que los progenitores ejerzan actos derivados de la patria potestad cuando éstos han fallado a su obligación de cuidado y respeto por el desarrollo y bienestar moral, educativo, y patrimonial de los menores hijos." (Párrs. 65-69). (Énfasis en el original).

"[...] [L]a pérdida de la patria potestad acarrea graves consecuencias perjudiciales para el interés superior del menor, de modo que para decretarla **deben demostrarse pruebas plenas e indiscutibles** para sancionar sólo en los casos excepcionales, por lo que si no existe esa prueba plena e indiscutible o de existir se tenga la duda razonable de que la misma en realidad no muestra de forma contundente el incumplimiento del progenitor, entonces no es procedente decretarla pues se pueden ocasionar mayores perjuicios que beneficios a los intereses y derechos de los menores involucrados." (Pág. 73). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3797/2014, 14 de octubre de 2015¹³⁵ (Obtención y valoración de declaraciones sobre abuso sexual infantil)

Hechos del caso¹³⁶

El 27 de abril de 2010, con fundamento en la fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal, una señora demandó la pérdida de la patria potestad que el padre

Artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.-
"La patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:
[...]
III.- En los casos de violencia familiar en contra del menor;
[...]"

¹³⁵ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

¹³⁶ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Responsabilidad Parental. Patria potestad, guarda y custodia y convivencias, núm. 15, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

de su hija en común ejercía sobre ésta, solicitó la guarda y custodia, una indemnización por concepto de reparación de los daños y perjuicios ocasionados a la niña y a ella, y el pago de gastos y costas.

Unos días antes, el 11 de abril, la madre había dado inicio un procedimiento penal por abuso sexual del padre en contra de su hija.

Por su parte, en la vía civil, el padre contrademandó la pérdida de la patria potestad que ejercía la madre sobre su hija, con fundamento en la misma fracción III del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal. Además, el señor solicitó la guarda y custodia de la niña, el pago del costo de la póliza de seguro de gastos médicos mayores que se vio obligado a pagar ante el incumplimiento de la señora, la declaración judicial de que determinado inmueble sería el lugar donde vivirían padre e hija, la entrega del inmueble por la señora, el pago de la reparación de los daños y perjuicios ocasionado por la madre a la niña y al padre, en virtud de la violencia familiar ejercida en su contra y el pago de gastos y costas.

Mediante sentencia del 4 de julio de 2012, el juez de primera instancia absolvió a ambos progenitores de la pérdida de la patria potestad de su hija, así como del pago de los daños y perjuicios ocasionados a la niña y a la madre y suspendió el régimen de visitas y convivencias definitivas entre padre e hija, hasta en tanto se fortalecieran los lazos afectivos paterno filiales. La madre apeló la decisión y una sala familiar determinó que el juez de primera instancia debía recabar y desahogar pruebas periciales en psicología y psiquiatría para resolver sobre el asunto.

Seguidos diversos medios de impugnación que el padre promovió en contra de la sentencia de apelación, la sala emitió una nueva resolución en la que condenó al padre a la pérdida de la patria potestad de su hija y a reparar los daños y perjuicios que se ocasionaron a la niña con su conducta, sin modificar los otros puntos resolutivos. En contra de la segunda sentencia de la sala, el padre promovió una demanda de amparo directo.

El tribunal colegiado que conoció del asunto concedió la protección al padre porque, a su juicio, de la valoración conjunta de las declaraciones de la niña y la madre, así como las periciales en psicología y el auto en materia penal del 12 de diciembre de 2012, donde se decretó la libertad del padre por falta de elementos para procesarlo, existía incertidumbre sobre la veracidad del abuso sexual que sufrió la niña. Inconforme, la señora interpuso un recurso de revisión por considerar que la valoración que hizo el tribunal colegiado no fue adecuada conforme el interés superior de la niña y no incorporó perspectiva de género en su decisión.

La Primera Sala de la Suprema Corte conoció del asunto y realizó un análisis de los derechos fundamentales de los niños y niñas en situaciones donde se analizan denuncias sobre abuso sexual, su actividad probatoria, las entrevistas investigativas y sus lineamientos, la

psicología del testimonio, las particularidades de testimonio infantil y su valoración junto con el material probatorio, el análisis de la credibilidad de las declaraciones de niños y niñas en casos de abuso sexual, así como la prueba pericial en psicología del testimonio.

La Corte consideró que el estándar de prueba aplicable es el de probabilidad prevaleciente, pues sirve para proteger los derechos de los progenitores inocentes y los derechos de los niños y niñas que hayan sufrido violencia sexual, por lo que concedió el amparo para la modificación de la sentencia reclamada. Además, ordenó practicar una prueba pericial para examinar la evolución de las declaraciones de la niña y evaluar la credibilidad de la declaración, sin que ello implicara que la niña compareciera nuevamente ante las autoridades judiciales para declarar sobre el episodio de abuso sexual.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Cómo debe ser recabado el testimonio de un niño, niña o adolescente que aleguen ser víctima de abuso sexual?
2. ¿Cómo deben ser llevadas a cabo las entrevistas investigativas en el marco de una investigación penal o un proceso civil en los que se alegue que el niño, niña o adolescente fue abusado sexualmente?
3. ¿Qué fuerza probatoria debe otorgarse al testimonio rendido por un niño, niña o adolescente que afirma haber sido víctima de abuso sexual?
4. ¿Cómo se evalúa la credibilidad de las declaraciones de niños, niñas y adolescentes en casos de abuso sexual?
5. ¿Cuándo debe practicarse una prueba pericial de psicología del testimonio sobre el testimonio rendido por un niño, niña o adolescente en casos de abuso sexual?
6. ¿Cuál es el estándar de prueba aplicable para decretar la pérdida de la patria potestad que ejerce uno de los progenitores, cuando se alega abuso sexual hacia el niño, niña o adolescente?

Criterios de la Suprema Corte

1. La declaración de un niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual debe ser recabada a través de una entrevista investigativa o cognitiva realizada por una persona especialista debidamente capacitada.
2. Las entrevistas investigativas que se realicen a niños, niñas y adolescentes, con motivo de una investigación penal o un proceso civil donde se alegue que este o ésta fue abusada sexualmente, tienen que seguir los siguientes lineamientos: (1) deben ser planificadas,

tomando en cuenta factores del NNA como lo son la etnicidad, el género, el nivel de desarrollo cognitivo, sus habilidades comunicacionales, saber si se sospecha o se sabe que haya sido abusado sexualmente con anterioridad, etcétera; (2) se debe comunicar al niño o niña las reglas básicas para la entrevista, que ayuden a que realice un relato preciso y completo; (3) quien entrevista debe hacer preguntas abiertas y no sugestivas, con las que se propicie que se den respuestas a partir de recuerdos y no a partir de la información que recaba de la propia pregunta; (4) quien entrevista debe tomar en cuenta la perspectiva de la persona entrevistada, utilizar los términos que utiliza para describir su cuerpo y las actividades sexuales; (5) la entrevista debe grabarse en video, por un lado para la valoración de la credibilidad de la declaración del niño, niña o adolescente y por otro, para evitar la revictimización secundaria.

3. El testimonio de un niño, niña o adolescente en el que afirma haber sido víctima de abuso sexual e identifica a una persona como responsable representa una prueba directa en relación con el hecho relevante para el proceso, esto es, el abuso sexual y la identificación de la persona que realizó esa conducta. Así, para poder establecer la fuerza probatoria del testimonio del niño, niña o adolescente en un proceso que tiene por objeto esclarecer si ocurrió un episodio de abuso sexual debe determinarse necesariamente la credibilidad de este.

4. Para el análisis de la credibilidad de las declaraciones de niñas, niños y adolescentes en casos de abuso sexual, la Corte retoma el enfoque de la psicología del testimonio, consistente en la evaluación del contenido de la declaración, utilizando indicadores de credibilidad que en teoría permiten diferenciar los relatos verdaderos de los falsos. Estos indicadores se apoyan en criterios aplicables tanto a declaraciones aisladas como a la evolución de declaraciones a lo largo del tiempo, si el menor de edad ha declarado varias veces durante el proceso.

5. Cuando la persona juzgadora, durante el desarrollo de las distintas etapas procesales, adviertan razones para dudar del testimonio del niño, niña o adolescente deberá ordenar la práctica de una prueba pericial a cargo de una persona profesional debidamente capacitada para evaluar la credibilidad de la declaración. Esto es, a cargo de un especialista en psicología del testimonio infantil. No debe perderse de vista que las contradicciones, la falta de detalles o los cambios en la versión de los hechos no son elementos que puedan valorarse de la misma manera cuando se trata de la declaración de un menor de edad que pudo ser abusado sexualmente que cuando se trata del testimonio de un adulto.

6. El estándar de prueba aplicable en los juicios de pérdida de la patria potestad, en los que se alega que uno de los progenitores cometió violencia sexual infantil en contra de su hijo o hija es el de probabilidad prevaleciente, que frente a intereses o derechos de una naturaleza similar, considera un nivel mínimo de confirmación racional para dar por

probado un hecho. Este estándar debe ser utilizado porque usar un estándar de prueba claro y convincente podría vulnerar los derechos de los progenitores inocentes o de los niños y niñas que hayan sufrido un abuso sexual.

Justificación de los criterios

1. La Suprema Corte reconoce que "la declaración del menor en un contexto probatorio en el que frecuentemente no se dispone de muchos elementos adicionales para poder acreditar el abuso sexual, obliga a todas las autoridades involucradas en la obtención de ese prueba a brindarle al menor el *apoyo profesional* necesario para que esté en posibilidad de proporcionar un testimonio que cumpla con los estándares que exige un proceso judicial, tanto en sede penal como civil, para sustentar una condena por esos hechos." (Pág. 53, párr. 2). (Énfasis en el original).

Al respecto, existe un consenso alrededor de "que la declaración de un niño víctima de abuso sexual debe ser recabada a través de una 'entrevista investigativa' o 'cognitiva' realizada por un especialista debidamente capacitado. Este tipo de entrevista se basa en principios psicológicos que regulan el recuerdo y la recuperación de la memoria." (Pág. 54, párr. 1).

"En el ámbito forense, la entrevista investigativa hace referencia a un 'intercambio' entre un entrevistador y un menor, en el cual el primero emplea distintas técnicas con el objetivo de obtener del menor 'datos no contaminados' sobre el evento de abuso sexual, de tal manera que el entrevistador *investiga el recuerdo* del niño en relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos denunciados. Así, se ha demostrado que la *cantidad* y la *calidad* de la información que aporta un niño que ha sido víctima de este tipo de conductas están directamente asociadas con la capacidad del especialista para relacionarse con el menor durante la entrevista y conducir el intercambio.

"Desde el punto de vista jurídico, la entrevista investigativa constituye un 'modo distinto' de producir la declaración del niño que tiene como finalidad garantizar el derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos administrativos y judiciales, así como protegerlo de una eventual revictimización." (Pág. 54, párrs. 2 y 3). (Énfasis en el original).

2. La Suprema Corte estableció que "en primer lugar, la entrevista investigativa debe planificarse. La planificación implica que el entrevistador se allegue de información sobre una serie de factores relacionados con el niño que pueden influir en la entrevista: etnicidad, género, nivel de desarrollo cognitivo, habilidades comunicacionales, saber si se sospecha o se sabe si fue abusado sexualmente con anterioridad, etc. También debe considerarse la conveniencia de realizar una "evaluación psicológica" del niño antes de la entrevista. En dicha evaluación podrían determinarse aspectos de mucha utilidad, como la habilidad

o disposición del niño para hablar en una entrevista formal, un diagnóstico sobre el desarrollo cognitivo, emocional y social del niño, etc." (Pág. 70, párr. 3).

"En segundo lugar, el entrevistador debe comunicarle al niño las reglas básicas de la entrevista investigativa, con la finalidad de [que] conozca la forma en la que se espera que se conduzca y se le clarifique en qué se distinguen éstas de las reglas de una conversación normal. Dado que la finalidad de la entrevista es que se realice un relato preciso y completo, debe dársele a conocer al niño las reglas que ayudan a conseguir ese objetivo, tales como las siguientes: la importancia de que diga la verdad; debe señalar si no entiende lo que se le pregunta; debe responder "no sé" a cualquier pregunta si no conoce la respuesta; hacérsele saber que puede usar cualquier tipo de lenguaje que desee en la entrevista; debe tratar de recordar todos los detalles que sean posibles del evento, etc." (Pág. 70, párr. 4).

"En tercer lugar, el entrevistador debe formular las preguntas de una forma adecuada. Al respecto, hay un consenso bastante amplio en el sentido de que las preguntas no deben ser sugestivas y deben ser lo más abiertas posibles. Las preguntas abiertas tienen la ventaja de que obligan al niño a dar las respuestas a partir de sus propios recuerdos y no de la información contenida en la propia pregunta. En este sentido, debe procurarse que en una primera fase de la entrevista el niño realice un relato libre de lo ocurrido y, sólo hasta que éste haya concluido, introducir preguntas aclaratorias, focalizadas y específicas para expandir y clarificar detalles de la información proporcionada por el niño" (pág. 71, párr. 2).

"En cuarto lugar, el entrevistador debe tomar en cuenta la perspectiva del menor. Por un lado, si el niño fue abusado, normalmente será muy complicado para él hablar sobre ese episodio, situación que debe tenerse en cuenta. Por otro lado, el entrevistador debe estar dispuesto a utilizar las palabras que utiliza el propio menor para describir sus partes del cuerpo y actividades sexuales, si bien debe asegurarse de cuál es el significado preciso de esos términos. En este sentido, el entrevistador también debe ser consciente de que los niños usan muchas palabras de forma diferente a como lo hacen los adultos, por ejemplo, en el contexto de entrevistas investigativas sobre abuso sexual términos como 'arriba', 'detrás', 'debajo', 'una vez', 'frecuentemente', etc., suelen ser entendidas de forma distinta incluso por niños de corta edad" (pág. 71, párr. 3).

"Finalmente, la entrevista debe grabarse en video. El hecho de que se pueda conocer lo que dijo el niño en sus propias palabras y la manera en la que realizó su relato, así como las preguntas que se le realizaron durante la entrevista, resulta fundamental para la posterior valoración de la credibilidad de la declaración del menor. Por otro lado, como ya se señaló, la grabación en video de la entrevista también resulta imprescindible para evitar la revictimización secundaria del niño. Teniendo en cuenta estos dos factores y las facilidades tecnológicas que existen en la actualidad, no hay ninguna justificación para que esa primera declaración del menor no se registre en video" (pág. 72, párr. 2).

3. La Suprema Corte estableció que el primer paso de la valoración "consiste en establecer la *credibilidad* de cada una de las pruebas. Por elemental que parezca, no hay que perder de vista que a pesar de que una prueba muestre que un determinado hecho ocurrió, ello no significa *necesariamente* que efectivamente ese hecho haya ocurrido. Para poder justificar la creencia o la inferencia de que un hecho efectivamente ocurrió a partir del contenido de una prueba debe determinarse la credibilidad que merece esa prueba.

"El segundo paso en la valoración de los medios de prueba consiste en precisar la *fuerza* o *peso* probatorio de cada uno de éstos en relación con los hechos a probar en el proceso. En esta línea, debe señalarse que la forma de establecer la fuerza probatoria es distinta dependiendo de si se trata de pruebas 'directas' o 'indirectas'. Para determinar si una prueba es directa o indirecta se debe atender a la relación entre *el objeto* del medio probatorio y los *hechos a probar* en el proceso. Así, la prueba será directa si el medio de prueba versa sobre el hecho a probar; en cambio, será indirecta si el medio probatorio se refiere a un hecho secundario a partir del cual es posible inferir la existencia del hecho a probar en el proceso" (pág. 74, párr. 1-2) (énfasis en el original).

En ese sentido, "en los medios de prueba directos la fuerza probatoria depende de la credibilidad que se les atribuya a éstos." (Pág. 75, párr. 1).

"De acuerdo con todo lo anterior, una declaración de un menor en la que afirma haber sido víctima de abuso sexual e identifica a una persona como responsable es claramente una *prueba directa* en relación con el hecho relevante para el proceso: el abuso sexual y la identificación de la persona que realizó esa conducta. Así, para poder establecer la fuerza probatoria de la declaración del menor en un proceso que tiene por objeto esclarecer si ocurrió un episodio de abuso sexual debe determinarse necesariamente la credibilidad de ésta. Con todo, el problema estriba en que los criterios para apreciar la credibilidad de la declaración de un menor, especialmente si éste aduce haber sido abusado sexualmente, no deben ser los mismos que se utilizan para evaluar la credibilidad del testimonio de un adulto." (Pág. 75, párr. 1). (Énfasis en el original).

4. La Suprema Corte nota que "los especialistas han propuesto distintas maneras de evaluar la credibilidad del testimonio infantil en casos de abuso sexual. [Una de éstas es] la *psicología del testimonio*. Desde esta perspectiva, la evaluación debe realizarse a partir del contenido de la declaración utilizando criterios que en teoría permiten diferenciar los relatos verdaderos de los falsos." (Pág. 77, párr. 2). (Énfasis en el original).

"Así, con una prueba pericial sobre la credibilidad de la declaración del menor como la antes descrita no se pretende validar la denuncia de abuso con indicadores 'clínicos' o 'psicológicos', ni determinar el impacto del supuesto hecho en el niño, ni mucho menos adentrarse en las 'faz terapéutica de la víctima', sino determinar si existen indicadores de

credibilidad *en el relato* del menor. Estos indicadores se apoyan en criterios aplicables tanto a *declaraciones aisladas* como a la *evolución de declaraciones* a lo largo del tiempo, si el menor ha declarado varias veces durante el proceso.

A manera de ejemplo, entre los *criterios de realidad* sobre declaraciones aisladas, cabe mencionar los siguientes: la ubicación de la acción en un espacio y tiempo; la claridad y viveza del relato; la riqueza de detalles en la narración; la originalidad de la versión del niño frente a estereotipos o clichés; la consistencia interna del relato, es decir, la coherencia lógica y psicológica; la mención de detalles específicos de un tipo concreto de agresión sexual, etc. Por otro lado, también debe analizarse si existen *manifestaciones más específicas* de los indicadores anteriores, como el hecho de que en la declaración se haya hecho referencia a aspectos como los siguientes: detalles que excedan la capacidad del testigo porque van más allá de su imaginación o capacidad de comprensión; experiencias subjetivas como sentimientos, emociones, pensamientos, miedos, etc.; menciones de imprevistos o complicaciones inesperadas; correcciones espontáneas, especificaciones y complementaciones durante la declaración, etc." (Pág. 78, párrs. 2 y 3). (Énfasis en el original).

5. La Suprema Corte precisó que, "cuando los jueces de instancia conozcan de algún caso de abuso sexual a menores, ya sea en la jurisdicción penal o civil, están obligados a ordenar la práctica una prueba pericial a cargo de un profesional debidamente capacitado para evaluar la credibilidad de esa declaración, siempre existan *razones para dudar* del testimonio del niño. Esas razones pueden apoyar la creencia de que la declaración del menor es 'falsa', 'ficticia', 'inducida', 'errónea' o simplemente que no proporciona 'suficiente información' sobre el episodio de abuso sexual. [...]" (Pág. 80, párr. 3). (Énfasis en el original).

"Por su parte, cuando los tribunales de apelación conozcan en segunda instancia de este tipo de asuntos, y una vez que se ha valorado la declaración del menor, ya sea *individualmente* o de manera *conjunta* a la luz del resto del material probatorio, consideren que existen *razones para dudar* de la veracidad del relato, no deben limitarse simplemente a restarle valor probatorio, sino que deben ordenar la reposición del procedimiento para el efecto de que se desahogue la citada prueba pericial a cargo de un especialista en psicología del testimonio infantil, con la finalidad de cerciorarse de que las razones por las cuales en el caso concreto se duda de la declaración son consistentes con los conocimientos científicos que existen sobre la credibilidad del testimonio de niños que han sido víctimas de abuso sexual. En este sentido, como ya se explicó, las contradicciones, la falta de detalles, los cambios en la versión de los hechos, etc., no son elementos que puedan valorarse de la misma manera cuando se trata de la declaración de un menor que pudo ser abusado sexualmente que cuando se trata del testimonio de un adulto." (Pág. 81, párr. 1). (Énfasis en el original).

"Ahora bien, los jueces de amparo también están obligados a proceder de la misma manera cuando al analizar la legalidad de la valoración de las pruebas que obran en autos adviertan razones para dudar de la declaración del menor. [...]" (Pág. 81, párr. 2).

"Por lo demás, la necesidad de ordenar una prueba pericial para evaluar la credibilidad de la declaración del menor cuando existan dudas sobre ésta se justifica aún más cuando la acusación de abuso sexual se realiza en contra de uno de los padres o alguna otra persona de su familia nuclear, puesto que no hay que perder de vista que la decisión de *no declarar probado* el episodio de abuso sexual podría suponer que la relación con el padre o con el familiar en cuestión deba reanudarse en los mismos términos en los que se encontraba antes de la acusación. De tal manera que si el menor va a continuar esa relación, es deber de los jueces agotar todos los medios a su alcance para cerciorarse de que no va a ser expuesto a un riesgo real de ser abusado sexualmente." (Pág. 82, párr. 2). (Énfasis en el original).

6. "[...] [L]os estándares de prueba pueden verse como mecanismos procesales a través de los cuales se *distribuye el riesgo* de error en las decisiones probatorias. Desde esta perspectiva, existen básicamente dos tipos de errores: declarar *probada* una hipótesis falsa, esto es, una descripción de los hechos que no se corresponde con la realidad (falsos positivos); o declarar *no probada* una hipótesis verdadera, es decir, una descripción de los hechos jurídicamente relevantes que sí se corresponde con lo ocurrido en la realidad (falsos negativos). Así, el estándar de prueba puede incidir sobre la *intensidad* con la que se protegen los intereses o los derechos potencialmente afectados por esos errores al elevar por encima del mínimo exigido por la racionalidad epistemológica el nivel de confirmación que se requiere para dar por probado un hecho en función precisamente de los intereses o derechos en juego en cada tipo de proceso." (Pág. 87, párr. 1). (Énfasis en el original).

La aplicación de un estándar probatorio exigente, en casos de abuso sexual como causal de pérdida la patria potestad, podría presentar los siguientes errores probatorios: "[...] (i) declarar *probada* una causal cuando esa conducta no se realizó (condenar a padres inocentes), sería un error que afectaría un derecho muy relevante de uno de los padres, como es la patria potestad que se ejerce sobre un menor; y (ii) declarar *no probada* la causal de la pérdida de la patria potestad cuando en el padre sí realizó la conducta (absolver a padres culpables), sería un error que afectaría sustancialmente al niño o al menos lo podría en riesgo de sufrir un daño." (Pág. 89, párr. 3). (Énfasis en el original).

"Esta consideración se ve reforzada en casos como el presente, cuando la pérdida de la patria potestad se demanda en un juicio civil con apoyo en una acusación de abuso sexual, puesto que establecer un alto estándar de confirmación con la finalidad de proteger los intereses de los padres que pudieran resultar afectados por el riesgo de cometer el primer tipo de error (condenar a padres inocentes), expondría a los menores a un riesgo igual de

indeseable, pues dadas las características de los casos de abuso sexual (conductas que normalmente se llevan a cabo de manera oculta, situaciones en las que el testimonio de la víctima es la única prueba directa, etc.), un estándar de prueba exigente se traduciría también en un *menor número de casos* en los que el abuso sexual se declara probado y, correlativamente, en un *mayor número de casos* en los que los episodios de abuso sexual se declaran no probados, con lo cual el riesgo de cometer el segundo tipo de error (absolver a padres culpables) también tendría un altísimo costo en términos globales para los menores." (Pág. 92 párr. 4). (Énfasis en el original).

"De acuerdo con lo anterior, [...] los derechos fundamentales de los menores a ser escuchados en los procesos judiciales y a ser protegidos contra toda forma de abuso, en conexión con el interés superior del niño, imponen la exigencia de que en procesos civiles cuando se demanda la pérdida de la patria potestad que ejerce uno de los padres a partir de ciertos hechos que comportan algún tipo de abuso hacia el menor se adopte el estándar de prueba de la *probabilidad prevaleciente*.

"Por lo demás, es importante señalar que el hecho de que una vez aplicado el estándar de prueba se declare que no ha quedado probada la hipótesis alegada en el juicio sobre el episodio de abuso sexual, ello no significa *necesariamente* que la denuncia o el testimonio del menor sea 'falso', 'ficticio' o 'erróneo'. Dadas las dificultades que normalmente existen para acreditar este tipo de hechos, es posible que en muchos casos esa decisión se explique simplemente porque la hipótesis probatoria no ha contado con el nivel de confirmación requerido por el estándar, de tal manera que la decisión de declarar que no se han probado los hechos no comporta sin más una descalificación del testimonio del menor." (Pág. 93, párrs. 2 y 3). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4698/2014, 06 de abril de 2016¹³⁷ (Pérdida de la patria potestad por maltrato)

Hechos del caso

Una mujer, por su propio derecho y en representación de sus dos hijos menores de edad, demandó, entre otras prestaciones, la pérdida de la patria potestad que ejercía su esposo sobre sus hijos. La madre señaló que se actualizaba el supuesto de la fracción III del artículo 497 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, porque el padre había incurrido en violencia psicológica y física en contra de los niños.

Un juez civil absolvió al padre de la pérdida de la patria potestad. Inconforme, la señora apeló la decisión, pero una sala civil confirmó la sentencia recurrida y condenó a la madre y a los hijos al pago de costas procesales.

¹³⁷ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

Artículo 497 del Código Civil para el Estado de Guanajuato. "La Patria potestad se pierde por resolución judicial:

(...)

III. Cuando por las costumbres depravadas, malos tratamientos o abandono de deberes, de quien ejerce la patria potestad, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley Penal."

En contra de la sentencia de apelación, la señora promovió un juicio de amparo directo por considerar que no se valoraron correctamente las pruebas ofrecidas para decretar la pérdida de la patria potestad, a la luz del interés superior de la infancia. El tribunal colegiado de conocimiento sólo concedió el amparo a efecto de absolver a los hijos del pago de costas, pero, a su juicio, no se probó que la conducta violenta del padre fuera grave y reiterada para comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos.

Finalmente, la señora interpuso un recurso de revisión donde reclamó la inconstitucionalidad del artículo 497, fracción III, del Código Civil para el Estado de Guanajuato, al condicionar a que se comprometa la salud, seguridad o moralidad de los niños para decretar la pérdida de la patria potestad del padre. El asunto fue remitido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación y conocido por la Primera Sala, la cual decidió determinar la inconstitucionalidad de la norma impugnada en su porción normativa "pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los menores" de edad porque justifica la violencia en contra de niñas, niños y adolescentes.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Para decretar la pérdida de la patria potestad por malos tratamientos es necesario que se acredite que estos pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los menores de edad?
2. ¿Qué debe valorar la persona juzgadora para decretar la pérdida de la patria potestad por maltrato hacia niños, niñas o adolescentes?

Criterios de la Corte

1. Para decretar la pérdida de la patria potestad por malos tratamientos no es necesario que se acredite que estos "pudieren comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los menores" de edad, pues la porción normativa que establece ese requisito en el artículo 497, fracción III, del Código Civil para el Estado de Guanajuato es inconstitucional. Esto, porque aun cuando se refiera a la sola puesta en riesgo de esos bienes jurídicos del niño o niña, ya está autorizando o justificando el uso de la violencia contra los menores de edad, por más leve que sea.
2. La pérdida de la patria potestad por malos tratamientos no procede indefectiblemente y de manera automática en todos los casos. Según las circunstancias del caso, quien juzga debe ponderar el interés superior de la infancia, atendiendo a criterios que tomen en cuenta la gravedad y la frecuencia de las agresiones, así como el impacto que tienen en la integridad personal del niño o niña, para determinar la medida más benéfica.

Justificación de los criterios

1. De la literalidad del artículo estudiado, la Suprema Corte señaló que "debe entenderse que la norma prevé como condición para la pérdida de la patria potestad, que con la realización de las conductas allí reprochadas, *exista el potencial riesgo de que los aludidos bienes jurídicos del menor se vean afectados*, y desde luego, con mayor razón, en ello está implícito que si la afectación a dichos bienes efectivamente se produjo con alguna de esas conductas, se actualice la causal referida." (Pág. 51, párr. 2). (Énfasis en el original).

"[E] artículo 497, fracción III, del Código Civil para el Estado de Guanajuato que se examina... contiene una... hipótesis de pérdida de patria potestad por "*malos tratamientos*", pues... establece que para que opere esa causal, los malos tratamientos deben cumplir con el requisito de que "*podieren comprometer*", la salud, la seguridad y la moralidad de los menores, esto es, se exige que con las conductas referidas, *exista por lo menos el riesgo de que esos bienes jurídicos de los menores se pudieren ver afectados*."

[...] [A]tendiendo el principio de legalidad constitucional que exige al legislador no actuar de manera arbitraria, para que una medida legislativa se considere acorde al marco constitucional, es preciso que se demuestre lo siguiente: 1) Que la medida legislativa persigue un objetivo constitucionalmente válido; 2) Que esa medida es idónea para alcanzar la finalidad constitucional perseguida; 3) Que es necesaria para ese fin; y 4) Que es razonable, es decir que no implique una carga desmedida. Si no se colmara alguno de esos requisitos, la norma de que se trate resultara inconstitucional." (Pág. 58, párrs. 3 y 4). (Énfasis en el original).

El primer requisito, "consistente en que la norma tenga un fin u objetivo constitucionalmente válido, es claro que *sí se satisface en el caso*."

El artículo 4 de la Constitución Federal protege la organización y el desarrollo de la familia, y en ello está implícito el reconocimiento de la función de la patria potestad, [pero también] [...] establece el derecho de los menores de edad *a un sano desarrollo integral*, y si la conducta de quienes ejercen la patria potestad, al inferir malos tratamientos al menor, es contraria o atenta contra ese derecho de éste, ello confronta los derechos y deberes de la función de la patria potestad con ese derecho de los niños, y de ese enfrentamiento, atento al interés superior del menor, deriva para el Estado, y en lo que aquí interesa, para el legislador, el deber de establecer las medidas legislativas necesarias para proteger y preservar el derecho del menor, *de ahí que es constitucionalmente válido* que el legislador del Estado de Guanajuato, haya establecido como una medida para sancionar los malos tratamientos inferidos al menor por quienes ejercen sobre la patria potestad, la pérdida de los derechos para realizar tal función." (Pág. 59, párrs. 2 y 3) (Énfasis en el original).

"La segunda exigencia para la regularidad constitucional de la norma en estudio, relativa a que la medida contenida en la norma sea idónea para alcanzar la finalidad constitucional perseguida, **no se cumple en la especie**, y ello, es suficiente para declarar inconstitucional la porción normativa." (Pág. 59, párr. 1) (Énfasis en el original).

Esto es así, porque "uno de los derechos humanos y fundamentales de los niños, reconocido en nuestra Constitución Federal (artículo 4o.), en la Convención Sobre los Derechos del Niño en la que México es parte (artículo 19), y en la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (artículo 13, fracciones VII y VIII), es el derecho del niño a ser protegido en su integridad personal y su dignidad humana, *contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, y a tener acceso a una vida libre de violencia, para su sano desarrollo integral*, y particularmente cuando cualquiera de esas conductas contra el niño, provengan de quienes ejerzan sobre él la patria potestad, de sus representantes legales o de cualquier persona o institución pública o privada que lo tenga a su cargo." (Pág. 59, párr. 2) (Énfasis en el original).

"En ese tenor... cuando el artículo 497, fracción III, del Código Civil para el Estado de Guanajuato, condiciona la pérdida de la patria potestad por malos tratamientos, *a que con éstos se pudiere comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, aun cuando se refiera a la sola puesta en riesgo de esos bienes jurídicos del niño*, ya está autorizando o justificando el uso de la violencia contra los menores, por más leve que sea, y en ese sentido, no puede sostenerse que la medida legislativa de la pérdida de patria potestad, así configurada, sea idónea para garantizar de manera reforzada, el derecho de los menores a ser protegidos en su integridad personal (física y psicológica) y en su dignidad humana, contra toda forma de violencia proveniente de quienes ejercen sobre él la patria potestad." (Pág. 61, párr. 3). (Énfasis en el original).

"[...] [E]l texto de la norma no excluye la justificación de la violencia, sino que, implícitamente la tolera, pues en esencia, dispone que los malos tratamientos hacia el menor, que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, serán sólo aquéllos que pongan en riesgo su salud, su seguridad o su moralidad, lo que en modo alguno puede considerarse aceptable en el marco de deberes constitucionales y convencionales, antes referidos, que vinculan al legislador *a eliminar* del ordenamiento jurídico interno toda disposición que entrañe una permisión para el uso de cualquier forma de violencia contra menores, como punto de partida para erradicarla de los comportamientos sociales, y de propiciar el ejercicio de formas de crianza positivas y participativas, de ahí que se concluya que la porción normativa examinada, respecto del supuesto de pérdida de patria potestad por malos tratamientos, *no es idónea* para alcanzar el fin constitucionalmente válido objeto de la norma, por

ende, **es inconstitucional**, y conforme a ello, debe prescindirse de esa condición establecida en el precepto." (Pág. 62, párr. 2). (Énfasis en el original).

2. El artículo 497, fracción III, del Código Civil para el Estado de Guanajuato "tampoco debe ser entendido en el sentido de que, acreditada cualquier forma de maltrato hacia los menores, indefectiblemente y de manera automática, en todos los casos, resulte procedente la sanción de la pérdida de la patria potestad respecto de quien tiene a su cargo esa función." (Pág. 63, párr. 3).

"[E]s necesario tener en cuenta... que, la patria potestad es, ante todo, una función en beneficio de los menores de edad y no meramente un derecho de los padres sobre éstos; y por tanto, la sanción civil consistente en su pérdida, no debe ser vista ni aplicada como un castigo para quien incumplió alguno de los deberes inherentes a esa función, sino que, su determinación debe estar basada en que, en el caso concreto de que se trate, dicha sanción extraordinaria sea la medida más idónea para la protección de los derechos del menor, conforme a su interés superior, es decir, que en el caso específico que se juzgue, dicha consecuencia resulte ser la más benéfica para el menor." (Pág. 63, párr. 4).

"Por ello, [...] los juzgadores deben ejercer debidamente sus facultades discrecionales en la valoración de los hechos y circunstancias de cada caso, y en esa labor, es dable que en su ponderación atiendan a parámetros tales como: *la gravedad y la frecuencia* de las agresiones que hubiere sufrido el menor a efecto de determinar si debe aplicarse la consecuencia de la pérdida de la patria potestad, mas no como una regla rígida, pues evidentemente que, un único evento de violencia contra el menor, puede ser de tal magnitud que dé lugar a la sanción, o bien, dos o más episodios de violencia leves o moderados, podrían evidenciar un patrón de comportamiento de quien ejerce la patria potestad y también podrían justificar la medida; en ese sentido, lo importante para la decisión del juez o tribunal, debe ser constatar *el impacto que el o los actos de maltrato sufridos* (sea que se juzguen leves, moderados o graves) *han producido en la integridad personal del niño* (física y psicológica), a efecto de establecer si, en el caso de que se trate, debe actualizarse la consecuencia referida, en pro del interés superior del niño." (Pág. 65, párr. 3). (Énfasis en el original).

"De manera que, la labor de los operadores jurisdiccionales, conlleva el ejercicio de su arbitrio, primero, para ordenar el desahogo de las pruebas que resulten necesarias y suficientes para conocer con certeza la situación del menor y de quienes ejercen la patria potestad, y segundo, para juzgar el caso teniendo siempre presente el interés superior del niño, a efecto de determinar si el maltrato acreditado exige como medida más eficaz, la privación de la patria potestad del demandado." (Pág. 66, párr. 2).

SCJN, Pleno, Acción de Inconstitucionalidad 11/2016, 24 de octubre de 2017¹³⁸ (Pérdida y suspensión de la patria potestad por alienación parental)

Hechos del caso¹³⁹

El 2 de febrero de 2016, el Defensor de los Derechos Humanos del Pueblo de Oaxaca promovió una acción de inconstitucionalidad en la que reclamó, entre otros, la invalidez de los artículos 336 Bis B, 429 Bis A y 459, fracción IV, 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 establecía que cometía violencia familiar "en la forma de alienación parental" el integrante de la familia que "transforma[ra] 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 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" colocaba a los niños y niñas como objetos de manipulación y alienación, que permitía dejar de lado los testimonios que rindieran en el marco de los procesos judiciales en los que se vieran involucrados, además de que no incorporaba 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 fuera 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.

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

Artículo 336 Bis B del Código Civil para el Estado de Oaxaca. "[...] 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 del Código Civil para el Estado de Oaxaca. "[...] 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 l a desaprobación o crítica tendiente a producir en el menor rechazo, rencor, odio, miedo o desprecio hacia el otro progenitor."

Artículo 459 del Código Civil para el Estado de Oaxaca. "La patria potestad se pierde: [...] IV.- Cuando el que la ejerce produce actos de alienación parental, existiendo la posibilidad de poner en riesgo la salud, el estado emocional o incluso la vida del menor."

¹³⁸ Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández. Véase la votación en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=193848>

¹³⁹ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia sobre Violencia Familiar, núm. 7 de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

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 regulación de la conducta de alienación parental en los artículos 336 Bis B, 429 Bis A y 459, fracción IV, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, vulnera el principio de precaución al incorporar en las leyes conceptos que no encuentran un consenso científico por especialistas en la materia, o que al menos sea capaz de trascender el umbral de toda duda razonable?
2. ¿La previsión de la conducta de alienación parental en el artículo 336 Bis B del Código Civil para el Estado de Oaxaca, que establece un resultado de "conciencia transformada" de los menores de edad, vulnera el principio de autonomía progresiva de la niñez?
3. ¿La regulación de la conducta de alienación parental en el artículo 336 Bis B del Código Civil para el Estado de Oaxaca, que establece un resultado de "conciencia transformada" de los menores de edad, vulnera el derecho de los menores de edad a opinar en los asuntos que los afectan y a que su opinión sea tomada en cuenta?
4. ¿La previsión de la conducta de alienación parental en el artículo 429 Bis A, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, entraña un proceso de victimización secundaria en tanto que se obliga los menores de edad a revivir los hechos posiblemente violatorios de sus derechos?
5. ¿La regulación de la conducta de alienación parental en el artículo 429 Bis A, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, excluye cualquier posibilidad de que los operadores de justicia inicien investigaciones de oficio respecto de sospechas de abuso o violencia sexual contra los menores de edad?
6. ¿La porción normativa del artículo 459, 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" es inconstitucional?
7. ¿Los artículos 429 Bis A, y 459, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca que establecen la pérdida o suspensión de la patria potestad por actos de alienación parental, son proporcionales?

Criterios de la Suprema Corte

1. Al introducir la regulación de una conducta sobre la base de la denominada alienación parental en los artículos 336 Bis B, 429 Bis A, y 459, fracción IV, del Código Civil para el

Estado de Oaxaca, 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, 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.

2. La previsión de la conducta de alienación parental en el artículo 336 Bis B del Código Civil para el Estado de Oaxaca, que establece un resultado de "conciencia transformada" de los menores de edad, vulnera el principio de autonomía progresiva de la niñez, toda vez que dicha locución deviene en un impedimento lógico para que quien juzga y sus auxiliares (peritos) realicen un análisis diferenciado del fenómeno en cada caso, acorde con la condición particular del menor de edad, 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.

3. La regulación de la conducta de alienación parental en el artículo 336 Bis B del Código Civil para el Estado de Oaxaca, que establece un resultado de "conciencia transformada" de los menores de edad, vulnera el derecho de estos a opinar en los asuntos que los afectan y a que su opinión sea tomada en cuenta, toda vez que dicha locución trae consigo la carga argumentativa de que lo que el niño o niña diga no es en mérito a su propio juicio, sino que es reflejo de una injerencia externa en su psique y, por tanto, que el juez deba descartar sus opiniones o manifestaciones de facto, por no ser propias, de modo que la condición apuntada necesariamente repercutirá en la valoración de su dicho.

4. La previsión de la conducta de alienación parental en el artículo 429 Bis A, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, no entraña un proceso de victimización secundaria en tanto que, de su interpretación sistemática con respecto al Decreto 1380 expedido por la LXII Legislatura Constitucional del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, que regula la conducción para recabar declaraciones de los menores de edad, se aprecia la obligación del Juez de escuchar y tomar en cuenta la opinión del menor, de forma adecuada, para efectos de acreditar la alienación parental. El menor deberá contar por lo menos con siete años de edad, tal y como lo marca el Código Civil local y podrá ser entrevistado hasta dos veces por parte de un profesional en psicología, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guardia y custodia, dar cumplimiento a dicho requerimiento.

5. La estipulación de la conducta de alienación parental en el artículo 429 Bis A, del Código Civil para el Estado de Oaxaca, no excluye cualquier posibilidad de que los operadores de justicia inicien investigaciones de oficio respecto de sospechas de abuso o violencia sexual contra los menores de edad, toda vez que, si las manifestaciones que vierta el menor de edad (o cualquiera de las partes en el proceso jurisdiccional) entrañaran la denuncia de actos

de violencia de cualquier otra índole o de abuso sexual, proveniente del padre o madre que se diga alienado, o bien, si del abordaje psicológico del menor de edad 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.

6. La porción normativa del artículo 459, 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" es inconstitucional, porque justifica y tolera la violencia contra niñas, niños y adolescentes.

7. Los artículos 429 Bis A, y 45, fracción IV, del Código Civil del Estado de Oaxaca que establecen la pérdida o suspensión de la patria potestad por actos de alienación parental no son proporcionales porque impiden la ponderación del juez para establecer otra medida alternativa para restablecer y proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes conforme al caso concreto.

Justificación de los criterios

1. "En primer lugar, el presupuesto para invocar dicho principio en relación con el medio ambiente y la salud, ha sido precisamente la constatación de incertidumbre científica en torno a un riesgo potencial de daño. En segundo lugar, los efectos de la aplicación del principio de precaución se calibran en función de las medidas que se adopten amparándose en él. La vigencia de esas medidas debe mantenerse mientras los datos científicos sigan siendo incompletos, imprecisos o no concluyentes y mientras se considere que el riesgo es lo suficientemente importante para no aceptar que la sociedad lo asuma.

"De esta forma, sin ser exhaustivos, algunos de los caracteres propios del principio de precaución son: 1) la necesidad de existencia de una situación de peligro de daño derivada de una actividad cualquiera; 2) el requerimiento de cierta base científica 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.

"Así, en la hipótesis de que fuere viable la aplicación de dicho principio en la especie, se tendría que concluir que el hecho de que el legislador de Oaxaca haya introducido en el Código Civil local la regulación de una conducta sobre la base de la denominada "alienación

parental" como un supuesto específico de violencia familiar (336 Bis B) y como una causa de suspensión o pérdida de la patria potestad (429 Bis A), *aun cuando no exista un consenso entre los expertos al describir ese fenómeno o en su forma de detección o diagnóstico*, no conduce a estimar que el legislador debió abstenerse de incorporar dicha conducta en la ley, invocando el principio de precaución.

"Como se precisó en apartado anterior, es cierto que no existe un consenso en la doctrina especializada sobre la conceptualización de la llamada AP y su diagnóstico; sin embargo, de las opiniones de los expertos sí se desprende la existencia de la conducta, pues aun con las variantes y matices de sus estudios, es posible advertir que en ciertos casos de conflictos familiares de separación de los padres, algunos menores de edad rechazan la relación con uno de ellos, y si bien se sostiene que las causas de ese comportamiento pueden ser multifactoriales e incluso estar justificadas por la conducta negativa o inadecuada del progenitor rechazado, también se admite que el comportamiento del niño, aun dentro del conflicto familiar de separación, puede no encontrar una justificación suficientemente objetiva que lo sustente, y es precisamente en este último caso, *donde se impone averiguar el origen de la animadversión hacia el progenitor de que se trate*, al ser factible que sea producto de influencias o injerencias en la psique del niño, que violenten su integridad, provenientes de su otro progenitor o de otro miembro de la familia, ya que en ese caso, suficientes referencias doctrinarias admiten que tal situación provoca daños psicoemocionales en el menor y menoscaba su desarrollo integral." (Párrs. 161-165). (Énfasis en el original).

"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).

2. "Consecuentemente, la previsión legal en estudio resulta inconstitucional, porque suponer un resultado de *conciencia transformada* en el menor de edad, dada la connotación advertida de dicha locución, deviene en un impedimento lógico para que el juzgador y sus auxiliares (peritos) *tengan en cuenta la condición de los menores como sujetos con autonomía progresiva*; siendo que, por el contrario, tal condición de autonomía tendría que ser atendida al examinar y determinar la presencia o no del supuesto de violencia familiar en un caso concreto.

"Aunado a lo anterior, la exigencia de un resultado de "conciencia transformada" en el menor de edad, no es una previsión acorde con el deber del legislador de brindar una protección especial y reforzada a los derechos de los menores, pues conforme a ese elemento de la descripción normativa, la actualización de la conducta de violencia familiar supone la acreditación de un resultado de daño real y actual en el menor de edad, y como se ha precisado con antelación, este Alto Tribunal ha sostenido que tratándose de la protección de los derechos de los menores, en el caso, el derecho a no ser sujeto de ninguna forma de violencia, basta la posibilidad de un mero riesgo de daño para que la actuación de las autoridades estatales conforme a sus competencias y de acuerdo con el interés superior del menor, se intensifique y refuerce, en la consecución de una protección eficaz.

"Asimismo, debe señalarse que la porción normativa no garantiza la protección de la integridad psicoemocional del menor y de su derecho a mantener una sana relación con ambos padres, porque conforme a estos propósitos, el supuesto legal debiera poner su énfasis en la descripción y proscripción de las conductas alienadoras que perjudican al niño, y en el resultado de rechazo de éste a la relación con uno de sus progenitores, en tanto esto último es la manifestación material que se observaría como consecuencia de aquélla; pero no en exigir un determinado resultado de 'conciencia transformada' en el niño, niña o adolescente.

"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.

"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.

"A mayor abundamiento, es conveniente reiterar que, acorde con los expertos, partiendo de una aproximación sistémica del fenómeno, la actualización de la alienación parental puede obedecer a diversos factores, que van desde condiciones externas al entorno fami-

liar, la propia dinámica familiar y el especial contexto de conflicto de separación de los padres, características particulares de los integrantes de la familia y en especial, de los menores de edad, y no necesariamente a actos de manipulación o inducción." (Párrs. 223-228). (Énfasis en el original).

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

"Así, como se sostuvo en relación con el derecho de los menores a ser considerados como sujetos con autonomía progresiva, debe precisarse que también tratándose del derecho a ser escuchados en los procesos jurisdiccionales que les conciernen y a que sus opiniones se tomen en cuenta, respecto de este supuesto de violencia familiar, **es fundamental que el niño sea realmente escuchado y ponderadas sus opiniones o manifestaciones**, tanto por los auxiliares del Juez (peritos) como por el propio juzgador, en el abordaje psicolegal que se emprenda para determinar si existe o no la condición de violencia familiar.

"Y tal escucha del niño, exige precisamente que no se descarten o se desatiendan de facto sus manifestaciones y opiniones sobre su rechazo hacia uno de sus progenitores; pues siendo el menor de edad el sujeto pasivo de la conducta de violencia familiar, su condición es precisamente el objeto de estudio, y en ese sentido, no sólo debe ser considerado sujeto con autonomía progresiva, sino que debe ser plenamente escuchado, ponderando sus opiniones de acuerdo a su edad, madurez y circunstancias, para poder establecer si existe o no una condición de alienación parental.

"Sin embargo, al prever la norma un resultado de *conciencia transformada* en el menor de edad, en estricto sentido, implícitamente induce al Juez y a los auxiliares de la administración de justicia, en el proceso de determinación psicolegal de la conducta, a considerar en el menor de edad una condición de incapacidad que lo anula, pues se entenderá que se encuentra privado de su capacidad de conocer y percibir su realidad y emitir su propio juicio." (Párrs. 245-249). (Énfasis en el original).

4. La Suprema Corte realizó un análisis sistemático con relación al "Decreto 1380 expedido por la LXII Legislatura Constitucional del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, en su artículo único estableció:

'La Sexagésima Segunda Legislatura del Honorable Congreso del Estado reitera en su totalidad las disposiciones del Decreto 1360, aprobado en sesión ordinaria de fecha diez

y nueve (sic) de dos mil quince mediante el cual se reforman los artículos 336 Bis B, 459 fracción IV y 462 fracción IV; se adicionan los artículos 429 Bis A y 429 Bis B, todos del Código Civil para el Estado de Oaxaca, observadas por el Gobernador Constitucional del Estado para quedar nuevamente como sigue:

(...)

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

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

"Del artículo transcrito, se aprecia la obligación del Juez de escuchar y tomar en cuenta la opinión del menor, de forma adecuada, para efectos de acreditar la alienación parental. El menor deberá contar por lo menos con siete años de edad, tal y como lo marca el Código Civil local y podrá ser entrevistado hasta dos veces por parte de un profesional en psicología, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guardia y custodia, dar cumplimiento a dicho requerimiento." (Párrs. 281-282) (Énfasis en el original)

"Por otro lado, este Tribunal Pleno advierte que las afirmaciones de la accionante en el sentido de que el precepto impugnado conlleva un proceso de victimización secundaria en tanto se obliga al menor, a través de constantes interrogatorios y entrevistas, a revivir los hechos posiblemente violatorios de sus derechos, carecen de sustento.

"En primer término, debe decirse que no pasa inadvertido que esa argumentación de la accionante se apoya en una premisa contradictoria con su postura medular respecto del derecho de los menores en cuestión; puesto que, por una parte, sostuvo la inconstitucionalidad del artículo en estudio bajo el alegato de que la descripción de la conducta de alienación parental no permitía que la opinión del menor de edad fuera escuchada y tomada en cuenta en el proceso y en el punto que se examina, aduce la inconstitucionalidad del mismo precepto afirmando que los actos procesales de entrevista al menor redundan en su revictimización, por lo que resultan incompatibles sus planteamientos." (Párrs. 284-285). (Énfasis en el original).

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

"Si las manifestaciones que vierta el menor de edad (o cualquiera de las partes en el proceso jurisdiccional) entrañaran la denuncia de actos de violencia de cualquier otra índole o de abuso sexual, proveniente del padre o madre que se diga alienado, o bien, si del abordaje psicológico del menor pudiere derivarse presuntivamente como causa de su comportamiento tal violencia o abuso, *la norma en modo alguno excluye los deberes de las autoridades para investigar los hechos conducentes*." (Párrs. 293-294). (Énfasis en el original).

6. "[...] [C]uando 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." (Párrs. 314) (Énfasis en el original)

7. "[...] [L]as conductas de alienación parental [...] inciden en diversos derechos de los menores de edad, particularmente, aquí es relevante atender a su *derecho a no ser sujetos de violencia en el seno familiar, a vivir en familia y, en caso de separación de los padres, a mantener sus relaciones de convivencia con ambos progenitores*.

"Esto, porque la conducta de alienación parental se recoge en la norma, precisamente, para la protección del primero de esos derechos de los menores (a no ser sujetos de violencia en cualquiera de sus formas); sin embargo, con la medida adoptada como consecuencia, se ven restringidos los demás derechos referidos (a vivir en familia y a mantener relaciones de convivencia con ambos padres), pues los artículos 429 Bis A, primer párrafo y 459, fracción IV, disponen *la suspensión o pérdida de la patria potestad* como medio para evitar la conducta reprochable." (Párrs. 320 y 321) (Énfasis en el original)

"[...] [L]a suspensión o la pérdida de la patria potestad como consecuencia de actos de alienación parental, necesariamente conlleva que el padre o madre que se considere

'alienador', si se encuentra en ejercicio de la guarda y custodia, sea privado de ella y ésta la tenga, por regla general, el otro progenitor; y, a lo sumo, a juicio del juez, podrá tener un régimen de visitas y convivencias con el hijo o hija, si se estimara conveniente para este último, sino, el menor quedará impedido del contacto con el padre o madre alienador.

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

"De lo anterior, [...] dicha medida adoptada por el legislador en los artículos que se analizan, como consecuencia de la actualización de conductas de alienación parental, vulnera su derecho a vivir en familia y a mantener relaciones afectivas con ambos progenitores. Esto, no porque la medida sea inconstitucional en sí misma, sino porque efectivamente resulta desproporcionada porque los preceptos aludidos **no dan cabida a que el juzgador haga esa ponderación del interés superior del menor conforme a las circunstancias del caso concreto, y decida si efectivamente aplicarla, resultará en beneficio del niño, niña o adolescente involucrado.**" (Párrs. 327 - 329). (Énfasis en el original).

"Por ello es que se observa la importancia de que las normas legales permitan al juzgador la aplicación discrecional y la graduación de las medidas que se juzguen las necesarias, idóneas y eficaces para restablecer y proteger los derechos de los menores, así como la forma y términos en que se ejecutaran, dándole margen para que salvaguarde el bienestar de éstos conforme a las circunstancias del caso. Y en ese tenor, tratándose de la suspensión o pérdida de la patria potestad como medida ante la actualización de causas previstas en la ley, *no debe ser aplicada en forma automática e irrestricta*, sino conforme a lo anterior, atendiendo al marco de derechos fundamentales de los menores de edad.

[...] [L]a *proporcionalidad* de la medida de suspensión o pérdida de la patria potestad respecto de conductas de alienación parental, *sólo puede ser objetivamente juzgada a la luz del caso concreto* conforme al ejercicio de ponderación de derechos que haga el Juez en beneficio de los niños acorde a su interés superior; pero si las normas que se analizan no permiten al juzgador tal ponderación, en tanto no establecen la posibilidad de que se pueda prescindir de aplicar las medidas legislativas de suspensión o pérdida de la patria potestad allí previstas y adoptar otras medidas alternativas en un asunto concreto, *se impone estimarla violatoria del principio de proporcionalidad.*" (Párrs. 338 y 339). (Énfasis en el original).