



## Consideraciones finales

---

La jurisprudencia de la Suprema Corte ha realizado cambios profundos en el derecho de familia. Los casos expuestos en esta obra dejan ver que se han generado avances hacia la interpretación más protectora de ciertas figuras, para que sean acordes a las exigencias de los derechos humanos.

La responsabilidad parental ha modificado la figura de la patria potestad. Se sitúa a los progenitores en una posición especial, privilegiada, en relación con el cuidado y la crianza de sus hijos e hijas, la cual se justifica bajo el supuesto común y razonable de que la mayoría de los progenitores procuran el mejor interés de las niñas y niños. Sin embargo, aunque se reconoce que este beneficio es otorgado a los progenitores y, por tanto, no puede transferirse libremente a otros sujetos, existen mecanismos para que en ciertas circunstancias o casos extremos, la familia ampliada o las instituciones del Estado asuman dichas obligaciones, con el fin de proteger el interés superior de los niños, niñas o adolescentes (NNA).

En ocasiones, los progenitores pueden encontrarse impedidos, o bien, indispuestos para cumplir las obligaciones derivadas de la patria potestad. En tales casos, como se abordó en el Amparo Directo 32/2016, la familia ampliada puede asumir dicha responsabilidad, tomando en cuenta que esto no se trata de una regla general, sino que para su asignación debe estudiarse la idoneidad y aptitud para hacerse cargo del NNA.

De igual manera, es posible que el Estado asuma dichas obligaciones. En este sentido, como se señaló en el Amparo en Revisión 518/2013, cuando no sea posible que un familiar se haga cargo de las responsabilidades parentales, éstas deberán ser cumplidas por parte de las instituciones del Estado, que de forma provisional y transitoria tendrán el cuidado y custodia de los NNA. Con lo que se hace patente que, en el cumplimiento de las obligaciones parentales, el Estado también desempeña un papel primordial para la protección y cuidados de las niñas y niños.

Al igual que en los asuntos sobre patria potestad, el interés superior de la niñez ha desempeñado un papel protagónico en la resolución de casos de guarda y custodia. En el Amparo Directo en Revisión 1621/2010 se consideró que el interés superior de la niñez ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia, de manera que todas las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos e hijas deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, no el de los progenitores, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores las que determinan las medidas a adoptar, sino exclusivamente el bien de las y los hijos menores de edad.

Dada la relativamente reciente incorporación del interés superior de la niñez como criterio decisivo en los casos de familia, su práctica sigue siendo bastante indeterminada y, en diversos asuntos, su aplicación entra en tensión con la igualdad de género y/o los derechos de progenitores con discapacidad. Particularmente en casos en los que se decide sobre responsabilidad parental, los estereotipos no sólo han funcionado como presunciones de idoneidad sino también como base para cuestionar la estabilidad y capacidad de alguien para cuidar.<sup>89</sup> En algunos de los asuntos incluidos en este documento se puede observar que, en las determinaciones sobre las conductas idóneas de padres y madres, no se utilizan los mismos estándares.

En estos casos, la perspectiva de género o de discapacidad abona a no utilizar una visión individualista que ponga en oposición los derechos de las personas involucradas en el conflicto. En cambio, implica atender al contexto y las estructuras sociales más amplias que dan forma a los conflictos, pues sólo de ese modo puede llegarse a decisiones que garanticen los derechos de todas las partes.

A partir de los casos en los que ha sido necesario juzgar con perspectiva de género encontramos la evolución de la línea jurisprudencial en torno a la inconstitucionalidad de la preferencia materna para detentar la guarda y custodia. Después de decidir una serie de asuntos sobre el tema, en el Amparo en Revisión 331/2019, la Corte estableció que el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal, que contempla una preferencia para otorgar la guarda y custodia de los menores de 12 años a las madres, es inconstitucional. Esto, porque vulnera el principio del interés superior de la infancia. Como fue señalado en la sentencia, tal norma impide que el juzgador cumpla con su obligación de evaluar las condiciones fácticas que generan la controversia, tal como la opinión del menor de edad, las características y posibilidades de los progenitores o la relación entre los NNA y sus progenitores. Además, la norma neutraliza la posibilidad de que el padre guarde la custodia de los hijos e hijas a temprana edad y deja de atender

---

<sup>89</sup> Treviño, Fernández, Rubio, Isabel, "Derechos humanos, derecho familiar y perspectiva de género", en Vela, Estefanía, *Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Familiar*, SCJN, Ciudad de México, 2021, pp. 31-33.

el interés de los menores de 12 años porque, sin importar su verdadero bienestar, se privilegia a la madre.

La norma también vulnera el principio de igualdad y no discriminación, pues genera una distinción normativa en función de las categorías sospechosas de género y sexo, sin cumplir con los estándares de un escrutinio estricto para probar que no es una medida discriminatoria. Aunado a que reafirma estereotipos de género tradicionales y profundiza el mandato y la correspondiente culpa o doble carga de responsabilidad que se genera con base en el binomio de mujer-madre.

Por otro lado, se ha aplicado la perspectiva de género al tomar decisiones sobre el cuidado de los NNA. En el Amparo en Revisión 910/2016, la Corte estableció que una condición de salud o determinado comportamiento de una madre no puede por sí mismo ser motivo para asumir una falta de aptitud para el desempeño de las obligaciones derivadas de la guarda y custodia, en cambio, debe probarse que las conductas desempeñadas por los progenitores representan un riesgo probable y fundado que afecte el interés superior de las NNA involucrados. En el caso, además, la Corte hizo un análisis amplio del contexto y concluyó que existía una situación de desequilibrio por cuestiones de género patente en el nivel estudios, de ingresos, en la conciliación del binomio trabajo profesional-atención del hogar, y, en cierta manera, en la diferencia de edad entre el padre y la madre, que no fue advertida en las resoluciones previas y que debe atenderse al dictar medidas para el cuidado de la niña. Este asunto es una muestra de que juzgar con perspectiva de género, más que encontrar oposición con el interés superior de la infancia, es una forma de preservarlo. Esta decisión no sólo maximiza el derecho de la niña a mantener un vínculo con su madre, sino que procura un entorno en el que no se repliquen estereotipos ni violencia contra las mujeres.

También, el Amparo Directo en Revisión 6942/2019 pone de relieve la importancia de evitar la aplicación de estereotipos de género, sobre todo respecto al tiempo disponible que tienen las madres trabajadoras para el cuidado de sus hijos e hijas, en contraposición con los padres trabajadores. Estos y otros casos más revelan la importancia de la aplicación de perspectiva de género en asuntos que decidan sobre la responsabilidad parental, especialmente porque observamos que las decisiones judiciales cuestionan con mayor rigor a mujeres que a hombres, generando una desigualdad que no beneficia a los NNA.

Otro tema a destacar, es el referido a la responsabilidad parental ejercida por progenitores que tienen discapacidad. Al respecto, en el Amparo en Revisión 5904/2015, la Suprema Corte consideró que la relación paterno filial goza de protección por parte del Estado, la cual será reforzada en aquellos casos que un progenitor tenga una discapacidad. Así, el principio de mantenimiento de las relaciones familiares sólo puede verse superado cuando se muestre bajo una comprobación razonable y con base en pruebas técnicas o

científicas, que la convivencia entre el progenitor con discapacidad y su hija o hijo genera una situación perjudicial para el NNA. Esto es, la existencia de un riesgo probable y fundado bajo un estándar de prueba claro y convincente. Para valorar esta situación, no puede hacerse uso de prejuicios o generalizaciones injustificadas respecto de la situación de las personas con discapacidad.

Otra cuestión que la Corte ha estudiado es el principio de integridad familiar en contextos de personas en reclusión, estableciendo que el Estado debe evitar que la situación de reclusión se traduzca en separación familiar. Como se advierte en el Amparo en Revisión 644/2016, es especialmente importante que las madres en reclusión cuenten con un contexto que les permita desempeñar su rol de la mejor manera, sin las limitantes de la situación de reclusión. Además, las instituciones penitenciarias que alojen a madres privadas de su libertad deben adoptar las políticas necesarias para que los niños y niñas cuenten con los servicios suficientes de salubridad, alimentación, higiene, vestido, agua potable y esparcimiento, mientras se encuentren conviviendo con sus respectivas madres.

También la Corte ha estudiado el límite al ejercicio de la guía parental, entre otros casos, en el Amparo en Revisión 1049/2017, en el que la Corte fue llamada a pronunciarse sobre un caso de colisión entre el derecho a la salud de una niña y el derecho a la libertad religiosa profesada por su familia. Así, la Corte determinó que, si bien, la privacidad de las relaciones familiares, en relación con la libertad religiosa, contempla el derecho de los progenitores a formar a sus hijos e hijas en la religión que prefieran, las decisiones médicas de los progenitores sobre sus hijos e hijas y la libertad religiosa, no pueden ser sostenidas si colocan en riesgo la salud o la vida de los menores de edad (aun cuando esta no sea la intención de los progenitores). En tanto la Constitución obliga al Estado a velar por que no se vulneren los derechos de los niños y niñas, en estos casos está justificado intervenir en la autonomía familiar con el objeto de impedir una afectación a la integridad del NNA.

Finalmente, vale la pena destacar la idea de coparentalidad, la cual es novedosa en el sentido de que, previamente, como parte de una ruptura entre los progenitores, la solución pensada por el derecho consistía en otorgar a una de las partes, frecuentemente la madre, el cuidado de NNA a través de la guarda y custodia. Dicho modelo daba lugar a una relación mucho menos estrecha con el otro progenitor (en la mayoría de los casos, el padre) que frecuentemente sólo ejercía un régimen de visitas y convivencias acotado, manteniendo una relación superficial y poco involucrada en la crianza de su hijo o hija.

En cambio, la corresponsabilidad parental o coparentalidad, procura la garantía del derecho humano de NNA a tener un vínculo con sus progenitores en igualdad de condiciones y sin discriminación,<sup>90</sup> en el entendido de que un quiebre en la relación entre los adultos

<sup>90</sup> Herrera, Marisa, "Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias. La experiencia del derecho argentino", en Espejo, Nicolás y Ibarra, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia*, SCJN, México, 2019, p. 85.

no implica que uno de ellos pierda su compromiso y responsabilidad en la crianza. Además de que, según lo resuelto por la Corte en el Amparo Directo en Revisión 392/2018, implica el reparto equitativo de los derechos y deberes parentales entre los progenitores respecto de sus hijos o hijas, para que tengan parte activa en las labores de educación, crianza y desarrollo y en la toma de decisiones fundamentales. En este contexto, la decisión debe estar basada en la idoneidad, condiciones y posibilidades concretas de cada persona y no en ideas preconcebidas sobre las capacidades y roles de hombres y mujeres.

Sin embargo, está pendiente que la Suprema Corte resuelva sobre muchos otros escenarios de litigio en los que esta figura de coparentalidad y otras como la multiparentalidad cobran relevancia para la protección de los derechos de NNA. Por ejemplo, casos de familias reconstituidas en las que la nueva pareja de la madre o el padre quieren que el derecho les reconozca como progenitores sociales, sin desplazar de su rol al progenitor biológico u otros casos en donde más de dos personas quieren o deberían ejercer responsabilidades parentales, pues las formas de constituir familias son muy diversas y más con los avances médicos y científicos que abren nuevas posibilidades en la reproducción médica asistida.

Otro tema sobre el que esperamos ver más desarrollo jurisprudencial en el futuro es sobre el ejercicio de responsabilidades parentales (*in loco parentis*) por parte de instituciones del Estado, lo que únicamente tiene un breve esbozo en el Amparo en Revisión 518/2013 al que ya se ha hecho referencia, pero que todavía resta precisar las formas y procedimientos por los que el Estado puede asumir dicha responsabilidad, así como los límites de actuación que puede tener sobre las decisiones que afecten el interés de NNA.