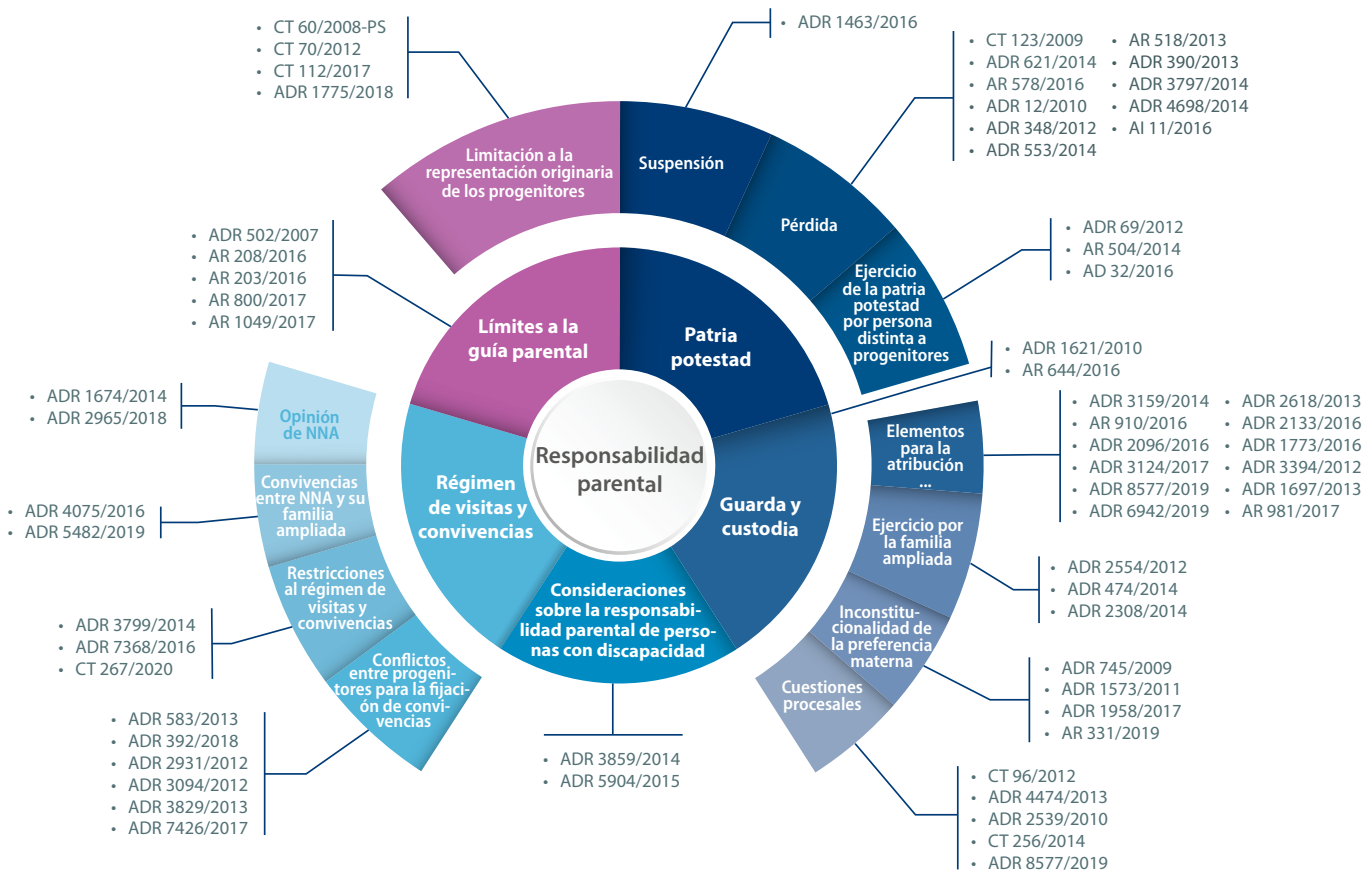




# Responsabilidad parental: patria potestad, guarda y custodia y convivencias



La familia es una realidad social compleja y cambiante, en la que interactúan distintos tipos de sujetos, deberes y responsabilidades. Además, la familia es un espacio donde se forma a niñas y niños, donde generalmente adquieren su sentido de identidad y confianza para proyectarse en la sociedad. Es también en el seno familiar, donde se generan las relaciones más íntimas, pero no por eso alejadas de la protección del derecho y de los derechos humanos. Reconociendo esto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha insistido en que su protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente y dinámica.

Dentro de este constante devenir en torno al derecho de familia —fuertemente influido por una progresiva constitucionalización de sus principios y la incorporación de una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se les reconoce jerarquía constitucional—, puede advertirse un cambio significativo con respecto al entendimiento de algunos conceptos que parecían, hasta ahora, consolidados. El propio concepto de familia ha dejado atrás visiones tradicionales y excluyentes, y de igual manera, conceptos que de ella se derivan o se implican directamente, han tenido que ser revisitados.

Uno de estos cambios se observa en la definición de niñez. Frente a las ideas que sostenían que las niñas y los niños son propiedad de sus padres, o bien, una suerte de adultos incompletos, sin las competencias y capacidades para actuar con plenitud de derechos, se ha ido consolidando una nueva concepción en la que las niñas y los niños son reconocidos como sujetos de derechos fundamentales, ejercidos directamente por ellos mismos de manera progresiva, a la vez que se reconocen como sujetos de protección integral por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

En esta actualización es que se ubica el concepto de responsabilidad parental, la cual de acuerdo a Nicolás Espejo es entendida como el "conjunto amplio de derechos y deberes orientados hacia la promoción y salvaguarda del bienestar del niño o la niña, que incluyen: a) su cuidado, protección y educación; b) el mantenimiento de sus relaciones personales; c) la determinación de su residencia; d) la administración de su propiedad; y e) su representación legal. O si se quiere, de un modo más simple, como aquellos derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridades que, por ley, tienen el padre y la madre (o, en determinados casos, un tercero), en relación con el (la) niño(a) y sus bienes."<sup>1</sup>

Con esta nueva mirada, se transita de una noción de las relaciones paterno-filiales basadas en la potestad o poder paterno, a la apuesta de un ejercicio equitativo y permanente entre padres y madres, en torno al cuidado y bienestar integral de sus hijas e hijos. A diferencia de la visión tradicionalmente sostenida, la responsabilidad parental busca destacar que las niñas y los niños no son una posesión a ser controlada por sus padres o madres, sino personas titulares de derechos, que deben ser cuidadas por ellos.<sup>2</sup>

Así bien, hay dos principios que deben destacarse con respecto a la responsabilidad parental. El primero de ellos se refiere a que ésta es una función de los padres que consiste en la responsabilidad por sus hijos y el segundo principio sostiene que la responsabilidad por la crianza de los hijos corresponde a los progenitores, antes que al Estado u otros sujetos. Por esta posición favorecida, la responsabilidad parental ha sido descrita como el privilegio del que gozan padres y madres para ejercer autoridad moral sobre sus hijas e hijos, a fin de guiarlos y dirigirlos, bajo el supuesto de que en tal acción, observarán el mejor interés de la niñez.<sup>3</sup>

Sin embargo, aunque la responsabilidad parental observa de manera primordial la relación entre hijas e hijos y sus progenitores, no excluye la posibilidad de que otros miembros de la familia o adultos cercanos al niño o niña, participen en ella cuando los primeros no pueden ejercer sus derechos y deberes o cuando los han incumplido. Así, en determinados casos, de acuerdo con el interés superior de la infancia, será posible que el Estado asuma una responsabilidad *in loco parentis* (en lugar de los progenitores), siendo éste quien determine las medidas y cuidados que deban darse al niño o la niña. Sin embargo,

<sup>1</sup> Espejo Yaksic, N. (2021), "Potestades, derechos y responsabilidades parentales: comprendiendo la responsabilidad parental" en La responsabilidad parental en el derecho: una mirada comparada, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, p. 6.

<sup>2</sup> Espejo Yaksic, N. (2021), La responsabilidad parental en el derecho: una mirada comparada, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, p. XX.

<sup>3</sup> Eekelaar, John (2021), "La responsabilidad parental como privilegio" en La responsabilidad parental en el derecho: una mirada comparada, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, p. XXXVIII.

no debe perderse de vista que ésta representa una media excepcional, ya que siempre debe procurarse la unidad familiar.

Dicho lo anterior, aunque el concepto de responsabilidad parental resulta de gran utilidad para abarcar las relaciones entre hijas o hijos, progenitores y Estado, también es cierto que dentro del desarrollo jurisprudencial mexicano las figuras de patria potestad y autonomía familiar han sido útiles para dar cuenta de las relaciones que se dan dentro de esa triada. Asimismo, desde una perspectiva actualizada que reconoce a las niñas y niños como sujetos de derecho, se han generado decisiones que procuran resolver conflictos en torno a la guarda y custodia, regímenes de convivencia, determinación de alimentos, entre otros. Todos estos conceptos utilizados por la jurisprudencia mexicana, si bien, tienen sus implicaciones propias, se articulan en torno a un mismo eje con respecto a la responsabilidad parental.

En el presente cuaderno sistematizamos aquellas resoluciones en las que la Suprema Corte ha entrado al estudio de las obligaciones y deberes relativos a la responsabilidad parental, aun cuando tal concepto no haya sido usado de manera expresa. En el primer apartado del cuaderno se muestran las consideraciones de la Corte con respecto a la patria potestad, a partir de la cual se ha establecido que, con la inclusión en la Constitución del interés superior de niños, niñas y adolescentes (NNA), se abandona y supera la concepción de la patria potestad como poder omnímodo del padre sobre los hijos e hijas. Con ello, la patria potestad se deja de entender como un derecho de los progenitores para configurarse como una función que se les encomienda en beneficio de los hijos e hijas, dirigido a su protección, educación y formación integral.<sup>4</sup>

Asimismo, se da cuenta de algunos alcances de la pérdida de patria potestad, precisando que ésta no siempre conlleva la pérdida del derecho de convivencia entre un progenitor y sus hijos e hijas. Sino que, para decidir sobre la pérdida del derecho de convivencia de un progenitor, el juzgador debe atender a la gravedad de las causales que dieron lugar a la pérdida de la patria potestad, reconocer que el derecho de convivencia no es exclusivo del progenitor, sino también de las niñas, niños y adolescentes y resolver conforme al interés superior de la niñez.<sup>5</sup>

En sentido similar, en el segundo apartado del cuaderno se muestran los criterios que la Suprema Corte ha fijado en los casos en los que existe desacuerdo entre progenitores u otras personas *in loco parentis* (en el lugar de alguno de los progenitores) sobre cuál es la mejor decisión para los cuidados de NNA y en los que las preguntas están planteadas en términos de quién debe ejercer la custodia del menor de edad, para lo que se ha precisado que se debe atender a su interés superior, a las condiciones concretas en que se desarrollan NNA y del conflicto que los afecta.

<sup>4</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 348/2012, 05 de diciembre de 2012.

<sup>5</sup> SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 123/2009, 09 de septiembre de 2009.

En el tercer apartado se sistematizan las consideraciones que la Corte ha establecido sobre la responsabilidad parental de personas con discapacidad y se abunda en los criterios sobre protección reforzada y no discriminación.

En el cuarto apartado del presente cuaderno se abordan los criterios relativos al régimen de visitas y convivencia. En especial los asuntos derivados de conflictos entre progenitores para la fijación de convivencias con hijos e hijas, cambio de domicilio del progenitor custodio, restricciones al régimen de visitas y convivencia, así como la convivencia de niños y niñas con su familia ampliada. Haciendo énfasis en la importancia de tomar en cuenta la opinión de NNA para la fijación de dichas convivencias.

Uno de los cambios más relevantes en este ámbito es que hoy ni el vínculo biológico que une a dos personas, ni el grado de parentesco más cercano son los criterios primordiales para adoptar una decisión. La Suprema Corte ha concluido en diversos asuntos que la patria potestad o la guarda y custodia deben determinarse conforme a la realidad social del niño o niña, poniendo el foco en su bienestar y que su pérdida no es una sanción para los progenitores sino una medida para garantizar el mejor interés de la niñez.

En relación con los roles de género construidos en la familia, el cambio también puede observarse en las determinaciones sobre la preferencia de las madres para el cuidado de sus hijos e hijas. Durante algún tiempo, en la jurisprudencia y en las legislaciones locales, se sostuvo la idea de que las mujeres son naturalmente más aptas para cuidar, incluso usando evidencia científica como apoyo. Esta idea, basada en parte en la teoría de los "años tiernos", considera que la necesidad primaria de un menor de edad es el amor y cuidado de la madre biológica y asume que la madre-mujer en sí misma es apta para atender y procurar las necesidades de las y los infantes. Como consecuencia, se asignaban a las mujeres las tareas de cuidado, más allá de sus características, condiciones y necesidades particulares.<sup>6</sup>

Dado que este modelo es incompatible con los distintos instrumentos internacionales en materia de igualdad de género y, no necesariamente, atiende al interés superior de la niñez, esta concepción ha sido reemplazada por nuevas consideraciones sobre la inexistencia de una presunción de idoneidad parental absoluta, que reconoce que tanto padres como madres pueden ser aptos en mayor o igual medida para cuidar de sus hijos e hijas.<sup>7</sup>

Por otra parte, el interés primordial por el bienestar de NNA ha dado lugar a revalorar el papel de la familia ampliada y de los miembros de las familias ensambladas. En distintos

<sup>6</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo en Revisión 331/2019, 21 de noviembre de 2019.

<sup>7</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1573/2011, 07 de marzo de 2012.

casos, se reconoce una realidad en que la familia nuclear no es, ni debe ser, la regla. En contraste, se establece que todas las formas de familia merecen protección constitucional y que están vinculadas a preservar y procurar el bienestar de NNA en distinta medida. En estos asuntos, el reconocimiento de la autonomía progresiva y el derecho de niñas y niños a participar en los procedimientos ha sido fundamental para adoptar decisiones que garanticen sus derechos.

Otro elemento que implica un importante cambio de paradigma es el ejercicio de visitas y convivencias familiares. Esta relación, generada después de la ruptura entre los progenitores, se concebía inicialmente como un derecho de los padres y madres a convivir con sus hijos e hijas (particularmente de los hombres, dado que en la mayoría de los casos las madres ejercían la custodia). Sin embargo, la Suprema Corte ha establecido que se trata de un "derecho-deber" que debe garantizar un contacto continuado y en condiciones de bienestar para los NNA y en el que se tomen en cuenta las opiniones de las personas menores de edad.<sup>8</sup> Esta obligación de tomarles en cuenta responde a su adquisición de habilidades y competencias, la evolución de sus facultades, edad y madurez y a la idea de que la edad biológica no se relaciona necesariamente con la madurez, la posibilidad de formarse un juicio o criterio propio y el ejercicio de derechos.

En el último apartado se sistematizan una serie de casos en los que se aborda la limitación a la representación originaria de los progenitores. Siendo posible que, en ocasiones, dicha representación sea restringida cuando se encuentre en riesgo la salud o integridad de las niñas, niños o adolescentes. O bien, que en ocasiones, la representación de los menores de edad sea asumida por un tercero en los procedimientos que les involucren, para evitar los conflictos de interés.

Finalmente, queda resaltar que la comprensión integral de este tema requiere tener en consideración los criterios de la Suprema Corte en otros asuntos íntimamente relacionados, tales como la adopción, la filiación, la violencia familiar y la restitución internacional, que hacen parte de otros cuadernos de jurisprudencia, por lo que sugerimos su consulta.

---

<sup>8</sup> SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 392/2018, 19 de febrero de 2020.