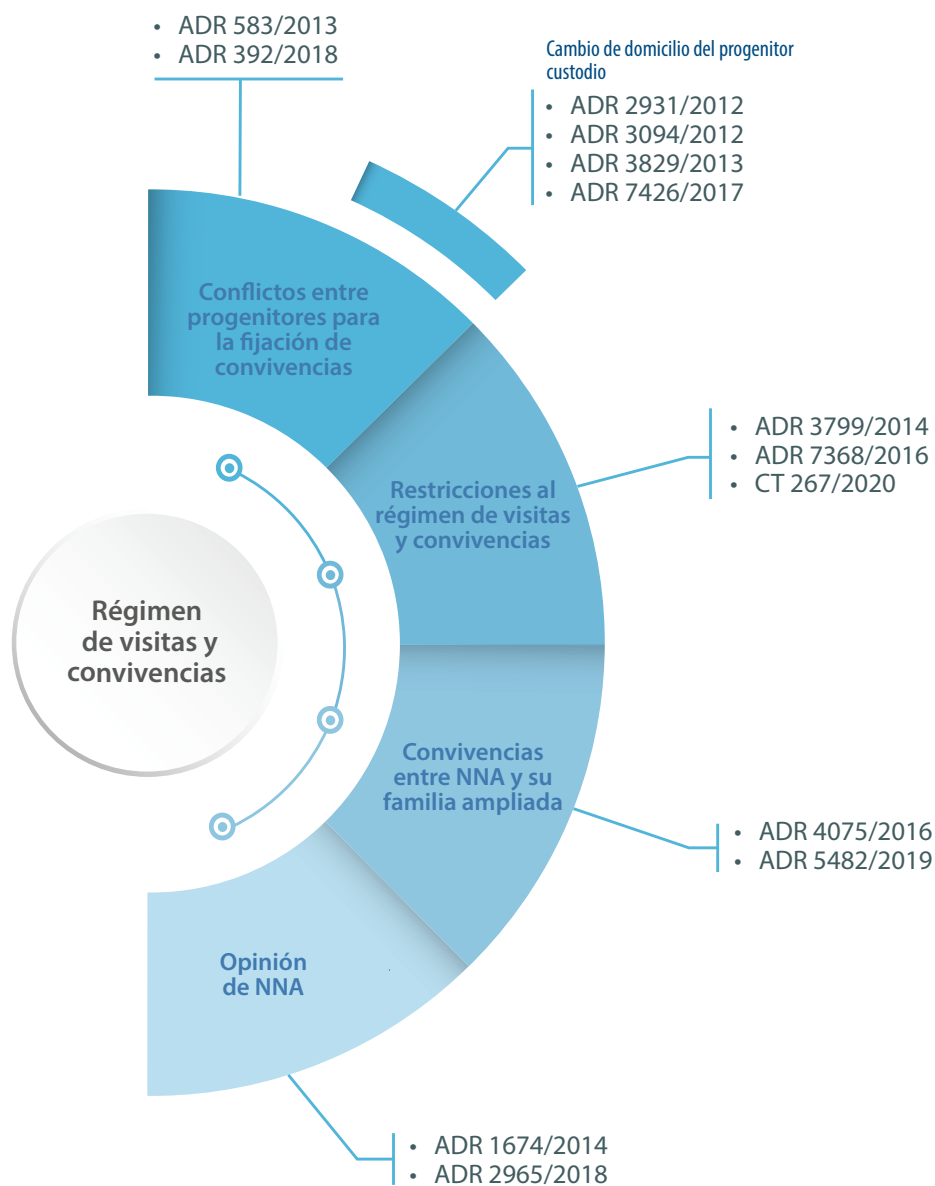




4. Régimen de visitas y convivencias



4. Régimen de visitas y convivencias

4.1 Conflictos entre progenitores para la fijación de convivencias con hijos e hijas

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 583/2013, 11 de septiembre de 2013⁶² (Delito de sustracción de menores y régimen de visitas)

Razones similares en el AR 169/2014

Hechos del caso

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 penalmente responsable al padre del delito de sustracción de menores en agravio de su hijo y le impuso

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.

⁶² Unanimidad de cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar.

una pena de dos años seis meses de prisión y una multa de 100 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 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.

Por último, 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.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Qué aspectos debe tomar en cuenta el juzgador para fijar un régimen de convivencias entre un progenitor no custodio y sus hijas o hijos?
2. ¿La tipificación del delito de sustracción de menores, contenido en el artículo 225 del Código Penal para el Estado de Chiapas, transgrede el interés superior de la niñez y el derecho a la convivencia familiar del menor de edad, al privar al niño, niña o adolescente de la posibilidad de tener una relación paterno-filial con el progenitor no custodio?

Criterios de la Suprema Corte

1. El derecho de convivencias asegura la continuación de las relaciones paterno-filiales entre progenitores e hijas o hijos de forma regular, por lo que, para fijar un régimen de convivencias entre un progenitor no custodio y sus hijas o hijos, quien juzga deberá considerar las circunstancias de tiempo, modo y lugar más benéficas para el niño, niña o adolescente. Igualmente, los órganos jurisdiccionales deben tomar en cuenta diversos elementos 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 le permita decidir qué régimen de convivencia sería más benéfico para los menores de edad involucrados.

2. El delito de sustracción de menores, contenido en el artículo 225 del Código Penal para el Estado de Chiapas, no es contrario al interés superior de la niñez ni al derecho fundamental a la convivencia familiar. Este tipo penal es una medida necesaria y proporcional dirigida a resguardar a las y los menores de edad involucrados en una controversia familiar, que busca evitar que estos sean afectados por los cambios constantes de residencia habitual y los conflictos entre los padres.

Justificación de los criterios

1. "[E]l derecho de familia también ha previsto una institución paralela o complementaria a la asignación de la guarda y custodia conocida como *régimen de convivencia o derecho de visitas*, mediante la cual **se busca asegurar la continuidad de las relaciones personales entre los menores y el progenitor no custodio, sus abuelos y otros parientes o allegados**. [...] [D]esde el momento en que el núcleo familiar original se disuelve, resulta físicamente imposible que los menores mantengan relaciones personales de forma simultánea con ambos progenitores. Por tanto, es innegable que esta institución goza de una gran trascendencia en el ámbito de crisis intrafamiliares, puesto que se erige como **una medida excepcional tendiente a reactivar la convivencia familiar con el progenitor que no ostenta la titularidad de la guarda y custodia y así asegurar la continuación de las relaciones paterno-filiales con ambos progenitores de forma regular**.

Al momento de implementar el régimen de convivencia a favor del progenitor no custodio, la autoridad judicial debe tener en consideración que se trata de un derecho a favor de los menores, independiente a los intereses o derechos de cualquiera de sus padres. Por tanto, **cualquier decisión judicial que recaiga sobre el derecho de visitas deberá tener como eje rector el principio de interés superior del menor, buscando en todo momento incentivar y preservar la convivencia del grupo familiar**.

En este sentido, se ha considerado que **el ejercicio del derecho de visitas no es absoluto ni está sujeto a la decisión arbitraria de cualquiera de los padres**, sino que atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, el mencionado derecho **podrá estar limitado de forma temporal, espacial e inclusive modal, de tal manera que sea posible asegurar el bienestar y la estabilidad emocional de los menores involucrados**." (Pág. 34, párrs. 1-4). (Énfasis en el original).

"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).

2. "[U]no de los objetivos principales del delito de sustracción de menores regulado por el artículo 225 del Código Penal para el Estado de Chiapas es **evitar el quebranto del régimen de convivencia establecido como resultado de la separación material de los padres a causa de desacuerdos personales.**" (Pág. 37, párr. 3). (Énfasis en el original).

Por lo que "ante la desintegración del núcleo familiar original, la legislación civil contempla la asignación de la guarda y custodia y el establecimiento del derecho de visitas como instituciones que al complementarse crean un régimen jurídico que atiende a las circunstancias particulares del caso y que asegura que los menores no cesen la convivencia con ninguno de sus progenitores, **protegiéndose así el derecho a vivir en familia y a mantener vivas las relaciones paterno-filiales en contextos de crisis intrafamiliar.**" (Pág. 37, párr. 4). (Énfasis en el original).

La Primera Sala encontró que "**la preocupación principal del legislador al crear la disposición impugnada fue la de proteger a los hijos menores edad, pues busca evitar un desarrollo inadecuado de su personalidad generado a raíz de un quebranto unilateral e ilegítimo del régimen de convivencia por parte de uno de los progenitores.**" (Pág. 39, párr. 2). (Énfasis en el original).

"[E]l hecho de que el tipo penal impugnado contenga entre sus hipótesis normativas al familiar que no cuenta con la guarda y custodia por resolución judicial, no sólo no es contrario

al interés superior del menor y al derecho a la convivencia familiar, como lo afirma el recurrente, sino que es un supuesto imprescindible para concretar la protección pretendida. Lo anterior, pues a pesar de que el familiar en cuestión continúa ejerciendo la patria potestad sobre el menor involucrado, se debe recordar que el ejercicio de dicho derecho se encuentra limitado en cuanto a sus facultades personales con miras a proteger el interés superior del menor." (Pág. 39, párr. 3).

En realidad, "el bien jurídico que se pretende proteger es el interés superior de los menores de edad, pues busca disuadir a los progenitores de transgredir por la vía de los hechos una situación jurídica creada *ex professo* para salvaguardar el bienestar del menor, evitando que éstos sufran los perjuicios que acarrearán los cambios constantes de residencia habitual y el ser objeto de la disputa entre los progenitores." (Pág. 40, párr. 1). (Énfasis en el original).

"En consecuencia, con fundamento en los argumentos expuestos con anterioridad, esta Primera Sala considera que el artículo 225 del Código Penal para el Estado de Chiapas no es contrario al interés superior del menor ni al derecho fundamental a la convivencia familiar, sino que, por el contrario, es una medida necesaria y proporcional dirigida a resguardar a los menores involucrados en una controversia familiar." (Pág. 40, párr. 2). (Énfasis en el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 392/2018, 19 de febrero de 2020⁶³ (Corresponsabilidad parental en un régimen de convivencias)

Razones similares en el ADR 6942/2019

Hechos del caso

Luego de un procedimiento de divorcio entre un hombre y una mujer en el estado de Yucatán, un juez familiar otorgó a la madre la guarda y custodia definitiva del hijo de ambos y fijó un régimen supervisado de visitas y convivencias con el padre, que se llevaría a cabo en el Centro de Convivencia Familiar por dos horas cada semana, hasta que el niño cumpliera tres años de edad. En la misma sentencia, el juez decretó una pensión alimenticia definitiva a cargo del padre.

En contra de la decisión de primera instancia, el padre interpuso un recurso de apelación, que la sala de apelación resolvió en el sentido de confirmar la sentencia. En su determinación, la sala consideró que el niño debía permanecer con su madre, en especial, porque en edades tempranas resulta necesaria la presencia de la progenitora y no debe decidirse una separación, salvo en casos excepcionales.

⁶³ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Inconforme, el señor promovió un juicio de amparo directo, en el que argumentó que una convivencia más amplia con su hijo contribuiría al desarrollo integral del bebé y a fortalecer los lazos emocionales entre padre e hijo. El padre también señaló que él no representaba un riesgo para el bebé, por lo que no existía una justificación para que las convivencias fueran supervisadas y que era necesario que el bebé conviviera con sus abuelos paternos. También, reclamó que la decisión violó el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, ya que dio preferencia a la madre por encima del padre y, con ello, limitó su participación en la vida y crianza de su hijo.

El tribunal colegiado negó el amparo por considerar que la fijación del régimen de convivencias supervisadas fue adecuada para el interés superior del niño porque no se negó la posibilidad de ampliar el régimen de convivencias, más bien se supeditó a que el niño cumpliera tres años de edad. El tribunal consideró que para mantener el contacto entre padre e hijo de la forma más amplia, era más benéfico para el bebé un régimen de convivencias de gradual integración, conforme los artículos 355 y 364 del Código de Familia del Estado de Yucatán.

El padre interpuso un recurso de revisión a través del cual, principalmente, insistió que conforme la etapa de crecimiento del bebé, el contacto frecuente con el padre y su familia ampliada le permitiría un desarrollo integral. El señor también argumentó que el tribunal colegiado no se pronunció respecto a la corresponsabilidad parental para que ambos padres participen en la vida y crianza de su hijo.

La Primera Sala de la Suprema Corte conoció del asunto y en suplencia de la queja revocó la sentencia recurrida. La Corte ordenó al tribunal el desahogo de una audiencia para respetar el derecho del niño a expresar su opinión, prescindir de consideraciones estereotipadas y valorar de nueva cuenta el material probatorio y el contexto del conflicto para determinar el régimen de convivencia y emitir una nueva resolución.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Se relaciona la corresponsabilidad parental en el cuidado de niñas, niños y adolescentes con el principio de igualdad entre hombres y mujeres?
2. ¿La determinación de las convivencias con el progenitor no custodio, debe basarse en la presunción de que la madre tiene un rol de cuidadora primaria?
3. ¿Los regímenes de convivencia supervisados son violatorios del derecho de niñas, niños y adolescentes a relacionarse con el progenitor no custodio?
4. ¿Cuándo se justifica la suspensión o limitación del régimen de convivencias entre un progenitor no custodio y su hija o hijo?

Artículo 355 del Código de Familia del Estado de Yucatán.
El derecho de convivencia de las niñas, niños y adolescentes o personas incapaces tiene como finalidad que éstas se relacionen y mantengan contacto en la forma más amplia posible con el progenitor no custodio a fin de favorecer su propio y necesario desarrollo emocional.

Artículo 364 del Código de Familia del Estado de Yucatán.
El juez puede disponer que la convivencia sea supervisada siempre que:
I. Considere que existe peligro para la integridad física o psíquica de la niña, niño o adolescente;
II. Existan antecedentes de violencia familiar contra la niña, niño o adolescente, o
III. Lo considere conveniente atendiendo al interés superior de la niña, niño o adolescente.

Criterios de la Suprema Corte

1. La corresponsabilidad parental en el cuidado de niñas, niños y adolescentes atiende al interés superior de la niñez e implica el reparto equitativo de los derechos y deberes 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. La corresponsabilidad parental está ligada al principio de igualdad entre hombres y mujeres, porque si a ambos progenitores les corresponde por igual, sin distinción de género el ejercicio de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, es necesario reorganizar los roles de hombres y mujeres para crear nuevos compromisos en las tareas cotidianas, tanto en el soporte económico, como en el cuidado y educación de los hijos e hijas.

2. La determinación de las convivencias con el progenitor no custodio, no puede basarse en la presunción de que la madre tiene un rol de cuidadora primaria, porque esa afirmación reproduce estereotipos de género y atribuye al padre un papel secundario en la crianza y educación del menor de edad. Dicha presunción vulnera el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, en relación con el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los progenitores respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial, además repercute negativamente en el derecho del niño a convivir con sus progenitores.

3. Los regímenes de convivencia supervisados implican la modalización del derecho al contacto entre niñas, niños y adolescentes, y sus progenitores, para permitir el mayor contacto posible en condiciones que garanticen el interés superior de la infancia. En este sentido, las medidas no son violatorias del derecho de niñas, niños y adolescentes a relacionarse con el progenitor no custodio, sino que establecen las condiciones que más le favorecen, de acuerdo con el caso concreto.

4. La regla general es una amplia convivencia que garantice el derecho de los progenitores y sus hijos e hijas a relacionarse entre sí. 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, no basta la simple alusión al interés superior del menor de edad 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.

Justificación de los criterios

1. "En cuanto a la vigencia del principio de igualdad entre hombres y mujeres en las relaciones familiares, [...] la tendencia 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. En este sentido, el funcionamiento interno de las familias, en cuanto a distribución de roles entre el padre y la madre, ha evolucionado hacia una mayor participación del padre en la tarea del cuidado de los menores, convirtiéndose en una figura presente que ha asumido la función cuidadora." (Párr. 63).

En este sentido, "[e]l 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.

Cuando los padres viven juntos el cumplimiento de esas responsabilidades se da en el ámbito de sus acuerdos implícitos insertos en la dinámica de la vida familiar. Sin embargo, cuando se separan, por la causa que sea, puede modificarse la forma de ejercer ciertos derechos, deberes o facultades, pero siguen siendo igual y conjuntamente responsables. Tras la ruptura de la relación entre el padre y la madre se origina entonces un *modus vivendi* particular que exige una modalización diversa que atienda a las concretas circunstancias que ahora rigen las relaciones familiares.

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. Se insiste, 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 distinta o bien otros cauces y modos de cumplimiento.

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.**

La corresponsabilidad parental se encuentra indisolublemente ligada al interés superior de la niñez, esto es, a ambos padres les corresponden responsabilidades respecto de sus

hijos, no sólo porque ambos tienen iguales derechos, sino porque así lo demanda el interés superior de la niñez. En este sentido, bajo la premisa de que ambos progenitores les corresponden por igual, sin distinción de género, el ejercicio de los deberes y derechos inherentes a la patria potestad, la finalidad del principio es proteger los derechos e intereses de los hijos, que tienen el derecho a ser cuidados por ambos progenitores. Como consecuencia de este principio se requiere la reorganización de los roles de hombres y mujeres en orden a la creación de nuevos compromisos en las tareas cotidianas, tanto en el soporte económico como en el cuidado y educación de los hijos e hijas." (Párrs. 66-70). (Énfasis en el original).

2. "[E]n la resolución de la sala responsable subyacen estereotipos que vulneran el derecho a la igualdad de los progenitores y que, consecuentemente, inciden en la esfera jurídica del menor de edad al obviar el principio de corresponsabilidad parental: la argumentación de la sentencia de alguna manera perpetúa el rol de cuidadora primaria de la mujer y, además, atribuye al padre un papel secundario en la crianza y educación del menor de edad, con lo que se refuerza la carga estereotipada de 'lo masculino' y 'lo femenino', o bien, lo que corresponde a la madre y no al padre, dejando de lado el reparto equitativo de los derechos y deberes entre los padres respecto de sus hijos, tanto en el plano personal como en el patrimonial.

En efecto, la sentencia reclamada no asume que la distribución de roles entre padres y madres ha evolucionado hacia una mayor participación del padre en la tarea del cuidado de los menores. Es por ello por lo que [...] no [se] 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.

En esa lógica, es la propia autoridad jurisdiccional la que reproduce estereotipos de género al momento de juzgar y con ello refuerza la discriminación estructural hacia la mujer, pues la carga estereotípica le exige u obliga a ser ella la que tenga ciertos roles o cargas injustificadas en las relaciones familiares, sobre todo en torno a las labores de cuidado y de crianza.

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 constatar 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." (Párrs. 71-74).

3. "Cuando el padre y la madre viven juntos [el] derecho-deber [de convivir con los hijos e hijas] se actualiza de manera espontánea según la forma en que organizan su vida familiar. Una vez que se produce la ruptura, este derecho-deber necesariamente precisa de ser modalizado, de manera que se requiere ingeniar la fórmula que mejor se adapte a las nuevas circunstancias, tomando en cuenta los diversos factores que priman: condiciones de residencia, trabajo, disponibilidad de tiempo, medios económicos, la edad de los hijos, etc.

Así pues, con el cese de la convivencia conyugal se produce una disgregación o desdoblamiento del ejercicio de las facultades propias de la patria potestad entre ambos progenitores. [...] [A] ambos progenitores se les reconoce el derecho de relacionarse con sus hijos tras la ruptura de la relación entre el padre y la madre, pero este derecho se actualiza de modos diversos: uno de los progenitores tendrá de manera ordinaria o habitual el contacto o convivencia diaria mediante la guarda y custodia, lo cual implica también el cuidado personal diario de los hijos y, el otro, tendrá un derecho de relacionarse con el menor de edad mediante el establecimiento de un régimen de visitas y convivencias modalizado según las circunstancias del caso.

No obstante lo expresado, no debe entenderse que la modalización implícitamente conlleva una restricción o limitación, como sucede con la convivencia supervisada. Por el contrario, [...] la modalización implica que, al desdoblarse las funciones inherentes a la patria potestad con la ruptura de la pareja, la nueva realidad familiar deba ser regulada, por convenio o por determinación judicial, de modo diverso para hacer efectivo el goce y ejercicio del derecho de los menores de edad a relacionarse con sus padres y de los padres para con los hijos. De ahí que el juez a quien corresponda ya sea sancionar el convenio o determinar la modalidad de este derecho-deber deberá garantizar el mayor contacto posible entre el menor de edad y los progenitores, sin que deba interpretarse que el reparto del tiempo de las convivencias entre el padre y la madre implique una especie de sanción o castigo para uno de ellos." (Párrs. 86-88).

"[L]os menores de edad tienen el derecho a relacionarse con sus progenitores y éstos a su vez lo tienen para con el menor de edad, de manera que, en situaciones en las cuales la guarda y la custodia de un niño o niña recae solamente sobre uno de los progenitores el derecho-deber de relacionarse entre padres e hijos precisa ser modalizado para adaptarse a las nuevas circunstancias, con la finalidad de que sea efectivo el goce y ejercicio

de ese derecho-deber. Así pues, salvo marcadas excepciones la modalización de las convivencias debe propiciar una amplia relación y contacto entre el menor de edad y el progenitor no custodio, siempre conforme a las circunstancias específicas del caso, por lo que sólo por razones excepcionales podría justificarse la suspensión o limitación del régimen de convivencias, cuando así lo aconseje el interés del menor de edad.

En suma, el régimen de convivencia supervisado —que consiste en modalización limitativa del derecho a relacionarse entre progenitores y menores de edad— en sí mismo no constituye una violación al derecho de los niños y niñas a relacionarse con el progenitor no custodio, pues la limitación que se impone tiene su razón de ser en salvaguardar el interés superior del menor." (Párrs. 90 y 91).

4. "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).

4.1.1 Cambio de domicilio del progenitor custodio

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2931/2012, 21 de noviembre de 2012⁶⁴ (Derecho del progenitor custodio a cambiar de residencia por estudios de posgrado)

Razones similares en el ADR 3829/2013 y AR 1084/2016

Hechos del caso

En 2009, en el Distrito Federal, un hombre demandó en la vía familiar la fijación de un régimen de visitas y convivencia con su hija menor de edad, a quién, según señaló, había dejado de ver desde que dejó el domicilio familiar y proporcionaba alimentos mediante consignación judicial. La jueza de primera instancia decretó un régimen de visitas de un día a la semana en un Centro de Convivencia Familiar Supervisada y, luego, en el domicilio de la niña y su madre.

⁶⁴ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz.

El 22 de agosto de 2011, la madre notificó a la jueza el cambio de residencia por dos años de ella y la niña a otra ciudad a partir de la semana siguiente, dado que había obtenido una beca para realizar una maestría en ciencias. La señora también argumentó que su hija necesitaba cambiar de clima, pues tenía hiperreactividad bronquial desde hacía tres años y el clima del lugar en el que se encontraban no favorecía su situación de salud.

Frente a esta situación, la jueza familiar modificó el régimen de visitas y convivencias entre el padre y la niña, para que alternadamente ambos viajaran para encontrarse el tercer fin de semana de cada mes: la primera semana en la ciudad de la madre, la siguiente en la del padre y así sucesivamente. Inconforme, el padre interpuso recurso de apelación.

La sala que conoció de la apelación modificó la resolución de la jueza familiar y ordenó que las visitas se llevaran a cabo tres horas cada fin de semana, en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada, donde hasta ahora se habían realizado. En contra de esta sentencia, la madre presentó una demanda de amparo, en la que señaló que la resolución de la sala familiar vulneraba su derecho a realizar estudios de posgrado para mejorar sus condiciones de vida y las de su hija. El tribunal colegiado que conoció del caso concluyó que, conforme al interés superior de la niñez, prevalecía el derecho de la niña a convivir con su padre, por lo que negó el amparo solicitado.

Finalmente, la madre promovió un recurso de revisión que fue resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte. La Corte puntualizó que el derecho a realizar estudios de posgrado tiene cabida en el derecho fundamental de libertad, protegido en el artículo 1o. Constitucional, sin embargo, frente a la imposibilidad de conciliar el derecho de la madre para hacer estudios de posgrado y el derecho de convivencias de la hija con su padre, debe prevalecer el interés superior de la infancia y protegerse al derecho de la niña a convivir con su padre.

Problema jurídico planteado

¿El derecho del progenitor custodio a decidir y llevar a cabo su plan de vida personal puede restringir el derecho de convivencia del niño, niña o adolescente con el progenitor no custodio?

Criterio de la Suprema Corte

Ante un conflicto entre los derechos de uno de los progenitores y el derecho de convivencias de su hijo o hija con el otro progenitor, la primera solución que debe buscarse es la conciliación de ambos intereses, de manera que ambos puedan ejercerse satisfactoriamente. Inicialmente, quien juzga debe tomar las medidas adecuadas para lograr el ejercicio de ambos derechos, según la distancia y la dificultad de las comunicaciones, la edad y la

salud del niño, la situación económica de las partes, entre otros, donde podría combinarse la convivencia física con la comunicación a distancia por algún medio disponible al efecto, como el teléfono, el correo electrónico, o algún otro.

Sin embargo, cuando por las circunstancias que rodean el caso, la conciliación de intereses no es posible, como regla general la decisión debe inclinarse en favor del derecho del niño. La libertad personal del progenitor que tiene la guarda y custodia para hacer estudios de posgrado en cierto lugar de residencia, distinto al del progenitor no custodio, no debe llegar al grado de afectar o suprimir el derecho de NNA a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores.

Justificación del criterio

La Suprema Corte determinó que "el derecho a realizar estudios de posgrado tiene cabida en el derecho fundamental de libertad, entendido como la libre determinación o desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho a decidir y llevar a cabo el plan de vida de cada persona, sin restricciones arbitrarias, protegido en el artículo 1o. Constitucional. En efecto, los seres humanos, en cuanto tienen capacidad de discernir y tomar decisiones, gozan de libertad para dirigir sus vidas; en la inteligencia de que el ejercicio de esa libertad implica necesariamente el respeto del derecho de los demás y el cumplimiento de los propios deberes u obligaciones." (Párr. 37).

Asimismo, "los menores de edad tienen [el] derecho fundamental de convivencia, de acuerdo con el artículo 9, apartado 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual, los Estados Parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. [...] [P]ara que el ejercicio de ese derecho sea efectivo, resulta necesario que la convivencia sea con cierta regularidad, por ejemplo, en ciertos días de la semana, o del mes, o en ciertos periodos vacacionales, en que el niño sepa que podrá convivir con su progenitor.

Asimismo, aunque las relaciones personales y el contacto directo entre padre e hijo pueden tener lugar por los medios de comunicación disponibles o a los que se pudiera tener fácil acceso, cuando existe distancia entre ellos, por ejemplo, por teléfono, mensajes electrónicos, correo, u otros, es importante tener en cuenta que el niño también necesita el contacto físico con su progenitor para sentirse querido y aceptado, y con esto contribuir a su sano desarrollo.

En ese sentido, el derecho a la realización de los estudios por la madre, que a su vez tiene la guarda y custodia de su hija menor, puede entrar en colisión con el derecho de ésta para convivir con su padre, de quien se encuentra separada, si la realización de los estudios

exige el cambio de residencia a una ciudad lejana de aquella donde reside el padre, porque esta situación puede llegar a dificultar o hasta impedir la convivencia de la niña con éste, según la dificultad que por la distancia pudiera haber en la comunicación entre ambos, para mantener relaciones personales o contacto directo, y ciertamente en esto debe atenderse al desgaste físico y el costo económico que puede implicar el traslado de una a otra ciudad para los dos, y con la frecuencia que resultara necesaria para que el derecho a la convivencia fuera efectivo." (Párrs. 39-42).

"Ante todo, la primera solución que debe buscarse es la conciliación de ambos intereses, de manera que puedan ejercerse satisfactoriamente, de modo efectivo. En ese sentido, el juez debe tomar las medidas adecuadas para lograr el ejercicio de ambos derechos, según la distancia y la dificultad de las comunicaciones, la edad y la salud del niño, la situación económica de las partes, entre otros, donde podría combinarse la convivencia física con la comunicación a distancia por algún medio disponible al efecto, como el teléfono, el correo electrónico, o algún otro.

Sin embargo, cuando por las circunstancias que rodean el caso el juez advierte que la conciliación de intereses no es posible, sea porque los medios para lograr la convivencia son impeditivos, ante el costo físico o económico que las partes no estuvieran en condiciones de asumir, o porque dichos medios no garantizaran un efectivo ejercicio del derecho, o bien, porque se advierta que el derecho de convivencia del menor corre peligro de no ejercerse, como cuando el padre custodio ha mostrado renuencia a permitir las convivencias con el otro progenitor, sin causa justificada; en tales casos puede establecerse, como regla general, que la decisión debe inclinarse en favor del derecho del niño, porque la libertad personal del progenitor que tiene la guarda y custodia, para hacer estudios de posgrado en cierto lugar, no debe llegar al grado de afectar o suprimir los derechos de su hijo. Esto es, la libertad que, en principio, todo padre tiene para hacer sus estudios de posgrado en determinado lugar, encuentra límite en el ejercicio efectivo de los derechos de su hijo menor, cuando exista peligro de que no sean ejercidos, ya que éstos merecen especial protección frente a los de los adultos de su entorno familiar.

En razón de lo anterior, debe [...] prevalecer el derecho de la menor a convivir con su padre, ante las circunstancias particulares del caso según las cuales, no resultaba factible para los padres el traslado continuo de la ciudad de México a la de ***** , por el costo físico y económico que implican, pero sobre todo porque se apreció el peligro de que el derecho de visitas no se ejerciera, ante la conducta mostrada por la madre durante el procedimiento, de no llevar a la niña al Centro de Convivencias supervisada, los días y en la hora establecida; no estar localizable en el domicilio donde se decretaron después; presentar al juez un documento elaborado unilateralmente por ella, donde asienta que en los días y hora fijados para las visitas, la niña no quiso ver a su padre; avisar unos días antes del cambio

de residencia [...], a pesar de que con anterioridad debió realizar trámites para obtener la beca para hacer los estudios de maestría en aquella ciudad, además de tratar de justificar el cambio a ese lugar en la salud de la niña, cuando no había mencionado nada al respecto con anterioridad, y con base en una constancia médica sin valor suficiente. Y asimismo, porque con las pruebas exhibidas, entre ellas, las periciales en psicología, no se probó que la convivencia de la niña con su padre pudiera serle perjudicial." (Párrs. 46-48).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3094/2012, 6 de marzo de 2013⁶⁵ (Notificación del cambio de domicilio del progenitor custodio)

Hechos del caso

El 28 de febrero de 2011, el padre de una niña demandó el establecimiento de un régimen de visitas y convivencias entre él y su hija. Un juez familiar del Distrito Federal, ahora Ciudad de México, conoció del asunto; sin embargo, durante el procedimiento, la madre notificó que había cambiado su domicilio a Metepec, Estado de México, sin que modificara su domicilio para recibir notificaciones.

Seguido el juicio, el juez estableció un régimen de convivencias entre el padre y su hija en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, así como el pago de una pensión alimenticia a favor de la niña, una vez que causara ejecutoria el fallo. La madre apeló la decisión, por lo que una sala familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal confirmó el régimen de convivencias y modificó la sentencia para que la pensión alimenticia surtiera sus efectos inmediatamente y no hasta que causara ejecutoria.

Inconforme, la madre, por su propio derecho y en representación de su hija, promovió un amparo a través del cual reclamó que la sala familiar omitió pronunciarse sobre diversos puntos, entre ellos, la posible afectación de viajar cada semana del Estado de México al Distrito Federal para que la niña acuda a las convivencias señaladas. El tribunal colegiado de conocimiento negó el amparo solicitado por considerar, entre otras cosas, que no se había probado el cambio de domicilio.

Por último, la madre promovió un recurso de revisión que conoció la Primera Sala de la Suprema Corte. La Corte ordenó modificar la sentencia recurrida para que la sala familiar ordenara y desahogara las pruebas tendientes a conocer el domicilio de la niña, se precisara el domicilio en donde se llevaría a cabo la guarda y custodia, y se determinara el lugar para el desarrollo de las visitas y convivencias entre el padre y la niña.

⁶⁵ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Quiénes son titulares del derecho de visitas y convivencias?
2. ¿El progenitor que ejerce la guarda y custodia puede cambiar de domicilio donde vive el menor de edad, sin previo aviso al juez o consentimiento del progenitor no custodio?
3. ¿Puede validarse un régimen de visitas y convivencias sin haberse esclarecido el domicilio del niño, niña o adolescente?

Criterios de la Suprema Corte

1. El derecho de visitas y convivencias es un derecho fundamental de los NNA, mientras que los progenitores tienen un derecho y deber de convivir con sus hijos e hijas.
2. Cuando exista una determinación judicial o convenio donde se decida el domicilio del menor de edad, el progenitor que ejerce la guarda y custodia no puede cambiar el domicilio donde vive el NNA sin previo aviso al juez o consentimiento del padre o madre no custodio. De no existir una determinación judicial o convenio, el progenitor que ejerza la guarda y custodia podrá cambiar de domicilio, siempre y cuando no dificulte excesivamente o impida el derecho de visitas y convivencias entre el progenitor no custodio y los NNA.
3. Antes de establecer un régimen de visitas y convivencias, se debe esclarecer el domicilio del niño, niña o adolescente, pues es un dato de la mayor relevancia para decidir las modalidades de un régimen de visitas y convivencias y para tomar la decisión más benéfica para el menor de edad.

Justificación de los criterios

1. "[E]l derecho de visitas y convivencia es un derecho fundamental de los hijos que viven separados de alguno de sus padres. Evidentemente, este derecho sólo cobra relevancia en los casos en los que los padres no hacen vida en pareja. Por regla general, una de las consecuencias de que éstos vivan separados es que sólo uno de ellos tenga la guarda y custodia de los hijos. En ese escenario es cuando surge el derecho del menor a convivir con el padre no custodio." (Pág. 12, párr. 4).

"[E]l derecho a las visitas y convivencias es un 'derecho-deber'. [...] Por un lado, es incuestionable que los padres que no ejercen o comparten la guarda y custodia tienen derecho de visitas y convivencias con sus hijos menores con fundamento en la patria potestad que ejercen sobre éstos. Pero por otro lado, [...] el derecho de visitas y convivencias es primordialmente un derecho de los menores. En este sentido, el derecho de los menores impone un deber correlativo a cargo precisamente del padre no custodio. Así, desde esta perspectiva, los padres que no tienen ni comparten la guarda y custodia tienen un derecho a

visitar y convivir con sus hijos pero tienen sobre todo el deber de hacerlo porque se los exige el derecho fundamental de los menores. [...]

No obstante, la preponderancia del derecho de los menores sobre el derecho de los padres queda de manifiesto cuando se observa que incluso cuando los padres no tienen ese derecho por haber perdido la patria potestad, ello no implica necesariamente que el hijo tenga que dejar de convivir con el padre." (Pág. 14, párrs. 1 y 2). (Énfasis en el original).

2. "[C]omo regla general los padres custodios no pueden cambiar el domicilio del menor sin la autorización del juez en el supuesto de que exista una determinación judicial donde se haya establecido el domicilio donde se ejercerá la guarda y custodia o cuando hay un acuerdo expreso al respecto entre los padres. En esos casos no podrá cambiarse bajo ninguna circunstancia el domicilio del menor de mutuo propio." (Pág. 16, párr. 2).

"A contrario sensu, puede decirse que el padre que ejerce la guarda y custodia del menor puede cambiar libremente su domicilio y el del menor cuando no exista una decisión judicial o un convenio donde se establezca el domicilio del menor. No obstante, esta posibilidad tiene como limitante que el cambio de domicilio no haga nugatorio o dificulte de manera excesiva el ejercicio del derecho del menor a las visitas y convivencias. Esta situación ocurriría, por ejemplo, si el padre custodio decide cambiar el domicilio del menor a un lugar muy lejano del domicilio del padre no custodio, de tal manera que por razones económicas o de distancia sea prácticamente imposible mantener un contacto frecuente entre padre e hijo.

Esta determinación no sólo se justifica porque el domicilio del menor es un aspecto que incide directamente en el derecho a las visitas y convivencias, sino también porque cuando los padres no custodios conservan la patria potestad tienen derecho a participar en las decisiones que afecten al menor. De tal manera que el padre que tiene la guarda y custodia no puede decidir por sí solo dónde va a vivir el hijo en común, sino que tiene que tomar esa decisión de forma consensuada con el padre no custodio o en su defecto con autorización judicial." (Pág. 17, párrs. 1 y 2).

3. "[E]s indiscutible que el domicilio donde se ejerce la guarda y custodia es un dato de la mayor relevancia para decidir las modalidades de un régimen de visitas y convivencias. En consecuencia, se trata de un elemento imprescindible para poder fijar los términos en los que se debe ejercer este derecho con apego al interés superior del menor.

[...] [Por lo tanto] fue incorrecta la decisión del Tribunal Colegiado de validar el régimen de convivencias sin esclarecer cuál era el domicilio de la menor. En efecto, ante el argumento de la quejosa en el sentido de que vivía en el Estado de México, el Tribunal Colegiado

señaló que no estaba acreditado en autos que la madre tuviera ahí su domicilio, no sólo porque en el escrito donde la madre comunicó a la Sala responsable el cambio de domicilio fue desechado, sino también porque las pruebas que exhibió la quejosa no eran idóneas para acreditar ese extremo. No obstante, [...] desde el punto de vista de la menor resulta un dato trascendental establecer dónde está ubicado su domicilio para poder determinar el régimen de visitas y convivencias que más le convenga y, en esa medida, también sea respetuoso del interés superior del niño." (Pág. 19, párrs. 1 y 2).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3829/2013, 19 de marzo de 2014⁶⁶ (Convivencias con progenitores que han mostrado desinterés en cumplir las convivencias)

Hechos del caso

Una mujer que ejercía la guarda y custodia de su hija, frente a una oportunidad laboral que implicaba que ella y su hija vivieran un año y dos meses en Nueva York, informó la situación al padre no custodio. Al enterarse, el padre acudió a demandar la prohibición y/o abstención de que su hija fuera llevada al extranjero y la fijación de un régimen de visitas y convivencias con la niña.

Al respecto, un juez familiar del Distrito Federal, ahora Ciudad de México, resolvió no otorgar la autorización para que la niña saliera del país por el periodo señalado, decretó un régimen de visitas y convivencias entre padre e hija y ordenó la práctica de terapias psicológicas a los progenitores y a la niña. La madre apeló la resolución, que fue confirmada por la sala familiar.

En consecuencia, la señora promovió un juicio de amparo por su propio derecho y en representación de su hija. Un tribunal colegiado negó el amparo, por considerar que debía privilegiarse el derecho a la convivencia entre padre e hija sobre el derecho al trabajo de la madre. Paralelamente, ante el incumplimiento del padre de llevar a cabo el régimen de visitas y convivencias fijado en primera instancia, el juez familiar determinó que las convivencias quedaban suspendidas hasta en tanto el padre demostrara un interés fundado de convivir con la niña.

Finalmente, la madre promovió un recurso de revisión por considerar, entre otras cosas, que el tribunal de amparo no atendió al interés superior de la niña. La Primera Sala de la Suprema Corte admitió el asunto y otorgó el amparo para conceder el cambio de lugar de residencia donde se ejerce la guarda y custodia por el período de un año y dos meses. La Corte determinó que el tribunal colegiado vulneró injustificadamente los derechos de

⁶⁶ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

la madre y la niña porque no tomó en cuenta las particularidades del caso, especialmente, la conducta del padre que había demostrado desinterés por convivir con su hija.

Problema jurídico planteado

Cuando el progenitor no custodio ha mostrado desinterés en convivir con su hija menor de edad, ¿debe privilegiarse un régimen de convivencias regulares entre dicho progenitor no custodio y su hija o el derecho al trabajo del progenitor custodio, en tanto su ejercicio implica un cambio de residencia?

Criterio de la Suprema Corte

Por regla general debe privilegiarse un régimen de convivencias regulares, en el que los NNA puedan tener contacto físico con sus progenitores, pero tal prevalencia no es absoluta, ya que, por excepción, puede llegarse a otra solución que favorezca en mayor medida los intereses del NNA. Para esto, deben ponderarse las particularidades de los casos que se analizan. Si el progenitor no custodio ha incumplido reiteradamente con su derecho-deber de convivir con su hija menor de edad y los nexos entre padre e hija son escasos, no se encuentra justificado afectar el derecho al trabajo de la madre, frente a un derecho que *de facto* no se ejerce. Además, debe considerarse que puede establecerse un régimen de visitas especial.

Justificación de criterio

En el caso, "el derecho al trabajo de la madre está en colisión con el derecho de la menor de edad a convivir con su padre. Lo anterior en tanto el ejercicio del derecho de la [madre] implica el cambio de residencia a una ciudad lejana de aquella donde reside el padre, y tal situación puede llegar a dificultar la convivencia de la menor con su progenitor. Si bien el derecho del menor a convivir con sus padres adquiere especial relevancia ya que está encaminado a proteger el interés superior de la infancia, **deben ponderarse las particularidades de los casos que se analizan**. Así, aunque por regla general debe **privilegiarse un régimen de convivencias regulares**, en el que los niños puedan tener contacto físico con sus padres, **tal prevalencia no es absoluta, ya que, por excepción, puede llegarse a otra solución que favorezca en mayor medida los intereses del menor**." (Pág. 24, párr. 2). (Énfasis en el original).

Conforme al interés superior de la niñez, "el órgano colegiado resolvió la cuestión que se le planteaba de manera abstracta, y al hacerlo de tal modo, vulneró no sólo el derecho de la madre a ejercer su derecho al trabajo, sino el interés superior de la menor, ya que *no resulta más favorable* para la niña el negarle salir del país." (Pág. 29, párr. 3). (Énfasis en el original).

"En primer lugar [...] es relevante el hecho de que el padre haya incumplido reiteradamente con su derecho, pero también deber, de convivir con su menor hija. [...] [También, destacan] los escasos nexos entre padre e hija, así como la conducta reiterada de incumplimiento de los deberes del padre. Así, aunque por regla general deba privilegiarse el derecho de convivencias, esta Primera Sala considera que no se encuentra justificado el afectar el derecho al trabajo de la madre, frente a un derecho que de facto no se ejerce.

Se advierte asimismo que el Tribunal Colegiado **no consideró que existen otros medios a través de los cuales el padre puede convivir con su hija**. Si bien los medios de comunicación electrónicos no sustituyen el contacto físico, sí pueden ayudar a mitigar los efectos de la distancia. Lo anterior en el contexto que ahora se analiza en el que el padre no ha cumplido con el régimen de visitas establecido.

No obstante, en tanto el derecho de convivencias, es también un derecho de la niña, el órgano judicial debe proteger e intentar que éste se ejercite periódicamente en condiciones que no pongan en riesgo a la menor. Por tanto, debe valorarse la posibilidad de que la madre regrese periódicamente al país para que la niña conviva con su papá; así como que el padre viaje a la ciudad de Nueva York para ejercer su derecho de visitas. Según se desprende de autos, los padres cuentan con los recursos económicos para realizar tal esfuerzo en atención a las necesidades de su hija. Es relevante a su vez, que el cambio de residencia sólo sería por el periodo de un año dos meses, por lo que las dificultades que podrían presentarse para hacer efectivo el derecho de convivencia entre la niña y su padre serían sólo temporales." (Pág. 30, párrs. 1-3). (Énfasis en el original).

Por otra parte, "[t]ampoco se advierte que el cambio temporal de residencia de la menor le genere peligro alguno frente a sus condiciones de desarrollo y madurez psicológica (sic) y afectiva; o que ese hecho pueda considerarse riesgoso para su vida, integridad y contraproducentes para su desarrollo armónico e integral, ya que quedó demostrado que la [madre] proporciona un ambiente familiar saludable para su hija, y que ha sido ella quien ha cuidado a la niña por más de 8 años." (Pág. 31, párr. 2).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 7426/2017, 13 de marzo de 2019⁶⁷ (Cambio de domicilio e interés superior de la niñez)

Hechos del caso

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.

⁶⁷ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

Los hechos 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 los asuntos.

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 derivadas de 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.

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 del 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 le 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 actual 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.

Problema jurídico planteado

¿El cambio de domicilio de un menor de edad junto con uno de sus progenitores a un lugar distinto de donde vive el otro progenitor es contrario al interés superior de los niños, niñas y adolescentes?

Criterio de la Suprema Corte

El cambio de domicilio de un menor de edad junto con uno de sus progenitores a un lugar distinto de donde vive el otro progenitor no afecta el interés superior de los NNA, siempre y cuando se cuente con elementos objetivos de prueba, idóneos y suficientes, que 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.

Aunque el cambio de residencia de un menor de edad puede implicar tener que atravesar por un proceso de adaptación en el nuevo lugar de residencia, enfrentar nuevos ambientes, nuevas rutinas y la convivencia con nuevas personas y puede trascender negativamente en su desarrollo, no es posible admitir como una regla general que basta la presunción ese impacto negativo para sostener que efectivamente en un caso concreto, dicho cambio es perjudicial.

Justificación del criterio

"[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).

"[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).

4.2 Restricciones al régimen de visitas y convivencias

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3799/2014, 25 de febrero de 2015⁶⁸ (Restricciones al régimen de visitas por violencia familiar)⁶⁹

Hechos del caso

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

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

La sala de apelación determinó modificar el régimen de visitas establecido y ordenó que las visitas y convivencias se llevaran a cabo en un centro de convivencia familiar. Además, ordenó que las partes acudieran a terapia psicológica, de cuyo avance dependería la modificación del régimen de visitas y convivencias. La madre de los niños promovió un juicio de amparo en el que señaló que la sentencia de la sala no estaba bien argumentada, además de que el demandado había confesado haber realizado los actos de violencia familiar que ella señaló en la demanda. La señora dijo que, al no impedir las visitas y convivencias de sus hijos con el demandado, la sentencia reclamada no protegía su integridad.

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

⁶⁸ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo.

⁶⁹ Este asunto forma parte del Cuaderno de Jurisprudencia *Violencia familiar*, núm. 7, de la serie Derecho y familia, de esta misma colección.

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

Problema jurídico planteado

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

Criterio de la Suprema Corte

Las visitas y convivencias entre el padre que no ejerce la guarda y custodia y sus hijos e hijas, sólo deben restringirse o suspenderse cuando el interés superior de la niñez así lo manda. Tras analizar el caso concreto, válidamente se puede concluir que el interés superior de la niñez sí autoriza a restringir la convivencia entre un NNA y su progenitor, cuando el menor de edad es objeto de violencia por parte de dicho progenitor. No obstante, como el interés superior del menor también dicta que los menores de edad tienen derecho a ser cuidados y educados por sus padres, así como a mantener relaciones familiares, dicha medida sólo debe tomarse en casos que realmente ameriten esa separación.

Justificación del criterio

"[U]n derecho primordial de los menores, radica en no ser separado de sus padres, a menos que tal separación sea necesaria en el interés superior del niño.

Este derecho se encuentra directamente relacionado con la patria potestad, ya que si bien ésta es una institución que se encomienda a los padres, dicha encomienda es en beneficio de los hijos, ya que está dirigida a la protección, educación y formación integral de mismos, cuyo interés es siempre prevalente en la relación paterno-filial.

Esto es así, porque a través de la institución de la patria potestad, ambos progenitores no sólo tienen el deber de representar legalmente a sus hijos y administrar sus bienes; sino que además, y de manera primordial, se encuentran constreñidos a proporcionarles alimentos, habitación, vestido y educación, brindándoles una protección integral en los diversos ámbitos de su vida, como son el físico, psicológico, moral y social." (Pág. 58, párrs. 2-4).

"Así, aunque para dar cumplimiento a la función que se les encomienda a través de la patria potestad, ambos padres tienen el derecho de corregir a sus hijos, esa corrección debe ser en un ámbito de respeto a la dignidad del menor, de ahí que ese derecho, no

puede utilizarse como estandarte para ejercer actos de violencia sobre los hijos, pues la violencia en cualquiera de sus clases, física, psico-emocional, económica y sexual, no se justifica en ningún caso como una forma de educación o formación hacia el menor.

Esto es así, porque la patria potestad tiene una función tutelar, establecida en beneficio de los hijos, por ello, cuando la conducta de los padres ponga o pueda poner en peligro la integridad o la formación de un menor, cabe privar o suspender a aquellos de la patria potestad, esto de conformidad con lo que establezcan las leyes de la materia." (Pág. 59, párrs. 2 y 3). (Énfasis en el original).

Cuando los progenitores deciden separarse y sólo uno de ellos ejerce la guarda y custodia, "las visitas y convivencias entre el padre que no ejerce la guarda y custodia y sus hijos, sólo debe restringirse o suspenderse cuando el interés superior del menor así lo manda.

En ese orden de ideas, como el interés superior del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, para decidir cuándo deben restringirse o suspenderse las visitas y convivencias entre los hijos y el padre que no ejerce la guarda y custodia, el juzgador debe analizar en cada caso concreto, cuáles son los hechos y circunstancias que rodean a menores en torno a los cuales gira la controversia, a fin de resolver lo conducente." (Pág. 60, párrs. 5 y 6). (Énfasis en el original).

"Atendiendo a lo anterior, válidamente se puede concluir que el interés superior de la infancia sí autoriza a restringir la convivencia entre un menor y su progenitor, cuando el menor es objeto de violencia por parte de dicho progenitor." (Pág. 66, párr. 4).

"No obstante, como el interés superior del menor también dicta que los menores de edad tienen derecho a ser cuidados y educados por sus padres, así como a mantener relaciones familiares, dicha medida sólo debe tomarse en casos que realmente ameriten esa separación.

En efecto, en la citada Observación General número 8 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, se indica que el principio de protección de los niños contra la agresión, incluida la que tiene lugar en la familia, no significa que todos los casos que salgan a la luz de castigo corporal de los niños por sus padres, tengan que traducirse en el enjuiciamiento de los padres, pues atendiendo al principio de *minimis* —la ley no se ocupa de los asuntos triviales— el cual garantiza que las agresiones leves entre los adultos sólo lleguen a los tribunales en circunstancias muy excepcionales, también aplica para las agresiones de menor cuantía a los niños, esto porque además, la situación de dependencia de los niños y la intimidación característica de las relaciones familiares, exigen que las decisiones de enjuiciar a los padres, o de intervenir oficialmente de otra manera

en la familia, deban tomarse con extremo cuidado, pues en la mayoría de los casos no es probable que el enjuiciamiento de los padres redunde en el interés superior de los hijos.

Así, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, opina que el enjuiciamiento y otras intervenciones oficiales (por ejemplo separar al niño o al autor) deberían tener lugar sólo cuando se considere necesario para proteger al niño de algún daño importante y cuando vaya en beneficio del interés del niño afectado, para lo cual debe tenerse en cuenta su opinión en función de su edad y madurez." (Pág. 67, párrs. 1-3). (Énfasis en el original).

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

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 7368/2016, 25 de octubre de 2017⁷⁰ (Restricción de convivencias entre progenitores y sus hijas e hijos con discapacidad)

Hechos del caso

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

⁷⁰ Mayoría de tres votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

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 a pesar de que ella trabajaba.

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 desprendería cuáles son las adaptaciones en el domicilio de los abuelos maternos que beneficiaban al niño.

La Primera Sala de la Suprema Corte revocó la sentencia recurrida, al considerar que en el caso no existían elementos que justificaran la limitación a la convivencia entre padre e hijo de forma frecuente y efectiva. Además, la Sala 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

¿Cuándo se justifica impedir la convivencia filial de un infante por una condición de discapacidad?

Criterio de la Suprema Corte

La convivencia entre progenitores y sus hijas o hijos con discapacidad puede restringirse o limitarse sólo cuando exista un riesgo probable y fundado demostrado con base en pruebas técnicas o científicas y bajo un estándar de prueba claro y convincente, que de mantener la relación filial se generará una situación perjudicial para el NNA, en contravención de su interés superior. Dicha valoración 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 como un sistema de apoyos.

Justificación del criterio

"[L]a Primera Sala 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.

[E]l 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. Especialmente, por que 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.

Por tanto, el operador jurídico 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 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.

Por lo 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. Además de probarse la afectación del menor bajo el estándar antes descrito, también debe acreditarse que dicha situación no deriva de barreras sociales que puedan ser subsanadas a través de medidas alternativas, como por ejemplo el sistema de apoyo para la eficacia de los derechos de las personas con condiciones de discapacidad." (Párrs. 30-33).

"[E]l caso representa un claro ejercicio de impartición de justicia a una persona con doble condición de vulnerabilidad (infancia y discapacidad), y por tanto es necesario garantizar por todos los medios posibles el derecho del infante involucrado a mantener relaciones personales y de trato directo, efectivo y frecuente con su padre y madre en igualdad de circunstancias salvo que el interés superior del menor lo restrinja, y porque sin objeción alguna ésta es la única forma de asegurar la continuación de la convivencia familiar, la cual resulta esencial para el sano desarrollo de cualquier infante, especialmente cuando se advierte que se trata de un infante con una condición de discapacidad de naturaleza psicosocial, en la cual las medidas terapéuticas exigen el reforzamiento de las relaciones sociales primarias, esto es las relaciones filiales con ambos progenitores, cuando ello es posible y factible." (Párr. 35).

"[A]nte el conocimiento de la condición del infante, la decisión a tomar debe tender a que lo más conveniente es que bajo el régimen de convivencia que deba establecerse se fomente una sana relación tanto materna como paterna para afianzar las figuras de apego y con ello la confianza psicoafectiva necesaria para superar los hitos del desarrollo infantil y con ello obtener un mayor grado de autonomía en su vida adulta, lo que a su vez le permitirá el ejercicio de muchos otros derechos fundamentales, decisión que incluso compagina con las pretensiones del modelo constitucional y social de asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, y a la vez previene la influencia desequilibrada en la asistencia de los progenitores para la toma de decisiones del menor involucrado en pleno respeto a su voluntad y preferencias." (Párr. 38).

SCJN, Primera Sala, Contradicción de Tesis 267/2020, 17 de marzo de 2021⁷¹ (Convivencias durante el COVID-19)

Hechos del caso

La Suprema Corte debía resolver una contradicción de tesis para determinar, si en los juicios de amparo es posible otorgar la suspensión de un régimen de convivencias provisional o especial de un menor de edad con el progenitor no custodio, en atención a que las convivencias implican el desplazamiento del menor de edad en el contexto de la pandemia por el virus SARS-CoV-2 causante de la enfermedad COVID-19.

⁷¹ Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández.

Por un lado, un tribunal colegiado consideró que no debía suspenderse la convivencia entre un padre e hijo, porque de las constancias no se apreciaba la posibilidad de que el niño se contagiara si se efectuaba la convivencia. El tribunal señaló que no existían elementos para considerar que el padre no se pudiera hacer cargo del cuidado del menor de edad, incluyendo las recomendaciones de las instituciones de salud y medidas sanitarias.

Por otra parte, otro tribunal colegiado sostuvo que era procedente la suspensión del régimen de convivencias presencial entre un padre y su hijo. En su criterio, el tribunal privilegió el derecho del niño a la vida y a la salud, sobre el derecho de convivir físicamente con su progenitor no custodio, previendo que no saliera de su domicilio, ya que existía un riesgo real de contagio, basado en evidencia científica. Por lo tanto, determinó que la convivencia debía modularse para que se realizara vía remota, a través de dispositivos electrónicos.

La Primera Sala de la Suprema Corte determinó que es posible suspender las convivencias presenciales entre un progenitor no custodio y sus hijos o hijas, y modalizar las convivencias para que se desarrolle únicamente a distancia, mediante el uso de medios electrónicos, como medida de protección reforzada de la vida y la salud física de niñas, niños y adolescentes, atendiendo a las condiciones de emergencia sanitaria por la enfermedad. Sin embargo, esta medida no puede ser generalizada, sólo será admisible cuando el juzgador no cuente con elementos suficientes para determinar cuál es la circunstancia específica en que se encuentra el menor de edad involucrado.

Problema jurídico planteado

En un juicio de amparo, ¿es posible otorgar la suspensión a un régimen de convivencias entre un menor de edad y su progenitor no custodio por una situación de emergencia sanitaria por COVID-19?

Criterio de la Suprema Corte

Cuando se reclama un régimen de convivencia presencial entre un menor de edad y el progenitor no custodio que implica el traslado a otro domicilio, la situación de pandemia por COVID-19, como una situación de emergencia sanitaria, permite otorgar la suspensión de las convivencias para que se realicen únicamente a distancia, por medios electrónicos, siempre que no existan elementos suficientes para conocer la realidad concreta en que vive el menor de edad y las condiciones en que podría desarrollarse la convivencia con la madre o padre no custodio. La pandemia por COVID-19 representa un riesgo probable y fundado, que requiere una modulación temporal en el ejercicio del derecho de convivencia para la protección del derecho a la salud y a la vida de niñas, niños y adolescentes.

De contar con datos probatorios suficientes que permitan conocer con certeza la situación específica en que vive el NNA y las condiciones fácticas en que se desarrollaría la convi-

vencia, los órganos jurisdiccionales deben hacer un examen individual respecto del interés superior de la niñez, empleando su discrecionalidad y prudente arbitrio, para establecer lo que mejor convenga al menor de edad en el caso concreto, asegurándose en cualquier caso de fijar las condiciones que garanticen la protección de la salud física de la niña, niño o adolescente.

Justificación del criterio

"[R]especto de los menores de edad, vale decir que la asunción de responsabilidad sobre el cuidado de su propia salud y la prevención de enfermedades, necesariamente se ha de generar en función de su edad y grado de madurez física y mental, y de la información y formación que reciban de los adultos en los ámbitos familiar, escolar y social al respecto, conforme a su autonomía progresiva; por tanto, a menor edad, requerirán de mayor protección e intervención de quienes ejercen sus cuidados para procurarles el más alto nivel posible de salud y, desde luego, para proteger su vida; y viceversa, en la medida de su crecimiento y evolución de su autonomía, mayor habrá de ser su protagonismo en el cuidado y toma de decisiones sobre su propia salud. Esto, desde luego, sin menoscabo de los deberes de los progenitores y del propio Estado, en la garantía y protección de ese derecho." (Párr. 58).

"El contexto de la pandemia y sus implicaciones respecto del derecho a la salud física, [...] y la información oficial proporcionada por las instituciones y organismos de salud, conmina a tener en cuenta que [COVID-19] se trata de una enfermedad fácilmente transmisible, con la sola cercanía entre las personas; y el elevado número de casos confirmados de contagios que oficialmente se reportan en México, y su reconocimiento como *una situación excepcional de salud pública*, exige reconocer *la mayor entidad* del derecho de los menores a la protección de su salud física (y en lo que pudiere impactar dicha enfermedad su salud psicoemocional) y de su vida, frente a su derecho de convivencia física con los progenitores no custodios.

Ello, de manera que se pueda tener como premisa general, para los efectos de la medida suspensiva, que el interés superior de los menores de edad como grupo, *en este momento está en la necesidad de proteger con mayor intensidad su salud y su vida frente a la enfermedad*, y que la excepcionalidad de las circunstancias fácticas generadas por la pandemia permiten, **en el marco de una medida cautelar como la suspensión**, estimar ese interés superior en una forma generalizada y abstracta.

En el entendido de que al asumir esa premisa general no se pasa por alto que, el derecho de convivencia de los menores de edad con la madre o padre no custodio también resulta relevante en la salud psicoemocional de éstos, pues como se ha precisado, hacer prevalecer y estrechar el vínculo familiar mediante la convivencia con dicho progenitor es necesario para su sano desarrollo.

Sin embargo, en una necesaria ponderación resulta primordial la protección de la salud física ante una enfermedad de riesgo epidémico, aunque sin sacrificar propiamente el derecho de convivencia de los menores, pues no se trata de una privación absoluta, sino de una *modulación temporal* en su ejercicio, consistente en que la suspensión del acto reclamado se otorgue, pero con efecto de modalizar las convivencias para que se efectúen por medios electrónicos, a fin de armonizarlas con la protección de la salud física y de la vida del menor, *privilegiando la observancia de las medidas de distanciamiento físico y de resguardo domiciliario provisionales* a las que exhortan las autoridades públicas e instituciones en materia de salud; esto, hasta en tanto se determina de manera definitiva lo que conforme a derecho corresponda en el juicio de amparo.

El otorgamiento de la suspensión con esos efectos se constata como viable, porque superaría un ejercicio de ponderación sobre **la apariencia del buen derecho**, entendido este criterio como *un juicio de probabilidad o verosimilitud de la existencia del derecho que se estimaría vulnerado en estos casos* —el derecho a la protección de la salud física y, por ende, a la vida, de los menores de edad—.

Así se considera, porque en el contexto de la pandemia por COVID-19, es posible sostener [...] como una premisa general y en abstracto, que el acto reclamado consistente en la decisión judicial que autoriza una convivencia presencial y libre de un menor de edad con su progenitor no custodio, que implicará trasladarlo de su domicilio en determinados días para incorporarlo a otro ambiente distinto a su hogar habitual y al contacto con otras personas, *implica exponerlo a un riesgo real de contagio*, en detrimento de la protección de su salud física, pues [...] la información existente, difundida por las instituciones y organismos de salud, la enfermedad referida es fácilmente transmisible con la cercanía y/o el contacto físico con personas contagiadas (inclusive personas que no presenten síntomas), y en México, conforme a la información oficial, existe un elevado número de personas que han adquirido el virus, confirmado esto con pruebas clínicas, sin dejar de admitir que probablemente existirán muchas personas que estando contagiadas no formen parte de los datos estadísticos ante la ausencia de prueba clínica; de manera que *la posibilidad de contagio es latente y se incrementa con la exposición de las personas al contacto con otras*, lo que autoriza a considerar que el riesgo de contagio no es imaginario o improbable, sino *probable y fundado* en la referida información de carácter científico proveniente de los organismos de salud.

Asimismo, la valoración del diverso elemento relativo a que **no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público**, favorecería el otorgamiento de la medida de suspensión del acto reclamado con los efectos indicados de modulación de la convivencia, porque la Ley de Amparo expresamente prevé que se estimará presente el perjuicio al interés social o la contravención a disposiciones de orden público, cuando con

la suspensión se afecten intereses de menores o se les pueda causar trastorno emocional o psíquico; y en el caso examinado, a *contrario sensu*, la medida suspensiva tendría por objeto precisamente evitar que se puedan afectar intereses de menores o se les pueda causar una afectación *en su derecho a gozar del más alto nivel posible de salud y con ello, a la protección de su vida*, el cual implica procurar su bienestar físico, mental y social." (Párrs. 107-113). (Énfasis en el original).

"[E]s un deber de los progenitores procurar y cumplir con lo que les es exigido para satisfacer el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes y buscar su mayor bienestar en forma integral, poniendo los intereses de los menores por encima de los suyos; los padres deben ser capaces de conducirse con madurez para conciliar y encontrar alternativas justas, inmediatas y apropiadas a sus circunstancias, que favorezcan el mejor desarrollo de sus hijas e hijos, particularmente en la situación de pandemia que vivimos." (Párr. 118).

No obstante, "la modalización de la convivencia para que se realice por medios electrónicos y no de manera presencial física, como efecto de la suspensión del acto reclamado, puede establecerse como medida de protección reforzada de los menores de edad, en forma preventiva, cuando en el incidente de suspensión, en el momento en que se provee a la medida, el juzgador de amparo no advierta de las constancias y prueba aportada por las partes, elementos suficientes que le informen sobre cuál es la realidad concreta en que vive el menor y las condiciones en que podría desarrollarse la convivencia con la madre o padre no custodio, de manera que se imponga hacer prevalecer una ponderación sobre el interés superior del menor en abstracto, para privilegiar los efectos de la medida que respondan a una mayor prevención frente al riesgo de contagio de la enfermedad en el contexto de la pandemia, ante la insuficiencia de prueba en el incidente que permita individualizar dicho interés superior respecto del menor involucrado o cuando la prueba que se tenga no conduzca a una conclusión distinta.

Pero de estarse en el caso de contar con datos probatorios suficientes que permitan conocer con certeza la situación específica en que vive el menor y las condiciones fácticas en que se desarrollaría la convivencia, los jueces y tribunales de amparo deben realizar libremente su labor jurisdiccional para hacer un examen individual respecto del interés superior del menor, empleando su discrecionalidad y prudente arbitrio, para establecer lo que mejor convenga al menor de edad en el caso concreto, es decir, pudiendo adoptar ya sea el criterio de otorgar la medida con la modulación de la convivencia presencial para que se realice a distancia por medios electrónicos, establecer cualquier otra forma de modalización, o inclusive negar la suspensión, asegurándose en cualquier caso de fijar las condiciones que garanticen la protección de la salud física de la niña, niño o adolescente." (Párrs. 124 y 125).

4.3 Convivencias entre niñas, niños y adolescentes y su familia ampliada

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4075/2016, 15 de marzo de 2017⁷² (Contacto de NNA con su familia en el extranjero)

Hechos del caso

En el estado de Aguascalientes una madre demandó del padre de sus dos hijas una autorización para que las niñas obtuvieran un pasaporte y pudieran visitar a su familia materna en los Estados Unidos. El padre negó la autorización, por lo que el 12 de mayo de 2015 el juez del conocimiento suplió el consentimiento del padre y permitió la expedición de los pasaportes para que las niñas salieran del país en compañía de la madre, durante el 50% de los periodos vacacionales de un año. El padre apeló la decisión, pero la sala civil confirmó la sentencia de primera instancia.

En contra de la sentencia de apelación, el padre promovió un juicio de amparo a través del cual argumentó que la visita al extranjero resultaba un "capricho" del tío materno de sus hijas y que no atendía al interés superior de las niñas. El progenitor señaló que era necesario que se hicieran pruebas para identificar si las menores de edad tenían miedo a viajar en avión y que no se permitió que las niñas opinaran respecto al viaje. El tribunal colegiado escuchó la opinión de las niñas y negó el amparo. A su juicio, del análisis de las pruebas aportadas, la visita al extranjero no representaba un riesgo para las menores de edad, más bien atendía a su derecho al sano esparcimiento para su desarrollo integral en la faceta de formación cultural.

El padre interpuso un recurso de revisión por considerar que el tribunal colegiado hizo una incorrecta interpretación del interés superior de la infancia, ya que se favoreció el derecho del tío materno a ser visitado y reclamó que el derecho de las menores de edad a viajar al extranjero, para mantener contacto con sus progenitores, no aplica a la familia ampliada.

El asunto fue admitido por la Suprema Corte, cuya Primera Sala suplió la deficiencia de la queja y revocó la sentencia recurrida, para que el tribunal colegiado determinara si en el caso puede, o no, existir sospecha fundada de que la visita sea utilizada con fines de una sustracción internacional y si debe exigirse una garantía de que las niñas serán regresadas en la fecha que se acuerde. Además, se indicó que la madre debe señalar las fechas en que las niñas saldrán y volverán al país, el lugar y domicilio donde pernoctarán, así como los posibles lugares que visitarán. Por último, la Corte determinó que la autoridad deberá ordenar que las niñas sostengan comunicación diaria con su padre.

⁷² Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

Problema jurídico planteado

¿El derecho de niñas, niños y adolescentes a no ser separados de sus progenitores impide que puedan visitar a su familia ampliada en el extranjero?

Criterio de la Suprema Corte

El derecho de niñas, niños y adolescentes a no ser separados de sus progenitores no impide que puedan visitar a su familia ampliada en el extranjero, porque existe la presunción de que esa visita fortalecerá su identidad y los lazos familiares entre las personas menores de edad y la familia ampliada a quien se pretende visitar. No obstante, la autorización de visita al extranjero se deberá acompañar de medidas para evitar una sustracción internacional. Sólo se negará la solicitud de visita cuando se demuestre fehacientemente que ésta perjudicaría al niño, niña o adolescente.

Justificación del criterio

El derecho de niñas, niños y adolescentes a no ser separados de sus padres "no sólo permite que los padres en ejercicio de la patria potestad que les incumbe contribuyan a la protección, educación y formación integral de sus hijos, sino que además, permite que se formen relaciones estrechas entre padres e hijos, lo cual no sólo propicia relaciones paterno y materno filiales adecuadas, sino que además, debido a la formación evolutiva del menor, esa relación necesariamente influye en la personalidad e identidad que en el futuro asumirá el menor.

No obstante, en esta formación no sólo es importante la interacción que el menor tenga con sus padres, sino que además, resulta trascendente la interacción que éste tiene con el resto de los integrantes de su familia, incluida la ampliada en ambas líneas, es decir, la paterna y la materna, ya que ello no sólo contribuye a su formación, sino que además le permite identificarse como parte de un determinado grupo familiar.

Por ello, en el desarrollo y formación de un menor, no sólo es importante que éste conviva estrechamente con sus padres, sino que además, también son importantes las relaciones que mantenga con el resto de su grupo familiar, incluido el ampliado en ambas líneas, es decir, tanto el paterno como el materno." (Pág. 39, párrs. 1-3).

En este sentido, "cuando un progenitor demanda en la vía judicial al otro progenitor la autorización para que un hijo menor pueda trasladarse a otro Estado a visitar a algún miembro de la familia ampliada, el juzgador debe acceder a dicha petición, pues existe la presunción de que esa visita no sólo fomentará los lazos familiares entre el menor y la

familia ampliada a quien se pretende visitar, sino que fortalecerá su identidad familiar." (Pág. 40, párr. 5).

"Además, existe la presunción humana de que el visitar un Estado diverso en plan de paseo, no sólo puede contribuir al descanso y esparcimiento del menor, sino que de alguna forma puede contribuir a su formación cultural, en tanto que el viajar a otro país, no sólo le permitirá conocer otra civilización, idioma y cultura, sino que además, necesariamente fomentará en él un espíritu de comprensión y amistad hacia otras culturas.

En consecuencia, el juzgador no puede negar dicha solicitud, a menos que se demuestre de manera fehaciente que el acceder a esa solicitud, lejos de beneficiar el interés superior del menor le perjudicará.

En ese orden de ideas, aunque no pasa inadvertido que el artículo 3, apartado 2 de la Convención sobre Derechos del Niño, ordena tener en cuenta los derechos y deberes de los padres; y en esa medida, los padres también tienen derecho a que el hijo menor no sea separado de su lado, se debe tener en cuenta que si bien el acceder a una solicitud de ese tipo, puede implicar una separación entre el progenitor demandado y el menor, lo cierto es que esa separación sólo es temporal y existe la presunción de que es en beneficio del menor, en tanto que [...] se presume que una solicitud de ese tipo, es acorde al interés superior del menor, en tanto que no sólo puede contribuir al fortalecimiento de los lazos familiares y su identidad familiar, sino que además, contribuyen a su descanso, esparcimiento y formación cultural.

No obstante, como una autorización de ese tipo, puede dar pauta a la sustracción internacional de un menor, es importante que el juzgador, al momento de dar la autorización correspondiente, exija que quien solicita la autorización, señale la fecha en que el menor saldrá del país y la fecha en que éste debe regresar, indicando el lugar y domicilio exacto en que pernoctará el menor durante su estancia en otro País, así como los posibles lugares que visitará; y aprovechando el avance tecnológico existente, también deberá ordenar que el menor sostenga comunicación diaria con el progenitor de quien se solicita la autorización, exigiendo además, alguna garantía de que el menor será regresado al País en la fecha indicada cuando exista sospecha fundada de que la autorización en cuestión pudiera ser utilizada para que el menor sea objeto de una sustracción internacional. Verbigracia cuando el progenitor que solicita la autorización ha manifestado su deseo de radicar en ese país, y no cuenta con un trabajo estable en el nuestro." (Pág. 41, párrs. 2-5). (Énfasis en el original).

Hechos del caso

De los hechos ocurridos en el Amparo Directo 32/2016 (relatados en el subcapítulo 1.3 de este cuaderno de jurisprudencia), la Primera Sala de la Suprema Corte ordenó el establecimiento de un régimen de convivencias entre la niña involucrada y sus abuelos maternos. En cumplimiento de la sentencia, el juez civil determinó que las convivencias serían dos veces a la semana por las tardes y un fin de semana cada mes, así como otras consideraciones para días festivos.

Los tíos paternos, ahora padres adoptivos de la niña, apelaron la decisión del juez civil. El 12 de enero de 2018, la sala de apelación consideró que las convivencias debían restringirse a un día a la semana por las tardes y un sábado de cada mes por las mañanas para llevarse a cabo en el domicilio donde habitaba la niña con sus tíos, como se había hecho hasta la sentencia de primera instancia.

En contra de la decisión de segunda instancia, los abuelos maternos promovieron un juicio de amparo directo porque el régimen de convivencias no fue amplio ni suficiente como lo ordenó el Amparo Directo 32/2016. Los abuelos maternos consideraron que la decisión atentó en contra del interés superior de la niña, por menoscabar los lazos familiares con su familia materna.

El tribunal colegiado de conocimiento negó el amparo porque a su juicio el número de días y horas del régimen no reducen el afecto, comprensión y amor entre los abuelos maternos y la niña. Además, el tribunal consideró que un régimen más amplio irrumpiría el entorno familiar de la niña con sus nuevos padres.

Los abuelos maternos interpusieron un recurso de revisión porque la decisión privilegió la relación familiar de la niña y sus nuevos padres sobre la que tiene con ellos. El asunto fue admitido por la Suprema Corte, que a través de su Primera Sala suplió la deficiencia de la queja y revocó la sentencia recurrida. La Corte resolvió que los términos para modalizar el régimen de convivencias entre los abuelos y la menor de edad no fueron adecuados. A su juicio, se limitó la relación con los abuelos sin buscar el cumplimiento de los fines de la convivencia y no se tomó en cuenta el especial énfasis de protección que exigían las circunstancias del caso.

⁷³ Unanimidad de cinco votos. Ponente: Ministra Ana Margarita Ríos Farjat.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿La convivencia entre menores de edad y su familia ampliada es un derecho fundamental?
2. En contextos de separación, ausencia o muerte de los progenitores, ¿cómo se articula el derecho fundamental de niños, niñas y adolescentes a la convivencia con su familia ampliada?
3. ¿El establecimiento de un régimen de convivencias entre un menor de edad y su familia ampliada, por sí mismo, obstaculiza la vida familiar del niño, niña o adolescente con su núcleo primario?
4. En contextos de separación, ausencia o muerte de los progenitores, ¿qué criterios deben tomarse en cuenta para la determinación de convivencias entre las y los menores de edad y sus abuelos o abuelas?

Criterios de la Suprema Corte

1. La convivencia entre menores de edad y su familia ampliada es parte del derecho fundamental de niñas, niños y adolescentes a la vida familiar y a relacionarse con sus parientes. Por regla general, dicha convivencia resulta un factor positivo que coadyuva a la formación de su identidad, al desarrollo de su personalidad y a su bienestar psicoemocional, salvo prueba fehaciente en contrario.
2. En contextos de separación, ausencia o muerte de los progenitores, la importancia de la convivencia con la familia ampliada se acentúa y puede exigir incluso una mayor necesidad de protección porque, si no se procura mantener y fortalecer las relaciones familiares, aumenta la posibilidad de que éstas se debiliten y desaparezcan con posible afectación al niño, niña o adolescente, quien verá reducido o destruido su vínculo con una parte de su grupo familiar. Por lo tanto, es obligación del Estado proteger el derecho de los menores de edad de convivir con sus respectivos abuelos y familia ampliada, en la medida que resulte acorde con su interés superior y atienda a las circunstancias del caso concreto.
3. El establecimiento de un régimen de convivencias entre un menor de edad y su familia ampliada, por sí mismo, no obstaculiza la vida familiar del niño, niña o adolescente con su núcleo primario, porque su fin es el favorecimiento del desarrollo sano de las y los menores de edad. La existencia de efectos negativos que pudieren resultar de las convivencias con la familia ampliada resulta contingente y no inherente al contenido, naturaleza y propósito de la convivencia como derecho fundamental de niñas, niños y adolescentes. Si se demuestran estas convivencias negativas en el ejercicio del régimen de convivencia, estas podrán derivar en la limitación, suspensión o privación de las convivencias en protección del interés superior de la infancia.

4. En contextos de separación, ausencia o muerte de los progenitores, los criterios que deben tomarse en cuenta para la determinación de convivencias entre menores de edad y sus abuelos o abuelas son iguales a los criterios de convivencia en los casos de progenitores no custodios, haciendo los cambios necesarios. Entre ellos debe incluirse la posibilidad del contacto físico con relativa frecuencia, pernoctar ocasionalmente en el domicilio de los abuelos si la edad del niño o niña es apropiada y no existieren circunstancias que notoriamente justifiquen no hacerlo, que el menor de edad pueda tener comunicación con los abuelos por medios electrónicos, en los tiempos en que no está programado el contacto físico, en la medida en que ello no interrumpa o distraiga al niño o niña de sus rutinas cotidianas y la posibilidad de que el menor de edad pueda compartir momentos con los abuelos en fechas significativas.

Justificación de los criterios

1. "[E]s ineludible la obligación del Estado de proteger a la familia como el principal medio de cuidado y protección de los menores, bajo la consideración esencial de que éste es el espacio fundamental para su desarrollo integral. Y en ese sentido, es factible sostener que la convivencia de los menores con sus progenitores o tutores y en general con todos los miembros de su familia ampliada, pero *particularmente con los abuelos*, es un ejercicio importante que contribuye a ese sano desarrollo integral, pues estos ascendientes, por lo general, se entienden parte del círculo familiar *más cercano* con el que los menores suelen mantener un contacto frecuente y estrechar lazos afectivos que les permiten identificarse y desarrollar su pertenencia a determinado grupo familiar." (Párr. 44). (Énfasis en el original).

"[S]i bien es cierto que el derecho fundamental de los menores a la convivencia, por regla general o en forma más común, se prioriza necesariamente en relación con el contacto regular *con sus progenitores* en contextos de separación de éstos, particularmente para asegurar que el menor tenga convivencia con el padre o madre que no ejerce su guarda y custodia, **ese derecho también implica el contacto directo del menor con sus abuelos** y demás familia extendida, pues esto último es parte de su derecho *a vivir en familia y a mantener relaciones con el grupo familiar al que pertenece*, dado que la creación de vínculos afectivos con la familia extendida contribuye a su mejor desarrollo psicoemocional, y a la formación de su personalidad e identidad.

Ahora, la convivencia de los menores con abuelos y demás familia extendida cuando la hay, tratándose de los ascendientes del progenitor que ejerce la guarda y custodia, por regla general no encuentra obstáculo para su desarrollo, pues estos tienen el acceso para relacionarse con el menor en las condiciones en que se realiza la guarda y custodia y su dinámica. De igual modo, tratándose de los abuelos y familia extendida por parte del progenitor no custodio, su acceso a la convivencia con el menor, ordinariamente sucede

en los momentos y espacios en que el niño o niña convive con el padre o madre no custodio, que desde luego, inevitablemente podría verse un tanto más limitada, en tanto depende de la modalización establecida para la convivencia con dicho progenitor." (Párrs. 64 y 65). (Énfasis en el original).

2. "Si bien no parece ser muy común el reclamo judicial de convivencia del menor con los abuelos en contextos de separación de los padres, se reitera, por las formas en que ordinariamente se busca el contacto y se preservan las relaciones con las respectivas familias de los progenitores a través de las dinámicas de la guarda y custodia y la convivencia con éstos, que además [...] son generalmente las más apropiadas por sus efectos integradores; lo cierto es que [...] cuando se está en la situación de resolver un reclamo de convivencia entre el menor y los abuelos y con ello alguna otra familia ampliada, ha de tomarse en cuenta que dicha convivencia es parte del derecho fundamental del menor a la vida familiar y a relacionarse con sus parientes, porque ello, se insiste, por regla general, resulta un factor positivo que coadyuva a la formación de su identidad, al desarrollo de su personalidad, y a su bienestar psicoemocional, salvo prueba fehaciente en contrario.

Sin dejar de advertir que, la importancia de la convivencia con los abuelos y familia ampliada, se acentúa y puede exigir incluso una mayor necesidad de protección, cuando se está en supuestos fácticos en los que el padre o madre respectivo no está presente, ya sea por circunstancias excepcionales de distancia, por reclusión, o cualquier otra que implique una imposibilidad o por lo menos una mayor dificultad de contacto físico, o bien, *ante el fallecimiento*; dado que en estas condiciones, si no se procura mantener y fortalecer las relaciones del menor con los ascendientes y demás familia de ese progenitor ausente, impedido o fallecido, o dichas relaciones se problematizan, se torna más factible que éstas se debiliten y desaparezcan con posible afectación al menor, quien verá reducido o destruido su vínculo con una parte de su grupo familiar.

De manera que en situaciones de separación de los padres, o en contextos de ausencia o muerte de alguno de ellos o de ambos, no sólo es posible sino que es exigible que el Estado proteja el derecho de los menores de edad de convivir con sus respectivos abuelos y familia ampliada, *en la medida que resulte acorde al interés superior del menor en las circunstancias del caso concreto*, **pues el hecho de que evidentemente sea el contacto y mantenimiento de relaciones personales con los progenitores el que exija una protección y garantía de mayor intensidad para su ejercicio, ello no excluye la protección y garantía de las relaciones con los abuelos y familia extendida, cuando es posible.**" (Párrs. 66- 68). (Énfasis en el original).

3. "[E]l ejercicio de la convivencia de los menores con sus abuelos y familia extendida, *per se*, no debe ser visto bajo una concepción *negativa, ni disociada* de la vida del menor

en el seno de la familia del progenitor que ejerce la guarda y custodia o de la familia en que se encuentre inserto como núcleo primario; la convivencia del menor con los abuelos y familia extendida por ambas líneas, en cualquier contexto, pero sobre todo en el de separación de los progenitores o de ausencia, imposibilidad o fallecimiento de alguno de ellos, necesariamente tiene como parte de su definición y contenido una vocación y un propósito **integradores**, y **es parte de la vida familiar del menor** con un presumible efecto positivo en su sano desarrollo.

Por ende, al conceptualizar la convivencia con los abuelos y familia ampliada, no puede partirse de la idea negativa de que con ella, *se irrumpe, se impide o se obstaculiza* la vida familiar del menor con su núcleo primario, entendiendo a éste como aquél bajo cuya guarda y custodia se encuentra, o que con la convivencia se produzcan efectos de *separación, desconexión o desintegración* del menor de ese núcleo o de afectación a los vínculos afectivos y de apego que éste tenga en ese entorno visto como su 'realidad social' [...].

Lo cierto es que el derecho fundamental de convivencia, por definición, tiene fines positivos para el favorecimiento del sano desarrollo de los menores, atenuando los efectos de la separación de los progenitores o de la ausencia, imposibilidad o fallecimiento de alguno de ellos, y buscando **integrar** su realidad preservando sus relaciones familiares más significativas, pues su realidad sin duda es que su contexto familiar lo forman no solo el núcleo en que se encuentra inserto por virtud de la guarda y custodia, sino también la otra parte de su familia que no lo tiene directamente bajo su cuidado, siendo estos contextos una realidad única para él, que, se insiste, la convivencia busca armonizar.

Desde luego lo anterior no significa que en un determinado régimen de convivencia que se establezca entre el menor de edad y sus abuelos por la línea del progenitor que no ejerce la custodia, *en el desarrollo de la convivencia* se puedan presentar efectos negativos para el interés superior del menor, derivado de conductas específicas de los abuelos o familia extendida, encaminadas a afectar o debilitar los lazos afectivos del menor con la otra parte de su familia (con el progenitor que ejerce la guarda y custodia o los parientes por la línea de éste), por ejemplo, ante conductas que impliquen algún tipo de injerencias indebidas, manipulación, predisposición, o inclusive alienación parental del menor, en detrimento de sus relaciones con dicho progenitor custodio o la familia por parte de éste.

Sin embargo, estas circunstancias contingentes, *no son inherentes al contenido, naturaleza y propósito de la convivencia* como derecho fundamental del menor; sino que, en su caso, son circunstancias excepcionales que, de demostrarse *cuando ya se esté ejerciendo un régimen de convivencia*, podrán incidir en la limitación, suspensión o privación de la misma, en protección del interés superior del niño." (Párrs. 70-74). (Énfasis en el original).

4. "[L]a convivencia con los abuelos y familia ampliada, igual que la convivencia con los progenitores no custodios, *mutatis mutandis*, [...] se orienta por los mismos criterios de decisión; en forma enunciativa, se ha de tener en cuenta que:

- (i) Debe prevalecer el derecho de los menores a la convivencia con los abuelos, al margen de que el progenitor respectivo hubiere perdido la patria potestad, si la causa de esto último no trasciende a la relación con los abuelos y es conforme con el interés superior del menor;
- (ii) Debe protegerse y garantizarse el derecho de los menores a la convivencia con los abuelos respectivos, cuando alguno de sus progenitores se encuentra ausente y/o materialmente impedido o imposibilitado para tener contacto físico con él, o bien cuando haya fallecido.
- (iii) La convivencia con los abuelos en estos casos en que el correspondiente progenitor no está presente, debe establecerse con *la mayor regularidad* posible para propiciar su efectividad en el fortalecimiento de los lazos afectivos, pues la regularidad es un factor relevante para ese fin, en la medida en que los menores requieren la constancia en el contacto personal para crear ese tipo de vínculos.
- (iv) Pueden emplearse para la convivencia, además del contacto físico, cualquier medio que sea apropiado al caso, cuando ésta se dificulta por razones de distancia o cuando se deba cuidar no distraer al menor de sus rutinas cotidianas (teléfono, correo y en general medios electrónicos);
- (v) La temporalidad, espacio y demás modalizaciones que se establezcan para la convivencia, deben responder al bienestar del menor;
- (vi) La negativa del menor a la convivencia con los abuelos, en su caso, debe ser cuidadosamente examinada y ponderada conforme a los criterios de escucha de los menores en los asuntos que les conciernen, inclusive, sus causas deben ser indagadas y recabado el material probatorio necesario; para que la decisión al respecto sea absolutamente acorde a su interés superior, sin injerencias extrañas o que jueguen en contra del mayor beneficio de aquél, dados los deberes de protección reforzada que exige ese derecho fundamental.

[U]na convivencia **regular** con los abuelos (y con ello, con la familia extendida) en el contexto especial de fallecimiento del progenitor biológico de que se trate, *que resulte amplia y suficiente*, para cumplir efectivamente el propósito de crear, fortalecer y estrechar lazos afectivos entre el menor de edad y sus abuelos, en coadyuvancia a su sano desarrollo, identidad y personalidad, ha de incluir la posibilidad *del contacto físico con relativa frecuencia*; la posibilidad de *poder pernoctar ocasionalmente en el domicilio de los abuelos* si la edad

del menor es apropiada y no existieren circunstancias excepcionales o impeditivas que notoriamente justifiquen no hacerlo; la posibilidad de que el menor *pueda tener comunicación con los abuelos por medios electrónicos*, en los tiempos en que no está programado el contacto físico, en la medida en que ello no interrumpa o distraiga al menor de sus rutinas cotidianas (pues ello no implica que el menor disponga en todo tiempo para ese fin de dichos medios o que los abuelos puedan comunicarse a cualquier hora y sin reglas determinadas con él, sino simplemente que esas comunicaciones se puedan concertar por parte de los abuelos, para tener lugar en momentos apropiados, con auxilio de quienes ejercen el cuidado del menor); y debe incluir también la posibilidad de que el menor de edad *pueda compartir momentos con los abuelos en fechas significativas*." (Párrs. 77 y 78). (Énfasis en el original).

4.4 Opinión de niñas, niños y adolescentes en la convivencia con sus progenitores

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1674/2014, 15 de mayo de 2015⁷⁴ (Negativa de adolescentes a convivir con progenitor no custodio)

Hechos del caso

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, 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 brindarles 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

⁷⁴ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

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 relación con 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

¿Un adolescente tiene derecho a decidir si quiere ejercer su derecho de visitas y convivencias con su progenitor no custodio, cuando éste ha perdido la patria potestad?

Criterio de la Suprema Corte

Para determinar si un adolescente puede decidir ejercer o no su derecho de visitas y convivencias con su progenitor no custodio, cuando éste ha perdido la patria potestad, deben ponderarse las características propias del menor de edad (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), para verificar que la autonomía del adolescente no restringe sus derechos. Lo anterior, en atención a la evolución en la autonomía de los menores de edad que responde al desarrollo en su capacidad de madurez para ejercer sus derechos y tomar decisiones.

Justificación del criterio

La "*evolución de autonomía de los menores* se ha descrito como 'nuevo principio de interpretación del derecho internacional, según el cual, **a medida que los niños van adquiriendo competencias cada vez mayores, se reduce su necesidad de orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades respecto a las decisiones que afectan su vida.**' (Pág. 26, párr. 3). (Énfasis en el original).

"[E]n la medida en la cual se desarrolla la capacidad de madurez del niño para ejercer sus derechos con autonomía, disminuye el derecho de los padres a tomar decisiones por él. Sin embargo, ello no equivale a transferir a los menores de edad las responsabilidades de un adulto. Esto quiere decir que el reconocimiento de su poder de decisión no implica que se avale una vulneración a las protecciones que éstos merecen. Por tanto, es deber del Estado verificar que dicha autonomía no restrinja los derechos de los niños, pues aún se presume su inmadurez y vulnerabilidad." (Pág. 27, párr. 1).

"De tal forma que para 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 el original).

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2965/2018, 2 de octubre de 2019⁷⁵ (Opinión de NNA en la determinación del régimen de visitas)

Hechos del caso

El 3 de abril de 2014, en la Ciudad de México, una madre demandó del padre de su hija, la reincorporación de la niña, quien se encontraba en el domicilio del padre, la guarda y custodia de la niña y el pago de una pensión alimenticia. Por su parte, el padre alegó que la niña sufría de agresiones sexuales en el entorno familiar materno, ya que la madre trabajaba y dejaba a la niña al cuidado de su abuelo materno, situación que también denunció ante la Agencia Especializada de Delitos Sexuales.

La jueza familiar decretó la guarda y custodia provisional de la niña a favor de la madre, fijó una pensión alimenticia provisional y un régimen de convivencias con el padre, por lo que el padre entregó a la niña. No obstante, ante el incumplimiento del régimen de convivencias, la jueza familiar ordenó que la entrega de la niña se hiciera en el Centro de Convivencia Familiar Supervisada.

Inicialmente, la niña manifestó que deseaba vivir con su madre y convivir con su padre. Luego, en tres ocasiones distintas, la menor de edad manifestó que no quería convivir con su padre. La primera vez, la niña señaló que sus hermanastras la molestaban cuando se desarrollaban las convivencias con su padre y que tenía temor de que el padre no la regresara con su madre. La segunda vez, la niña manifestó que iba a realizar un viaje al extranjero con su madre y la tercera que el padre la llevó al psicólogo como parte de la indagatoria de la denuncia de abuso sexual.

⁷⁵ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Derivado de las manifestaciones de la niña, el 18 de abril de 2017 la jueza familiar suspendió el régimen de convivencias con el padre y permitió que la niña expresara lo que pensaba sobre las convivencias con el padre. El 23 de junio de 2017, la jueza familiar emitió una resolución a través de la cual otorgó la guarda y custodia definitiva de la niña a la madre, fijó un régimen de convivencias entre padre e hija, condenó al padre al pago de la pensión alimenticia a su hija y decretó que los progenitores y la niña asistieran a terapia psicológica.

El padre interpuso un recurso de apelación, pero una sala familiar confirmó la decisión. El padre promovió un juicio de amparo directo para reclamar la inexistencia de indicios de riesgo para que la niña conviva con él y el análisis de las pruebas para la determinación de la guarda y custodia de la niña a favor de la madre. Sin embargo, el padre señaló que si la niña no deseaba convivir con él, no debía decretarse un régimen de convivencias.

El tribunal colegiado negó el amparo porque, entre otras cosas, la decisión tomó en cuenta las manifestaciones de la menor de edad, pruebas y que ambos padres no representaron un riesgo para la integridad física y emocional de la niña. A su juicio, la fijación de un régimen de convivencias atendió al interés superior de la niña.

Inconforme, el padre interpuso un recurso de revisión en el que argumentó que la sentencia de amparo no tomó en cuenta que la niña no deseaba convivir con él, por lo que determinar un régimen de convivencias en contra de los deseos de la niña atentaba en contra de su interés superior, entre otras cosas. El asunto fue remitido a la Suprema Corte.

La Primera Sala suplió la deficiencia de la queja y decidió revocar la sentencia recurrida para que la jueza familiar analizara las particularidades del caso concreto y el estado psicoemocional de los progenitores y la niña para garantizar el derecho de la niña a convivir con su padre. Además, estableció que la jueza podría tomar las medidas necesarias para facilitar un régimen de convivencia de la menor de edad con su padre, de no existir riesgos, en contra de la niña, derivados de esa convivencia.

Problemas jurídicos planteados

1. Cuando un niño, niña o adolescente manifiesta que no desea convivir con el progenitor no custodio, ¿debe suprimirse el régimen de convivencias conforme a sus deseos?
2. ¿Debe imponerse la fijación de un régimen de visitas y convivencias entre un progenitor no custodio y su hijo o hija?

Criterios de la Suprema Corte

1. La supresión de un régimen de convivencias sólo debe darse ante la existencia de un riesgo que pueda impactar al menor de edad, derivado de las convivencias con el

progenitor no custodio. El derecho de los menores de edad a ser escuchados en los procedimientos que impacten en sus derechos no implica que se deben atender sus peticiones, pues las decisiones deben adoptarse valorando todo el acervo probatorio existente para decidir conforme al interés superior de la infancia.

Cuando un niño, niña o adolescente manifiesta que no desea convivir con el progenitor no custodio, debe contextualizarse esa opinión, evaluar si verdaderamente externa la voluntad del menor de edad, analizar las circunstancias del caso y tomar las medidas necesarias para proteger el interés superior de la infancia y cumplir con el derecho de convivencia del niño, niña o adolescente.

2. Un juzgador en una controversia familiar no impone coercitivamente el acto propio de convivencia sino que determina un régimen, esto es una estructura, organización o planeación para llevarlo a cabo, mediante el establecimiento de la frecuencia, horarios, modos y lugares, a fin de que las personas en goce del derecho fundamental tengan la certeza y la facilidad de realizarlo. La única limitante para ordenar un régimen de convivencia es que la convivencia represente por sí misma un riesgo para el niño, niña o adolescente.

Justificación de los criterios

1. "[L]a convivencia entre el progenitor no custodio y el infante deberá procurarse de forma primordial ante cualquier obstáculo para su realización, esto es, el juzgador debe perseguir que la convivencia se realice y se goce de forma armoniosa mediante la implementación de medidas adicionales para hacer efectivo el derecho del menor a convivir, por lo que en unos casos será necesario incluso hacer uso de tecnologías de la información y medios de comunicación para establecer la convivencia frecuente con los progenitores, o bien en otros donde la dinámica familiar es problemática es necesario auxiliarse de apoyos terapéuticos para el saneamiento de los vínculos parentales y la interrelación familiar." (Párr. 64).

En los casos donde se analice "el interés superior del niño en una decisión que atañe al derecho a las visitas y convivencias resulta muy complicado establecer lineamientos abstractos o muy generales sobre este derecho porque considerar el interés superior de un menor implica dar prevalencia a aquello que resulte en mayor beneficio para los derechos e intereses del infante a la luz de las circunstancias concretas, luego resulta difícil decretar una resolución en abstracto, sin atender a las circunstancias particulares de cada caso, razón por la (*sic*) cual es necesario [aludir] a los antecedentes de la controversia familiar así como a las manifestaciones desahogadas por las partes en distintas audiencias y facetas del régimen de convivencia provisional." (Párr. 66).

"Aunado a que si se sostiene que el derecho de un menor a convivir con sus progenitores es de naturaleza primordial y el Estado mediante sus diferentes organismos tiene el deber

de preservar, proteger y garantizar, el mismo, entonces también se exige una protección reforzada incluso ante la misma manifestación o negativa de un menor de edad de convivir para verificar qué debe resolverse en torno al régimen de convivencia que como derecho fundamental debe determinarse.

[S]i 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.

[D]e acuerdo al contenido, sentido y fines perseguidos del derecho fundamental de los infantes a convivir con sus progenitores según se reconoce en el numeral 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño 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." (Párrs. 68-70).

"De suerte que, 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 [desarrollada por la Primera Sala] [...] a fin de dar contenido al principio del interés superior del menor." (Párr. 75).

2. "Incluso ante la negativa del propio progenitor no custodio, el juzgador tiene al alcance, en términos de ley, diversas medidas de apremio, porque [...] el derecho de convivencia de la menor prima sobre los derechos e intereses del progenitor, y éste no puede expresar una negativa ante el deber parental que emana de ese derecho fundamental.

De ahí que, resulta infundado [...] que un régimen de convivencia no puede ser impuesto ni obligatorio, ya que esa concepción respecto del derecho de convivencia es errónea, en tanto el derecho de convivencia [...] no tiene una naturaleza connatural a un derecho sustantivo de índole civil, sino a un derecho fundamental inherente a los elementos intrínsecos de la dignidad atinente a la persona humana, luego aunque es indiscutible que los órganos del Estado no pueden obligar a una persona al ejercicio de sus derechos fundamentales, lo cierto es que, sí deben respetarlos, protegerlos y garantizarlos, proporcionando y facilitando toda la estructura para protegerlos y hacerlos efectivos en su goce pleno, más aun tratándose de los derechos fundamentales de la infancia en el que la labor estatal exige una protección reforzada.

Así un juzgador en una controversia familiar no impone coercitivamente el acto propio de convivencia sino que determina un régimen, esto es una estructura, organización o planeación para llevarlo a cabo, mediante el establecimiento de la frecuencia, horarios, modos y lugares, a fin de que las personas en goce del derecho fundamental tengan la certeza y la facilidad de realizarlo, luego ante la prioridad del interés superior del infante, el Estado garantiza mediante disposiciones legales, que éste ocurra de la manera más natural posible, porque así refiere el derecho fundamental a crear vínculos de interacción con los ascendientes.

Luego, 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.

De suerte que, 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 [desarrollada por la Primera Sala] [...] a fin de dar contenido al principio del interés superior del menor." (Párrs. 71-75).