

Este resumen contiene la carátula, la síntesis y el extracto de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para facilitar la lectura del extracto, se realizaron modificaciones al texto original de la misma. Este documento tiene fines informativos, por lo que carece de efectos vinculantes.

## PROHIBICIÓN SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DEPENDIENDO DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA O CONDICIÓN DE SALUD DE LA MADRE O PADRE

**CASO:** Amparo Directo en Revisión 2618/2013

**MINISTRO PONENTE:** Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

**SENTENCIA EMITIDA POR:** Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

**FECHA:** 23 de octubre de 2013

**TEMAS:** guarda y custodia, situación económica, condición de salud, categorías protegidas por la Constitución.

**CITA DE LA SENTENCIA:** Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 2618/2013, Primera Sala, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, sentencia de 23 de octubre de 2014, México.

El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en el siguiente enlace:  
<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emplematicas/sentencia/2022-01/ADR2618-2013.pdf>

**CITA SUGERIDA PARA ESTE DOCUMENTO:** Suprema Corte de Justicia de la Nación, Extracto del *Amparo Directo en Revisión 2618/2013*, Centro de Estudios Constitucionales, México.

## SÍNTESIS DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2618/2013

**ANTECEDENTES:** En Ecatepec, Estado de México, un juez de lo familiar resolvió un asunto en el que se disputaba, esencialmente, la guarda y custodia de dos niñas A y V, así como el establecimiento de un régimen de visitas entre las niñas y su padre A o su madre A. Respecto a estos temas, el juez de lo familiar determinó conceder la guarda y custodia de las niñas al padre y decretar un régimen de visitas y convivencia en favor de la madre. Inconformes, la madre y el padre apelaron la decisión del juez de lo familiar. La sala civil de Tlalnepantla, que conoció de la apelación, resolvió conceder la guarda y custodia a la madre y decretar un régimen de visitas y convivencias en favor del padre. El padre demandó el amparo contra la sentencia de la sala civil, pues a su consideración, no se debió otorgar la guarda y custodia a la madre pues padece de problemas psicológicos (neurosis depresiva) y debieron tomarse en cuenta las manifestaciones de una de las niñas, quien tiene 12 años. El tribunal colegiado que conoció del amparo determinó que, de acuerdo al interés superior de la niñez (ISN), quien debe ejercer la guarda y custodia de las niñas es el padre, pues: (a) de los dictámenes en materia de psicología, se determinó que él es quien se encuentra más capacitado para custodiar a sus hijas; (b) de las manifestaciones de la niña A, se advierte que la madre no le proporciona una alimentación adecuada; (c) la madre está enferma y tiene que guardar reposo y, por ello, no les garantiza a las niñas su apto desarrollo; (d) la madre no se encuentra en tratamiento para tratar su neurosis; (e) la madre se encuentra enferma de lupus y artritis, las cuales para su tratamiento se necesitan cuidados especiales; (f) de la pericial en trabajo social se desprende que el padre tiene mejores condiciones económicas y sociales en comparación al lugar en que habita la madre. Por tanto, el tribunal colegiado concedió el amparo al padre para que la sala civil dejara insubsistente la sentencia reclamada y emitiera otra en la que resolviera que la guarda y custodia de las niñas le correspondía al padre. La madre solicitó la revisión de la sentencia del tribunal colegiado, ya que la discriminaron con motivo de su salud y condición económica, asimismo, señaló que no se debió de haber tomado en cuenta sólo la opinión de las niñas para tomar una decisión sobre su guarda y custodia. Finalmente, el recurso de revisión fue enviado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (esta Corte) para su resolución.

**CUESTIÓN A RESOLVER:** Determinar: (I) si la guarda y custodia le corresponde a la madre, salvo que se demuestre que se causaría un perjuicio a las niñas; (II) si se vulnera el derecho a la no discriminación al fundar la determinación de guarda y custodia de las niñas en la situación económica y de salud de la madre; y (III) si se interpreta indebidamente el ISN al privilegiar, en las resoluciones, la opinión de las niñas, niños o adolescentes (NNA).

**RESOLUCIÓN DEL CASO:** Se revocó la sentencia del tribunal colegiado (únicamente para que el tribunal colegiado emitiera una nueva sentencia en la que no pondere la situación de salud física de la madre o, si lo hiciera, lo realice sustentándose en pruebas técnicas o científicas que muestren el grado de afectación de la salud de la madre y la manera en que dichas circunstancias la hacen menos idónea que el padre para cuidar de manera apropiada a las niñas) esencialmente por las siguientes razones. Por un lado, se señaló que no se otorga en automático la guarda y custodia a las madre, sin antes valorar qué situación resulta más benéfica para las NNA. Por otro lado, sólo en caso de que se pruebe la existencia de un riesgo para el desarrollo de los NNA, podrá afirmarse que la ponderación de las categorías protegidas por la Constitución Federal (como la situación económica y la condición de salud de la madre) tiende a proteger el ISN. Sólo en caso de que se pruebe la existencia de un riesgo para el desarrollo de los NNA, podrá afirmarse que la ponderación de las categorías protegidas por la Constitución Federal tiende a proteger el ISN.

**VOTACIÓN:** La Primera Sala resolvió el presente asunto por mayoría de cuatro votos de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas y los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. El ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo votó en contra.

Los votos formulados pueden consultarse en el siguiente enlace:

<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=154939>

## EXTRACTO DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2618/2013

- p.1 Ciudad de México. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (esta Corte), en sesión de 23 de octubre de 2013, emite la siguiente sentencia.

### ANTECEDENTES

- p.1-2 En septiembre de 2012, en Ecatepec, Estado de México, una madre demandó de un padre: (i) la guarda y custodia de sus hijas A y V; (ii) el pago y aseguramiento de una pensión alimenticia en favor de ella y sus hijas; y (iii) el establecimiento de un régimen de visitas entre las niñas y su padre. Unos días más tarde, el padre contestó la demanda y solicitó que la madre: (i) perdiera la patria potestad respecto a sus hijas; (ii) la guarda y custodia provisional de sus hijas en su favor; y (iii) un régimen provisional de convivencias con la madre. Posteriormente, el padre solicitó el divorcio.
- p.2 El juez de lo familiar de Ecatepec de Morelos, que conoció del asunto, resolvió: (i) disolver el vínculo matrimonial; (ii) absolver a la madre de la pérdida de la patria potestad; (iii) conceder la guarda y custodia de las niñas al padre; (iv) decretar un régimen de visitas y convivencia en favor de la madre; (v) ordenar al padre acudir a terapias psicológicas y de alcohólicos anónimos; y (vi) absolver al padre del pago de una pensión alimenticia en favor de la madre.
- p.2-3 Inconformes, la madre y el padre apelaron la decisión del juez. La sala civil, que conoció de la apelación, modificó la sentencia y determinó: (i) conceder la guarda y custodia a la madre; (ii) decretar un régimen de visitas y convivencias en favor del padre; (iii) restringir en forma absoluta el contacto de las niñas con I, el esposo de su tía materna (a quién se le imputa haber abusado sexualmente de las niñas); (iv) decretar una pensión alimenticia en favor de la madre y las niñas; y (v) ordenar que el padre, la madre y sus hijas tomen terapias psicológicas.
- p.3-4 El padre solicitó el amparo contra la sentencia de la sala civil, argumentando esencialmente que se debió decretar la pérdida de la patria potestad de la madre, pues quedó demostrado que I abusó sexualmente de las niñas, debido al abandono madre de sus deberes como tal. Asimismo, el padre señaló que no se debió otorgar la guarda y

custodia a la madre pues padece de problemas psicológicos (neurosis depresiva) y debieron tomarse en cuenta las manifestaciones de una de las hijas, quien tiene 12 años.

p.5-9 El tribunal colegiado en materia civil, que conoció del amparo, determinó que no era procedente decretar la pérdida de la patria potestad. Asimismo, el tribunal colegiado señaló que, de acuerdo al interés superior de la niñez (ISN), quien debe ejercer la guarda y custodia de las niñas es el padre, pues: (a) de los dictámenes en materia de psicología, se determinó que él es quien se encuentra más capacitado para custodiar a sus hijas; (b) de las manifestaciones de una de las niñas, se advierte que la madre no le proporciona una alimentación adecuada; (c) la madre está enferma y tiene que guardar reposo y, por ello, no les garantiza a las niñas su apto desarrollo; (d) la madre no se encuentra en tratamiento para tratar su neurosis; (e) la madre se encuentra enferma de lupus y artritis, las cuales para su tratamiento se necesitan cuidados especiales; (f) de la pericial en trabajo social se desprende que el padre tiene mejores condiciones económicas y sociales en comparación al lugar en que habita la madre. Por tanto, el tribunal colegiado concedió el amparo al padre para que la sala civil dejara insubsistente la sentencia reclamada y emitiera otra en la que resolviera que la guarda y custodia de las niñas le correspondía al padre.

p.9-11 La madre solicitó la revisión de la sentencia del tribunal colegiado pues consideró que se dejó de observar el contenido del artículo 4° Constitucional y de los artículos 1, 8, 11, 17, 19 y 24 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), ya que la discriminaron con motivo de su salud y condición económica. Asimismo, la madre señaló que no se debió de haber tomado en cuenta sólo la opinión de las niñas para tomar una decisión sobre su guarda y custodia. Finalmente, el recurso de revisión fue enviado a esta Corte para su resolución.

## **ESTUDIO DE FONDO**

p.16 En el caso se analizará: (I) si la guarda y custodia le corresponde a la madre, salvo que se demuestre que se causaría un perjuicio a las niñas; (II) si se vulnera el derecho a la no discriminación al fundar la determinación de guarda y custodia de las niñas en la

situación económica y de salud de la madre; y (III) si se interpreta indebidamente el ISN al privilegiar, en las resoluciones, la opinión de las niñas, niños o adolescentes (NNA).

**Preámbulo. El ISN como eje rector de las resoluciones judiciales sobre guarda y custodia.**

Es deber del juzgador, el privilegiar el ISN en cualquier contienda judicial donde se vean involucrados los derechos de los NNA. Dicho principio constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia.

p.17-18 El ISN está expresamente previsto en el artículo 4º constitucional. Asimismo, este es uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos de las NNA. El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece que en cualquier medida que tomen las autoridades estatales deben tener en cuenta de forma primordial el ISN.

p.19 En el Amparo Directo en Revisión 69/2012, la Primera Sala de esta Corte señaló que el ISN cumple con varias dimensiones o funciones normativas: (i) como pauta interpretativa aplicable a las normas y actos que tengan injerencias respecto de los derechos de niñas y niños; y (ii) como principio jurídico rector que exige una máxima e integral protección de los derechos cuya titularidad corresponde a un infante.

En consecuencia, en los juicios en los que directa o indirectamente se ven involucrados los derechos de la infancia, el ISN le impone al juez resolver la controversia atendiendo a lo que es mejor para el infante.

**I. Interpretación del artículo del 4.228 del Código Civil del Estado de México (CEM) de acuerdo al ISN. La guarda y custodia de los niños menores de 10 años no le corresponde en automático a la madre.**

p.20-22 En el Amparo Directo en Revisión 1573/2011, la Primera Sala de esta Corte señaló cuál debe ser el entendimiento del artículo 4.228 del CCEM. Esta Corte afirmó que la guarda y custodia no deberá ser otorgada, en automático y sin más razonamiento, a la madre, a pesar de la preferencia establecida por el legislador. En aquella ocasión se señaló que la

guarda y cuidado de los hijos y las hijas es uno de los objetos más comprometidos de la decisión judicial que impone la organización futura de cualquier familia a partir de la situación creada por la ruptura definitiva de la convivencia conyugal entre sus progenitores.

- p.22 La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del ISN, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta. La dinámica de las relaciones familiares es extraordinariamente compleja y variada y, es dicha dinámica y las consecuencias y los efectos de la ruptura de la familia, la que determinará cuál es el sistema de custodia más beneficioso para las NNA. Los jueces deben indagar, no sólo el menor perjuicio que se le pueda causar a las NNA, si no que les resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro.

Aun tratándose de niños pequeños y niñas pequeñas, a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, el juez debe valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio, y no sólo el menos perjudicial, para el desarrollo integral de la personalidad del NNA.

- p.23 El juez debe atender a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos y las hijas, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, entre muchos otros elementos que se presenten en cada caso concreto.

Por tanto, la guarda y custodia no debía otorgarse en automático a la madre, sin antes valorar qué situación resulta más benéfica para las NNA.

## **II. Sobre la evaluación de la condición de salud y situación económica de la madre**

p.23-24 Para evaluar si se vulneró el derecho de la madre a la no discriminación, al haberse fundado la pérdida de la guarda y custodia sobre sus hijas, en su condición de salud y situación económica, se utilizará la metodología empleada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en el Caso Atala Riffo.

p.24 La CoIDH, primero analizó: i) si las decisiones judiciales estuvieron basadas en la orientación sexual de la madre. Con dicho propósito, se estableció la existencia de un vínculo o nexo causal entre la orientación sexual de la madre y las resoluciones. Posteriormente, la CoIDH evaluó ii) si dichas determinaciones constituyeron un trato discriminatorio.

Dado que toda contienda judicial en el que se vean involucrados NNA, debe regirse por el ISN, debe analizarse si dicho principio autoriza que el órgano judicial confiera la guarda y custodia con base en la salud y situación económica de la madre, y si el uso de dichas razones resulta discriminatorio.

p.25 Esta Corte analizará (i) los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación, así como la salud y situación económica como categorías protegidas por la Constitución y tratados internacionales, (ii) si la determinación de guarda y custodia se fundó en la condición de salud y situación económica de la madre y, (iii) si la diferencia de trato constituyó discriminación. Cabe señalar que esta Corte no ponderará ni valorará si la madre o el padre de las niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, pues dichas cuestiones no podían ser analizadas en esa vía.

#### **A) Alcances del derecho a la igualdad y no discriminación. La salud y situación económica como categorías protegidas**

p.25-26 El principio de igualdad está previsto en el artículo 1º de la Constitución a través de la prohibición de discriminación. Asimismo, este derecho está reconocido en el orden jurídico internacional en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y por cuanto hace al sistema convencional interamericano destacan el preámbulo y artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1.1 y 24 de la CADH.

p.27 No pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

En el Amparo en Revisión 796/2011, la Primera Sala de esta Corte señaló que la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que se reconocen a quienes no se consideran en tal situación de inferioridad. Sin embargo, también señaló que no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.

p.28-29 La igualdad constituye un principio derivado de la noción de idéntica dignidad de las personas, la cual prohíbe la discriminación en la distribución de derechos. Será discriminatoria la asignación de derechos si éstos se confieren distinguiendo situaciones de manera injustificada. Cuando el principio de igualdad se materializa en el contenido o en la aplicación de la ley, se le denomina igualdad ante la ley. La CoIDH ha establecido que mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la CADH el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En el orden nacional, en el Amparo en Revisión 796/2011, la Primera Sala de esta Corte estableció que si bien es cierto que los principios de igualdad ante la ley y no discriminación están estrechamente vinculados, también lo es que no son idénticos aunque sí complementarios.

### **B) La salud y situación económica como categorías protegidas**

p.29-30 Cuando la asignación de derechos se basa en alguna de las categorías protegidas por el artículo 1º constitucional, existe una sospecha de que la distinción es discriminatoria, por

tanto se exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso. En el Amparo en Revisión 581/2012, la Primera Sala de esta Corte afirmó que una distinción se basa en una categoría sospechosa cuando utiliza alguno de los siguientes criterios: origen étnico, nacionalidad, género, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil (último párrafo del artículo 1º constitucional) o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

p.30 La utilización de estas categorías debe examinarse con mayor rigor precisamente porque sobre ellas pesa la sospecha de ser inconstitucionales. Las leyes que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una presunción de inconstitucionalidad. La Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, lo que prohíbe es su utilización de forma injustificada. En el Amparo en Revisión 581/2012, la Primera Sala de esta Corte señaló que el escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.

p.30-31 En el caso Atala Riffo, la CoIDH estableció que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada “fundamental y únicamente” en la categoría alegada, sino que basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta para adoptar una determinada decisión. Asimismo, señaló que para analizar si la distinción es discriminatoria deben evaluarse en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato.

p.31 En el presente asunto, la medida a analizar constituye un potencial caso de discriminación en el que debe determinarse si se niega injustificadamente el derecho de la madre a ejercer la guarda y custodia sobre sus hijas con motivo de su salud y condición económica. Como en el caso Atala Riffo, la medida a evaluar es una decisión judicial: la sentencia en virtud de la cual se niega la guarda y custodia de las niñas a la hoy recurrente.

**C) La decisión judicial de guarda y custodia estuvo motivada en la salud y en la condición económica de la madre**

- p.31-32 En este primer nivel de análisis debe determinarse si la decisión judicial estuvo motivada en las categorías de salud y situación económica de la madre como factores a ponderar en la determinación de guarda y custodia de las niñas. Para ello es necesario analizar los argumentos expuestos por del tribunal colegiado, el lenguaje utilizado y el contexto en que se tomó la decisión judicial, para determinar si existió un vínculo o nexo causal entre la salud y situación económica de la madre y la determinación de guarda y custodia.
- p.32 De la lectura de la decisión judicial en la cual se confirió la guarda y custodia al padre de las niñas, es claro que el tribunal colegiado motivó su resolución, entre otras cuestiones, en la salud y condición económica de la hoy recurrente.
- p. 32-34 Respecto a su condición de salud concluyó que la madre no está en las mejores condiciones de salud, pues padece enfermedades que le generan un estado emocional y físico que no es el más conveniente para atender la alta responsabilidad que implica el cuidado de las niñas. El tribunal colegiado se basó en las siguientes razones: (i) que la madre se encuentra enferma de lupus y artritis, enfermedades que para su tratamiento se necesitan cuidados especiales, (ii) que padece de neurosis y no toma pláticas que le permitan controlar dicho síndrome, (iii) que tales enfermedades en ocasiones la imposibilitan físicamente para atender y estar al pendiente de las necesidades de las niñas y, (iii) que dicha situación puede comprometer la integridad física y emocional de las niñas.
- p.34 Respecto al medio económico en el que se desenvuelven la madre y el padre, el tribunal colegiado refirió que, derivado de la pericial en trabajo social y del análisis pormenorizado de dicha prueba, el padre tiene mejores condiciones económicas y sociales, analizando todo el entorno social y familiar en el que se desarrolla, sus actividades laborales, condiciones del inmueble donde habita, entorno familiar (redes de apoyo familiar), etcétera.
- Las anterior y el lenguaje utilizado en la sentencia, evidencia un nexo o vínculo causal entre (a) la condición de salud y situación económica y (b) la decisión judicial.
- p.34-35 Aun cuando el tribunal colegiado ponderó otros factores, los cuales evaluados en su conjunto pueden justificar que dicho órgano otorgara la guarda y custodia al padre de las niñas (que las niñas viven en el domicilio del padre, que fueron objeto de tocamientos por

un tío materno cuando la madre dejaba a las niñas bajo su cuidado, que la familia paterna proporciona apoyo afectivo y que las niñas manifestaron sentirse más cómodas en el domicilio paterno), es imposible determinar el peso específico que jugaron cada uno de ellos. En la determinación de la guarda y custodia, todos los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada influyen la decisión judicial y, en ocasiones, es imposible disociarlos y establecer cuál de ellos inclina el otorgamiento de la guarda y custodia a uno de los padres. Dichos factores deben ser evaluados integralmente, buscando siempre proteger el ISN.

**D) ¿La determinación de guarda y custodia con base en las categorías alegadas constituyó un trato discriminatorio en contra de la madre de las niñas?**

- p.35 Esta Corte y la CoLDH han señalado que el ISN es en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. Además, cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten los derechos de los NNA, el ISN demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión.
- p.36 Así, debe determinarse si la motivación esgrimida en la decisión judicial es adecuada para alcanzar el fin que pretende proteger: el ISN. Este escrutinio se realiza aplicando un test de igualdad.
- p.36-37 Un uso justificado de las categorías protegidas por la Constitución (como la salud, religión, preferencias sexuales o condición social) será aquel que evidencie con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del NNA. La situación de riesgo que se alegue debe ser probada, y no especulativa o imaginaria. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de la madre o el padre que se cataloguen como categorías protegidas por la Constitución.
- p.37 Sólo en caso de que se pruebe la existencia de un riesgo para el desarrollo de los NNA, podrá afirmarse que la ponderación de las categorías protegidas por la Constitución tiende a proteger el ISN. De otro modo su alegada protección resultaría especulativa y sin sustento alguno. Si por el contrario se demuestra tal situación de riesgo, entonces deberá privilegiarse el ISN frente a la diferencia de trato (pérdida de la guarda y custodia

con motivo de dichas circunstancias), la cual, en tanto se encontraría justificada, no sería discriminatoria.

- p.37-38 No obstante, la CoIDH se refiere a lo largo de la sentencia Atala Riffo a riesgo y daño indistintamente, la Primera Sala de esta Corte señaló, en los Amparos Directos en Revisión 12/2010 y 1038/2013, que de acuerdo al ISN basta que se ponga en riesgo al NNA para comprometer los bienes y derechos de los NNA, sin que sea necesario que se actualice un daño. En esos precedentes, esta Corte afirmó que el principio de ISN ordena a todas las autoridades estatales que la protección de los derechos de las NNA se realice a través de medidas “reforzadas” o “agravadas”, y que los intereses de los NNA deben protegerse con mayor intensidad.
- p.38-39 Si se entiende por riesgo simplemente como la posibilidad de que un daño ocurra en el futuro, es evidente que la eventualidad de que un NNA sufra una afectación estará siempre latente. Sin embargo, si por riesgo se entiende lo que señala la literatura especializada, el aumento del riesgo se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro.
- p.39 Aplicando dicha teoría a las contiendas de guarda y custodia, se reitera que el ISN ordena que los jueces decidan atendiendo a lo que resultará más beneficioso para el NNA. Bajo dicha premisa, la situación de riesgo se actualizará si el hecho de que la madre o el padre se ubique en una categoría sospechosa (primer evento) hace más probable que el NNA se encontrará mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores (segundo evento). Basta con que el juzgador evidencie que las circunstancias que ponderó, aun cuando éstas constituyan categorías protegidas por la Constitución, hagan más probable que el NNA se encuentre mejor únicamente bajo el cuidado del otro de los progenitores.
- p.39-40 La existencia del riesgo con base en alguna de las condiciones protegidas por el artículo 1° de la Constitución Federal, no puede de ninguna manera ser especulativo o imaginario. Si el juez considera conveniente ponderar en las contiendas de guarda y custodia de los NNA que alguno de los progenitores tiene ciertas características protegidas por el artículo 1° de la Constitución, debe evidenciar con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias hacen más probable que el NNA se encuentre mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores. De otro modo, la decisión judicial motivada en

alguna de dichas categorías resultaría injustificada y por tanto constituiría un trato discriminatorio. En tanto no se pruebe que dicha circunstancia genera una situación de riesgo en los bienes o derechos de los NNA, no puede considerarse que su ponderación en la decisión de guarda y custodia tienda a proteger al ISN.

- p.41 Tal como señaló la CoIDH en el Caso Atala Riffo, una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el ISN.
- p.41-42 La ponderación de la salud de la madre puede dividirse en dos aspectos: salud física y mental. Respecto a la salud física, el tribunal colegiado señaló que la madre sufre de Lupus y artritis, enfermedades que para su tratamiento se necesitan cuidados especiales, y por tanto, lo conveniente es que las niñas queden al cuidado de su padre. El riesgo advertido por el juzgador no estuvo sustentado en evidencia técnica o científica con base en la cual pudiera afirmar que la madre es menos idónea que el padre para cuidar a las niñas. Si bien la sentencia del tribunal colegiado pretendía la protección del interés superior de las niñas, no se comprobó, con base en evidencia técnica o científica, el grado de afectación de salud de la madre y la manera en que dicha circunstancia la hiciera menos idónea que el padre para cuidar a hijas, por lo que dicha decisión constituye un trato discriminatorio en contra de la madre.
- p.43 Respecto a la salud mental de la madre, el tribunal colegiado evaluó diversos dictámenes periciales con base en los cuales se determinó que si bien la madre puede convivir con las niñas, no se encuentra en las mejores condiciones para hacerse cargo de ellas. Es claro que se justificó a través de evidencia científica que su condición de salud mental podría comprometer la integridad y debido desarrollo de sus hijas. La medida sin duda alguna pretendió proteger el ISN, y al estar probado el riesgo que dicha situación originaría en los derechos y bienes de las niñas, es claro que fue adecuada.
- p.43-44 Asimismo, la evaluación de la condición social de la madre también se encuentra justificada y, por ende, no resulta discriminatoria. Las consideraciones que emitió el tribunal colegiado se encontraron fundadas en evidencia probatoria. Para conocer el medio económico y social en que se desenvuelven las niñas, el padre y la madre, el

tribunal colegiado tomó en cuenta la pericial en trabajo social. Cuando el tribunal colegiado se refirió al medio económico no lo hizo en sentido de privilegiar el padre quien se encuentra en mejor situación económica, sino que por condición económica se refirió al entorno social en el que se desenvuelven cada uno de los padres. Así, evaluó las condiciones de los inmuebles, las actividades profesionales, las redes de apoyo familiar, entre otros factores. El tribunal colegiado se basó en evidencia técnica para argumentar por qué lo más beneficioso para las niñas sería que quedarán bajo el cuidado de su padre. Por lo que, se privilegió el ISN.

### **III. Sobre la opinión de las NNA**

- p.44-45 En la Contradicción de Tesis 60/2008-PS, la Primera Sala de esta Corte reconoció el derecho de los NNA a participar en los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar sus derechos. Ese derecho se encuentra expresamente regulado en el artículo 12 de la CDN e implícitamente recogido en el artículo 4° constitucional. Asimismo, el artículo 41, apartado A, de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reitera el derecho ya reconocido en el tratado internacional. Por tanto, el derecho de los NNA a participar en los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica es parte del ordenamiento jurídico mexicano.
- p.45 En el Amparo Directo en Revisión 2479/ 2012, la Primera Sala de esta Corte señaló que la participación de los NNA en procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad, pues al reconocerlos como sujetos de derecho, logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que resulta fundamental para una debida tutela del ISN.
- p.46 Los NNA tienen derecho a que sean escuchadas sus opiniones en los juicios donde se vean involucrados sus derechos. Lo anterior no quiere decir que los juicios de guarda y custodia deba privilegiarse el deseo del NNA, sino que su opinión deberá ser ponderada con el cúmulo de factores que el juez debe evaluar para determinar lo que es mejor para el NNA. En este caso, el juzgador no basó su decisión únicamente en la opinión de las niñas, sino que tomó en cuenta sus afirmaciones y las evaluó con diversas circunstancias

que consideró relevantes para determinar dónde se ubica el ISN. Así, resolvió que lo mejor para las niñas es quedarse bajo el cuidado de su padre.

Por tanto, fue correcta la interpretación que realizó el tribunal colegiado del artículo 4.228 del CCEM y del peso que le otorgó a la opinión de las niñas en la determinación de la guarda y custodia. De acuerdo al ISN, el juez debe resolver atendiendo a lo que es mejor para la NNA, por lo que la guarda y custodia de las NNA, aún si son menores de 10 años, no le corresponde en automático a la madre y los NNA tienen derecho a ser escuchados en las contiendas en que se ven involucrados sus derechos.

p.46-47 Esta Corte concluye que si bien la sentencia del tribunal colegiado pretendía la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la ponderación de la salud física de la madre fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la situación de riesgo que dicha condición colocaba a las niñas no estuvo basada en pruebas técnicas o científicas, por lo que dicha decisión constituyó un trato discriminatorio en contra de la madre. En contraste, la evaluación de las categorías de salud mental y situación económica sí estuvo basada en periciales y demás material probatorio, por lo que su ponderación resultó justificada y tendiente a proteger el ISN.

p.47 Se reitera que lo anterior no quiere decir que deba revocarse la decisión final del tribunal colegiado en la que se confirió la guarda y custodia de las niñas al padre. Es posible que el análisis de los otros factores, evaluados en su conjunto, permitan reiterar la convicción a la que llegó el órgano jurisdiccional consistente en que las niñas deben quedar bajo el cuidado del padre.

## RESOLUCIÓN

p.46-47 Se revoca la sentencia del tribunal colegiado, únicamente para que el tribunal colegiado emita una nueva sentencia en la que no pondere la situación de salud física de la madre o, si lo hace, lo haga sustentándose en pruebas técnicas o científicas que muestren el grado de afectación de la salud de la madre y la manera en que dichas circunstancias la hacen menos idónea que el padre para cuidar de manera apropiada a las niñas.