

IV. AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2159/2012

1. ANTECEDENTES

a) Hechos que originaron el asunto

Un matrimonio que radica en el Estado de Nuevo León procreó dos hijos. Sin embargo, por desacuerdo con su pareja el marido abandonó el domicilio conyugal, pero mantuvo un amplio régimen de convivencia con sus menores hijos, pues estaba con ellos desde el jueves hasta el domingo de cada semana y, ocasionalmente, durante otros días, ya que la madre viajaba por su trabajo.

b) Juicio de primera instancia

En septiembre de 2009 el esposo promovió juicio oral de controversia sobre convivencia y posesión interina de menores, para solicitar la guarda y custodia de sus menores hijos en contra de su esposa.

Uno de sus argumentos fue que la madre mantenía a sus menores hijos en un ambiente de violencia, por lo que solicitó que se detuviera el riesgo en el que se encontraban, considerando que la custodia no era un privilegio de los padres, sino un derecho de los niños.

De dicho asunto conoció la Juez Primero de Juicio Familiar Oral de Monterrey, Nuevo León, quien estableció un régimen de convivencia provisional al padre con sus menores hijos; posteriormente, dictó sentencia el 31 de mayo de 2010, en la que determinó que el actor demostró su acción donde, atendiendo al interés superior del niño, y tomando en consideración el apego que los menores presentaban con su padre y que éste era más apto para tener la custodia de sus hijos, condenó a la señora a que se los entregara, para lo cual fijó el régimen de convivencia respectivo.

c) Recurso de apelación

Contra esta sentencia, la demandada promovió recurso de apelación, en el que señaló que:

- 1) El padre carecía de legitimación activa en la causa, pues para exigir un derecho de guarda y custodia, además de acreditar que es el padre de los menores, también tenía que acreditar que estaba al corriente del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias.
- 2) La Jueza pasó por alto el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, el cual señala que la madre tendrá, preferentemente, la custodia de sus

hijos, salvo cuando se acredite alguna de las excepciones que señala el propio artículo, lo que no ocurrió.

- 3) La Jueza concedió un alcance inadecuado a las pruebas periciales rendidas en psicología, ya que fueron tendenciosas, superficiales y sin soporte técnico.

De este asunto conoció la Tercera Sala Unitaria Civil del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, la cual consideró que las pruebas valoradas en el juicio fueron omisas en exponer claramente y a través de argumentos contundentes, los hechos atribuidos a la madre de los menores involucrados, dictó sentencia donde revocó la resolución combatida y fijó un nuevo régimen de convivencia.

d) Primer juicio de amparo directo

El padre de los niños, inconforme con la sentencia anterior, promovió juicio de amparo directo, en el cual señaló como derechos fundamentales violados los previstos en los artículos 14 y 16 de la Constitución, y en sus conceptos de violación precisó que en un asunto donde están involucrados dos menores, la Sala local responsable no debió aplicar el principio de estricto derecho al considerar que a las pruebas periciales les faltaba cierta información, y atendiendo al interés superior del menor, debió requerirla y allegarse de todos los elementos posibles, y no simplemente restarles valor probatorio, como lo hizo en la sentencia combatida.

De esta demanda conoció el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, quien dictó sentencia otorgando el amparo y protección de la Justicia de la Unión al padre de

los menores para que la Sala local responsable dejara sin efectos la sentencia combatida, y previo a la emisión de una nueva, decretara las medidas para mejor proveer que estimara pertinentes en relación con los dictámenes periciales rendidos durante el juicio.

Lo anterior, al considerar que si la Sala responsable estimó que las periciales en psicología tenían deficiencias y omisiones, debió dictar las providencias necesarias para tener la mayor cantidad posible de elementos para resolver la controversia, especialmente al tratarse de un asunto en el que debe tomarse en consideración el interés superior del niño, lo cual se tradujo en una violación al artículo 14 constitucional.

e) Cumplimiento de la sentencia de amparo

En cumplimiento a dicha sentencia de amparo, la referida Tercera Sala Familiar dictó otra en la que determinó nuevamente revocar la resolución de primera instancia y fijó un régimen de convivencia, al considerar que las pruebas eran ineficaces para demostrar las conductas atribuidas a la madre, pues los testigos fueron omisos en exponer argumentos contundentes respecto de la forma en que la madre se comportaba con sus hijos y poder determinar que el padre de éstos deberá tener su custodia. Esto es, no se logró demostrar la existencia de alguna de las excepciones previstas en el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León.

f) Segundo juicio de amparo directo

El padre de los menores, en contra de dicha sentencia, interpuso juicio de amparo directo, en el cual señaló como derechos fun-

damentales violados los contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución, y en sus conceptos de violación argumentó que la Sala responsable, erróneamente negó valor probatorio a las pruebas con las que se acreditaba el daño psicológico causado a los menores por el comportamiento de su madre. Asimismo, refirió que fue inadecuada la determinación de restarle valor probatorio a las testimoniales rendidas, todo ello bajo el principio de la suplencia de la queja, con lo cual puede apreciarse que el quejoso es el más idóneo para detentar la custodia de sus hijos.

Esta demanda la conoció el mismo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil, que el 14 de junio de 2012 concedió el amparo y protección de la Justicia de la Unión al padre para que la Sala responsable dejara insubsistente la sentencia reclamada y emitiera una nueva en la que, para el mayor beneficio de los menores, la guarda y custodia se le otorgara a él, para lo cual precisaría las medidas respecto al derecho de convivencia entre los niños y su madre.

g) Recurso de revisión

Contra esta última resolución, la madre presentó recurso de revisión, el cual, por instrucciones del Magistrado Presidente del referido Tribunal Colegiado, se remitió a la Suprema Corte para su trámite.

2. TRÁMITE EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

a) Admisión

El 1 de agosto de 2012 el Presidente del Alto Tribunal registró, admitió y turnó el asunto con el número 2159/2012 a la Primera

Sala, designándose como ponente al Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

b) Competencia y oportunidad

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se declaró competente para conocer del recurso de revisión,¹ y señaló que es oportuno, conforme al artículo 86 de la Ley de Amparo, toda vez que se interpuso dentro del término legal.

c) Procedencia

La Sala estudió el marco jurídico normativo para determinar si el recurso de revisión procedía,² según el cual, en principio, las sentencias dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito en juicios de amparo directo no admiten recurso alguno, pero excepcionalmente procederá cuando decida o se hubiera omitido decidir sobre temas constitucionales, como la inconstitucionalidad de una norma, y/o la interpretación directa de preceptos de la Constitución Federal, los cuales revisten las características de importancia y trascendencia.

Así, con base en los antecedentes del asunto y la sentencia, se observó que el Tribunal Colegiado interpretó el principio del interés superior del menor previsto en el artículo 4o. constitucio-

¹ Fundamentaron su competencia los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 84, fracción II, de la Ley de Amparo (vigente hasta el 2 de abril de 2013); 21, fracción III, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y en relación con los puntos segundo, tercero y cuarto del Acuerdo General 5/2001, emitido por el Pleno del Alto Tribunal, reformado mediante resolución publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de octubre de 2011.

² Los preceptos estudiados fueron los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 21, fracción III, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y los puntos primero y segundo del Acuerdo General Plenario 5/1999.

nal en relación con la institución de la guarda y custodia, contemplada en el diverso 414 Bis del Código Civil local, con el fin de desentrañar el sentido y alcance de la norma, fijar el del indicado principio y determinar cuál de los progenitores debería ejercer la guarda y custodia de sus menores hijos.³

Dicha interpretación la recurrió la madre al considerar que el Tribunal Colegiado realizó una indebida interpretación del interés superior del niño, al señalar que debía abstraerse de las garantías de legalidad y debido proceso, siendo que dicho principio le vinculaba a llevar a cabo una valoración integral y armónica de la guarda y custodia, porque sólo así la resolución sería congruente, con el fin de otorgar la más amplia protección a los menores.

De lo anterior, la Primera Sala señaló que debía determinar si dicha interpretación fue correcta;⁴ además de que se satisficieran los requisitos para que procediera su estudio, ya que el juicio de amparo involucraba la complicada relación que el principio del interés superior del niño tiene con la institución de la guarda y custodia.⁵

³ Para realizar el estudio, la Sala se apoyó en su tesis 1a./J. 63/2010, de rubro: 'INTERPRETACIÓN DIRECTA DE NORMAS CONSTITUCIONALES. CRITERIOS POSITIVOS Y NEGATIVOS PARA SU IDENTIFICACIÓN.'; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXII, agosto de 2010, página 329; Registro digital: 164023.

⁴ Sobre el tema, la Sala aplicó la tesis aislada 1a. XXXIV/2011, de rubro: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. ES PROCEDENTE CUANDO UN TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO, AL VALORAR LAS PRUEBAS EN UN JUICIO DE GUARDA Y CUSTODIA, REALIZA UNA INTERPRETACIÓN IMPLÍCITA DE LOS ARTÍCULOS 4o. Y 16. PÁRRAFOS DECIMOSEGUNDO Y DECIMOTERCERO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.'; publicada en el *Semanario...* op. cit., Novena Época, Tomo XXXIII, mayo de 2011, página 239; Registro digital: 167983.

⁵ Al respecto, la Sala mencionó que si bien sobre la institución realizó un desarrollo jurisprudencial en el amparo directo en revisión 1573/2011, éste no aplicaba según lo dicho por la recurrente, pues la legislación del Estado de Nuevo León enumera expresamente las excepciones a la preferencia de que la guarda y custodia se detente por la madre, contrario a lo que aconteció con el precedente referido, ya que el asunto versó sobre la legislación del Estado de México, en la que no existían tales suuestos.

d) Estudio de fondo

Analizado lo anterior, la Primera Sala reiteró que la litis del asunto implicaba analizar si la interpretación del Tribunal Colegiado respecto del interés superior del niño, en relación con la guarda y custodia de los menores, se adecua a los principios constitucionales en la materia y a la interpretación que sobre éstos ha realizado la misma Corte. Además, destacó que debe observarse la suplencia de la deficiencia de la queja, pues se trata de la afectación de la esfera jurídica de dos menores.⁶

- i. Interpretación del artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, a la luz de la doctrina emitida por la Primera Sala en torno a la guarda y custodia

El texto del referido artículo es el siguiente:

La madre tendrá en todos los casos en que no viva con el padre de sus hijos, el derecho preferente de mantener a su cuidado a los que fueren menores de doce años, a menos que hubiese sido sentenciada por incurrir en conductas de violencia familiar, sea de las contempladas en el Código Civil o en el Código Penal como delitos de violencia familiar o equiparable a la violencia familiar, exista orden de restricción dictada por autoridad competente, que se dedicare a la prostitución, al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriaguez,

⁶ Para llegar a esa conclusión la Sala se apoyó en las tesis 1a./J. 191/2005, de rubro: "MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE."; publicado en el *Semanario...* op. cit., Novena Época, Tomo XXIII, mayo de 2006, página 167; Registro digital: 175053, y 2a. LXXV/2000, de rubro: "MENORES DE EDAD O INCAPACES. LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PROCEDE EN TODO CASO, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE."; publicada en el *Semanario...* op. cit., Novena Época, Tomo XII, julio de 2000, página 161; Registro digital: 191496.

drogadicción o cualquier otra adicción que pusiere directa o indirectamente en riesgo la estabilidad física o emocional del menor, tuviere alguna enfermedad contagiosa, o por su conducta antisocial ofreciere peligro grave para la salud o moralidad de sus hijos. Debiendo en todo caso el Juez, escuchar la opinión de los menores que han cumplido doce años, resolviendo siempre conforme al interés superior de éstos.

La Sala, previo al estudio de los argumentos de la recurrente, realizó un análisis sobre los criterios que respecto a la institución de la guarda y custodia ha sostenido, precisando que no es la primera ocasión en que está frente al estudio de una norma que otorga preferencia a la madre para designarla como la persona que se encargará de la guarda y custodia de menores, pues al resolver el amparo directo en revisión 1573/2011,⁷ desarrolló una doctrina respecto a la interpretación de normas relativas a dicha institución, a la luz del interés superior del menor establecido en el artículo 4o. constitucional.

Así, señaló que en la 7a. y 8a. Época, la otrora Tercera Sala sostuvo reiteradamente que existía:

...interés social en que los menores estén en poder de su madre hasta la edad que fije el Código Civil aplicable, porque es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidado necesarios, de tal suerte que si no se está en los casos de excepción que marca la ley para que deba ser separado el menor de edad del cuidado de la madre, éste no podrá pasar a la custodia del padre que así lo solicite.⁸

⁷ Resuelto el 7 de marzo de 2012, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por unanimidad de votos de los integrantes de la Primera Sala.

⁸ Así se observa en la tesis de rubro: "GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR. DEBE OTORGARSE A LA MADRE HASTA LA EDAD LEGAL."; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo I, Primera Parte, enero-junio de 1988, página 363; Registro digital: 207626.

Por su parte, la también entonces Sala Auxiliar manifestó que respecto a los menores "existe la imperiosa necesidad de que sean atendidos precisamente por su madre, a quien por haberles dado el ser, se le considera la más apta para prodigarles las atenciones y cuidados necesarios para su correcto desenvolvimiento físico y espiritual".⁹

Sin embargo, en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* se interrumpió este criterio por la resolución del amparo directo en revisión 1529/2003,¹⁰ en la cual la Primera Sala consideró que, con apoyo en la Convención de los Derechos del Niño y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, era posible afirmar que, no obstante la constitucionalidad de las disposiciones legales que privilegian que los menores permanezcan con su madre mientras sean pequeños, el juzgador puede determinar que, en aras del interés superior del menor, éstos queden bajo la guarda y custodia del padre.¹¹

Asimismo, en la sentencia del amparo directo en revisión 745/2009,¹² la misma Sala sostuvo enfáticamente que en caso de que un menor deba ser separado de alguno de sus padres,

⁹ Tesis de rubro: "GUARDA DEL MENOR. DERECHO PREFERENTE DE LA MADRE, EN EL INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN."; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, 181-186, Séptima Parte, página 221; Registro digital: 245455.

¹⁰ Resuelto el 9 de junio de 2004, bajo la Ponencia del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, por unanimidad de votos.

¹¹ Lo anterior quedó plasmado en la tesis 1a. CV/2004, de rubro: "DEPÓSITO DE MENORES. EL ARTÍCULO 310 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MICHOACÁN, AL PREVER QUE LA MADRE QUEDE AL CUIDADO DE LOS HIJOS MENORES DE SIETE AÑOS, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD."; publicada en el *Semanario...* op. cit., Novena Época, Tomo XX, octubre de 2004, página 366; Registro digital: 180359.

¹² Resuelto el 17 de junio de 2009, bajo la Ponencia del Ministro Juan N. Silva Meza, por mayoría de 4 votos.

el interés superior de éste no establece un principio fundamental que privilegie su permanencia, en principio, con la madre.¹³

Derivado de los anteriores criterios, la Primera Sala señaló que la justificación de las normas civiles que otorgaban preferencia a la madre en la guarda y custodia de los menores se fundamentaba en una idea preconcebida, en la cual la mujer gozaba de una específica aptitud para cuidar a los hijos,¹⁴ la que era acorde con una visión que establecía una clara división de los roles atribuidos al hombre y a la mujer, pues el género era un factor determinante en el reparto de funciones y actividades que conllevaba un claro dominio social del hombre sobre la mujer, quien únicamente era concebida como madre y ama de casa que debía permanecer en el hogar y velar por el cuidado y bienestar de los hijos.

Dicha postura fue considerada por la Sala como inadmisibles e inaceptable en un ordenamiento jurídico como el de México, donde el principio de igualdad entre hombres y mujeres constituye uno de los pilares fundamentales del sistema democrático, ya que actualmente existe la tendencia hacia una familia donde sus miembros fundadores gozan de los mismos derechos, en cuyo seno y funcionamiento participan y cooperan para realizar las tareas de la casa y el cuidado de los hijos. De esta manera, la mujer ha dejado de ser reducida al mero papel de ama de casa

¹³ Véase la tesis 1a. VII/2011, de rubro: "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EN CASO DE QUE DEBA SER SEPARADO DE ALGUNO DE SUS PADRES, EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL NO ESTABLECE UN PRINCIPIO FUNDAMENTAL QUE PRIVILEGIE SU PERMANENCIA, EN PRINCIPIO, CON LA MADRE.", publicada en el *Semanario...* op. cit., Tomo XXXIII, febrero de 2011, página 615; Registro digital: 162808.

¹⁴ Al respecto, véase la resolución del amparo directo 5057/1973.

y, por el contrario, ejerce en plenitud, con libertad e independencia, la configuración de su vida y su papel en la familia.

En este contexto, precisó que es un hecho notorio que el funcionamiento interno de las familias, en cuanto a la distribución de roles entre los cónyuges, 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; dinámica que debe reflejarse en la medida que se adopte sobre la guarda y custodia de los hijos menores.¹⁵

Aunado a lo anterior, la Primera Sala señaló que en el amparo directo en revisión 1621/2010 sostuvo que el interés superior de los menores, previsto en el artículo 4o. constitucional, como criterio ordenador, ha de guiar cualquier decisión sobre guarda y custodia.¹⁶

Sin embargo, la misma Sala reconoció que la configuración de dicho interés, como concepto jurídico indeterminado, dificulta notablemente su aplicación; por lo que es necesario encontrar criterios para averiguar en qué consiste y paralelamente determinarlo en concreto en los casos correspondientes.

A partir de lo anterior, la Sala señaló que todo concepto indeterminado puede estructurarse en varias zonas, como son:¹⁷

¹⁵ Véase la tesis 1a. XCV/2012 (10a.), de rubro: 'PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES. EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR DE EDAD NO DEBE ESTAR BASADO EN PREJUICIOS DE GÉNERO.'; publicada en el *Semanario... op. cit.*, Décima Época, Libro VIII, Tomo 1, mayo de 2012, página 1112; Registro digital: 2000867.

¹⁶ Cf. La tesis 1a. CLXIII/2011, cuyo rubro es: "INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA."; publicada en el *Semanario... op. cit.*, Novena Época, Tomo XXXIV, agosto de 2011, página 225; Registro digital: 161285.

¹⁷ Acorde con la Sala, la doctrina especializada en derecho familiar, también ha propuesto una estructura similar. Cf. Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Madrid, Dickinson, 2007

1) zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima, por ejemplo, la protección de la afectividad del menor; 2) zona de certeza negativa, a partir de la cual se está fuera del concepto indeterminado, como sería la concesión de la custodia compartida o exclusiva con una persona causante de malos tratos, lo que evidentemente es contrario al interés superior del menor; y 3) zona intermedia, más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones, como es el caso de elegir el régimen de convivencia: custodia compartida o exclusiva.

En esta última zona, según la Sala, para determinar el interés del menor —y obtener un juicio de valor— se requiere precisar los hechos y las circunstancias que lo envuelven, pues en ésta podemos observar cómo el interés del menor no es siempre el mismo, ni siquiera con carácter general para todos los hijos, ya que varía por las circunstancias personales y familiares; además de que dicha zona se amplía cuando se pasa en la indeterminación del concepto del plano jurídico al cultural.

Así, consideró que será labor de los tribunales determinar con exactitud los límites del interés superior del menor, para cada supuesto de hecho planteado, para lo cual deben moverse en esa zona intermedia, haciendo uso de valores o criterios racionales.

De esta forma, la Sala señaló diversos criterios relevantes para determinar el interés del menor, en los casos donde esté de por medio la situación familiar de los niños, como son: a) proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales

y M. Linacero de la Fuente, "Leyes de Familia y Constitución", en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril de 2006, pp. 33-82.

básicas o vitales del menor, y a las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.¹⁸

Además, la Sala precisó que en algunas ocasiones, para valorar el interés del menor se presenta un estudio comparativo, a veces hasta beligerante, entre varios intereses en conflicto, por lo que el Juez tendrá que examinar minuciosamente, las circunstancias específicas de cada caso para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor cuyos intereses deben predominar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor en cuanto a su principio consagrado en el artículo 4o. constitucional.¹⁹

Por lo anterior, el interés del menor constituye el límite y punto de referencia último de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia; por lo que para atribuirla a los padres, hay que tener en cuenta que la regulación de los deberes y facultades que la configuran, siempre está pensada y

¹⁸ La Sala, para determinar lo anterior, aludió al derecho anglosajón donde los tribunales británicos aplican la denominada *Children's Law Act* de 1989 y de 1997, en la que se establecen una serie de criterios mínimos que deben tener en cuenta éstos al momento de concretar el interés del menor. Cfr. Boele-Woelki, Bratt y Curry-Summer, *European Family Law in Action*, vol. III, *Parental Responsibilities*, Antwerp-Oxford, 2005, Question 35; Adel Azer, "Modalities of the best interests principle in education", en *The Best Interests of the Child*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 225 y ss; y Maidment, S., *Child custody and divorce*, Londres, Croom Helm, 1984.

¹⁹ De donde derivó la tesis 1a. LXVII/2013 (10a.), de rubro: "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS."; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Décima Época, Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 1, página 824; Registro digital: 2002815.

orientada en beneficio de los hijos, fin común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales; criterio proteccionista que se refleja también en las medidas judiciales que se adoptan respecto al cuidado y educación de los hijos, teniendo en cuenta su interés y no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de éstos las que determinan las medidas a adoptarse, sino exclusivamente el bien de los menores.

Este criterio vincula a los órganos jurisdiccionales y al resto de los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos; de manera que deben aplicarse aquellas que sean más adecuadas a la edad de los hijos, para construir progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social.

La Sala precisó que en virtud de lo anterior, y aunque parezca contradictorio, si bien el legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre para atribuir la guarda y custodia de un menor;²⁰ las normas en que esto se prevea no deben interpretarse sobre un estereotipo en el que la mujer resulta, por sí misma, la persona más preparada para tal tarea, ya que aun cuando es innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre, pasado cierto tiempo, como señalan los expertos, opera un progresivo proceso de individualización del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores,²¹

²⁰ Esta previsión se consagra en el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²¹ Véase al respecto Donald W. Winnicott, *La familia y el desarrollo del individuo*, 5a. ed., Buenos Aires, 2006, pp. 15, 17-19, 29 y 31-33.

donde éstos deben hacer posible y propiciar la presencia efectiva de esas funciones simbólicas en el proceso de maduración personal de los hijos.²²

Por tanto, reiteró lo que ha sostenido en otros precedentes, en el sentido de que no existe en el ordenamiento jurídico una presunción de idoneidad absoluta a favor de alguno de los progenitores pues, en principio, tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos, por lo que la decisión judicial que se adopte al respecto debe priorizar el interés y bienestar de los menores sin partir de ninguna predeterminación o prejuicio sexista que otorgue privilegios al conferir la responsabilidad de atender y cuidar de los hijos. Esto es, que no sólo deberá considerar aquel escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino que, por el contrario, buscará una solución estable, justa y equitativa que resulte lo más benéfica para él.

Así, al aplicar la norma impugnada para la adopción de la guarda y custodia, el Juez atenderá a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presentes 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

²² De donde derivó la tesis aislada 1a. XCVI/2012 (10a.), de rubro: "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL."; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, Tomo I, mayo de 2012, página 1095; Registro digital: 2000799.

para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y de 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.²³

Ésta es la exigencia que subyace del interés superior del menor y a través de la cual debe interpretarse la norma impugnada, por lo que la guarda y custodia no se otorgará en automático y sin más razonamiento a la madre, a pesar de la preferencia establecida por el legislador, sino que el juzgador valorará las circunstancias que concurren en los padres y determinará el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro que puede darse con ambos progenitores o con uno solo, ya sea la madre o el padre.²⁴

ii. Estudio de los conceptos de violación

- *Argumentos de la recurrente y aplicación de los precedentes desarrollados en el apartado anterior*

La recurrente señaló que los criterios derivados del amparo directo en revisión 1573/2011 no aplican en su caso, pues se

²³ Criterio plasmado en la tesis 1a. XCVIII/2012 (10a.), de rubro: "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN."; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, Tomo 1, mayo de 2012, página 1097; Registro digital: 2000800.

²⁴ Véase la tesis 1a. XCVII/2012 (10a.), de rubro: "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR (INTEPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO"; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro VIII, Tomo 1, mayo de 2012, página 1097; Registro digital: 2000801.

emitieron conforme a la legislación del Estado de México, que es muy distinta a la del Estado de Nuevo León, la que confiere expresamente un derecho preferente para que sea la madre quien tenga la guarda y custodia, a menos de que se actualice una de las excepciones graves del artículo 414 Bis de su Código Civil, mismas que son limitativas, situación que no acontecía con la del Estado de México.

La Sala consideró infundado este agravio conforme a lo siguiente:

- 1) Que en el amparo directo en revisión 1573/2011, se establecieron los alcances de la institución de la guarda y custodia a la luz del interés superior del niño, esto es, se realizó una interpretación directa de dicho principio contenido en el artículo 4o. constitucional.
- 2) Que conforme a esa interpretación, aquellas disposiciones que establecen una preferencia para que la madre tenga la guarda y custodia de sus menores hijos, indudablemente, deben preservar el interés superior del menor.
- 3) Que no existe una presunción de idoneidad absoluta a favor de que la madre detente dicha guarda y custodia, ante lo cual el juzgador debe adoptar la decisión que no sólo sea menos perjudicial, sino la que sea más benéfica para el desarrollo integral del menor.
- 4) Que este criterio constituye una interpretación directa de un principio constitucional, por lo cual aplica a cual-

- quier tipo de configuración legislativa de la guarda y custodia en las entidades federativas.
- 5) Que la libertad legislativa de la que gozan los Estados en el tema no debe ser obstáculo para ese criterio; lo contrario implicaría caer en el absurdo de que la observancia de un principio constitucional está supeditada a la labor del legislador estatal, con lo que se desconocería la naturaleza jurídica y, por tanto, vinculante de la Constitución.
 - 6) Que cuando el legislador de un Estado establece diversos supuestos de excepción a una preferencia de que la madre detente la guarda y custodia de sus menores hijos, a través de los cuales estime que está protegido su interés superior, aun así están sujetos a un análisis de razonabilidad, pues su solo establecimiento en la legislación no los torna, por sí mismos, válidos e idóneos para preservar el mayor beneficio de los menores.
 - 7) Que el juzgador debe analizar los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales de la familia, buscando el mayor beneficio posible para los menores, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física.
 - 8) Que la existencia de dichos supuestos no impide que el Juez, en atención al interés superior del niño, otorgue la guarda y custodia al padre de los menores involucrados, ya que ello es armónico con dicho principio constitucional y con la interpretación que del mismo ha llevado a cabo el Alto Tribunal.

Por tanto, la Primera Sala concluyó que el precedente emitido en el amparo directo en revisión 1573/2011 sí es aplicable para interpretar el referido artículo 414 Bis y debe entenderse en el sentido de que si bien el legislador de Nuevo León estableció una serie de supuestos de excepción²⁵ para la preferencia de que la madre detente la guarda y custodia,²⁶ de cualquier manera, el Juez, atendiendo a la plena observancia del interés superior del menor, valorará las circunstancias de los progenitores y determinará el ambiente más propicio para el desarrollo integral de los menores involucrados, considerando no sólo el mínimo perjuicio que se les pueda causar, sino el mayor beneficio que se les genere, ante el cual, el Juez determinará el régimen de guarda y custodia que resulte idóneo.

La Sala estimó que algunas de las causales previstas en esa disposición, deben interpretarse de la siguiente forma:

- 1) Que la madre se dedique a la prostitución. No debe entenderse como una situación que, por sí misma, justifique que no detente la guarda y custodia de sus menores hijos, sino que su actualización debe verificarse

²⁵ Dichas excepciones son: (i) que hubiese sido sentenciada por incurrir en conductas de violencia familiar, sea de las contempladas en el Código Civil o en el Código Penal como delitos de violencia familiar o equiparable a la violencia familiar; (ii) exista orden de restricción dictada por autoridad competente; (iii) que se dedicare a la prostitución; (iv) que se dedicare al lenocinio; (v) hubiere contraído el hábito de embriaguez, drogadicción o cualquier otra adicción que pusiere directa o indirectamente en riesgo la estabilidad física o emocional del menor; (vi) tuviere alguna enfermedad contagiosa; y (vii) por su conducta antisocial ofreciere peligro grave para la salud o moralidad de sus hijos.

²⁶ Respecto a la naturaleza sancionadora de las normas en materia familiar la Sala se pronunció al resolver el amparo directo en revisión 348/2012, donde se adujo que las medidas protectoras consagradas en esas disposiciones no deben entenderse conforme a la naturaleza sancionadora que se les atribuye; puesto que no se trata de sancionar por medio de un reproche moral o social la conducta de los progenitores, sino que el objetivo debe ser la defensa de los intereses del menor, la cual responde al establecimiento en el plano constitucional e internacional del favor *minoris* o interés del menor como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores.

solamente cuando implique un peligro o imposibilidad de cumplir con los deberes inherentes de la guarda y custodia.²⁷ Además, consideró este supuesto muy cercano a un escenario discriminatorio, pues conlleva la idea de la mujer como un ser inferior, reducida al deseo del hombre, y que resulta incapaz de ser una "buena" madre.

- 2) Que la madre tenga una enfermedad contagiosa. Debe evaluarse por el Juez, para analizar si esa situación en concreto imposibilita que el menor se desarrolle en el ambiente que le sea de mayor beneficio.

En síntesis, cuando se alegue la actualización de alguna de las causales previstas en la legislación del Estado de Nuevo León, el juzgador realizará un análisis de razonabilidad para determinar si se justifica privar de la guarda y custodia, por poner en peligro o imposibilitar que la madre cumpla con los deberes inherentes a dicha institución jurídica y, por tanto, fundamentales para la protección más amplia del interés superior del menor.

De ahí que la Sala no encontrara un motivo para que la guarda y custodia, según la regulación civil del Estado de Nuevo León, no sea acogida por los criterios que ha emitido al respecto, ante lo cual consideró que los argumentos de la recurrente fueron infundados.

Precisó la Sala que para esa determinación no es un obstáculo lo señalado por el Tribunal Colegiado en la sentencia

²⁷ Al respecto, véase J.M. de Torres Perea, "Custodia compartida: Una alternativa exigida por la nueva realidad social", en *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2011, pp. 10-12.

recurrida, en el sentido de que en aras de salvaguardar el derecho de los menores involucrados

... se hace abstracción de las garantías de legalidad y debido proceso que les corresponden a las partes (en específico la carga de demostrar que la conducta de la demandada se contiene expresamente en alguna de las hipótesis previstas por la norma), y en consecuencia, para resolver la controversia, se estima oportuno revisar y en su caso, valorar el contenido de los dictámenes periciales allegados al procedimiento de origen para conciliar con el principio de interés superior de la niñez y por virtud de que opera la suplencia total de la queja.²⁸

Lo anterior, ya que ante ese señalamiento, la recurrente argumentó que el interés superior del niño no es una excusa para que los juzgadores tomen decisiones al margen de la legalidad y del debido proceso, ya que esas garantías no pueden hacerse a un lado al determinar la guarda y custodia, sino que la decisión que se tome debe hacerse conforme a la ley y a los procedimientos aplicables, pues aquéllas fungen como limitaciones para los juzgadores, a fin de que no tomen determinaciones arbitrarias cuando existan menores involucrados.

Sobre dicho argumento, la Sala consideró que si bien el órgano colegiado no plasmó una redacción del todo afortunada, al mencionar que debía "abstraerse de las garantías de legalidad y debido proceso", lo cierto es que del análisis integral de la sentencia, advirtió que éste determinó que a pesar de la existencia

²⁸ Cfr. la segunda sentencia de amparo.

de una serie de supuestos "limitativos" establecidos en la legislación del Estado de Nuevo León, el principio del interés superior del niño le obligaba a estudiar las circunstancias específicas del asunto para, en su caso, determinar quién debía detentar la guarda y custodia, independientemente de que no se actualizara uno de los supuestos expresamente previstos en la ley.

Finalmente, la Primera Sala afirmó que era evidente que dicha determinación es armónica con los referidos precedentes emitidos por ella misma; por lo que, mediante dicha sentencia, no se violaron los principios de legalidad y debido proceso, sino que en aras de tutelar el principio constitucional del interés superior del menor, el Tribunal Colegiado valoró los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que estimó necesarios para determinar lo relativo a la guarda y custodia, lo cual se muestra en el estudio realizado en su resolución.

- *Agravio relativo a la valoración de las constancias y alcance probatorio de los dictámenes periciales*

Este agravio fue calificado como inoperante, por referirse a cuestiones de estricta legalidad, pues no entraña algún tema de constitucionalidad, a cuyo estudio debe constreñirse la Suprema Corte al resolver los recursos de revisión promovidos en contra de las sentencias emitidas en amparo directo por los Tribunales Colegiados de Circuito.²⁹

²⁹ Fundamenta lo anterior la tesis 1a./J. 56/2007, de rubro: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. SON INOPERANTES LOS AGRAVIOS QUE ADUZCAN CUESTIONES DE MERA LEGALIDAD.'; publicada en el *Semanario...* op. cit., Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, página 730, Registro digital: 172328.

- *Análisis del agravio relativo a la opinión de los menores involucrados en el asunto*

La recurrente manifestó que el Tribunal Colegiado realizó una indebida interpretación del interés superior del niño, porque durante todo el procedimiento no se escuchó la opinión de sus menores hijos, lo que a su criterio, tratándose de una determinación en torno a su guarda y custodia, resulta violatoria de los derechos de los menores.

La Primera Sala estimó fundado este agravio, en razón de diversas consideraciones, entre ellas que:

1. Al resolver el amparo directo en revisión 2479/2012,³⁰ ella analizó el derecho de los menores a participar en los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica, conforme al artículo 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual comprende dos elementos: (i) que los niños sean escuchados, y (ii) que sus opiniones sean tomadas en cuenta, en función de su edad y madurez.

La naturaleza jurídica de este derecho representa un caso especial dentro de los llamados "derechos instrumentales" o "procedimentales", especialidad que deriva de su relación con el principio de igualdad y con el interés

³⁰ Cfr. El asunto resuelto el 24 de octubre de 2012, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea; la contradicción de tesis 60/2008, y la tesis 1a. XXXIX/2009, cuyo rubro es: "MENORES DE EDAD. DEBE DARSELES INTERVENCIÓN PARA QUE SE ESCUCHE SU OPINIÓN EN RELACIÓN CON LA CONTROVERSI DE LOS JUICIOS DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN."; publicada en el *Semanario ... op. cit.*, Novena Época, Tomo XXX, septiembre de 2009, página 447; Registro digital: 166359.

superior de la infancia, con el que se busca brindar a los menores de edad una protección adicional para permitir que su actuación dentro de procedimientos jurisdiccionales, que puedan afectar sus intereses, transcurra sin las desventajas inherentes a su condición especial. Así, este derecho constituye una formalidad esencial del procedimiento a su favor, cuya tutela debe observarse siempre, atendiendo, para ello, a los lineamientos desarrollados por el Alto Tribunal.³¹

2. El concepto de niñez o minoría de edad protege a aquellas personas que requieren determinadas medidas o cuidados especiales por la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran frente al ordenamiento jurídico, como consecuencia de su debilidad, inmadurez o inexperiencia.³²
3. Los menores son sujetos titulares de derechos humanos, pero los ejercen de forma progresiva, conforme van desarrollando un mayor nivel de autonomía; lo que se denomina "adquisición progresiva de la autonomía de los niños"; de manera que ellos, durante su primera infancia, actúan por conducto de otras personas, idealmente, a través de sus familiares.³³

³¹ Así se plasmó en la tesis 1a. LXXVIII/2013 (10a.), de rubro: "DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. REGULACIÓN, CONTENIDO Y NATURALEZA JURÍDICA."; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 1, página 886; Registro digital: 2003023.

³² En este sentido véase la Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Serie A No. 17, párr. 60.

³³ Sobre el mismo tema, véanse: (i) el amparo directo 30/2008, resuelto por la Primera Sala el 11 de marzo de 2009 bajo la Ponencia del Ministro Cossío Díaz, fojas 73 y 78; (ii) Corte IDH. Caso Gelman vs Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221,

Así, el derecho de los menores a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica, se ejerce progresivamente, sin que esto dependa de una edad que pueda predeterminarse y aplicarse generalizadamente a todos los menores de edad, sino que debe analizarse en cada caso.³⁴

Este derecho, acorde con la Sala, tiene una doble finalidad: 1) logra el efectivo ejercicio de los derechos de los menores al reconocerlos como sujetos de derecho; y 2) permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto a un determinado asunto, lo que resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia.³⁵

Luego de emitir esas consideraciones, la Sala destacó que del análisis del caso, advirtió que en el procedimiento del juicio de guarda y custodia los menores involucrados no comparecieron a manifestar su opinión ante los órganos jurisdiccionales respectivos, por lo que, al tratarse de un asunto cuyo objeto es determinar quién ejercerá la guarda y custodia de los menores, y que repercutirá en su esfera jurídica, resultaba fundamental que éstos comparecieran en el juicio a externarla, pues sólo así existiría una tutela efectiva e integral de sus derechos.

párr. 129; y (iii) Corte IDH. Caso Atala Ruffo e hijas vs Chile. Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 68 y 199.

³⁴ De forma similar se pronunció la Sala al resolver el 11 de marzo de 2009 el amparo directo 30/2008, en el cual se sostuvo que: "El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, no establece un tipo de distinción en cuanto a la edad, por lo que no puede partirse de criterios cronológicos y establecer una generalización de cuándo deben ser escuchados, pues es el juzgador quien deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos".

³⁵ Al respecto, la Sala se refirió al Caso Atala Ruffo e hijas vs Chile. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2011, párr. 11.

Lo anterior es armónico con los precedentes mencionados, en el sentido de que para determinar en un caso el interés superior del menor, debe atenderse a los deseos, sentimientos y opiniones de éste, siempre que sean compatibles con sus necesidades materiales básicas o vitales, y con las de tipo espiritual, afectivas y educacionales, lo cual debe interpretarse de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.³⁶

Por tanto, al estimar la Sala que en el caso resulta fundamental la participación de los menores involucrados, para que se conozca su opinión y ésta se valore adecuadamente, determinó que la resolución del Tribunal Colegiado debe revocarse, con el fin de que éste ordene que la Sala local responsable realice todas las diligencias necesarias para escucharla.

Atento a lo anterior, la Sala enfatizó que aun cuando el multicitado artículo 414 bis señala que el Juez debe escuchar la opinión de los menores que han cumplido 12 años, lo cual no se actualiza en el caso, pues los menores involucrados a la fecha de la resolución, tenían 8 y 5 años, respectivamente, ello no es un obstáculo para esa determinación y reiteró lo que resolvió en el amparo directo en revisión 2479/2012, en cuanto a que el derecho de los menores a ser escuchados busca brindarles una protección adicional, y constituye una formalidad esencial del procedimiento a su favor, cuya tutela debe observarse siempre y en todo tipo de procedimientos que puedan afectar sus intereses.

³⁶ Estos argumentos están en la tesis 1a. LXVI/2013 (10a.), de rubro: 'INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.'; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 1, página 824; Registro digital: 2002815.

Conforme a ello, la Sala del Alto Tribunal especificó los lineamientos que debe seguir la Sala local responsable, para escuchar la opinión de los menores,³⁷ a saber:

- 1) Admisión de la prueba. Si se ofreció como prueba el testimonio o declaración de los menores o que su participación se determine de oficio por el juzgador, es importante considerar los elementos relativos a la conveniencia de admitir la prueba, entre ellos:
 - a) La edad biológica de los niños no es el criterio determinante para decidir sobre su participación en un procedimiento jurisdiccional, pues, independientemente de su edad, lo importante es atender a su madurez, es decir, a su capacidad de comprender el asunto y sus consecuencias, así como de formarse un juicio o criterio propio.

Presente este elemento, debe admitirse la prueba con independencia de que se consideren dos factores adicionales, para la valoración de la prueba: (i) las diferencias o variaciones en el grado de madurez de los menores; y (ii) la obligación de escuchar a un niño no equivale a aceptar sus deseos, sino que su opinión se analizará conforme al factor mencionado, a la luz de los lineamientos establecidos en el amparo directo 30/2008 resuelto por la misma

³⁷ Los cuales se establecieron a partir de la resolución del amparo directo en revisión 2479/2012 como "lineamientos que deben observarse para la participación de los menores dentro de cualquier procedimiento jurisdiccional que pueda afectar su esfera jurídica".

Primera Sala, y al cúmulo probatorio que obre en el expediente.

Asimismo, ordenó tomar en cuenta las formas de comunicación verbal y no verbal.³⁸

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

- b) Evitar la práctica desconsiderada en el ejercicio de este derecho, especialmente cuando los menores sean muy pequeños o en aquellos casos en que el niño haya sido víctima de ciertos delitos, como abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato.
 - c) Evitar entrevistar a los niños en más ocasiones de las necesarias.
- 2) Preparación de la prueba. Una vez considerada la conveniencia de admitir la prueba, deben adoptarse dos medidas, igualmente previas a la entrevista:
- a) El menor debe ser informado —en un lenguaje accesible y amigable— sobre: (i) el procedimiento, es decir, lo que comprende, la información sobre los

³⁸ Se pueden mencionar como formas no verbales de comunicación el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura; mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

alegatos de las partes y las consecuencias que se pueden generar; y (ii) su derecho a participar.

- b) Una vez que el menor es informado, debe garantizarse que participe voluntariamente, lo cual constituye una opción y no una obligación. El momento de confirmación de este factor se presenta inmediatamente antes del desahogo de la prueba, cuando el niño se encuentre separado de las personas que eventualmente pueden presionarlo para que participe o no.
- 3) Desahogo de la prueba. La declaración o testimonio del niño debe llevarse a cabo en una diligencia seguida en forma de entrevista o conversación y no como un interrogatorio o examen unilateral. Esta diligencia debe cumplir con los siguientes requisitos:
- a) Contenido. Con anterioridad a la entrevista es conveniente que el juzgador —o, en su caso, la persona facultada para practicar la diligencia— se reúna con un especialista en temas de niñez, ya sea un psiquiatra o un psicólogo, para aclarar los términos de lo que se pretende conversar con el menor, de modo que a éste le resulte más sencillo comprender y continuar la conversación.
 - b) Lugar. La entrevista debe desarrollarse, en la medida de lo posible, en un lugar que no represente un ambiente hostil para los intereses del niño, donde pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones.

- c) **Personas involucradas.** Además del juzgador o funcionario encargado de tomar la decisión del menor, durante la diligencia deben estar presentes dos personas más: (i) el especialista en temas de niñez que se haya reunido con el juzgador —psiquiatra o psicólogo—; y (ii) una persona de confianza del niño, es decir, quien ejerza su representación natural, siempre y cuando esto no represente un conflicto de intereses, un tutor interino o algún mayor de edad involucrado en los asuntos del niño, como puede ser otro familiar que no esté involucrado en el conflicto o algún profesor, trabajador social o cuidador. Esta última persona debe participar en caso de que el menor así lo solicite o se estime mejor para lograr su superior interés.
- d) **Registro de la diligencia.** En la medida de lo posible, debe registrarse la declaración o testimonio de los menores en su integridad, ya sea mediante la transcripción de toda la diligencia o con el uso de los medios tecnológicos al alcance del juzgado o tribunal que permitan el registro del audio; lo que permitirá que la entrevista se valore integralmente por los tribunales que, eventualmente, lleguen a conocer del asunto y evitará que los niños se sometan a nuevas entrevistas cuando sean innecesarias.
- 4) **Representación del niño.** Los niños deben intervenir directamente en las entrevistas, sin que ello implique que no puedan estar representados durante el juicio, lo que recaerá en quienes legalmente estén llamados a ejercerla, salvo que esta situación genere un conflicto de

intereses —como suele ocurrir en asuntos de guarda y custodia, por ejemplo—, en cuyo caso debe analizarse la necesidad de nombrar un tutor interino.

- 5) Confidencialidad. Aunque el Juez adopte la decisión final, debe consultarse a los niños sobre la confidencialidad de sus declaraciones, para evitar generarles algún conflicto que les afecte en su salud mental o, en general, a su bienestar.

Señalados dichos lineamientos, la Sala enfatizó que en cada una de estas medidas, debe tenerse siempre en cuenta el interés superior de la infancia, por lo que no se adoptará determinación alguna que implique un perjuicio para los niños, más allá de los efectos normales inherentes a su participación dentro de un procedimiento jurisdiccional.³⁹

Además, que todas las decisiones adoptadas en relación con la prueba y su valoración se expresen de forma clara y con exhaustividad por el juzgador o tribunal, para que puedan analizarse y controlarse —por los tribunales de alzada y los jueces de amparo—, lo que permitirá comprobar que durante el procedimiento se siguió el interés superior de la infancia y, en su caso, detectar las deficiencias en este sentido.

Adicionalmente, la Primera Sala determinó que en los procesos judiciales relativos a la guarda y custodia, las autoridades

³⁹ Lineamientos que están plasmados en la tesis 1a. LXXIX/2013 (10a.), de rubro: "DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO."; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo 1, página 884; Registro digital: 2003022.

deben manejarse con diligencia y celeridad excepcionales, considerando todos los elementos de convicción que resulten necesarios.

Asimismo, que no sólo deben seguirse los referidos lineamientos para que los menores participen en el procedimiento respectivo, sino que además, las manifestaciones que emitan deben valorarse acorde a lo resuelto en el amparo directo 30/2008, bajo la Ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz,⁴⁰ en el cual se establecieron como parámetros de valoración, los siguientes:

1. La obligación del Juez para atender las manifestaciones del menor no se equipara con la de aceptar su deseo, ya que debe lograr un grado óptimo de congruencia entre las necesidades subjetivas que el menor expresa y las objetivas relativas a su adecuado proceso de socialización, teniendo siempre en cuenta su interés superior.
2. El derecho del menor a ser escuchado no debe contrariar los fines que pretenden protegerse, es decir, éste podrá ser oído por el tribunal si existen razones que lo hagan aconsejable, siempre y cuando no resulte perjudicial para él.
3. Es imprescindible contar con la voluntad del menor para participar dentro del procedimiento judicial respectivo.

⁴⁰ Asunto resuelto por mayoría de 3 votos, por la misma Sala el 11 de marzo de 2009.

4. Lo que dice un niño no siempre debe considerarse en primer grado; hay que decodificar su deseo a partir de las palabras.
5. El Juez tiene que evaluar los hechos que va a consultar, con el fin de lograr la decisión más conveniente para el menor, siempre defendiendo situaciones donde la educación o la salud psicofísica del niño puedan correr peligro.
6. La evolución de las facultades del menor debe ser un factor regulador y orientador para el juzgador, para efectos de emitir su fallo.
7. Es indispensable que el Juez mantenga intacta la integridad intelectual y emocional de los menores.
8. La información obtenida, al escuchar a los menores, nunca puede utilizarse de forma que les ocasione algún perjuicio.
9. El menor que participe en un juicio tendrá que poseer el suficiente lenguaje para comunicar lo que observó.
10. Las evaluaciones de los menores tienen cierta complejidad, por lo que se recomienda que los evaluadores sean especialistas con antecedentes en entrevista, diagnóstico y tratamiento; que conozcan las dinámicas interpersonales y familiares, y que estén familiarizados con la legislación.

11. Es necesario conocer el proceso de desarrollo de los menores en sentido físico y psicosocial, es decir, saber cuándo adquieren la capacidad de recordar; en qué momento desarrollan el lenguaje; cómo es su pensamiento —si concreto o abstracto—, y cuándo pueden discernir entre lo verdadero y lo falso, así como entre lo real y lo fantástico.

En virtud de esas consideraciones la Primera Sala concluyó que el Tribunal Colegiado de Circuito debió tomar en cuenta, de oficio, que en el juicio de origen era necesario escuchar a los menores involucrados en el caso, para valorar su opinión, y realizado ello, determinar su guarda y custodia.

iii. Sentido de la resolución

Con base en los anteriores argumentos la Sala determinó⁴¹ amparar y proteger a la madre de los menores; revocar la resolución recurrida y devolver los autos al Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito, para que deje sin efectos la resolución combatida y, en su lugar, dicte una nueva, donde ordene que la Sala local responsable realice todas las diligencias necesarias para escuchar la opinión de los menores, las cuales, para respetar el interés superior del niño, deben ajustarse a los lineamientos referidos y, realizado lo anterior, determine lo relativo a la guarda y custodia, a la luz de la interpretación que el Alto Tribunal realizó del artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León.

⁴¹ Por mayoría de tres votos de los señores Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Ponente), Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en contra de los emitidos por los Ministros José Ramón Cossío Díaz, quien se reservó su derecho a formular voto particular, y Jorge Mario Pardo Rebolledo.

3. TESIS AISLADAS DERIVADAS DE LA RESOLUCIÓN DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2159/2012

DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. SU EJERCICIO NO SE PUEDE CONDICIONAR A CIERTA EDAD PREVISTA EN UNA LEGISLACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 414 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN).—Como ya lo ha establecido esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el derecho de los menores a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica, resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia. Por tanto, si bien el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León señala que en todo caso, el juez deberá escuchar la opinión de los menores que han cumplido doce años, ello no es obstáculo para que se conozca y sea valorada la opinión de los menores a pesar de que no cumplan con dicha edad, toda vez que el derecho que tienen de ser escuchados busca brindarles una protección adicional, por lo cual, se constituye en una formalidad esencial del procedimiento a su favor, cuya tutela debe observarse siempre y en todo tipo de procedimientos que puedan afectar sus intereses, debiendo tenerse en consideración que este derecho se debe ejercer de forma progresiva, sin que ello dependa de una edad predefinida que pueda aplicarse en forma generalizada a todos los menores, sino que debe analizarse en cada caso, según la madurez del menor.⁴²

⁴² Tesis 1a. CLXXXIX/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, mayo de 2013, Torno 1, página 528; Registro digital: 2003537.

Amparo directo en revisión 2159/2012. 24 de abril de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA ACTUALIZACIÓN DE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS ESTABLECIDOS EN LA LEGISLACIÓN PARA SU OTORGAMIENTO SE ENCUENTRA SUJETA A UN ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 414 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN).

—A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si bien en el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León se instauró una preferencia legal para que la madre tenga la guarda y custodia de sus menores hijos y, adicionalmente, se estableció una serie de excepciones en virtud de las cuales se justifica que no sea la madre quien detente la misma, lo cierto es que incluso en el caso de que se estime la actualización de alguno de tales supuestos, el juzgador deberá analizar que el mismo se traduzca en el mayor beneficio posible para los menores, toda vez que los mismos pueden sustentarse en un reproche moral o social, que poco tienen que ver con las cualidades de madre de una mujer y que, en última instancia resultaría incompatible con el interés superior del menor. Por ende, disposiciones como las contenidas en el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, no deberán ser interpretadas como una sanción o reproche a conductas o situaciones exclusivas de los progenitores, sino que deben

evaluarse en la medida en que impidan o dificulten el pleno desarrollo del menor.⁴³

Amparo directo en revisión 2159/2012. 24 de abril de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 414 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NUEVO LEÓN).—Como ya lo ha establecido esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aquellas disposiciones legales en las cuales se establece una preferencia para que la madre tenga la guarda y custodia de sus menores hijos, deben preservar el interés superior del menor, de lo cual se advierte que no existe una presunción de idoneidad absoluta que juegue a favor de alguno de los progenitores. Así las cosas, el intérprete, al momento de aplicar el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, que dispone que la madre tendrá, en todos los casos en que no viva con el padre de sus hijos, el derecho preferente de mantener a su cuidado a los que fueren menores de doce años, a menos de que concurra alguno de los supuestos previstos en el propio artículo, deberá atender no sólo al menor perjuicio que se le pueda causar a los menores, sino al mayor beneficio que se les pueda generar a los mismos. Lo anterior es así,

⁴³ Tesis 1a. CXC/2013 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XX, mayo de 2013, Tomo 1, página 538; Registro digital: 2003578.

pues la sola existencia de supuestos taxativos establecidos por el legislador para el otorgamiento de la guarda y custodia no implica que los mismos sean armónicos con el interés superior del menor, ni implica que protejan de forma integral a dicho principio en cada supuesto de hecho que pudiese presentarse. Por tanto, incluso en el supuesto de que el legislador hubiese establecido un catálogo de supuestos "limitativos" en torno a una preferencia legal de que sea la madre quien ejerza la guarda y custodia, no impide que el juzgador, en atención al interés superior del menor, otorgue la guarda y custodia al padre de los menores involucrados a pesar de que no se actualice alguno de tales supuestos. En consecuencia, si bien el legislador del Estado de Nuevo León estableció una serie de supuestos de excepción para la preferencia de que la madre detente la guarda y custodia, de cualquier manera, el juzgador deberá valorar las especiales circunstancias que concurran en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de los menores y, por tanto, cuál es el régimen de guarda y custodia idóneo para el caso en concreto.⁴⁴

Amparo directo en revisión 2159/2012. 24 de abril de 2013. Mayoría de tres votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo; José Ramón Cossío Díaz reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.

⁴⁴ Tesis Iá. CLXV/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, Libro XX, mayo de 2013, Tomo I, página 539; Registro digital: 2003579.