

V. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2159/2012

1. En sesión de veinticuatro de abril de dos mil trece, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por mayoría de votos, el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia dictada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito en el juicio de amparo directo 17/2012, cuyo estudio gravitó sobre la interpretación del artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León¹ y el desvanecimiento de la presunción contenida en dicha dispo-

¹ **Artículo 414 Bis.** 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, 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 la 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. - - En todos

sición normativa sobre la preferencia a favor de la madre para conservar la custodia de sus hijos menores de doce años.

I. Antecedentes

2. En el juicio oral de controversia sobre convivencia y posesión interina de menores, el padre de dos menores demandó de la madre de aquéllos su guarda y custodia, esto, en virtud de que, según las aseveraciones del actor, la demandada mantenía a sus menores hijos en un ambiente de violencia, producto de un comportamiento negligente e inadecuado. En primera instancia, el juez *a quo* acogió la pretensión del demandante; sin embargo, tal decisión fue revocada por el tribunal de alzada, quien estimó fundado el agravio relativo a que, según el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, la madre tiene preferencia para la custodia de sus hijos menores de doce años, a menos de que se acredite alguna de las excepciones que señala el propio artículo sin que en opinión del tribunal de alzada, el actor hubiera probado alguno de esos supuestos.
3. En contra de esa decisión, el actor promovió un primer juicio de amparo; sin embargo, de acuerdo a los antecedentes relacionados en la sentencia no se advierte que entonces el quejoso hubiera reclamado la inconstitucionalidad del referido artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León. En ese juicio, el amparo

los casos, el Juez deberá garantizar y facilitar la convivencia de los menores con su padre o madre y cuando sea necesario supervisarla.

se concedió al quejoso (padre de los menores) para el solo efecto de que la Sala responsable se allegara de manera oficiosa de todos los elementos que estimara conducentes para mejor proveer con relación a los dictámenes periciales rendidos durante el juicio.

4. En cumplimiento al fallo protector, una vez allegados los medios de prueba ordenados, la Sala responsable dictó una nueva sentencia en la que reiteró el sentido de su anterior decisión, esto es, revocó la resolución de primera instancia, sobre la base de que con las pruebas que obran en autos 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, ante lo cual, era aplicable al caso en concreto la previsión de que la custodia será detentada de forma preferente por la madre.
5. Ante tal reiteración, el actor promovió un segundo juicio de garantías, en el que fundamentalmente formuló conceptos de violación relativos a la indebida valoración de pruebas pues, en su concepto, la correcta valoración llevaría a considerar inaplicable el artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, al desvirtuarse la presunción que ahí se prevé en favor de la madre cuando la custodia versa respecto de niños menores de doce años. El Tribunal Colegiado que conoció del asunto resolvió conceder el amparo solicitado, a efecto de que la Sala responsable dejara insubsistente la sentencia reclamada, y en su lugar emitiera una nueva en la que determinara que, para el mayor beneficio de los menores, su guarda y custodia debe otorgarse a su

padre. Para tal efecto, dicho órgano jurisdiccional interpretó el artículo 414 Bis del Código Civil de Nuevo León a la luz del precedente emitido por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de siete de marzo de dos mil doce, al resolver el amparo directo en revisión 1573/2011.² Sobre esa base, el Tribunal Colegiado resolvió que la prevención contenida en el artículo que sirvió de fundamento a la sala responsable para sustentar su decisión estaba destruida, ya que si bien en el caso específico no era aplicable alguno de los supuestos contenidos en tal precepto, lo cierto es que en aras del interés superior de los menores, lo ideal era que éstos quedaran al cuidado de su padre por ser esto lo más benéfico para los niños.

6. En contra de esa decisión, la madre de los menores interpuso el recurso de revisión de cuya decisión mayoritaria disiento. En síntesis, la madre adujo en sus agravios que: (i) el Tribunal Colegiado interpretó indebidamente el interés superior del menor como una autorización para abstraerse o alejarse de las "garantías" de legalidad y de debido proceso, pues en estricto apego a esos principios a dicho órgano de control constitucional debió aplicar el artículo 414 Bis del Código Civil de Nuevo León y ordenar que los niños quedaran bajo su custodia, esto, en el entendido de que en el caso no es aplicable

² En aquel asunto se realizó una interpretación conforme del artículo 4.228, fracción II, inciso a), del Código Civil del Estado de México, norma que prevé la preferencia de la madre para conservar la custodia de sus hijos menores de diez años y cuya interpretación fue en el sentido de no solamente evitar un perjuicio al menor, sino buscar su mayor beneficio, esto es, privilegiar siempre el interés superior del niño y valorar las circunstancias de cada caso.

el criterio adoptado por la Primera Sala al resolver el amparo directo en revisión 1573/2011; (ii) dicho órgano jurisdiccional valoró indebidamente los dictámenes periciales y las testimoniales; y (iii) los menores nunca fueron escuchados por el juez del conocimiento.

II. Razones de la mayoría

7. En la decisión mayoritaria se parte de la base de que el recurso de revisión es procedente porque el Tribunal Colegiado *"realizó una interpretación del principio del interés superior del menor contenido en el artículo 4o. constitucional"*, así como una *"interpretación de la institución de la guarda y custodia contenida en el artículo 414 bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León a la luz del principio constitucional del interés superior del niño y los derechos que dicha garantía constitucional involucra"*, por lo que se dijo: *"es indiscutible que el Tribunal Colegiado realizó una interpretación directa del artículo 4o. constitucional, con el objeto de desentrañar el sentido y alcance de la norma y fijar el sentido del principio constitucional del interés superior del menor"*.³
8. A partir de esas premisas, en la sentencia se desarrollan tres apartados. En el primero de ellos, se explica la doctrina que esta Primera Sala ha desarrollado respecto a la guarda y custodia de menores, a la luz del interés superior del niño; además, se analizan los argumentos

³ Página 24 de la sentencia.

de la recurrente sobre la aplicación de los precedentes desarrollados por este Alto Tribunal, particularmente el emitido al resolver el amparo directo en revisión 1573/2011, en donde se analizó la constitucionalidad del artículo 4.228, fracción II, inciso a), del Código Civil del Estado de México,⁴ sobre lo cual la mayoría llegó a la conclusión de que ese antecedente sí es aplicable a este caso y, en consonancia con lo ahí resuelto, ahora se resuelve que el artículo 414 Bis del Código Civil del Estado de Nuevo León admite una interpretación conforme, de manera que tal precepto deberá ser interpretado en términos similares a los establecidos al resolver aquel recurso, esto es, en el sentido de que "(...) el juzgador, atendiendo a la plena observancia del interés superior del menor, 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 involucrados, atendiendo no solo al menor perjuicio que se le pueda causar a los mismos, sino al mayor beneficio que se les pueda generar, ante lo cual, el juzgador deberá determinar el régimen de guarda y custodia que resulte idóneo para el caso en concreto".⁵

⁴ **Artículo 4.228.**- Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones: - - - I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor; - - - II. Si no llegan a algún acuerdo, el juez atendiendo a los elementos de prueba que obren en el sumario y con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de trabajo social y de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicarse, determinará: - - - a).- Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor; - - - b) Después de oír a los interesados, quien se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce; - - - c).- Los mayores de catorce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá.

⁵ Página 44 de la ejecutoria.

9. En segundo lugar, se califican de inoperantes los agravios en los que se atribuye al Tribunal Colegiado una indebida valoración de las constancias y del alcance probatorio de los dictámenes periciales y, finalmente, se estima fundado el tercer agravio relativo a que los menores no fueron escuchados por el Juez del conocimiento y, por ende, la decisión mayoritaria es en el sentido de revocar la resolución combatida, a efecto de que el Tribunal Colegiado ordene que la Sala responsable realice todas las diligencias necesarias para escuchar la opinión de los menores bajo los lineamientos que constan en la propia ejecutoria.

III. Razones del disenso

10. Respetuosamente no comparto las consideraciones de la mayoría ni la metodología empleada en su desarrollo.
11. Por una parte, advierto que en el juicio de amparo no se planteó la inconstitucionalidad del artículo que sirvió de fundamento a la sala responsable para revocar el fallo de primera instancia; y por otra, que quien acude a la revisión es la madre de los menores, aduciendo que el Tribunal Colegiado llevó a cabo una indebida interpretación del artículo 4o. constitucional al entenderlo como una autorización para abstenerse de las garantías de legalidad y debido proceso bajo el entendido de que en atención al principio de interés superior del menor se podría liberar al actor de la carga de demostrar que se actualizó alguna de las hipótesis del artículo 414 Bis del

Código Civil para el estado de Nuevo León. Por ello me resulta evidente que la madre de los menores en ningún momento alegó la inconstitucionalidad de la norma, antes bien, su pretensión es que dicha disposición legal se aplique en sus términos precisos, se considere la preferencia que tiene para conservar bajo su custodia a sus hijos y se ordene que los niños deben permanecer bajo su custodia.

12. No obstante lo anterior, en la sentencia mayoritaria se lleva a cabo la interpretación conforme del referido artículo 414 Bis del Código Civil para el Estado de Nuevo León, en cuyo ejercicio subyace un análisis de constitucionalidad a pesar de que no existe planteamiento en ese sentido ni en conceptos de violación por parte del quejoso ni en los agravios formulados por la tercera perjudicada, (además de que la procedencia del recurso se justificó en que el tribunal colegiado realizó la interpretación directa del artículo 4o. constitucional sobre el interés superior del menor). De ahí que, en todo caso, dada la congruencia que debe prevalecer en toda resolución judicial, el análisis que puede efectuar esta Primera Sala debe tener como eje fundamental la interpretación del artículo 4o. constitucional, respecto de lo cual comparto la decisión mayoritaria al analizarse el tercer agravio de los formulados por la recurrente, esto es, el relativo a la necesidad de respetar el derecho de audiencia de los menores. Sin embargo, ello de ninguna manera lleva a emitir alguna decisión sobre interpretación confor-

me de un precepto cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada.

13. Por otro lado, aun en el supuesto de estimar que a partir de la petición de la recurrente sobre la aplicación de la disposición apuntada, pudiera considerarse la necesidad de analizar oficiosamente la constitucionalidad de esa norma por el impacto que tiene en la esfera jurídica de los menores de edad, no comparto las consideraciones que sustentan el estudio de fondo aprobado por la mayoría por dos razones fundamentales. Primero, porque estimo que el criterio emitido en el amparo directo en revisión 1573/2011 —en donde se analizó la constitucionalidad del artículo 4.228, fracción II, inciso a), del Código Civil del Estado de México— no es aplicable a este caso, y, segundo, porque el artículo que aquí se analiza prevé una serie de supuestos taxativos que son discriminatorios y/o ambiguos, insalvables mediante la técnica de la interpretación conforme.
14. En efecto, en lo que se refiere a la aplicación de las razones dadas por esta Primera Sala al resolver el amparo directo en revisión 1573/2011 no dejo de advertir que en aquel asunto se examinó la constitucionalidad del artículo 4.228, fracción II, inciso a) del Código Civil para el Estado de México, cuyo contenido no es igual al de la disposición que aquí se analiza, lo que queda evidenciado en el siguiente cuadro comparativo:

Código Civil para el Estado de Nuevo León	Código Civil del Estado de México
<p>Artículo 414 Bis. <u>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</u> 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, 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 la 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. - - - En todos los casos, el Juez deberá garantizar y facilitar la convivencia de los menores con su padre o madre y cuando sea necesario supervisarla</p>	<p>Artículo 4.228.- Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones: - - - (...) II. Si no llegan a algún acuerdo, el juez atendiendo a los elementos de prueba que obren en el sumario y con base en el resultado de las pruebas periciales en materia de trabajo social y de psicología familiar que oficiosamente habrán de practicárseles, determinará: - - - a).- <u>Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor;</u> - - - b) Después de oír a los interesados, quien se hará cargo de los mayores de diez años, pero menores de catorce; - - - c).- Los mayores de catorce años elegirán cuál de sus padres deberá hacerse cargo de ellos, si éstos no eligen el Juez decidirá</p>

15. Al respecto, si bien coincido en que el artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México otorga la custodia preferente a la madre es constitucional, de acuerdo con el compromiso adquirido por el Estado Mexicano mediante el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁶ lo definitivo es que en su contenido solamente se prevé la preferencia de la madre para tener bajo su custodia a sus hijos menores de diez años, salvo que esto sea perjudicial para el menor. En el presente asunto, la norma que se analiza tiene un contenido diferente y más amplio, al prever una serie de supuestos taxativos que destruyen dicha preferencia; de ahí que ---estimo--- las consideraciones que entonces dieron lugar a una interpretación conforme de la disposición del Estado de México no son aplicables a la disposición del Código Civil de Nuevo León, sobre todo porque algunos de los supuestos específicos previstos en tal norma son contrarios a la Constitución. Lejos de orientar al juez a determinar cuál es el interés superior del menor, están vinculados con reproches sociales y morales hacia la madre que no están relacionados con el ejercicio adecuado de la maternidad, tales como ejercer la prostitución, sufrir una enfermedad contagiosa o "conducta antisocial" que ponga en riesgo la salud o moralidad de los hijos, en lo que

⁶ **Artículo 16. Derecho de la Niñez.** Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

advierdo que esos supuestos previstos en el artículo 414 Bis del Código Civil de Nuevo León son discriminatorios y/o ambiguos, insalvables mediante la técnica de la interpretación conforme.

16. Al respecto, no dejo de advertir que, incluso, en la propia sentencia mayoritaria se da noticia de que la norma raya en lo inconstitucional, al afirmarse: *"Es más, la inclusión de supuestos de este tipo por parte del legislador se encuentran muy cerca de un escenario de discriminación, ya que implican inevitablemente la idea de la mujer como un ser inferior, como ser cosificado para el deseo del hombre, y que resulta incapaz de ser una 'buena' madre"*.⁷
17. En ese sentido, considero que al margen de que en este asunto no es el caso de efectuar un análisis sobre la constitucionalidad del artículo 414 Bis del Código Civil de Nuevo León, aun en el caso de que tal examen resultara procedente, estimo que no cabe una interpretación conforme cuando dicha norma prevé supuestos taxativos que vulneran derechos fundamentales que deben ser tutelados por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación.
18. Por ello, respetuosamente disiento de la decisión adoptada por la mayoría y considero que el recurso que dio lugar a este asunto debió limitarse a analizar la necesidad de escuchar a los menores en el juicio de origen,

⁷ Página 46 de la sentencia.

respecto de lo cual estimo que en autos hay elementos suficientes para advertir cuál es la posición de aquéllos en relación a quién de los progenitores ha de ejercer la guarda y custodia, lo que en mi concepto hace innecesario ordenar la reposición del procedimiento.