



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO**

**TEMA: “LA INTERPRETACIÓN, ARGUMENTACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS  
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DE PROTECCIÓN AL INTERÉS  
SUPERIOR DEL MENOR, EN MÉXICO”**

**SUBTEMA: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL AMPARO DIRECTO  
EN REVISIÓN CON NÚMERO DE EXPEDIENTE 2710/2017, PRONUNCIADA  
POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA  
NACIÓN**

**TESIS QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL GRADO  
DE**

**MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA**

**JOSÉ LUIS AMADO SANTOS**

**DIRIGIDO POR**

**DR. NORBERTO ALVARADO ALEGRÍA**

**CENTRO UNIVERSITARIO**

**QUERÉTARO, QRO.**

**ENERO DE 2020.**



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO  
FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

Opción de titulación  
**Tesis**

Que como parte de los requisitos para obtener el Grado de Maestro en Derecho

**Presenta:**

José Luis Amado Santos

Dirigido por:

Dr. Norberto Alvarado Alegría

Dr. Norberto Alvarado Alegría  
Presidente

Dr. Javier Rascado Pérez  
Secretario

Dr. Gerardo Alan Díaz Nieto  
Vocal

Mtro. Manuel Hernández Rodríguez  
Suplente

Mtro. José Enrique Rivera Rodríguez  
Suplente

Centro Universitario  
Enero 2020  
Querétaro, Qro.

## RESUMEN

El presente trabajo analiza la sentencia dictada en el Amparo Directo en Revisión con número de expediente 2710/2017, pronunciada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual se analizan figuras jurídicas en torno al interés superior del menor, a la guarda y custodia, a los derechos de convivencia, entre otros, con la finalidad de verificar si la interpretación, argumentación y decisión de los órganos jurisdiccionales se ajustan al texto de la constitución. El sistema jurídico mexicano está basado en la protección de los derechos humanos, a través del establecimiento de derechos públicos subjetivos de los que gozan las personas, así como de los límites y obligaciones impuestos a las autoridades de gobierno, sin embargo, en la práctica de la materia familiar se presenta una complejidad para los órganos jurisdiccionales, al establecer los alcances que pueden ejercer estas autoridades para proteger el interés superior de la niñez, ya que se deben tomar en cuenta aspectos psicológicos, económicos, sociales y en algunos casos, hasta aspectos biológicos de las personas que intervienen en cada litigio.

**(Palabras clave:** Convivencias, Custodia, Derechos Humanos, Interés Superior del Menor).

## SUMMARY

This document analyzes the ruling handed down in direct protection review with file number 2710/2017, given by the first Hall of the Supreme Court of Justice, which examines legal figures around the best interests of the child the guard and custody rights of coexistence between parents and children, among others, in order to verify if the interpretation, argumentation and decision of the courts are in accordance with the text of the Constitution. The Mexican legal system is based on the protection of human rights, through the establishment of subjective public rights that people have and the limits and duties imposed to government authorities, however, in the practice of family matter presents a complexity to the courts, to establish the scope that can exercise these authorities to protect the best interests of children, as psychological aspects should be taken into account, economic, social and in some cases, biological aspects of people involved in each dispute.

**(Key words:** coexistence, custody, human rights and best interests of the minor)

## DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mi esposa e hijas, por su apoyo y amor incondicional.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

## AGRADECIMIENTOS

Agradezco el apoyo y guía del Dr. Norberto Alvarado Alegría, por su dedicación en la dirección del presente trabajo

Agradezco al Programa Titúlate de la Facultad de Derecho, por servir como una oportunidad para culminar el proyecto iniciado hace años, presentándose como una verdadera opción para titulación del que suscribe.

Dirección General de Bibliotecas UJAQ

## CONTENIDO

RESUMEN.....	III
SUMMARY .....	IV
DEDICATORIA .....	V
AGRADECIMIENTOS.....	VI
CONTENIDO .....	VII
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO PRIMERO.....	11
LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ.....	11
a) Marco Conceptual e Histórico:.....	11
b) Derechos Humanos de la Niñez.....	15
c) Desde El Punto de Vista de la Teoría General del Derecho.....	17
d) Argumentación Jurídica .....	19
CAPÍTULO SEGUNDO.....	23
PLANTEAMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL: .....	23
a) Texto Constitucional Sujeto a Interpretación: .....	23
b) Antecedentes de la Resolución .....	25
b.1) Contexto de la problemática en el caso concreto .....	25
b.2) Incidente de Modificación de Guarda y Custodia y Recurso de Apelación.....	26
b.3) Juicio de Amparo Directo de la Madre .....	27
b.4) Juicio de Amparo directo del Padre.....	28
b.5) Sentencia del Tribunal Colegiado .....	28
b.6) Recurso de revisión.....	31
CAPÍTULO TERCERO .....	33
ANÁLISIS DE LA LÍNEA DE ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA:.....	33
a) Línea Argumentativa.....	33
b) Diagrama Explicativo Del Caso .....	44
c) Alternativas a la Resolución del Órgano Jurisdiccional.....	46
CONCLUSIONES.....	48

BIBLIOGRAFÍA.....	53
ANEXO.....	55

Dirección General de Bibliotecas UAQ



## INTRODUCCIÓN

La constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, a raíz de las reformas del año 2011, representa un nuevo paradigma para los profesionales del Derecho, en la forma en que se analiza, se interpreta, se argumenta y aplica el derecho por parte de los profesionales de esta materia.

En el presente trabajo se analiza una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por considerar que el Poder Judicial juega un papel de primordial importancia para la ejecución del nuevo constitucionalismo del que somos partícipes.

Se analizó una sentencia en la que se estudian derechos de menores de edad, a la luz de los preceptos constitucionales que reconocen y protegen el interés superior del menor, siendo esto de gran importancia, sobre todo por tratarse de personas que requieren una protección jurídica especial.

Para lograr lo anterior, se debe analizar el marco teórico de protección de los derechos humanos de los menores de dieciocho años, conociendo los antecedentes históricos que han servido para positivizar dichos derechos, además de analizar los cambios de paradigmas en la forma de reconocer el derecho de los menores de edad, desde considerarlos como un mero objeto de protección jurídica, para pasar a considerarlos como sujetos de derechos.

En el presente trabajo, se hace notar la importancia teórica de la validez de las normas jurídicas, que deben cumplir un triple propósito, buscando el sentido de justicia a nivel axiológico, formal y real, por lo cual es importante analizar las sentencias de los órganos jurisdiccionales para verificar que se cumpla con tal objetivo.

Asimismo, se analizará la forma de interpretar los preceptos constitucionales y sobre todo, la forma de argumentar que ejercita la Suprema Corte de Justicia de

la Nación, destacando que dicha función argumentativa de los órganos jurisdiccionales representa una finalidad intrínsecamente política a cargo del poder judicial, asumiendo la obligación constitucional de motivar y fundamentar sus resoluciones, controlando así el poder que pudiera llegar a tener el Poder Judicial, abonando a una división de poderes debidamente equilibrada.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

## CAPÍTULO PRIMERO.

### LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

#### a) Marco Conceptual e Histórico:

En el presente trabajo, se pretende analizar la importancia de la aplicación de los derechos humanos para las personas menores de dieciocho años, o bien, los derechos de la niñez, por parte de los órganos jurisdiccionales de nuestro país, siendo esto uno de los imperativos categóricos más importantes que prevé nuestra Constitución.

Comulgando con Ferrajoli, una constitución es un sistema de reglas sustanciales y formales que tienen como destinatarios propios a los titulares del poder. Así pues, todas las autoridades y particularmente las del orden judicial, deben necesariamente observar si cualquier acto o norma jurídica que está en controversia se contrapone con la propia Constitución y alguno de los tratados de los que México sea parte. Los preceptos constitucionales ya no son meramente disposiciones formales, sino sustanciales, debiéndose constituir como una verdadera proyección jurídica del derecho, mismo que debe ser respetado por los órganos jurisdiccionales a través de sus sentencias<sup>1</sup>.

Resulta de un gran interés el abordar el estudio de los derechos de la infancia, a través de las resoluciones judiciales emitidas por el Poder Judicial de la Federación, ya que en la experiencia profesional del autor, ha servido para la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia del Municipio de Querétaro, en donde tuvo la oportunidad de atender de manera directa, a las personas que buscaban asesoramiento legal y representación en diversos procedimientos. Asimismo, como abogado litigante particular, ha continuado con el patrocinio de

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi, "*Epistemología Jurídica y Garantismo*", D.F. México, Editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, página 273.

múltiples procedimientos que han sido resueltos por el Poder Judicial de la Federación, en los cuales estuvieron en litigio derechos de niños, niñas y adolescentes, pudiendo observar cómo ha ido evolucionando el actuar de los profesionales del derecho, entre los que se incluyen abogados, autoridades administrativas, jueces e incluso de legisladores, pudiendo constatar incluso cómo ha ido progresando el criterio de los órganos jurisdiccionales, en general, sobre este tema.

En el contexto histórico, existen diversos antecedentes a lo que actualmente conocemos como Derechos Humanos<sup>2</sup>, sin embargo, quisiera remontarme a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, producto de la revolución francesa de 1789, en la cual se logró la proclamación de que todos los hombres nacen libres e iguales ante la ley.

En nuestro país, la Constitución de 1857 en su artículo primero, de manera expresa estableció que los derechos humanos, en esos momentos expresados como *derechos del hombre*, quedaron sustantivamente reconocidos y protegidos por la propia constitución al establecer “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución”<sup>3</sup>

A su vez, la Carta Magna de 1917 estableció como obligación para el Estado, la protección de las garantías individuales, así como la protección de derechos colectivos como los de los trabajadores, campesinos, ejidatarios, comuneros, entre otros.

---

<sup>2</sup> Entre otros, el Bill of Rights, la constitución de Virginia de 1776, incluso en México, la Constitución de 1814.

<sup>3</sup> Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en fecha 02 de febrero de 1857, consultada en [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1857.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf) el día 09 de junio de 2019 a las 13:12 hrs.

Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948, fue proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que se consideró que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. En la Declaración se estableció de manera clara el acceso a las mujeres a toda la gama de los derechos humanos, estableciéndose en uno de sus considerando “que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.<sup>4</sup>

En la propia Declaración se estableció en su artículo 25 señaló que la infancia tiene derechos a cuidados y asistencia especiales, y en el artículo 30, se estableció que nada en esa Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en dicha Declaración.

Así, los derechos humanos representan la aspiración legítima de una calidad de vida digna, en la que se ejerza de manera real la democracia, la igualdad y equidad para que las personas puedan buscar su plenitud y felicidad, ejerciendo su autonomía de la voluntad de manera responsable e indiscriminada, contando con mecanismos para hacer cumplir de manera coactiva dichos derechos frente a las autoridades e incluso contra otros particulares.

---

<sup>4</sup> Página WEB <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> consultada en fecha 02 de mayo de 2019 a las 20:46 horas.

Siguiendo a Ignacio Burgoa<sup>5</sup> los derechos humanos se traducen en *imperativos éticos* emanados de la naturaleza del hombre que se traducen en el respeto a su *vida, dignidad y libertad*, en su dimensión de persona o ente autoteleológico. En otras palabras tales derechos “nacen de la naturaleza de la conciencia interpretada iluminada por la razón”<sup>6</sup>, mismos que asumen positividad a virtud del reconocimiento que en la ley se hace de ellos.

En nuestro país se han hecho importantes esfuerzos para estar a la vanguardia legislativa en temas de protección a los derechos humanos, tal como se puede constatar con las reformas constitucionales del año 2011, mismas que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fecha 6 de junio de 2011, en las que se establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, debiendo interpretar las normas relativas a los derechos humanos de manera que se favorezca en todo momento a las personas la protección más amplia, conociéndose esto como principio pro persona.

A su vez, en la reforma constitucional de 12 de octubre de 2011, se incorporó expresamente el interés superior de la niñez en el artículo 4º constitucional, para quedar como sigue:

*Artículo 4º. [...]*

*En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.*

---

<sup>5</sup> BURGOA Ignacio, “Las Garantías Individuales”, 37ª Edición, D.F., México, Editorial Porrúa, 2004, página 51.

<sup>6</sup> *Op. cit.*

*Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. [...]*

## b) Derechos Humanos de la Niñez

Derivado de las atrocidades que el mundo entero pudo constatar con motivo de la primera guerra mundial, la Sociedad de Naciones tuvo a bien aprobar la Declaración de Ginebra de 1924, cuyo contenido eran cinco artículos, redactados de tal forma que queda claro que los menores fueron tratados como un objeto de protección, más no como sujetos de los derechos, es decir, se establecieron obligaciones para los adultos.<sup>7</sup>

El 20 de noviembre de 1959, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño de manera unánime por los miembros de la Organización de las Naciones Unidas, siendo este instrumento, el primero en el que se hizo referencia al término “interés superior del niño” como objeto de consideración primaria en toda provisión que le afecte, según lo explica la jurista Isabel Fanlo Cortes<sup>8</sup>, añadiendo que dicho término quedó plasmado en el principio Séptimo de dicha declaración. En el texto completo de la declaración se observa: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres.”<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup><https://es.slideshare.net/josecarlossantivaez/declaracion-de-ginebra-sobre-los-derechos-del-nio>, consultada en fecha 05 de mayo de 2019 a las 19:36 horas, se observa el texto escrito por Santivañez Sanchez, Jose Carlos Abril, 2017, en el que se transcriben los artículos recogidos de dicha declaración: 1.- El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. 2.- El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados. 3.- El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad. 4.- El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación. 5.- El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

<sup>8</sup> FANLO Isabel, *“Derechos de los Niños” Una contribución Teórica*, D.F. México, Editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2008, página 9.

<sup>9</sup> [http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo\\_social/docs/marco/Declaracion\\_DN.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Declaracion_DN.pdf) consultada el día 09 de junio de 2019, a las 13:23 horas.

Ahora bien, el instrumento más importante para efectos jurídicos y que logró cambiar el paradigma de que un menor era un simple objeto de protección, sino como un sujeto titular de derechos autónomos, es la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, al establecer de manera clara en múltiples artículos los derechos que tienen los menores, por ejemplo, a la vida, a la educación, a la dignidad, etc., a cambio de los ordenamientos anteriores, en los que la redacción estaba orientada a establecer cargas u obligaciones para los adultos.

Bajo este aspecto, la convención de 1989, si bien no deja de poner el acento sobre la protección que los niños necesitan en razón de su inmadurez (sobre todo por lo que refiere al papel de guía que ejercen los adultos respecto de estos “nuevos” derechos del niño), parece ofrecernos, además, una concepción radicalmente distinta de los derechos de la infancia, resultado, por un lado, de la evolución del conocimiento del desarrollo infantil y adolescente y, por otro, de nuestras ideas sobre los derechos humanos que han superado la concepción liberal.<sup>10</sup>

Ahora bien, la convención de 1989 nuevamente recoge el término “interés superior”, al establecer en su artículo tercero, numeral 1, lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el *interés superior del niño*.”<sup>11</sup>

En el ámbito nacional, actualmente contamos con la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de diciembre de 2014, en la que se reconoce expresamente a niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; en los

---

<sup>10</sup> Isabel Fanlo, *op. cit.*, página 10

<sup>11</sup> [http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo\\_social/docs/marco/Convencion\\_DN.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Convencion_DN.pdf) consultada en fecha 08 de junio de 2019, a las 18:22 horas.



términos que establece el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De igual forma, en esta Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se recoge nuevamente el término “Interés Superior”, al establecer en el artículo 2: “El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector”.

Asimismo, en esta legislación se hace mención a lo que actualmente se conoce como *estándar de riesgo*, al establecer: Cuando se tome una decisión que afecte a niñas, niños o adolescentes, en lo individual o colectivo, se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

En otro orden de ideas, el sujeto de derecho de este “interés superior” son todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad, según lo define la propia Convención de los Derechos del Niño. En este sentido, a lo largo del presente trabajo, se estará aludiendo a la *niñez* o a los *niños*, englobando a todo niño, niña o adolescente, sin que signifique una connotación misógina o parcial, sino a una mera economía del lenguaje.

c) Desde El Punto de Vista de la Teoría General del Derecho.

No obstante los avances en cuanto a la positivización de los derechos humanos de la niñez a nivel mundial, como en México, queda hacerse la pregunta consistente en ¿los órganos jurisdiccionales aplican el principio del interés superior de la niñez?

Con lo anterior, queda sutilmente expuesta mi convicción de que los derechos humanos de la niñez, contienen atributos de validez *extrínseca*, ya que son preceptos obligatorios, que emanaron de una autoridad legislativa u organismos internacionales competentes, cumpliendo los ordenamientos que la propia ley establece y por lo tanto, provienen de fuentes formales del derecho y son congruentes con otras normas integrantes del sistema jurídico; y contienen atributos de validez material o *intrínseca* en sentido axiológico, en virtud de que se consideran normas justas.

Ahora bien, un tercer atributo necesario para el correcto funcionamiento del sistema jurídico, es el de la eficacia. Citando a García Máynez, "Declarar que un precepto de derecho es *eficaz* significa que es cumplido por sus destinatarios o –a falta de cumplimiento espontáneo- aplicado o impuesto por órganos de poder público. Sostener que todo un sistema tiene eficacia significa, en cambio, que las prescripciones que lo constituyen son normalmente obedecidas o aplicadas"<sup>12</sup>.

Continuando sobre esa misma tesis, García Máynez cita al filósofo Arthur Kaufmann diciendo "si declaramos que sólo es derecho genuino el que, amén de vigente, es eficaz e intrínsecamente justo, tendremos que reconocer –al menos en los casos de antinomia o conflicto- que los órganos del poder público no pueden hacer depender la fuerza vinculante de las normas en vigor de los juicios que los particulares formulen sobre la bondad o justicia de éstas o, de la iusnaturalidad de tales normas"<sup>13</sup>.

De tal suerte, el jurista García Máynez plantea lo que se le ha conocido como la Teoría de las Tres Esferas Jurídicas, cada una de ellas representada respectivamente por Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, en las que se busca que las normas jurídicas puedan concurrir con los tres atributos

---

<sup>12</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "*Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, D.F. México, editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, páginas 142 y 143.

<sup>13</sup> *Op. cit.* página 146.

a saber, el de la vigencia, el de la validez intrínseca y el de la eficacia, ofreciendo de tal forma la representación del caso límite o ideal de la realización de la justicia en una sociedad determinada.

Con el sistema jurídico positivo debe existir una relación de interacción con lo que se conoce como cultura jurídica, la cual puede entenderse como la suma de muchos conjuntos de conocimientos y de actitudes: en primer lugar, el conjunto de las teorías de las filosofías y de las doctrinas jurídicas elaboradas por los juristas y filósofos del derecho en una determinada fase histórica; en segundo lugar, el cúmulo de las ideologías, de los modelos de justicia y de los modos de pensar sobre el derecho que son propios de los operadores jurídicos de profesión, sean éstos legisladores o jueces o administradores; en tercer lugar, el sentido común acerca del derecho y de los institutos jurídicos singulares que opera y difunde una sociedad determinada.<sup>14</sup>

#### d) Argumentación Jurídica

Resulta primordial que los derechos humanos, una vez que han pasado por una etapa muy lenta de reconocimiento por parte de los órganos que le dan positivización, sean plenamente ejercidos por sus destinatarios y que sean debidamente protegidos por las autoridades según sus ámbitos de competencia. Para que esto suceda se requiere de una profesionalización de todos los actores jurídicos, incluyendo a legisladores, catedráticos, abogados, autoridades, además de los funcionarios adscritos a órganos jurisdiccionales, a fin de que desarrollen técnicas de investigación y esgrimiendo propuestas razonadas a través de argumentos que permitan el convencimiento de que una resolución en determinado sentido, podría traer como consecuencia el mejoramiento de la calidad de vida de la población, además de solucionar los casos concretos que se puedan presentar.

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI. *op. cit.*, página 169.

Así pues, resulta primordial el trabajo que realicen los juzgadores al momento de emitir sus resoluciones, ya que emitir verdaderos razonamientos lógicos y jurídicos en los que se resuelvan las controversias que se les pongan a consideración, analizando los argumentos esgrimidos por las partes, analizando las probanzas que obren en el expediente, aplicando las normas y ponderando los principios jurídicos a que haya lugar, es una obligación que deviene de la propia constitución, la cual en su artículo 16 señala con toda claridad “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento” [...].

De tal suerte que la motivación que realicen los juzgadores, se convierte de manera intrínseca en un derecho humano a favor de las partes que intervengan en cualquier contienda de carácter jurisdiccional.

La obligación de motivar, contiene a su vez una justificación de carácter político, que hace manifiesta la necesidad de controlar el poder que se le otorga a un juzgador, según lo explica el jurista Manuel Atienza, quien además señala que la idea del Estado de Derecho parece implicar la necesidad de que los órganos públicos estén argumentadas. Esto es así porque en el contexto de un Estado de Derecho la justificación de las decisiones no se hace depender sólo de la autoridad que las haya dictado, sino también del procedimiento seguido y del contenido.<sup>15</sup>

Argumentar o motivar es una acción que consiste en esgrimir razones a favor o en contra de una determinada teoría que se trata de sostener o atacar.

Ahora bien, MacCormick, a su vez, citado por Atienza, hace una distinción entre casos fáciles y casos difíciles: en los casos fáciles, la justificación de las decisiones judiciales es simplemente una cuestión lógica, es decir, la aplicación de

---

<sup>15</sup> ATIENZA Manuel, “*El Sentido del Derecho*”, España, Editorial Ariel Derecho, 2ª Edición, 2004, página 256.

determinados silogismos para determinar si un individuo se encuentra en determinado supuesto, a fin de aplicar la consecuencia jurídica prevista por la ley, entre las que se pudieran contemplar sanciones, penas, concesiones, etc.<sup>16</sup>

Por su parte, los casos difíciles se pueden dar por razones normativas o por razones de hecho. En el primer supuesto se puede tratar de problemas de relevancia: cuando existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma o normas aplicables al caso; o problemas de interpretación, cuando existen dudas sobre cómo hay que entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable. En el segundo supuesto (por razones de hecho), puede tratarse de problemas de prueba, es decir, si algún hecho quedó debidamente acreditado en el procedimiento, o si ha tenido o no lugar un acontecimiento, o problemas de calificación, que surge cuando las dudas se refieren a que si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto que se contiene en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de una norma. De igual forma se señala lo que se conoce como casos trágicos, que serían aquellos que no pueden resolverse respetando tanto el derecho establecido, como los principios de justicia.<sup>17</sup>

Para efectos del presente trabajo las motivaciones de tipo normativas son de especial interés, sobre todo porque se trata de una resolución emitida por el Tribunal Supremo de nuestro país, en el que se decidirá si las decisiones previas que emitieron los juzgadores inferiores en cuanto a jerarquía, son acordes al principio del interés superior del menor, y en consecuencia, acordes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como a los tratados internacionales.

Así pues, la resolución del amparo en revisión sobre el que versa el presente estudio, únicamente se avoca a identificar si se interpretó debidamente algún precepto constitucional, por lo que las argumentaciones por cuestiones de hecho no tiene cabida en el caso que nos ocupa.

---

<sup>16</sup> *Op. cit.*, páginas 264 y 265

<sup>17</sup> *Op. cit.*.

De esa manera, los profesionales del derecho debemos tener la capacidad para interpretar los preceptos jurídicos, otorgando el significado correcto a los textos para aplicarlos a los casos que se presenten en la realidad.

Ahora, el presente trabajo tiene como finalidad en un primer plano, analizar el desarrollo argumentativo de la resolución que emitió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para ponderar el Principio del Interés Superior del Menor<sup>18</sup>, tratando de identificar si dicha resolución se acoge a lo que a lo largo del presente capítulo se debería entender por una sentencia “justa”. En segundo plano, se analizará si la se hubiere podido dar una solución alterna al caso en concreto planteado, de conformidad con el sistema jurídico nacional.

Con lo anterior, se podrá determinar si los preceptos constitucionales son debidamente interpretados, argumentados y protegidos por los órganos jurisdiccionales, acordes con las nuevas corrientes del derecho tendientes a reconocer y garantizar la protección más amplia de los derechos humanos, principalmente a unos sujetos de derecho que requieren una protección especial, como lo son los menores de edad.

---

<sup>18</sup> Para efectos de economía, en este trabajo nos podremos referir a la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, únicamente como la Corte.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### PLANTEAMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL:

En el presente trabajo, me avocaré al análisis de la sentencia dictada la Corte, relativa al Amparo en Revisión radicado con el número de expediente 2710/2017, promovido por Ana “N”, quien señaló como autoridad responsable a la Tercera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. En la sentencia que nos ocupa, fungió como Ministro Ponente el Doctor Arturo Saldívar Lelo de Larrea, quien actualmente se desempeña como Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>19</sup>

#### a) Texto Constitucional Sujeto a Interpretación:

El texto constitucional que estuvo sujeto a valoración, es precisamente el que corresponde a los artículos 1º, 4º, 14 y 16 Constitucionales, que a la letra dicen:

*[...] “Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*

---

<sup>19</sup> El 2 de enero de 2019 fue electo Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...” [...]

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.[...]

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez...” [...]

Por su parte, en la sentencia que se analizará, se hace mención en reiteradas ocasiones del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que a la letra dice:

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la



*ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.*

*2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*

*3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*

*4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”*

b) Antecedentes de la Resolución

b.1) Contexto de la problemática en el caso concreto

La señora Ana "N" y el señor Gunnar "N" contrajeron matrimonio, durante el cual procrearon a una única hija de nombre Isabella "N", ésta última menor de edad, sin embargo, la madre de la menor inició un juicio de divorcio incausado. Seguidos los trámites correspondientes, el 30 de mayo de 2013, se decretó el divorcio entre Ana "N" y Gunnar "N", en el que entre otras resoluciones, *se decretó la guarda y custodia provisional en favor de la madre y un régimen de visitas y convivencias supervisadas con el padre.*

A partir de la fecha en la que se estableció el régimen de convivencias supervisadas entre la menor y su padre, la madre no presentó a la menor a las convivencias en diversas ocasiones. Según tuvo por acreditado la Sala Responsable, en la mayoría de los casos no justificó las razones por las cuales no llevó a su hija para que conviviera con su padre.

El padre requirió a las autoridades para que se le conminara a cumplir, por lo que se decretó en contra de ella lo siguiente: (i) una multa de \$25,000.00 pesos por desacato a una orden judicial; y (ii) arresto por 24 horas por desacato a una orden judicial. De igual manera, se le hicieron requerimientos judiciales para que proporcionara los números telefónicos en los que el padre pudiera comunicarse con su hija.

#### b.2) Incidente de Modificación de Guarda y Custodia y Recurso de Apelación

El 22 de enero de 2014, el padre interpuso, por sí y en nombre de su hija, un incidente de modificación de guarda y custodia, en que sustentó los siguientes hechos:

(i) La madre incurrió en actos y omisiones que llevaron a una separación injustificada entre la menor y su padre.

(ii) La madre no ha permitido las convivencias, pues con independencia de los recursos y juicios interpuestos, era prioridad presentar a la menor a las convivencias con su padre hasta que no hubiera una resolución en sentido contrario.

(iii) Hubo una alteración en la autoestima de la menor al ser separada absolutamente de su padre, lo que demuestra que la madre alienó a su hija y le provocó un conflicto de lealtades.

(iv) Está acreditado que el padre y el abuelo paterno de la menor no son generadores de violencia o abuso sexual.

(v) La madre manipuló dictámenes psicológicos presentados ante el Juez, mediante el cual pretendía probar el supuesto abuso sexual.

Se dictó sentencia en la que se *declaró infundado* el incidente de modificación de guarda y custodia intentado.

Inconforme, el padre interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto en el sentido de revocar la sentencia recurrida y *declarar procedente el cambio de guarda y custodia* de la menor en favor de su padre.

### b.3) Juicio de Amparo Directo de la Madre

En desacuerdo con la resolución anterior, la madre, por su nombre y en representación de su hija promovió juicio de amparo directo, argumentando que no se respetó el interés superior de su hija, señalando que la Sala responsable vulneró los artículos 6 y 7 de la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del Distrito Federal, ya que no existen elementos para determinar que debe cambiarse la guarda y custodia de la menor en favor del padre.

La madre manifestó que es falso que alienó a su hija o que la coaccionó, intimidó o condicionó con el fin de que no se desarrollaran las convivencias ordenadas.

Además, argumentó que a pesar de que la Sala responsable advierte el conflicto conductual del padre, establece que ello no puede ser determinante para que su hija conviva con él.

Por su parte, el padre promovió juicio de amparo adhesivo, en el que alegó que:

- (i) la Sala Familiar valoró incorrectamente la entrevista realizada a su menor hija;
- (ii) es clara la intención de la madre de separar a su hija de él; y
- (iii) la Sala responsable debió haber tomado en cuenta los ingresos de la madre en los dos últimos años previos a la demanda de divorcio para determinar la pensión alimenticia que debe de pagar.

#### b.4) Juicio de Amparo directo del Padre

Por su parte, de manera paralela a la promoción del juicio de amparo directo del que deriva el presente recurso, *el padre de la menor promovió un diverso amparo en contra del mismo acto reclamado*. Dicho juicio fue admitido por el mismo Tribunal Colegiado.

Esencialmente alegó que la Sala debió haber suspendido la patria potestad a la madre de la menor, ya que es claro que al alienarla de él ejerció violencia en su contra.

#### b.5) Sentencia del Tribunal Colegiado

En sesión de 22 de marzo de 2017, el Tribunal Colegiado dictó sentencia en ambos amparos; en primer término resolvió el promovido por la madre y en segundo el del padre de la menor.

Respecto al amparo promovido por la madre —y del que se deriva el recurso de revisión en estudio— el Tribunal Colegiado negó el amparo solicitado con base en las siguientes consideraciones:

**(i)** No se vulneró la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, toda vez que la Sala responsable analizó en su totalidad el asunto y justificó el cambio de guarda y custodia en tres elementos: a) la no convivencia entre la hija y su padre por causas imputables a la madre; b) los daños que la falta de convivencia

ha ocasionado a la menor; y c) que no se acreditó que la menor corriera peligro al vivir libremente con su padre y su familia paterna.

**(ii)** De acuerdo a lo previsto en los artículos 4o. de la Constitución General; 3.1, 7.1, 8.1, 9.1, 16.1, 19.1 y 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los menores no deben ser separados de sus padres salvo que la separación sea necesaria, de conformidad con su interés superior.

**(iii)** Las inasistencias de la madre a las convivencias establecidas conllevan la intención de lograr alienar a su hija mediante un distanciamiento, ya que el padre no ejerce la guarda y custodia ni cometió alguna agresión a la menor para que se llevaran a cabo las convivencias de forma supervisada. Además, las convivencias supervisadas se dieron debido a lo que la madre le imputó al padre situaciones de violencia sexual por parte del abuelo paterno sin que existiera prueba alguna.

**(iv)** Es evidente la intención de la quejosa de separar a la menor de su padre, ya que no le entregó a su hija en diversas ocasiones para que se llevaran a cabo las convivencias, siendo que es un deber inherente a quien ejerce la guarda y custodia respetar el derecho de la menor para convivir con su otro progenitor. Lo anterior, vulnera el interés superior de la menor.

**(v)** Está comprobado que la menor no utiliza su apellido paterno, lo que reitera la voluntad de la quejosa de romper el vínculo entre su hija y el padre.

**(vi)** Al haberse acreditado la violencia familiar que la quejosa ejerció sobre la menor, consistente en alejarla de su padre, se justifica la necesidad de que sea el padre quien ejerza la guarda y custodia.

Por otra parte, respecto al amparo del padre, el Tribunal Colegiado sostuvo lo siguiente:

**(i)** Son ineficaces los conceptos de violación referentes a la suspensión y pérdida de la patria potestad, ya que la Sala responsable se encontraba impedida para

pronunciarse al respecto, pues en el juicio de divorcio se desestimó el incidente de suspensión de patria potestad.

(ii) El quejoso sostiene que el artículo 323 Séptimus del Código Civil de la Ciudad de México es inconveniente, toda vez que ordena la separación absoluta de la menor y su madre. Dicho concepto de violación es ineficaz, ya que en la resolución reclamada no se aplicó de forma expresa ni tácita dicho artículo.

(iii) Por otra parte, es infundado que la madre debió haber sido condenada al pago de gastos y costas, pues si bien la Sala responsable consideró que un dictamen pericial fue manipulado por la mamá, lo cierto es que dicho dictamen no se presentó durante el incidente de modificación de guarda y custodia.

(iv) En suplencia de la queja se advierte que la Sala responsable no se pronunció respecto a si procedía o no decretar que las visitas y convivencias entre la niña y su madre fueran de forma supervisada.

(v) La Sala responsable debió pronunciarse sobre si en el caso se estima necesario llevar un tratamiento psicológico y en qué lugar se llevaría a cabo, y si en todo caso se actualizaría o no lo previsto en el artículo 323 Séptimus, último párrafo,<sup>20</sup> del Código Civil para el Distrito Federal, relativo a si la menor sufrió daños por las conductas alienadoras por parte de su madre.

---

<sup>20</sup> **Artículo 323 Séptimus.-** Comete violencia familiar el integrante de la familia que transforma la conciencia de un menor con el objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con uno de sus progenitores.

La conducta descrita en el párrafo anterior, se denomina alienación parental cuando es realizada por uno de los padres, quien, acreditada dicha conducta, será suspendido en el ejercicio de la patria potestad del menor y, en consecuencia, del régimen de visitas y convivencias que, en su caso, tenga decretado. Asimismo, en caso de que el padre alienador tenga la guarda y custodia del niño, ésta pasará de inmediato al otro progenitor, si se trata de un caso de alienación leve o moderada.

En el supuesto de que el menor presente un grado de alienación parental severo, en ningún caso, permanecerá bajo el cuidado del progenitor alienador o de la familia de éste, se suspenderá todo contacto con el padre alienador y el menor será sometido al tratamiento que indique el especialista que haya diagnosticado dicho trastorno.

A fin de asegurar el bienestar del menor, y en caso de que, por su edad, resulte imposible que viva con el otro progenitor, el departamento de psicología del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, evaluando a los parientes más cercanos del niño, determinará qué persona quedará encargada de su cuidado; mientras recibe el tratamiento respectivo que haga posible la convivencia con el progenitor no alienador.

**(vi)** En aras de salvaguardar el interés superior de la menor, una vez que ésta se encuentre materialmente a cargo de su padre, es menester, a efecto de evitar algún posible conflicto de interés entre la niña y sus progenitores en futuras o posibles controversias que se deriven del juicio de divorcio incausado, que se le designe a un tutor interino que la represente.

De acuerdo a lo anterior, el Tribunal Colegiado resolvió conceder el amparo para el efecto de que la Sala responsable dejara insubsistente la sentencia reclamada y dictara otra en la que reiterara todas las consideraciones en que se apoyó para decretar el cambio de guarda y custodia, así como aquéllas que no fueron objeto de protección. Asimismo, que en la nueva resolución: (i) resolviera sobre el régimen de convivencias entre la menor y su madre, tomando en consideración lo expresado por el quejoso en la demanda incidental de modificación de guarda y custodia; (ii) considerando que es necesario establecer medidas de asistencia a la menor para reparar los daños ocasionados por la conducta de su madre, determine la forma y el lugar en los que se deberá llevar a cabo el tratamiento a la niña; y (iii) determinara que la menor tiene derecho a que se le designe un tutor interino en caso de cualquier conflicto de interés entre ella y sus padres.

#### b.6) Recurso de revisión

Inconforme con la resolución que le negó el amparo, Ana “N” interpuso recurso de revisión en contra de ella, mismo que fue admitido a trámite mediante acuerdo dictado por el Ministro Presidente de esta Suprema Corte de Justicia. En su escrito, la recurrente argumentó:

**(i)** El Tribunal responsable vulneró lo dispuesto en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas; el principio de progresividad; lo dispuesto en la Constitución Federal; y el principio pro

---

El tratamiento para el niño alienado será llevado a cabo en el Departamento de Alienación Parental del Servicio Médico Forense del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

persona, toda vez que tiene la intención de separar a la recurrente de su hija, cuando ella lo único que ha hecho es defender a la menor del temor fundado de que sea abusada por alguien de su familia paterna.

**(ii)** No se tomó en cuenta que en diversos estudios el padre ha resultado ser generador de violencia, por lo tanto, no ha permitido que su hija conviva con él sin supervisión, ya que eso implica una violación a los derechos de la niña.

Se violó la garantía de audiencia de la menor, ya que antes de decidir quién debe tener la guarda y custodia, la niña debería de ser escuchada nuevamente, pues ahora tiene 7 años.

**(iii)** Nunca ha incumplido con el régimen de visitas y convivencias, ya que siempre acudió a las convivencias cuando eran supervisadas, y como al momento de determinar que fueran libres se promovió un amparo, no estaba obligada a las convivencias sin supervisión.

Mediante auto de Presidencia de la Corte, se admitió el recurso de revisión en cuestión. Inconforme, y una vez colmado el procedimiento correspondiente, se dictó una resolución en la que se decretó:

Procede modificar la sentencia recurrida y conceder el amparo para el efecto de que la sala responsable deje insubsistente reclamada y dicte otra en la que:

(I) Reitere que es necesario decretar el cambio de guarda y custodia de la menor en favor del padre.

(II) Establezca que dicho cambio debe llevarse a cabo de manera gradual, para lo cual, deberá escuchar a la menor respecto a la forma en la que ella considera que dicho cambio gradual le afectaría menos y, de acuerdo a las circunstancias y a la madurez de la menor, determine de manera fundada y motivada sobre el plazo y la forma en la que se irá haciendo progresivamente el cambio hasta que el padre ejerza completamente la guarda y custodia sobre la menor y comience a aplicar el régimen de visitas y convivencias entre la menor y su madre.



## CAPÍTULO TERCERO

### ANÁLISIS DE LA LÍNEA DE ARGUMENTACIÓN DE LA SENTENCIA:

#### a) Línea Argumentativa

Para efecto de realizar el análisis de la línea de argumentación de la sentencia en análisis, tomaremos como modelo el que propone Manuel Atienza, que se basa en la utilización de diagramas de flechas, que posibilita captar la diferencia entre las argumentaciones, las líneas argumentativas y los argumentos.<sup>21</sup>

En ese tenor, es menester aclarar que una argumentación es el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que median entre el planteamiento de una pregunta inicial —el problema que da lugar a la argumentación— y la respuesta a la misma —la solución—. Un argumento es una razón a favor o en contra de una determinada tesis; las argumentaciones no constan exclusivamente de argumentos. Y una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido: a defender una tesis o a atacarla.<sup>22</sup>

De esta forma, podemos comenzar analizando cuáles fueron los principales cuestionamientos que se planteó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo en Revisión, siendo las siguientes:

1. ¿Es procedente el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación?
2. ¿Es conforme al interés superior del menor modificar la guarda y custodia cuando uno de los progenitores ha incumplido sistemáticamente con el régimen de visitas y convivencias (ignorando múltiples requerimientos, apercibimientos y órdenes judiciales)?

---

<sup>21</sup> ATIENZA Manuel, “Curso de Argumentación Jurídica”, Madrid, España, Editorial Trotta, página 425.

<sup>22</sup> *Op. cit.* página 430.

3. ¿Es dable aplicar la suplencia de la deficiencia de la queja en el caso concreto?

4. En caso de decretar un cambio de custodia. ¿Cómo debe de llevarse a cabo la separación de la niña con su madre?

**A) MARCO FÁCTICO (MF) FACTS:** Quedó demostrado que Ana “N” incumplió su obligación de permitir las convivencias entre su hija y el otro progenitor, ante lo cual, éste promovió un incidente de cambio de custodia, mismo que fue denegado, sin embargo, después de una apelación, el padre de la menor acreditó la procedencia del cambio de la misma, motivo por el cual la madre de la menor promovió el juicio de amparo, mismo que fue denegado. Ante su inconformidad, promovió el recurso de revisión que ahora se analiza.

**B) PROBLEMA JURÍDICO (PJ) ISSUES:** El problema central del caso consiste en determinar si la resolución emitida por el Tribunal Colegiado conculca los derechos de la menor, verificando si la resolución se apega a los preceptos constitucionales y convencionales que protegen el interés superior de la niñez.

**PJ 1.** ¿Es procedente el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación?

**PJ 2.** ¿Es conforme al interés superior del menor modificar la guarda y custodia cuando uno de los progenitores ha incumplido sistemáticamente con el régimen de visitas y convivencias (ignorando múltiples requerimientos, apercibimientos y órdenes judiciales)?

**PJ 3.** ¿Es dable aplicar la suplencia de la deficiencia de la queja en el caso concreto?

**PJ 4.** En caso de decretar un cambio de custodia. ¿Cómo debe de llevarse a cabo la separación de la niña con su madre?

**C) TESIS JURÍDICA (TJ) HOLDING or RULING:** Sostiene que un cambio de custodia *súbito y radical* es contrario al interés superior del menor, ya que la separación de la menor con su madre debe ser de manera *sensible y gradual*.

**D) ANTITESIS JURÍDICA (ATJ) *ANTITHESIS*:** No se presentó en el caso concreto un voto disidente. No obstante, la ministra Norma Lucía Piña Hernández votó en contra del proyecto, sin que se desprenda información sobre el sentido de su negativa.

**E) LAS RAZONES (R) *RATIONALE*:** Existe un riesgo de que la absoluta falta de contacto con el padre le ocasione daños a la menor, que los que pudieran derivar del cambio de la guarda y custodia, sobre todo si dicho cambio es gradual.

La primera sala del máximo tribunal consideró que no se habían observado los principios de la interpretación y aplicación de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales.

La forma en la que se decretó el cambio de guarda y custodia es contrario al interés superior del menor. Tal como se mencionó anteriormente el cambio de guarda y custodia, en sí, puede afectar a la menor; por lo tanto, un cambio súbito y radical tal como lo decretó la sala responsable, y convalidó el tribunal colegiado, es innecesario y demasiado intrusivo en la vida de la menor.

Entre otros razonamientos, se expuso que aun cuando la separación de la madre resulte necesaria, tratándose de menores de corta edad es especialmente importante que madre e hijo mantengan un contacto próximo, personal y frecuente en la medida de lo posible, a menos que tal circunstancia resulte contraria a los intereses de la niñez. Por lo tanto, cuando conforme al interés superior del menor sea necesario separar a los niños de sus madres, dicha separación debe ser “sensible y gradual, así como garantizar un contacto cercano y frecuente entre madre e hija una vez distanciados”. Tal determinación fue fundamentada en la resolución de la propia Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelta en el Amparo en Revisión

644/2016, en la que también se discutió cómo debería darse la separación entre las madres y sus hijos.<sup>23</sup>

Asimismo, se resolvió que la menor debe ser escuchada respecto a la forma en la que debe decretarse el cambio de guarda y custodia, fundamentando su decisión en la tesis 1ª XXXIX/2009, de rubro: “MENORES DE EDAD. DEBE DÁRSELES INTERVENCIÓN PARA QUE SE ESCUCHE SU OPINIÓN EN RELACIÓN CON LA CONTROVERSIA DE LOS JUICIOS DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN”. De igual forma se abundó en cuanto a su motivación citando lo resuelto en el Amparo Directo en Revisión 2479/2019, señalando: “El derecho que se analiza reviste una doble finalidad, puesto que logra el efectivo ejercicio de los derechos de las niñas y niños al reconocerlos como sujetos de derecho, a la vez que permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto a un determinado asunto, lo que a su vez resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia.”

**E.1) RAZONES DE PROCEDIBILIDAD (RPR):** Las justificaciones que utiliza la Primera Sala del Máximo Tribunal del País, se basan en lo previsto en los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 81, fracción II, de la Ley de Amparo vigente; y 21, fracción III, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como los Acuerdos Generales Plenarios 5/2013 y 9/2015, el recurso de revisión en amparo directo es procedente si el Tribunal Colegiado de Circuito se pronuncia

---

<sup>23</sup> En dicha resolución, la Primera Sala del Máximo Tribunal justificó y reforzó su razonamiento citando los siguientes textos: “Ross A. Thompson, (2008) *Early Attachment & Later Development: Familiar Questions, New Answers*, in Handbook OF Attachment 2d, pág. 348-365; Nóblega, M., Bárrig, P., Conde, L. G., Prado, J. N. del, Carbonell, O. A., Gonzalez, E., Sasson, E., Weigensberg de Perkal, A., & Bauer, M. (2016). *Cuidado materno y seguridad del apego antes del primer año de vida*. Universitas Psychologica, 15(1), págs. 245-260. Ellen Moss, Denise Rousseau, Sophie Parent, Diane St-Laurent and Julie Saintonge (1998) *Correlates of Attachment at School Age: Maternal Reported Stress, Mother-Child Interaction, and Behavior Problems*, Child Development, 69 No. 5, págs. 1390-1405; *Op. cit.* Deborah Laible, 2006; Ellen Moss, Denise Rousseau, Sophie Parent, Diane St-Laurent and Julie Saintonge (1998) *Correlates of Attachment at School Age: Maternal Reported Stress, Mother-Child Interaction, and Behavior Problems*, Child Development, 69, No. 5, págs. 1390-1405.”

u omite hacerlo sobre temas propiamente de constitucionalidad —es decir, sobre la constitucionalidad de una ley federal o de un tratado internacional o sobre la interpretación directa de algún precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos— y se trate además, de una cuestión de importancia y trascendencia. Se entiende que la resolución de un asunto es criterio de importancia y trascendencia, cuando: a) de lugar a un pronunciamiento novedoso o de relevancia para el orden jurídico nacional; b) lo decidido en la sentencia recurrida pueda implicar el desconocimiento de un criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación relacionado con alguna cuestión propiamente constitucional, por haberse resuelto en contra de dicho criterio o se hubiere omitido su aplicación. (Punto segundo del Acuerdo General 9/2015 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo.

**E.2) RAZONES DE DELIMITACIÓN CONCEPTUAL (RDC):** La primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, explica dos aspectos de principal importancia para la resolución del procedimiento que se les presentó, siendo el primero de ellos, la conceptualización jurídica de “Guarda y Custodia en el marco del Interés Superior del Menor”, para posteriormente analizar la conceptualización del “derecho deber de las visitas y convivencias”, esgrimiendo lo siguiente:

**RDC1.** En cuanto a la “*Guarda y Custodia en el marco del Interés Superior del Menor*”, la Primera Sala se pronunció señalando que es doctrina consolidada en la Suprema Corte que el interés superior del menor debe prevalecer en cualquier contienda judicial donde se vean involucrados los derechos de los niños.

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en la tesis 1a. CCCLXXIX/2015 (10a.), también se ha señalado que el interés superior del menor es un principio

vinculante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación se proyecta en tres dimensiones: a) como derecho sustantivo, en cuanto a que el interés referido sea consideración primordial y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses respecto a una cuestión debatida; b) como principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una norma jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de forma más efectiva sus derechos y libertades, a la luz del interés superior del menor; y, c) como norma de procedimiento, conforme a la cual, siempre que se tome una decisión que afecte los intereses de uno o más menores de edad, deberá incluirse en el proceso de decisión, una estimación de las posibles repercusiones en ellos.

Ahora bien, esta Primera Sala ha establecido que para tomar decisiones respecto a la guarda y custodia -y en general respecto a las convivencias de los menores con sus padres-, debe utilizarse un estándar de riesgo, según el cual, debe tomarse la decisión que genere la menor probabilidad de que los menores sufran daños.

En este asunto se debe analizar si el hecho de que la madre de la menor haya incumplido sistemáticamente con el régimen de visitas y convivencias constituye un riesgo real para la menor que, por lo tanto, justifique el cambio de guarda y custodia decretado por la Sala responsable.

**RDC2.** En cuanto al *derecho-deber de visitas y convivencias*, la sala realizó sus motivaciones en el sentido de que este derecho se justifica ya que a través de las convivencias los menores pueden generar lazos afectivos con sus progenitores, lo cual es importante para su desarrollo emocional y que son fundamentales para el sano desarrollo de la personalidad de los menores.

Según la doctrina de la Suprema Corte implica que: “es incuestionable que los padres que no ejercen o comparten la guarda y custodia tienen derecho de visitas y convivencias con sus hijos menores con fundamento en la patria

potestad que ejercen sobre éstos. Pero por otro lado, como ya se ha señalado, el derecho de visitas y convivencias es primordialmente un derecho de los menores. En este sentido, el derecho de los menores impone un deber correlativo a cargo precisamente del padre no custodio. Así, desde esta perspectiva, los padres que no tienen ni comparten la guarda y custodia tienen un derecho a visitar y convivir con sus hijos pero tienen sobre todo el deber de hacerlo porque se los exige el derecho fundamental de los menores. De esta forma se explica por qué la doctrina especializada caracteriza a las visitas y convivencias con los menores como un “derecho-deber”, lo cual implica que el padre custodio tiene el deber de permitir que se lleven a cabo las convivencias con el otro.

**E.3) RAZONES DE EFICACIA EN LA TUTELA (RET):** En este espacio, se alude a algunos principios y características de los derechos involucrados en el caso, y que se encuentran tanto en la constitución y legislación local, como en los tratados internacionales.

**RET1.** El interés superior del menor ordena la suplencia de la deficiencia de la queja en todas aquellas decisiones que puedan afectar los derechos e intereses de los menores, aunque con ello se llegue a modificar por esta vía cuestiones que no figuran en los agravios de las partes.

**RET2.** La suplencia de la deficiencia de la queja en asuntos donde un menor pudiera ser vulnerado en sus derechos, implica una ventana procesal para garantizar los intereses de los menores en un contexto en el que las pretensiones de las partes resulten insuficientes para ello.

**E.4) RAZONES DE OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL (ROC):** Aquí se agrupan los puntos en que se confrontan los deberes constitucionales de: 1) reconocer, promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; 2) interpretar las normas que conforman el marco jurídico

que lo rige con un criterio extensivo y, 3) aplicarlas acorde con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, que debe acatar toda autoridad en México.

**ROC1.** En efecto, en la reforma constitucional de 12 de octubre de 2011, se incorporó expresamente el interés superior de la niñez en el artículo 4º constitucional, para quedar como sigue: “Artículo 4º. [...] En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. [...]”.

**ROC2.** El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”.

**ROC3.** En los juicios en los que directa o indirectamente se ven involucrados los derechos de los menores, el interés superior del niño le impone a los juzgadores la obligación de resolver la controversia puesta a su consideración atendiendo a lo que es mejor para el niño.

**ROC 4.** El interés superior del menor ordena la suplencia de la deficiencia de la queja en todas aquellas decisiones que puedan afectar los derechos e intereses de los menores, aunque con ello se llegue a modificar por esta vía cuestiones que no figuran en los agravios de las partes, ofreciendo así una



ventana procesal para garantizar los intereses de los menores en un contexto en el que las pretensiones de las partes resulten insuficientes para ello.

**E.5) RAZONES JUSTIFICATIVAS DEL FALLO (RJF):** Aquí se agrupan los argumentos que utilizó la Primera Sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación, para comprobar su Tesis Jurídica (TS).

**RJF1.** El Tribunal Colegiado, tuvo por probado que la madre ha evitado que el padre conviva con la menor y ha impedido que tenga cualquier tipo de contacto con ella, lo cual implica un riesgo real para el desarrollo de la menor, ya que el hecho de que no conviva y no tenga contacto con su padre aumenta notablemente la posibilidad de que tenga daños emocionales difíciles de revertir. Especialmente porque en el caso no existe ninguna razón que haga pensar que las convivencias con el padre pueden afectar el interés superior de la menor, ya que tal como lo tuvo por probado el Tribunal Colegiado, nunca existieron abusos ni actos de violencia en contra de la menor por parte del padre ni su familia. Por el contrario, la menor siempre ha manifestado que quiere mucho a su padre y que desea verlo.

**RJF2.** Debe ponderarse que el cambio de guarda y custodia puede tener consecuencias adversas para la menor. En efecto, el cambio implica sacarla del ambiente en el que normalmente se ha desarrollado lo cual puede desestabilizarla emocionalmente.

**RJF3.** La Primera Sala ha establecido que para tomar decisiones respecto a la guarda y custodia -y en general respecto a las convivencias de los menores con sus padres-, debe utilizarse un estándar de riesgo, según el cual, debe tomarse la decisión que genere la menor probabilidad de que los menores sufran daños.

**RJF4.** La Suprema Corte -en diversos precedentes- ha determinado que de conformidad con el interés superior del niño, basta que el juzgador verifique un potencial riesgo en la esfera del menor sin que sea necesario que se actualice un daño. Es decir, no se requiere que la circunstancia a ponderar genere un daño, sino que basta con que la misma “aumente el riesgo” de que los bienes o derechos del menor se vean afectados o aumente las posibilidades de que ocurra el evento.

**RJF5.** El principio de interés superior ordena a todas las autoridades estatales que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas “reforzadas” o “agravadas”, y que los intereses de los niños deben protegerse con mayor intensidad. En estas condiciones, no es necesario que la circunstancia a ponderar genere un daño, sino que basta con que la misma “aumente el riesgo” de que los bienes o derechos de los menores se vean afectados.

**RJF6.** Se ha definido por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al riesgo, como la posibilidad de que un daño ocurra en el futuro, es evidente que la eventualidad de que un menor sufra una afectación estará siempre latente. 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, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento aumenta cuando se produce el primero.”<sup>24</sup>

**RJF7.** En suplencia de la queja, se advierte que la forma en la que se decretó el cambio de guarda y custodia es contrario al interés superior del menor. Tal como se mencionó anteriormente el cambio de guarda y custodia, en sí, puede afectar a la menor; por lo tanto, un cambio súbito y radical tal como lo decretó

---

<sup>24</sup> Texto obtenido del Amparo Directo en Revisión 2618/2013, en el cual la Primera Sala realizó ciertas precisiones respecto al concepto de “riesgo”.

la Sala responsable, y convalidó el Tribunal Colegiado, es innecesario y demasiado intrusivo en la vida de la menor

**RJF8.** Cuando conforme al interés superior del menor sea necesario separar a los niños de sus madres, dicha separación debe ser “sensible y gradual, así como garantizar un contacto cercano y frecuente entre madre e hijo una vez distanciados.

**RJF9.** La menor debe ser escuchada respecto a la forma en la que debe decretarse el cambio de guarda y custodia. Escuchar la opinión de la menor para establecer la forma en la que deberá decretarse el cambio de guarda y custodia hará que la menor se sienta sujeto del proceso y además ayudará a que se pueda tomar una mejor decisión en la que se tomen en cuenta los intereses y prioridades de ella durante esta etapa de transición, para abonar así que la medida la afecte lo menos posible.

**F).- FALLO (F) JUDGEMENT:** Estas son las justificaciones que utiliza la Sala Superior del Tribunal para conocer y resolver el juicio:

**F.1.** En la materia de la revisión, se modifica la sentencia recurrida.

**F.2** La Justicia de la Unión ampara y protege a Ana Graciela Macías Núñez en representación de la menor Isabella “N”, de conformidad con lo expuesto en el último considerando de la presente resolución.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> De acuerdo a todo lo anterior, procede modificar la sentencia recurrida y conceder el amparo para el efecto de que la Sala responsable deje insubsistente reclamada y dicte otra en la que:

- (I) Reitere que es necesario decretar el cambio de guarda y custodia de la menor en favor del padre.
- (II) Establezca que dicho cambio debe llevarse a cabo de manera gradual, para lo cual, deberá escuchar a la menor respecto a la forma en la que ella considera que dicho cambio gradual le afectaría menos y, de acuerdo a las circunstancias y a la madurez de la menor, determine de manera fundada y motivada sobre el plazo y la forma en la que se irá haciendo progresivamente el cambio hasta que el padre ejerza completamente la guarda y custodia sobre la menor y comience a aplicar el régimen de visitas y convivencias entre la menor y su madre.

**G).- EFECTOS DEL FALLO (EF) EFFECTS:** Aquí se detallan los efectos jurídicos y procesales de la sentencia

**E.F.1.** Reitere que es necesario decretar el cambio de guarda y custodia de la menor en favor del padre.

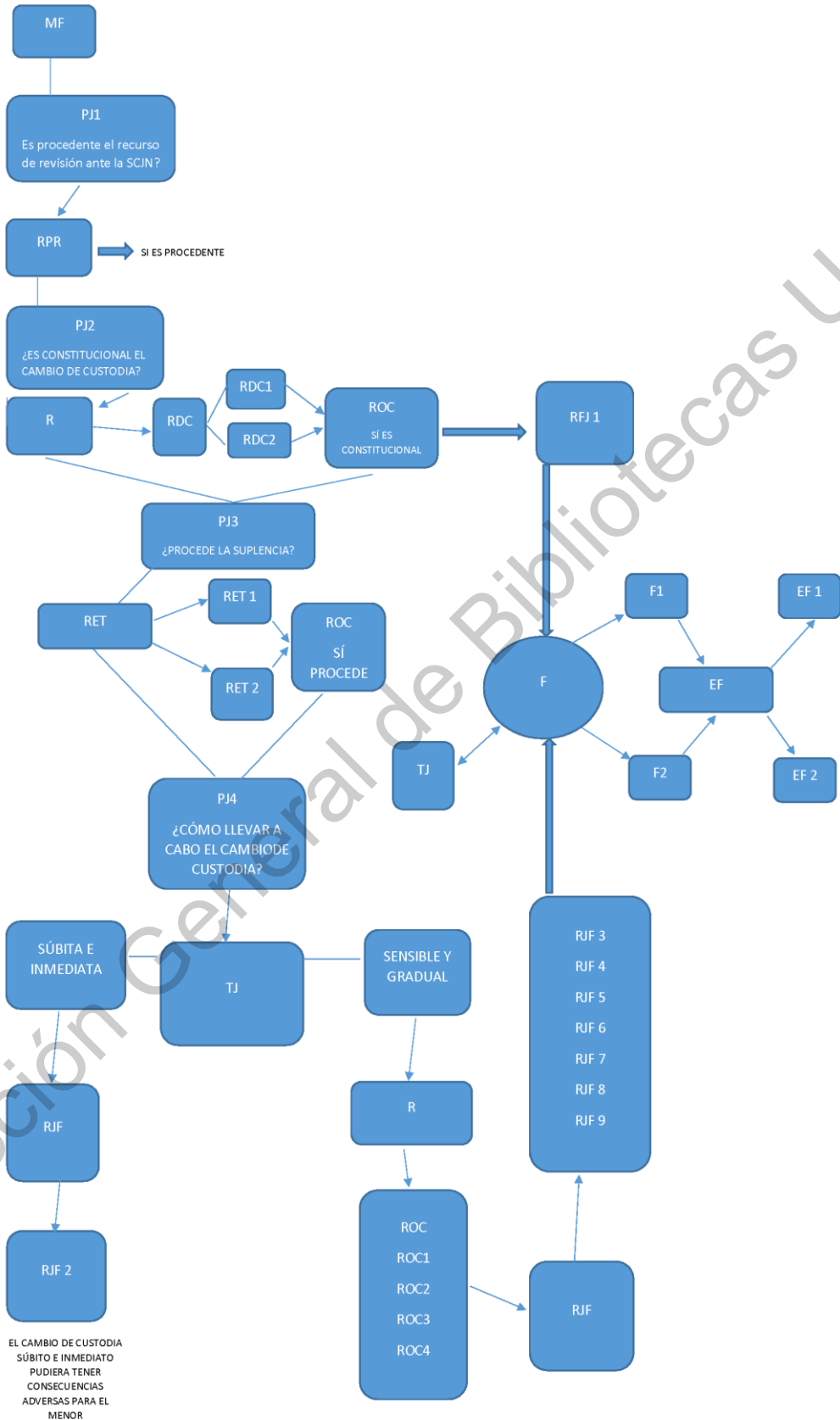
**E.F.2.** Establezca que dicho cambio debe llevarse a cabo de manera gradual, para lo cual, deberá escuchar a la menor respecto a la forma en la que ella considera que dicho cambio gradual le afectaría menos y, de acuerdo a las circunstancias y a la madurez de la menor, determine de manera fundada y motivada sobre el plazo y la forma en la que se irá haciendo progresivamente el cambio hasta que el padre ejerza completamente la guarda y custodia sobre la menor y comience a aplicar el régimen de visitas y convivencias entre la menor y su madre.

b) Diagrama Explicativo Del Caso

Para el desarrollo argumentativo de la sentencia, se utilizará el método analítico que propone el jurista español Manuel Atienza.

---

Es importante resaltar que el efecto de esta concesión en nada afecta a la sentencia del amparo 791/2015 en la que el Tribunal Colegiado le otorgó el amparo al padre de la menor, ya que no son resoluciones contradictorias. En efecto, en dicho asunto el Tribunal Colegiado confirmó la decisión de la Sala responsable de cambiar la guarda y custodia de la niña en favor del padre. Ahora bien, en la presente resolución, también se confirma dicho cambio y se establece que el mismo debe hacerse gradualmente. De esta manera, es evidente que la presente concesión no entra en conflicto con la resolución dictada en el amparo de Gunnar "N", pues la modificación realizada únicamente consiste en que el cambio de guarda y custodia decretado debe realizarse de forma gradual.



c) Alternativas a la Resolución del Órgano Jurisdiccional

No obstante que la decisión tomada por la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, realiza una interpretación íntegra de los artículos constitucionales y derechos humanos que estaban en juego y dicta una resolución valiente, en el sentido de generar un precedente para que en lo futuro, diversas problemáticas que se susciten en términos similares, puedan decidirse tomando en consideración este criterio, en el sentido de que se deberá preferir una separación del menor con el padre que venía ostentando la custodia, de manera paulatina y sutil.

Sin embargo, se considera que es un error común en la forma de decidir por parte de los órganos jurisdiccionales, el hecho de que se dejan llevar por reglas o estándares generales y en ocasiones se deja de lado el observar de manera exhaustiva el caso concreto que se les presenta.

La autoridad no se pronunció sobre realizar algún apercibimiento a la madre para el caso de que violara el nuevo procedimiento de separación de su hija (de manera sutil y paulatina), lo cual debió tomarse en consideración en su *estándar de riesgo*, ya que una persona que ha mostrado ser tan hostil con el otro progenitor, es muy probable que nuevamente realice conductas tendientes a evitar el contacto y convivencia entre la menor y su padre, lo cual, traería como consecuencia que nuevamente las partes estuvieran inmersas en procedimientos de carácter judicial para poder ejecutar la sentencia de cambio de custodia, en cuyo caso, ya no podrían aplicarse las reglas de separación como las que propone la Corte.

Así pues, en el análisis de la sentencia se debió ponderar entre los derechos de la menor, consistentes en el respeto al derecho que tiene a convivir con su padre, o bien, el derecho a no desvincularse de su madre de manera repentina y abrupta, ya que todo ello afectará la dinámica de vida que ha venido desarrollando.

En la legislación familiar, no obstante que es la que más modificaciones ha sufrido dentro de la materia civil, no existe previsto un procedimiento que indique qué factores se deben tomar en consideración para llevar a cabo una separación paulatina, por lo que el legislador debería entrar al fondo de cada asunto, para conocer a la perfección el caso concreto que se le presente a efecto de tomar las medidas más adecuadas. Por el contrario, la legislación vigente señala que se debe cortar de inmediato la relación entre el padre que ejerce violencia familiar con respecto a sus hijos menores de edad, debiéndose tener claro necesariamente que el prohibir o evitar la convivencia de un hijo con su progenitor es de manera indudable, un acto de violencia familiar.

No se considera correcto lo que resolvió la Corte respecto de llamar a juicio nuevamente a la menor, a efecto de que se le escuchara en la forma que ella considera prudente que se lleve a cabo la separación con su madre. El derecho de audiencia de los niños debe ser tomado en cuenta para resolver el fondo de la problemática, pero no para plantear temas de procedimiento, ya que se les puede generar una falsa expectativa, al ilusionarse de que las cosas van a ser como ellos dicen, no obstante de que en ellos no recaerá la decisión. Lo que resolvió la Suprema Corte podría traer como consecuencia una reacción de estrés en el menor, al sentir que sobre él estará recayendo una decisión que pudiera herir a alguno de sus padres.

En ese sentido, se considera que la corte, al haber tenido por acreditado que la madre incurrió de manera injustificada en actos tendientes a impedir las convivencias de su hija con su padre, pudo haber decretado el cambio de custodia de manera inmediata, y sobre todo, sin la necesidad de que compareciera en el procedimiento nuevamente la menor.

Los efectos que se le dieron en la sentencia dictada por la Primera Sala, implica además un reenvío del expediente a los tribunales inferiores a efecto de continuar con el procedimiento, lo cual trae como consecuencia el retraso en la ejecución de la resolución, dejando además abierta la puerta para que las partes puedan intentar algún otro recurso legal a su alcance.

## CONCLUSIONES

Las reformas de diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, mismas que fueron publicadas mediante decreto de fecha 6 de junio de 2011, y que entraron en vigor el día 4 de octubre de 2011, significaron un cambio de paradigma en la forma de concebir, argumentar, interpretar, decidir y ejecutar el derecho.

El reto ahora, es que los jueces dejen de ser simples aplicadores de silogismos jurídicos, para convertirse en verdaderos constructores de normas jurídicas individuales, en las que se ponderen los principios jurídicos, se interpreten las normas a la luz de la Constitución y los Tratados Internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, a fin de dirimir las controversias que se les presenten de una manera justa.

En la resolución que se analizó en el presente trabajo, se observa el ánimo de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de realizar la aplicación del derecho, de una manera acorde a los principios establecidos en la constitución, es decir, conforme a los principios pro persona, de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, velando por la protección al interés superior del menor.

En la sentencia se plantean diversos cuestionamientos que son resueltos de manera satisfactoria por la Corte.

El primero de ellos, es referente a la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver el recurso de revisión, señalando de manera directa los artículos de los cuales se desprenden dichas facultades, por lo que no es necesario más que hacer una interpretación literal de la norma jurídica, especialmente del artículo 107, fracción IX de la Constitución y del artículo 83 de la Ley de Amparo.



Ahora bien, una de las interrogantes principales para resolver el fondo del asunto, fue conocer si es conforme al interés superior del menor modificar la guarda y custodia cuando uno de los progenitores ha incumplido sistemáticamente con el régimen de visitas y convivencias (ignorando múltiples requerimientos, apercibimientos y órdenes judiciales). Para lo anterior, la sala analizó y ponderó los derechos de los niños a que se respete el régimen de convivencias, en el caso de que sus padres estén separados, así como el derecho de permanecer bajo la custodia del progenitor que represente mayor beneficio para el menor, por lo que para tomar. En el caso particular que se analizó, se tuvo por acreditado que la madre de la menor impidió de manera justificada que las convivencias entre su hija y el padre, y además analizó que de los autos, no se desprendía probanza alguna que acreditara que existía un riesgo de que la menor pudiera verse afectada al convivir con su padre, por lo que resolvió de que el hecho de que la menor no conviva con su padre, aumentaba notablemente la posibilidad de que tenga daños emocionales difíciles de revertir, siendo esto un riesgo real para el desarrollo de la menor, justificando así su decisión de modificar las sentencias anteriores a efecto de ordenar un cambio de custodia, a fin de otorgársela al padre de la niña.

Se debe señalar adicionalmente que el juzgador, de manera certera, aplicó la suplicia de la deficiencia de la demanda entablada por la madre de la niña, ya que con sólo resolver los planteamientos que les fueron realizados, no hubiera sido posible llegar a las conclusiones a las que se llegó en la sentencia.

Una vez resuelto lo anterior, se analizó lo correspondiente a determinar si un cambio de custodia súbito y radical, como el que decretó la Sala responsable y el Tribunal Colegiado es acorde al interés superior del menor. Para ello, se argumentó que se debe tomar en cuenta un estándar de riesgo, ponderando si alguna circunstancia pudiera generar un daño, o bien, aumente el riesgo de que los bienes o derechos de un menor se vean afectados o aumenten las posibilidades de que ocurra ese evento. Para tal efecto, determinó que el sacar a la menor del ambiente en el que normalmente se había venido desarrollando, podría desestabilizarla emocionalmente, por lo que la Primera Sala estimó que lo más benéfico para la

menor era que se cambie la guarda y custodia de manera gradual, escuchando la opinión de la propia menor en la forma en que dicha separación pudiera llevarse a cabo.

Con lo anterior, de manera teórica se cumple con lo previsto en los preceptos constitucionales principalmente observados en el presente trabajo, y que corresponden a los artículos 1° y 4° de la Carta Magna, al realizar un análisis exhaustivo de los autos, aplicando la suplencia de la deficiencia de la demanda e interpretando el texto constitucional para adecuarlo al caso concreto. Lo anterior se puede hacer notorio con el solo hecho de que en la legislación no existen preceptos legales que puedan servir de guía para que un juez determine la forma en que un cambio de custodia debe llevarse a cabo, sino que le impone al juzgador la obligación de conocer el caso concreto a fondo para emitir una resolución que atienda a la problemática específica planteada.

En otro sentido, es criticable el hecho de que en la sentencia dictada por la Corte, se hubiera decretado que la menor compareciera ante las autoridades responsables a efecto de manifestar su opinión respecto a la forma en que debería decretarse el cambio de guarda y custodia, sin embargo, la motivación que utilizó no resulta convincente ya que aduce que “escuchar la opinión de la menor para establecer la forma en la que deberá decretarse el cambio de guarda y custodia hará que la menor se sienta sujeto del proceso y además ayudará a que se pueda tomar una mejor decisión en la que se tomen en cuenta los intereses y prioridades de ella durante esta etapa de transición, para abonar así que la medida la afecte lo menos posible. No obstante, cabe recordar que escuchar a la menor no significa que hacer lo que ella pida sea lo mejor para su interés, sino que el juzgador deberá escucharla y tomar la decisión de acuerdo a todas las pruebas que obran en el expediente<sup>26</sup>”.

No se considera correcto que la menor acuda a juicio a efecto de manifestar su opinión con respecto a una cuestión que resulta ser meramente procedimental,

---

<sup>26</sup> Tal como se observa en el último punto considerativo de la sentencia analizada.

es decir, la forma en la que habrá de llevarse a cabo la separación con su madre, es decir, con la persona con la que ha venido tejiendo su dinámica diaria de vida. Es muy probable que la menor se limite a decir que no quiere separarse de su madre y el orillarla a que manifieste la forma en que se separará de ella, también puede repercutir en un problema emocional para la niña, al tener un conflicto de lealtades hacia sus progenitores y principalmente hacia su madre. No se considera válido el argumento utilizado por la corte al mencionar que haciendo comparecer nuevamente a la menor, ésta se sentirá sujeto del proceso, puesto que la propia sala analizó que la menor ya había tenido participación a lo largo del procedimiento, por lo que no se considera acertado el hecho de hacerla comparecer nuevamente. Probablemente la Corte haya interpretado en su resolución la vertiente que describí en el capítulo primero, en el sentido de que a los menores debe dárseles el papel de *sujetos de derecho* y no el de *objeto de derecho*, sin embargo, se debe diferenciar lo anterior, con el hecho de otorgar al menor un papel de *sujeto del procedimiento*.

Por otra parte, en el presente trabajo se analizaron algunas formas alternativas en que se pudo haber resuelto la sentencia, en la cual, el estándar de riesgo hubiera podido ser la conducta de la madre, misma que también quedó debidamente acreditada, en el sentido de ser omisa y hostil en cuanto a permitir las convivencias de su hija con el padre de ésta. Así, al analizar la posibilidad de realizar un cambio de custodia gradual y sutil como lo decretó la Primera Sala, se pudo haber previsto que la madre de la menor hubiera seguido con las mismas conductas, impidiendo las convivencias con su padre y provocando en consecuencia una afectación mayor para la menor, consistente en el daño emocional irreparable que implicaba seguir separada de su padre, lo cual, en un segundo momento, hubiera provocado que se aplicaran medidas de apremio hasta que se resolviera, a final de cuentas, la separación definitiva, de manera inmediata entre la niña y su madre.

No obstante las críticas a la resolución vertidas en las últimas líneas, las cuales consisten en diferencias de criterio, se observa que existe un gran avance en la forma en que se han analizado los casos en los que intervienen menores de

edad por parte de los órganos jurisdiccionales, pudiendo concluir que efectivamente se está aplicando el principio de protección más amplia al interés superior a los derechos humanos de los menores de edad, poniendo en práctica una función jurisdiccional que abona al Garantismo que rige nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

## BIBLIOGRAFÍA

1. ATIENZA Manuel, *“El Sentido del Derecho”*, España, Editorial Ariel Derecho, 2ª Edición, 2004.
2. ATIENZA Manuel, *“Curso de Argumentación Jurídica”*, Madrid, España, Editorial Trotta.
3. BURGOA Ignacio, *“Las Garantías Individuales”*, D.F., México, Editorial Porrúa, 37ª Edición, 2004.
4. FANLO Isabel, *“Derechos de los Niños” Una contribución Teórica*, D.F. México, Editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2008.
5. FERRAJOLI, Luigi, *“Epistemología Jurídica y Garantismo”*, D.F. México, Editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
6. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *“Positivism Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo”*, D.F. México, editorial Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.
7. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
8. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857.
9. Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
10. Declaración de los Derechos del Niño
11. Código Civil del Estado de Querétaro.

12. Código Civil para el Distrito Federal.

13. [http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const\\_mex/const\\_1857.pdf](http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf) el día 09 de junio de 2019 a las 13:12 hrs.

14. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> consultada en fecha 02 de mayo de 2019 a las 20:46 horas.

15. <https://es.slideshare.net/josecarlossantivaez/declaracion-de-ginebra-sobre-los-derechos-del-nio>, consultada en fecha 05 de mayo de 2019 a las 19:36 horas.

16. [http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo\\_social/docs/marco/Declaracion\\_DN.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Declaracion_DN.pdf) consultada el día 09 de junio de 2019, a las 13:23 horas.

17. [http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo\\_social/docs/marco/Convencion\\_DN.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Convencion_DN.pdf) consultada en fecha 08 de junio de 2019, a las 18:22 horas.

ANEXO

SENTENCIA DE AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN DICTADA POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DENTRO DEL EXPEDIENTE 2710/2017.

Dirección General de Bibliotecas UAQ