

**Resumen:**

*Guarda y custodia de madre con enfermedad (no discriminación).*

[ADR 2618/2013.](#)

Resuelto el 23 de octubre de 2013.

**Hechos:**

Una madre de dos niñas demandó del padre la guarda y custodia de las menores; el pago y aseguramiento de una pensión alimenticia, y el establecimiento de un régimen de visitas entre las menores y el demandado. El padre reconvino de su contraparte: la pérdida de la patria potestad; la guarda y custodia provisional a su favor; y un régimen provisional de convivencias con la demandada.

El juez resolvió: disolver el vínculo matrimonial; absolver a la madre de la pérdida de la patria potestad; conceder la guarda y custodia de las menores al padre; decretar un régimen de visitas y convivencia a favor de la madre; ordenar al padre acudir a terapias psicológicas orientadas a la educación sexual, y a terapias de alcohólicos anónimos; y se absolvió al padre del pago de una pensión alimenticia a favor de la madre. Inconformes con la anterior determinación ambas partes interpusieron recurso de apelación, y la Sala resolvió confirmar parte de la sentencia y modificar: conceder la guarda y custodia a la madre; decretar un régimen de visitas y convivencias a favor del padre; restringir en forma absoluta el contacto de las menores con una persona a quién se le imputa haber abusado sexualmente de ellas; decretar una pensión alimenticia a favor de la madre así como de sus menores hijas; y ordenar tanto a las partes como a sus hijas que tomen terapias psicológicas.

El padre solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal contra la sentencia, y el Tribunal Colegiado concedió el amparo solicitado para el efecto de que la Sala responsable dejara insubsistente la sentencia reclamada y emitiera otra en la que resolviera que la guarda y custodia de las menores sea asignada al progenitor. El órgano Colegiado centró su argumento en el hecho de que la condición de salud de la recurrente la hacía menos capacitada para custodiar a sus hijas.

Inconforme con la resolución anterior, la madre tercera perjudicada interpuso recurso de revisión. La recurrente plantea que: (I) la guarda y custodia le corresponde a la madre, salvo que se demuestre que se causaría un perjuicio a los menores; que el Tribunal Colegiado (II) vulnera el derecho a la no discriminación al fundar la determinación de guarda y custodia de las menores en la situación económica y de salud de la madre; e (III) interpreta indebidamente el interés superior del niño al privilegiar en su resolución la opinión de las menores.

**Criterios:**

La Primera Sala considera que existió un trato discriminatorio en contra de la madre, al sustentarse injustificadamente la determinación de la guarda y custodia en su

condición de salud física. Respecto al planteo de que se vulneró el derecho a la no discriminación de la madre, al haberse fundado la pérdida de la guarda y custodia sobre sus menores hijas, en su condición de salud y situación económica, la Sala evalúa la decisión judicial a la luz de los principios de igualdad e interés superior del niño, y para lo anterior, utiliza la metodología empleada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Atala Riffo*.

Con base en dicha metodología esta Primera Sala analiza: (i) los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación, así como la salud y situación económica como categorías protegidas por la Constitución y tratados internacionales, (ii) si la determinación de guarda y custodia se fundó en la condición de salud y situación económica de la madre y, de ser así, (iii) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual se evaluarán en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo en perjuicio de las niñas.

Se concluye que la decisión judicial sí estuvo motivada en las categorías de salud y situación económica de la madre. Esto es, el órgano judicial consideró en su resolución las condiciones de salud y economía de la ahora recurrente como factores a ponderar en la determinación de guarda y custodia de las niñas. Respecto a si la determinación de la guarda y custodia con base en las categorías alegadas constituyó un trato discriminatorio en contra de la madre de las menores, la Sala considera que un uso justificado de las categorías protegidas por la Constitución será aquel que evidencie, con base en pruebas técnicas o científicas, que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño. La situación de riesgo que se alegue debe ser probada, y no especulativa o imaginaria. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres que se cataloguen como categorías protegidas por la Constitución.

Con base en dicho estándar se concluye no se comprobó en el caso concreto, con base en evidencia técnica o científica, el grado de afectación de salud física de la madre y la manera en que dicha circunstancia la hiciera menos idónea que el padre para cuidar a sus menores hijas, por lo que dicha decisión constituye un trato discriminatorio en contra de la señora.

En ese sentido, la Primera Sala concede el amparo a la recurrente para el efecto de que el órgano colegiado emita una nueva sentencia en la que no pondere la situación de salud física de la madre o, si lo hace, lo haga sustentándose en pruebas técnicas o científicas que muestren el grado de afectación de la salud y la manera en que dichas circunstancias la hacen menos idónea que el padre para cuidar de manera apropiada a las niñas.