

VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 7368/2016.

En sesión celebrada el 25 de octubre de 2017, los Ministros de la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvimos un asunto que versaba sobre el derecho a visitas y convivencias entre un padre y su menor hijo, considerando que el niño es una persona con discapacidad.

En el caso, el padre demandaba un régimen de visitas amplio con su menor hijo, el cual es una persona con la condición del espectro autista. Al respecto, el tribunal de conocimiento determinó que las convivencias debían estar limitadas a los fines de semana debido a que separar al menor de su núcleo familiar podría afectar su estabilidad emocional. En revisión, la mayoría de los ministros que integramos la Primera Sala consideramos que el órgano colegiado evaluó de manera incorrecta el derecho a las visitas y convivencias.

Si bien comparto la decisión, en tanto el Colegiado resolvió la cuestión basado en una asunción carente de pruebas técnicas, -el niño sufriría una afectación psicológica de convivir más con su padre- difiero de la construcción argumentativa de la sentencia, ya que en esta se aplica un precedente que establece un estándar de prueba que no es pertinente.

En efecto, en el presente asunto, se indicó que en aquellos casos en que se evalué si es constitucionalmente *justificado limitar la convivencia filial* de un niño con alguno de sus progenitores, debido a que el menor de edad es una persona con discapacidad, se debe utilizar el mismo

**VOTO CONCURRENTENTE EN EL
AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 7368/2016**

parámetro que se desarrolló en el ***amparo directo en revisión 3859/2014***, en el que se analizó la pérdida de los derechos de paternidad de un padre con discapacidad. En mi opinión, no puede homologarse el estudio del *derecho a visitas y convivencias* a la *pérdida de los derechos de paternidad*. El último supuesto exige una corroboración más robusta del daño que se puede generar a un menor, mientras que el primer caso sólo implica determinar aquello que es mejor para el menor.

Para justificar mi voto explicaré: (i) el sentido de la sentencia, (ii) las categorías probatorias que ha construido esta Primera Sala para evaluar la vulneración al interés superior del niño, y finalmente, (iii) apuntaré el estándar constitucional que debió aplicarse al caso.

i. Opinión de la mayoría

La sentencia inicia su estudio desarrollando el derecho fundamental de los niños a mantener visitas y convivencias con sus padres. Posteriormente, aplica el criterio sostenido en el ***amparo directo en revisión 3859/2014***. Así, se señala que en el precedente se desarrolló un estándar para evaluar si se justifica constitucionalmente el romper con el principio de mantenimiento de las relaciones familiares, y que ello es similar a *cuándo se justifica impedir la convivencia filial* de un infante por una condición de discapacidad.

En ese contexto, la sentencia aduce que reitera que el principio de mantenimiento de las relaciones familiares sólo puede verse superado cuando se muestre bajo una comprobación razonable, que de

**VOTO CONCURRENTENTE EN EL
AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 7368/2016**

mantenerse la cercanía del infante con el progenitor **se generará una situación perjudicial para el niño, bajo un estándar de prueba claro y convincente.** (Énfasis añadido)

Se sostiene además, que para evaluar el riesgo probable y fundado, es necesario un **estándar de prueba claro y convincente** y que atendiendo a la metodología la evaluar alguna categoría sospechosa, también se debe demostrar con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño especialmente cuando se trata de su protección por una razón de discapacidad. (Énfasis añadido)

Como observamos, la sentencia establece que para limitarse un régimen de convivencia entre un padre y su menor hijo debe probarse **la existencia de un daño;** que dicho daño debe cerciorarse **bajo un estándar de prueba claro y convincente;** y que debe estar basado en **pruebas técnicas o científicas.**

En mi opinión, para limitarse un régimen de visitas y convivencias entre un padre y un niño con discapacidad no debe acreditarse la existencia de un daño a los derechos e intereses del menor, sino que basta que se acredite la puesta en riesgo de dichos valores. Ello, bajo un estándar de prueba de probabilidad prevaeciente de la evidencia, la cual debe consistir en pruebas técnicas o científicas y no estar basaba en prejuicios o generalizaciones. Para explicar dicho parámetro desarrollaré las categorías probatorias que ha establecido esta Primera Sala para evaluar dónde se ubica el interés superior del menor.

- ii. Categorías probatorias para analizar los derechos de los niños

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 7368/2016

Es doctrina reiterada de esta Suprema Corte que los casos que involucran los derechos de los niños, especialmente cuando implica la definición de las relaciones entre padres e hijos, siempre se debe tomar aquella decisión que mejor proteja los derechos de la infancia.¹

Sin embargo, generar la mejor solución para un menor no implica que en todos los asuntos se producirá el mismo resultado, pues no existen soluciones totalizadoras para todos los supuestos que involucren los derechos de la infancia. Por el contrario, deben valorarse cuidadosamente las peculiaridades de cada controversia, tratando de generar efectivamente el mejor escenario para beneficiar los intereses del menor involucrado.

Con este objetivo, esta Primera Sala desarrolló diversos parámetros y directrices para evaluar los hechos en contienda, tomando como eje rector el interés superior del niño. Entre estos parámetros, se desarrolló

¹ Este criterio ha sido reiterado de forma consistente por esta Primera Sala en múltiples asuntos, como puede observarse de las siguientes tesis jurisprudenciales: “INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA” [Tesis: 1a. CLXIII/2011. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Agosto de 2011, página 225. Amparo directo en revisión 1621/2010. 15 de junio de 2011. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González]. “GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. ELEMENTOS A LOS QUE HA DE ATENDER EL JUEZ AL MOMENTO DE MOTIVAR SU DECISIÓN” [Tesis: 1a. XCVIII/2012 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 1, página 1097. Amparo directo en revisión 1573/2011. 7 de marzo de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González]. “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL” [Tesis: 1a. XV/2011. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXIII, febrero de 2011, página 616. Amparo directo en revisión 1187/2010. 1o. de septiembre de 2010. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Javier Mijangos y González.] “JUICIOS DE GUARDA Y CUSTODIA. DE ACUERDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO DEBE VALORARSE LA TOTALIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO QUE OBRA EN AUTOS” [Tesis: 1a. XVI/2011. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXIII, febrero de 2011, página 616. Amparo directo en revisión 1187/2010. 1o. de septiembre de 2010. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretarios: Ana María Ibarra Olguín y Javier Mijangos y González.] y “MENORES DE EDAD O INCAPACES. PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, EN TODA SU AMPLITUD, SIN QUE OBSTE LA NATURALEZA DE LOS DERECHOS CUESTIONADOS NI EL CARÁCTER DEL PROMOVENTE” [Tesis: 1a./J. 191/2005. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo XXIII, mayo de 2006 página 167]

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 7368/2016

la teoría del riesgo en oposición a la actualización de un daño; el estándar de prueba que debe acreditarse en cada controversia; y el tipo de evidencia que debe ponderarse.

Teoría del riesgo en oposición a la acreditación de un daño

La *teoría de riesgo* consiste en que 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 verán afectados —aumente las posibilidades de que ocurra el evento—. Así, basta que el juzgador verifique un potencial riesgo en la esfera del menor, sin que sea necesario que el daño se verifique, para determinar que se actualiza la afectación.

Al respecto, conviene apuntar que una situación de riesgo se origina cuando no se adopte aquella medida que resultará más beneficiosa para el niño, y no sólo cuando se evite una situación perjudicial.

Esta interpretación ha sido reiterada en la mayoría de las contiendas que involucraban los derechos de los menores de edad, esto es, en aquellos asuntos relacionados con guarda y custodia, alimentos, régimen de visitas y convivencia, *inter alia*.²

En contraste, la *teoría del daño*, exige verificar que la afectación los intereses y derechos del niño efectivamente ocurrió. En este supuesto,

² 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. Dicho criterio se ve reflejado en múltiples precedentes emitidos por esta Primera Sala. De manera enunciativa podemos señalar los siguientes amparos directos en revisión 12/2010, 3394/2012, 1038/2013, 2618/2013, 3466/2013, 1222/2014 y 2534/2014.

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 7368/2016

no basta con demostrar que una solución “resultará más benéfica para el niño”; sino que debe mostrarse que de otro modo, se le generará una situación perjudicial al menor de edad.

La acreditación del daño se ha implementado por esta Primera Sala en aquellos asuntos que implican la terminación o de no reconocimiento de la filiación de los niños con quien guardaban un nexo biológico. Por ejemplo, en el citado ***amparo directo en revisión 3859/2014***.³

Así, puede decirse que por regla general basta con que los padres pongan en riesgo a sus hijos para limitar su guarda y custodia o patria potestad, mientras que es necesario que se acredite un daño para dar por terminada su relación filial.

Estándar probatorio

Por otra parte, esta Primera Sala ha ido estableciendo el estándar de prueba que se exige cuando están de por medio los derechos de los niños. Esto es, el grado de corroboración de las premisas fácticas involucradas en una controversia familiar.

En ese sentido, se ha señalado que el estándar de prueba es un mecanismo procesal a través del cual se *distribuye el riesgo* de error en las decisiones probatorias.⁴ Desde esta perspectiva, existen básicamente dos tipos de errores: declarar *probada* una hipótesis falsa, esto es, una descripción de los hechos que no se corresponde con la

³ Así como en los asuntos que involucraban el mantenimiento de los menores con su familia biológica (Amparos directos en revisión 6179/2015, 3486/2016, 4481/2016, 139/2017)

⁴ Vázquez, Carmen, “A modo de presentación”, en Carmen Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 14.

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 7368/2016

realidad o declarar *no probada* una hipótesis verdadera, es decir, una descripción de los hechos jurídicamente relevantes que sí se corresponde con lo ocurrido en la realidad.

Así, el estándar de prueba puede incidir sobre la *intensidad* con la que se protegen los intereses o los derechos potencialmente afectados por esos errores al elevar por encima del mínimo exigido el grado de confirmación que se requiere para dar por probado un hecho en función precisamente de los intereses o derechos en juego en cada tipo de proceso. En ese sentido, el estándar de prueba determina el *umbral mínimo* que ha de ser satisfecho para aseverar que determinados hechos son probados.

En ese contexto, el *problema* estriba en elegir que tan riguroso o flexible será el estándar que se aplicará al caso concreto, pues la elección del estándar incidirá sobre el rigor con el cual se protegen los intereses o los derechos potencialmente afectados.

Al respecto, esta Corte indicó que en la *mayoría* de los casos que involucran la afectación a los intereses de los menores, opera el estándar de prueba de la *probabilidad prevaleciente*⁵ —entre diversas hipótesis posibles sobre un mismo hecho, se tiene como cierta la que cuenta con un grado más alto de probabilidad, esto es, la que es más probable que haya ocurrido— porque en ocasiones resulta *innecesario* distribuir el riesgo de cometer errores probatorios porque los intereses o derechos afectados por éstos son de una entidad o naturaleza similar y, por tanto, merecen la *misma protección*.

⁵Amparo directo en revisión 3797/2014

VOTO CONCURRENTENTE EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 7368/2016

Una excepción a este estándar lo constituyen aquellos casos que involucren el quebrantamiento de los lazos biológicos y los progenitores se traten de personas con discapacidad, pues en este específico supuesto se requiere que los hechos se acrediten a través de una prueba *clara y convincente*, lo cual supone demostrar al juez que la verdad de los hechos alegados es *altamente probable*. Dicho grado de convicción se ubica entre la simple probabilidad de que algo pudo ocurrir, “probabilidad prevaeciente”, y la demostración de que algo ocurrió “más allá de toda duda razonable”.

La elección de este estándar radica en la necesidad de disminuir el riesgo de cometer errores probatorios, pues en estos casos se exige al Estado el deber de garantizar adecuadamente los derechos de los progenitores al encontrarse especialmente protegidos por tratarse de personas con discapacidad cuyos asuntos implican el quebrantamiento definitivo de los lazos biológicos.⁶

En consecuencia, tratándose de controversias familiares, por regla general se exige un estándar de prueba de probabilidad prevaeciente de la evidencia y, por excepción, un estándar claro y convincente.

Tipo de evidencia para mostrar la veracidad de las premisas fácticas de una controversia familiar

Finalmente, en el *amparo directo en revisión 2618/2013*⁷ esta Primera Sala estableció la metodología para evaluar la constitucionalidad de las

⁶ Amparos directos en revisión 3859/2014, 6179/2015, 3486/2016, 4481/2016, 139/2017.

⁷ Resuelto el 23 de octubre de 2013

**VOTO CONCURRENTENTE EN EL
AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 7368/2016**

decisiones judiciales en que las que se hagan afirmaciones que involucren a las personas especialmente protegidas por el artículo primero constitucional.

Esta metodología esencialmente consistía en estimar que solamente era justificado utilizar las categorías protegidas por la Constitución en las contiendas familiares **cuando se demuestre con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño**. La situación 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.

Así, solo serán admisibles en las decisiones judiciales aquellas determinaciones que tengan un sustento técnico o científico. Es decir, que no estén basadas en prejuicios o generalizaciones.

Los anteriores elementos dan cuenta de la multiplicidad de parámetros que existen para determinar dónde se ubica el interés superior del niño, pues de acuerdo al tipo de controversia, deberá acreditarse la existencia de un daño o la simple puesta en riesgo de los derechos e intereses del niño; el estándar de prueba; y el tipo de evidencia que debe sustentar una decisión judicial.

En ese contexto, es necesario justificar la aplicación de las categorías probatorias que se utilizan en cada controversia, pues de otro modo,

**VOTO CONCURRENTENTE EN EL
AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 7368/2016**

podría colocarse al niño en una situación que perjudique su interés superior.

Así, en el caso concreto, consideró que no es necesario acreditar una afectación al niño derivada de la ampliación del régimen de visitas con su padre, sino que basta mostrar que dicha ampliación no es lo mejor para el menor. Desde mi óptica, esta situación debe acreditarse bajo un estándar de prueba de probabilidad prevalente, sin llegar al extremo de exigir una corroboración clara y convincente de los hechos. Con todo, comparto que las razones que otorgue el juzgador, relacionadas con la situación de salud del menor, deben estar basadas en evidencia técnica o científica y no partir de generalizaciones apresuradas, estigmatizaciones o prejuicios.

Por todo lo anterior, coincido con la mayoría en el sentido de que el órgano colegiado debe motivar adecuadamente su decisión. No obstante, respetuosamente me aparto del estándar con que deben estar probadas las premisas fácticas del caso.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA.