



Guía práctica para el análisis de pruebas en materia familiar



Raymundo Gama Leyva



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

**GUÍA PRÁCTICA PARA EL ANÁLISIS DE
PRUEBAS EN MATERIA FAMILIAR**

2ª ed. (1ª en Tirant)

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la Pontificia
Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional de
la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

GUÍA PRÁCTICA PARA EL ANÁLISIS DE PRUEBAS EN MATERIA FAMILIAR

2ª ed. (1ª en Tirant)

Raymundo Gama Leyva



tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023

© Raymundo Gama Leyva

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación

Avenida José María Pino Suárez núm. 2

Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc

C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-495-0

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Presidenta

Primera Sala

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo

Presidente

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat

Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Alberto Pérez Dayán

Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales

Ministra Yasmín Esquivel Mossa

Ministro Javier Laynez Potisek

Ministra Loretta Ortiz Ahlf

Centro de Estudios Constitucionales
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Alejandra Martínez Verástegui

Contenido

Nota introductoria.....	XIII
1. Introducción	1
1. Introducción.....	3
2. La prueba en el derecho de familia. Algunas notas distintivas	7
2. La prueba en el derecho de familia. Algunas notas distintivas.....	9
2.1 La prueba en el derecho de familia tiene como objetivo principal, pero no exclusivo, la averiguación de la verdad.....	10
2.2 En materia familiar se determina normalmente la existencia de hechos pasados, pero en ocasiones también son relevantes hechos presentes y hechos futuros	14
2.3 Reglas probatorias en el derecho de familia.....	16

2.4	La toma de decisiones sobre la prueba está sometida a (estrictas) limitaciones temporales	20
2.5	La intervención de las partes y de otros sujetos procesales en el proceso de familia.....	21
2.6	La decisión sobre la prueba es relativa a un conjunto de elementos de juicio	22
2.7	La decisión que se adopte sobre la prueba está dotada de autoridad.....	23
3.	Metodología para el análisis y valoración de las pruebas	25
3.	Metodología para el análisis y valoración de las pruebas	27
3.1	Identificación y formulación del punto de vista y de las perspectivas que debe incorporar en su análisis la persona juzgadora	28
3.2	Identificación y formulación de los hechos jurídicamente relevantes	41
3.3	Identificación y formulación del problema probatorio.....	47
3.4	Identificación y formulación de los hechos secundarios	53
3.5	Identificación y formulación de la carga de la prueba y del estándar de prueba	56
3.6	Construcción del cuadro probatorio.....	67
3.7	Análisis y valoración individualizada de las pruebas	68
3.8	Valoración conjunta de las pruebas	81
3.9	Análisis crítico de las máximas de experiencia.....	84
3.10	Formulación de los hechos probados.....	85
4.	Aplicación de la metodología a un caso concreto	87
4.	Aplicación de la metodología a un caso concreto	89
4.1	Identificación y formulación del punto de vista y de las perspectivas que debe incorporar en su análisis la persona juzgadora.....	90

4.2	Identificación y formulación de los hechos jurídicamente relevantes.....	92
4.2.1	Identifique la disposición o disposiciones que contienen los hechos jurídicamente relevantes.....	93
4.2.2	Formule un enunciado para cada uno de los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la disposición o disposiciones ...	93
4.2.3	Incorpore las interpretaciones de las disposiciones contenidas en los precedentes del Poder Judicial de la Federación	94
4.2.4	Individualice cada uno de los hechos jurídicamente relevantes	94
4.3	Identificación y formulación del problema probatorio	95
4.4	Identificación y formulación de los hechos secundarios	95
4.5	Identificación y formulación de la carga de la prueba y del estándar de prueba.....	96
4.6	Construcción del cuadro probatorio	98
4.7	Valoración individualizada de las pruebas	99
4.8	Valoración conjunta de las pruebas	103
4.9	Análisis crítico de las máximas de experiencia empleadas a la luz de la valoración racional de la prueba y de las obligaciones para juzgar con perspectiva de género, de infancia y adolescencia, discapacidad, entre otros.	105
4.10	Formulación de los hechos que se pueden dar por probados o no como consecuencia de la valoración de las pruebas y de la aplicación del estándar de prueba	105
5.	Recapitulación de los temas abordados en el documento y síntesis	107
5.	Recapitulación de los temas abordados en el documento y síntesis.....	109
	Bibliografía	114

Nota introductoria

En los últimos años ha habido un renovado interés en el razonamiento probatorio y la argumentación de los hechos. A diferencia de lo que ocurría hasta hace poco tiempo, actualmente la prueba de los hechos está en el centro de atención de los juristas. Esto se debe en buena medida a una serie de contribuciones provenientes de la teoría y filosofía del derecho, del derecho procesal, así como de otros ámbitos como la epistemología, la psicología, la estadística, la genética, entre muchas otras disciplinas. Con todo, los juristas apenas se han ocupado de examinar la relación entre la prueba de los hechos y áreas del derecho. El estudio de la prueba representa una vía para aproximarse al estudio de áreas específicas del derecho, así como para analizar las peculiaridades y especificidades que presentan. Entre las materias sustantivas que resultan especialmente fructíferas para este tipo de análisis destaca el derecho de familia.

Como se sabe, el derecho de familia ha experimentado una profunda transformación en los últimos años. El derecho de familia actualmente vigente es significativamente distinto que el que había en México hace diez años. La incorporación del interés superior de los niños, niñas y

adolescentes como eje rector de todas las decisiones que puedan afectar sus intereses, la configuración de una noción amplia de familia en la que tienen cabida y protección constitucional distintas formas de relaciones familiares, así como la lectura de todas las instituciones del derecho de familia a la luz de los principios de igualdad y no discriminación por razón de género, edad, origen étnico o nacionalidad, discapacidad, condición social, condición de salud, religión, orientación sexual o cualquier otra categoría que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La prueba en el derecho de familia comparte algunos aspectos con otras áreas del derecho e incluso con otras disciplinas. Al mismo tiempo, la prueba presenta algunas características específicas que permiten entender mejor la prueba en esta rama del derecho. La prueba en el derecho de familia presenta un fuerte compromiso con la averiguación de la verdad. La configuración de los problemas de derecho de familia como una cuestión de orden público permite flexibilizar formalidades y principios procesales propios del derecho dispositivo como el principio de aportación de parte. En este sentido, los ordenamientos procesales otorgan amplias facultades probatorias a los jueces y juezas en materia familiar; facultades que van desde la posibilidad de intervenir durante el desahogo de las pruebas hasta la obligación de ordenar pruebas de oficio. Con todo, la regulación de la prueba en el derecho de familia no está exenta de formalidades como la regulación de la etapa probatoria o de reglas específicas para el ofrecimiento, admisión, desahogo y práctica de las pruebas. Del mismo modo, tanto el derecho sustantivo de familia como la regulación del procedimiento familiar establecen límites a la averiguación de la verdad en aras de proteger otros valores como el interés superior de los niños, niñas y adolescentes o la estabilidad familiar.

Por otra parte, los jueces y juezas en materia familiar tienen que analizar y valorar pruebas para resolver un sinnúmero de cuestiones jurisdiccionales y no jurisdiccionales como adopciones, otorgamiento, modificación y pérdida de patria potestad, asignación y cambio de guarda y custodia,

derechos de visita para el padre o madre no custodio, alimentos, compensaciones, cambio de residencia paternidad y filiación, reparación del daño en materia familiar. Muchas de las pruebas que se analizan y valoran en materia familiar se presentan también en otras áreas. Sin embargo, en materia familiar cobra especial relevancia la opinión de los niños, niñas y adolescentes a la luz de los lineamientos establecidos por la Suprema Corte para su participación, así como pruebas periciales específicas como la pericial en psicología o en trabajo social.

El trabajo que se presenta a continuación tiene un doble propósito. En primer lugar, examinar las notas características de la prueba en el derecho de familia a fin de examinar algunas de las características comunes con áreas del derecho, así como características específicas de esta rama del derecho. En segundo lugar, presentar una metodología para el análisis y valoración de las pruebas en materia familiar. Con ello se espera contribuir a que los jueces y juezas en materia familiar estructuren y ordenen los principales elementos que componen el razonamiento probatorio para alcanzar una motivación de los hechos sólida y bien sustentada que asegure la protección de los derechos humanos de todas las personas involucradas en los procedimientos en materia familiar.

1. Introducción

1. Introducción

El derecho de familia ha experimentado una profunda transformación en los últimos años como consecuencia de la constitucionalización de esta rama del derecho y de los precedentes de la Suprema Corte de Justicia. No es exagerado afirmar que el derecho de familia actualmente vigente en México es, en buena medida, resultado de las decisiones y criterios interpretativos de la Corte, manifestándose así un auténtico derecho jurisprudencial que complementa y desarrolla el derecho legislado. Estos cambios se manifiestan en muchas de las instituciones del derecho de familia como la patria potestad; en la configuración de una noción amplia de familia en la que encuentran cabida y protección constitucional distintas formas de relaciones familiares; la guarda y custodia; el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como eje rector de las decisiones que los atañen; el desarrollo expansivo del derecho de alimentos, la compensación y la pensión compensatoria; la violencia familiar y las distintas situaciones de violencia, vulnerabilidad y discriminación por

razón de género; las obligaciones a cargo de los órganos jurisdiccionales cuando resuelven cuestiones familiares que involucren a personas con discapacidad o con una condición de salud, entre muchos otros cambios significativos en el derecho de familia.

Además de estos cambios sustantivos, la Suprema Corte ha planteado la necesidad de incorporar un giro empírico en la manera de abordar y resolver problemas que se presentan en el derecho de familia. Algunos de los rasgos que caracterizan este giro son los siguientes. En primer lugar, por destacar que las decisiones de los órganos jurisdiccionales en materia de familia estén debidamente sustentadas en pruebas, no en intuiciones, sospechas, simples creencias o prejuicios. En segundo lugar, por el empleo de nociones y de temas probatorios (por ejemplo, el recurso a nociones como las presunciones, la carga de la prueba, el establecimiento de estándares de prueba diferenciados, el establecimiento de lineamientos para la participación de niños y niñas en procedimientos jurisdiccionales o las aportaciones de la psicología del testimonio, entre otras). En tercer lugar, por privilegiar el empleo de pruebas periciales y científicas, siempre que éstas resulten fiables y estén debidamente sustentadas.

El presente documento tiene como objetivo contribuir al desarrollo del derecho de familia mediante la presentación de una metodología para el análisis y valoración de las pruebas. La metodología que se presenta se compone de 10 pasos encaminados a que las personas juzgadoras desarrollen y pongan en práctica habilidades relacionadas con el análisis y la valoración racional de las pruebas en materia familiar.¹

Los pasos que componen la metodología son los siguientes:

¹ La metodología que se presenta está enfocada primordialmente, pero no de forma exclusiva, en los jueces y juezas que resuelven cuestiones familiares en primera instancia.

Metodología para el análisis y valoración de las pruebas

1. Identificación y formulación del punto de vista y de las perspectivas que debe incorporar la persona juzgadora en su análisis.
2. Identificación y formulación de los hechos jurídicamente relevantes.
3. Identificación y formulación del problema probatorio.
4. Identificación y formulación de los hechos secundarios.
5. Identificación y formulación de la carga de la prueba y del estándar de prueba.
6. Construcción del cuadro probatorio.
7. Análisis y valoración individualizada de las pruebas.
8. Análisis y valoración conjunta de las pruebas.
9. Identificación y análisis crítico de las máximas de experiencia empleadas.
10. Formulación de los hechos probados.

En las siguientes páginas el lector encontrará una explicación pormenorizada de cada uno de estos puntos, así como una guía metodológica para analizar, argumentar y resolver problemas probatorios en materia familiar.² Con ello, se espera guiar a los jueces y juezas en el desarrollo y puesta en práctica de herramientas para el análisis y valoración racional de las pruebas. La presentación que se realiza a continuación está enfocada principalmente en los jueces y las juezas en materia familiar. Con todo, la metodología pretende tener una aplicación más amplia al poder ser utilizada no sólo por jueces y juezas de otras materias, sino por otros operadores jurídicos.

² La metodología que se presenta está basada en los desarrollos teóricos y metodológicos realizados por John Henry Wigmore en su *chart method* y en la versión y simplificación realizada por William Twining, David Schum y Terence Anderson. *Cfr.* Terence, Anderson, David, Schum y William, Twining, *Analysis of Evidence*, 2a. ed, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [Edición en español: *Análisis de prueba*, Marcial Pons, 2015] De estos últimos, la metodología que se propone retoma algunos pasos del Protocolo de siete pasos elaborado por estos autores. Por otra parte, la metodología que se presenta retoma elementos planteados por los siguientes autores: Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002; Ibáñez, Perfecto Andrés, *Prueba y convicción en el proceso penal*, Hammurabi, 2009; Igartua, Juan, "Valoración judicial de la prueba y motivación racional", en Gómez, Alejandro *et al.* (coord.), *Discusión jurídica contemporánea desde Michoacán*, Tribunal Electoral de Michoacán, 2010, pp. 79-101, así como Muñoz Sabaté, Luis, *Técnica probatoria*, Madrid, La Ley, 2017.

En el siguiente apartado se examinan algunas notas distintivas de la prueba en el derecho de familia. Como veremos, la prueba en derecho de familia comparte algunas características con la prueba en otras áreas del derecho, pero presenta algunas particularidades específicas que es importante advertir y tomar en cuenta de manera previa. Enseguida se presenta una explicación detallada de cada uno de los pasos de la metodología y se ilustra con problemas prácticos que se presentan en la materia familiar. Para finalizar, se presenta una aplicación completa de la metodología en una controversia familiar, junto a una serie de pautas que permitan guiar y acompañar a las personas juzgadoras en la toma de decisiones justificadas sobre los hechos. A lo largo del presente documento se incorporan los criterios y precedentes establecidos por la Suprema Corte.

2. La prueba en el derecho de familia

Algunas notas distintivas

2. La prueba en el derecho de familia.

Algunas notas distintivas

La prueba en el derecho de familia comparte algunos aspectos con la prueba en otras áreas del derecho e incluso con la prueba en otras disciplinas. Sin embargo, en el derecho de familia ésta presenta algunas características específicas o distintivas cuya verificación permite entenderla mejor en esta parte del derecho.

En *La valoración racional de la prueba*, Jordi Ferrer identifica siete notas definitorias de la prueba en derecho:³

³ Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Siete notas definitorias de la prueba en el derecho

1. El objetivo institucional de la prueba es la averiguación de la verdad.
2. Se determina (normalmente) la ocurrencia de hechos pasados.
3. El derecho incluye un buen número de reglas jurídicas sobre la prueba.
4. La toma de decisiones sobre la prueba en el proceso está sometida a estrictas limitaciones temporales.
5. Las partes intervienen en el proceso.
6. La justificación de la decisión adoptada es relativa a un conjunto determinado de elementos de juicio.
7. La decisión que se adopte está dotada de autoridad.

Como veremos a continuación, la sistematización realizada por Jordi Ferrer no solamente es útil para identificar las características generales de la prueba en el derecho, sino que permite precisar características en áreas específicas, como el derecho de familia.

2.1 La prueba en el derecho de familia tiene como objetivo principal, pero no exclusivo, la averiguación de la verdad

A través de la prueba se trata de establecer, si determinados hechos han tenido lugar. Las pruebas ofrecidas por las partes, así como las pruebas recabadas por el órgano jurisdiccional, tienen como objetivo averiguar la verdad de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión.

En el derecho de familia también se tiene que determinar la verdad de ciertos hechos. A manera de ejemplo, cuando se alega la condición de salud de una madre para negarle la guarda y custodia de sus hijos, la Suprema Corte ha establecido que este tipo de juicios no puede realizarse mediante suposiciones o conjeturas, sino que debe acreditarse, a través de pruebas técnicas y científicas, el grado de afectación en la salud de la madre y la manera en que dichas circunstancias la hacen menos idónea que el padre

para cuidar de manera apropiada a sus hijos o hijas.⁴ Del mismo modo, en una controversia familiar sobre paternidad, la prueba biológica de ADN tiene como objetivo establecer la correspondencia genética entre el presunto padre con el hijo o hija. La aplicación de consecuencias jurídicas previstas por las normas tiene como presupuesto que la decisión del órgano jurisdiccional está basada en una determinación verdadera de los hechos.

El procedimiento familiar está fuertemente comprometido con la averiguación de la verdad. Los ordenamientos procesales consideran que los problemas de derecho de familia son de orden público, contrarrestando principios procesales como el principio de aportación de pruebas propio del derecho dispositivo. Asimismo, los ordenamientos procesales otorgan amplias facultades probatorias a los órganos jurisdiccionales en materia familiar.⁵ Así, el artículo 1045 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México establece que en las audiencias del juicio oral "El juez tendrá la más amplia facultad para hacer a los testigos, peritos y a las partes las preguntas que estime conducentes a la investigación de la verdad respecto a los puntos controvertidos". Y en relación con el procedimiento familiar en específico, el artículo 226 del Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo establece que "el Juez Familiar dispondrá de las más amplias facultades para investigar la verdad."⁶

A propósito del empleo de poderes probatorios para la averiguación de la verdad, Daniel Delgado señala lo siguiente:

⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 2618/2013, sentencia del 23 de octubre de 2013. Mayoría de cuatro votos. Ponente: Ministro Arturo Zaldívar.

⁵ Gómez Fröde, Carina, *Derecho procesal familiar*, 2a ed., México, Editorial Porrúa, 2013, p. 18 y López Betancourt, Eduardo y Fonseca Luján, Roberto, *Juicios orales en materia familiar*, México, Iure Editores, 2013, p. 89.

⁶ Como veremos más adelante, es importante advertir que en algunas cuestiones analizadas en el procedimiento familiar, la facultad para ordenar pruebas para averiguar la verdad deja de tener un carácter meramente potestativo en el que puede o no ser ejercida, para convertirse en un imperativo a cargo del órgano jurisdiccional. Sobre este punto se pronunció la Primera Sala de la Suprema Corte al resolver el Amparo directo en revisión 4398/2013, resuelto en sesión del 2 de abril de 2014.

aunque por regla general en la materia procesal civil el ejercicio de los poderes probatorios del tribunal es una facultad discrecional, en el trámite de los procesos familiares, el cumplimiento de valores públicos como la estabilidad de la familia y la protección de colectivos que a ella pertenecen y se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, hace necesario que las personas juzgadoras abandonen la idea de limitarse a las iniciativas probatorias de las partes y, en su lugar, se avoquen activamente a recabar los elementos probatorios necesarios para la determinación de la verdad de los hechos controvertidos independientemente de que se les solicite o no.⁷

Al igual que otras materias, la regulación de la prueba en materia familiar está sujeta a algunas formalidades. No obstante, dichas formalidades presentan ciertas flexibilizaciones en materia familiar. A manera de ejemplo, el artículo 137 del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo señala que no serán admitidas las pruebas que no hayan sido relacionadas con los hechos motivo de la *litis*, salvo cuando se encuentren inmersos intereses de menores de edad.⁸ De este modo, establece una excepción al criterio formal de admisión de la prueba que se incardina hacia la maximización de la averiguación de la verdad como base para la solución de problemas del derecho de familia. En sentido análogo, la flexibilización de las reglas de prueba en aras de la averiguación de la verdad y la protección de la familia se advierte también en las reglas relativas a la proposición de pruebas. Como señala Daniel Delgado,

en la práctica sucede que en muchas ocasiones determinados medios de convicción que originalmente no fueron propuestos por las partes en el momento procesal oportuno, pretenden ser incorporados posteriormente al proceso cuando alguna de ellas recuerda su existencia o algún familiar o amistad hace referencia a ciertos

⁷ Delgado Ávila, Daniel, "Las pruebas en materia familiar desde la perspectiva de género", en Vela, Estefanía (coord.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar*, México, SCJN, 2021, p. 139.

⁸ López Betancourt, E. y Fonseca Luján, R., *op. cit.*, p. 9.

episodios de la vida familiar que originalmente fueron inadvertidos. Por esta razón, en conflictos familiares que involucran dinámicas de violencia o relaciones asimétricas de poder, el tribunal estará obligado a ser sensible y, de ser el caso, flexibilizar las reglas que establecen los sistemas procesales para la aportación de pruebas o excepciones supervenientes con la finalidad de admitir tales medios de convicción en la medida que en forma relevante puedan mejorar el acervo probatorio.⁹

Con todo, la prueba en el derecho de familia no tiene como objetivo únicamente averiguar la verdad. En la prueba en el derecho de familia es posible advertir la búsqueda de objetivos distintos a la averiguación de la verdad; objetivos que en ocasiones pueden llegar a prevalecer sobre la averiguación de esta última. A manera de ejemplo, el artículo 388 del Código Civil de la Ciudad de México impone un límite a la averiguación de la verdad al establecer que la investigación de paternidad o maternidad sólo puede intentarse en vida de los progenitores y que en caso de que los progenitores hubieran fallecido durante la minoría de edad de los hijos o hijas, estos tendrán derecho a intentar la acción antes de que cumplan 24 años de edad.¹⁰ Esta disposición establece una limitación a la averiguación de la verdad, en este caso, la investigación y determinación de la paternidad o maternidad.¹¹

Por otra parte, el procedimiento de familia prevé el cumplimiento de algunas formalidades, incluyendo algunas formalidades en materia de prueba. En este sentido, algunos ordenamientos establecen que en la audiencia del juicio oral se desahogarán las pruebas, declarando desiertas "aquellas pruebas que no estén debidamente preparadas por causas imputables a quien las haya ofrecido".¹²

⁹ Delgado Ávila, D., *op. cit.* p. 137.

¹⁰ Artículo 351 del Código Civil de la Ciudad de México.

¹¹ La Primera Sala analizó la constitucionalidad de esta disposición en el Amparo directo en revisión 2750/2012. Por mayoría de tres votos, resolvió que la disposición en cuestión era constitucional "si se interpreta en el sentido de que no impide la indagatoria de paternidad, cuando esta únicamente tenga como objeto el que se establezca la verdad biológica".

¹² Artículo 1055 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México (CPCCDMX).

2.2 En materia familiar se determina normalmente la existencia de hechos pasados, pero en ocasiones también son relevantes hechos presentes y hechos futuros

De manera general, a través de la prueba se busca acreditar la ocurrencia de hechos pasados. Sin embargo, en ocasiones puede resultar relevante acreditar hechos presentes e incluso, predecir hechos futuros.¹³ Esta nota característica se presenta también en materia familiar.

A manera de ejemplo, la pérdida de patria potestad por resolución judicial está condicionada a la acreditación de conductas pasadas, como el incumplimiento de la obligación alimentaria (p. ej., Mario dejó de suministrar alimentos a su hijo Raúl) o el abandono por parte de quien ejerce la patria potestad (Mario abandonó a su hijo Raúl). Asimismo, en el procedimiento de restitución internacional de menores de edad se debe acreditar que uno de los progenitores sustrajo ilícitamente al niño o niña.

En los juicios en materia familiar también se tiene que acreditar hechos presentes. A manera de ejemplo, una de las pruebas empleadas con mayor frecuencia en los juicios familiares es la prueba pericial en trabajo social. A través de dicha prueba, el perito en trabajo social trata de establecer en su informe socioeconómico la posibilidad actual de los acreedores alimentarios y las necesidades del niño o niña para así poder fijar una determinada cantidad como pago de la pensión alimenticia.

En materia familiar, en ocasiones también tiene que dilucidarse la ocurrencia de hechos futuros. Al respecto, la Suprema Corte ha empleado la teoría del riesgo para resolver una serie de decisiones que involucran el interés superior del menor. La Corte considera que el interés superior de la infancia implica que los intereses de los niños, niñas y adolescentes deben protegerse con mayor intensidad "por lo que no es necesario que

¹³ Ferrer, J., *La valoración racional...*, op. cit., p. 32.

se genere un daño a sus bienes o derechos para que se vean afectados, sino que basta con que éstos se coloquen en una situación de riesgo".¹⁴ Al respecto, la Corte entiende 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".¹⁵ La Suprema Corte señala que la adopción de la teoría del riesgo es adecuada en la mayoría de contiendas que involucran los derechos de los menores de edad, como los casos de guarda y custodia y alimentos, entre otros. En este tipo de contiendas "debe existir un grado de probabilidad para determinar que efectivamente ciertas conductas ponen en riesgo a un niño o niña, con la razonable proyección a futuro de que la conducta sea de tal manera perniciosa que afecte sus derechos".¹⁶

Los casos de restitución internacional de niños, niñas o adolescentes ofrecen otro ejemplo que ilustra la relevancia de los hechos futuros en decisiones relacionadas con el derecho de familia. De conformidad con el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la restitución internacional de menores, el interés superior de los niños y niñas se satisface regresando al niño o niña al lugar en el que tenía su residencia habitual. No obstante, el Convenio establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución si la persona que se opone a su restitución demuestra que existe un "grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable".¹⁷ Es decir, la parte que se opone a la restitución tiene que acreditar un hecho futuro, a saber que la restitución coloque o pueda llegar a colocar al niño o niña ante un peligro grave físico o psíquico.

¹⁴ Tesis 1a. CVIII/2014 (10a.), de rubro: DERECHOS DE LOS NIÑOS. BASTA CON QUE SE COLOQUEN EN UNA SITUACIÓN DE RIESGO PARA QUE SE VEAN AFECTA, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 538, Registro digital: 2005919.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Amparo Directo en Revisión 1339/2017 y Amparo en revisión 910/2016 de 23 de agosto de 2017.

¹⁷ Artículo 13, La Convención de La Haya de 25 de octubre de 1980.

2.3 Reglas probatorias en el derecho de familia

Como hemos ido anticipando, una característica de la prueba en el derecho de familia es su carácter reglado. Al igual que ocurre en otras áreas del derecho, una parte importante de la prueba en el derecho de familia está gobernada por reglas jurídicas.

Ahora bien, el análisis de las reglas de prueba en materia familiar se dificulta por al menos dos razones. En primer lugar, la falta de expedición del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares impide llevar a cabo un análisis de carácter general sobre la regulación de la prueba en los procedimientos familiares en México.¹⁸ En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los procedimientos familiares siguen tramitándose y resolviéndose conforme a las disposiciones procesales locales, con la correspondiente falta de uniformidad en la regulación en materia probatoria.

Con todo, es posible llevar a cabo algunas reflexiones generales. Para ello, es importante advertir que en los ordenamientos procesales de los estados se pueden distinguir dos modelos de procedimiento familiar.¹⁹ En primer lugar, un modelo de procedimiento familiar preponderantemente escrito que se sigue conforme al juicio ordinario. En segundo lugar, un modelo de procedimiento familiar preponderantemente oral.

¹⁸ El 15 de septiembre de 2017 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos relativos a la justicia cotidiana. Asimismo, se adicionó la fracción XXX del artículo 73 para establecer la competencia del Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar. En el artículo 4º transitorio del referido Decreto se otorgó al Congreso de la Unión un plazo que no excedería de ciento ochenta días contados a partir de su entrada en vigor para expedir dicho ordenamiento procesal. A la fecha, sin embargo, el citado código no ha sido expedido.

¹⁹ Delgado Ávila, D., *op. cit.*, p. 127. Además de estos dos modelos, habría que advertir que los ordenamientos procesales establecen la jurisdicción voluntaria para tramitar algunos asuntos relevantes para el derecho familiar como la autorización para vender, gravar bienes y transigir derechos de niños y niñas o la adopción. Para un análisis comparado en algunos ordenamientos procesales, véase, López Betancourt, E. y Fonseca Luján, R., *op. cit.* pp. 131 y ss., así como 213 y ss.

Los códigos procesales de cada estado establecen qué controversias y clases de procedimiento se tramitan conforme al juicio ordinario escrito y qué controversias se tramitan conforme al juicio oral. En este último se pueden distinguir, a su vez, dos clases. Por un lado, aquellos en los que, tras la presentación de demanda, contestación y posible reconvencción de carácter escrito, hay una sola audiencia concentrada oral para el desahogo de pruebas. Por el otro, aquellos en los que hay una audiencia preliminar que se conforma de dos fases. La primera consiste en una junta anticipada ante el secretario para realizar ajustes a la *litis*.²⁰ Por su parte, la audiencia ante el juez en la etapa preliminar tiene como objeto la depuración del procedimiento, el estudio de la legitimación de las partes y de las excepciones procesales, la revisión y aprobación del convenio que hayan celebrado las partes, la conciliación entre las partes, la probación de acuerdos sobre hechos no controvertidos y probatorios, la resolución de las medidas provisionales pendientes y la admisión y preparación de las pruebas.

Después, en el juicio oral tiene lugar la audiencia de juicio. En ella, la persona juzgadora escucha los alegatos de apertura de las partes, con la exposición de los hechos y pruebas con las que demostrarán sus pretensiones, siguiendo a continuación con el desahogo de las pruebas, la recepción de alegatos y el dictado de la sentencia definitiva.

Una diferencia relevante en materia de prueba entre el procedimiento primordialmente escrito y el procedimiento oral es el momento relativo al ofrecimiento de pruebas. En el primero, el ofrecimiento de pruebas se lleva a cabo por regla general en la etapa de pruebas. En el procedimiento primordialmente oral, por el contrario, el ofrecimiento de pruebas se lleva a cabo en los escritos de demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción.²¹

²⁰ A manera de ejemplo, el artículo 1049 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México regula el objeto de la Junta Anticipada en los siguientes términos: I. Cruzar información e intercambiar pruebas entre las partes; II. Formular propuestas de convenio; III. Establecer acuerdos sobre hechos no controvertidos; y, IV. Fijar acuerdos probatorios.

²¹ Véase en este sentido el artículo 1033, fracción VII, del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México.

Para dar cuenta de la diversidad de reglas de prueba, se pueden distinguir tres tipos de reglas de prueba: reglas sobre los medios de prueba, reglas sobre la actividad probatoria y reglas sobre el resultado probatorio.²²

En primer lugar, el derecho regula los medios de prueba y establece qué medios de prueba son admisibles. Al respecto, el procedimiento oral en materia familiar se caracteriza por una amplitud probatoria en la que son admisibles todos los medios de prueba (testimonios, ya sea que provengan de las declaraciones de las partes o de terceros, periciales, documentales, etc.), cuando cumplan con las formalidades para el ofrecimiento y sean conducentes con la controversia.

Pero el derecho no sólo regula los medios de prueba, sino que regula también la actividad probatoria. En este sentido, el derecho contiene reglas que establecen el inicio y final de la etapa de pruebas, así como reglas relativas a la proposición, al ofrecimiento y al desahogo de pruebas en general y al desahogo de medios de prueba específicos. Así, los artículos 5.40 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México y 1038 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México establecen que las pruebas deberán ofrecerse en la demanda, reconvención y contestación de las mismas; por su parte, el artículo 1060 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México establece que la declaración voluntaria de la parte propia o de la parte contraria podrá ofrecerse desde los escritos de demanda y contestación y hasta la junta anticipada.

El derecho regula también el resultado probatorio, estableciendo cuándo se alcanza el resultado "probado", ya sea en virtud de que lo predetermine el legislador, o bien, que otorgue libertad al órgano jurisdiccional para alcanzar el resultado "probado". En el primer sentido, los códigos civiles establecen que las actas del estado civil hacen prueba plena de

²² Cfr. Ferrer, J., *La valoración racional...*, *op. cit.*, p. 35.

lo que el juez o la jueza del Registro civil dé testimonio de haber pasado en su presencia, indicando con ello que el contenido de las mismas se tiene por probado (sin perjuicio de que pueda argumentarse la falsedad del Acta).²³ Las presunciones legales que admiten prueba en contrario son otro ejemplo de reglas sobre el resultado probatorio. Este tipo de reglas obligan al órgano jurisdiccional a considerar probado un hecho, si se acredita el hecho base de la presunción y la contraparte no acredita lo contrario, como ocurre con la presunción de paternidad derivada de la negativa de someterse a la prueba biológica de ADN.²⁴

Las reglas de carga de la prueba también pueden considerarse como reglas sobre el resultado probatorio. A reserva de que examinemos con detalle este tipo de reglas en el punto 3.5 de la metodología para el análisis y valoración de las pruebas, las reglas de carga de la prueba establecen no sólo la distribución de la carga de la prueba entre las partes en la etapa probatoria, sino también las consecuencias derivadas de la falta de prueba. En este segundo sentido, las reglas de carga de la prueba establecen las consecuencias jurídicas a aplicar cuando los hechos jurídicamente relevantes para la decisión no resulten probados, es decir, cuando no se alcance el resultado "probado". Desde esta perspectiva, las reglas de carga de la prueba establecen las consecuencias jurídicas que se producen cuando no se alcanza un determinado resultado probatorio; consecuencias que, generalmente, consisten en que el hecho que se pretendía probar no resulte acreditado y se absuelva a la contraparte.

También son reglas de decisión las reglas relativas a los estándares de prueba. Este tipo de pruebas establece el nivel de corroboración que

²³ Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 49 del Código Civil de la Ciudad de México.

²⁴ Al respecto, véase, Tesis 1a.J. 101/2006, de Rubro: JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXV, Marzo de 2007, página 111, Registro digital: 172993.

tiene que alcanzarse para que resulte justificado que el órgano jurisdiccional tenga por probado un hecho. Al respecto, como veremos más adelante, la Suprema Corte ha establecido estándares de prueba diferenciados en materia familiar.

2.4 La toma de decisiones sobre la prueba está sometida a (estrictas) limitaciones temporales

La celeridad en la toma de decisiones es un aspecto que no sólo involucra a la prueba, sino al proceso en general. A través del proceso se busca que la decisión del órgano jurisdiccional se produzca dentro de un plazo razonable a fin de asegurar el acceso a la justicia. Estas decisiones involucran también cuestiones probatorias. Las reglas que regulan la actividad probatoria establecen plazos para el ofrecimiento, práctica, preparación y desahogo de las pruebas.

Por otra parte, dos de los principios que rigen el juicio oral en materia familiar son el de continuidad y el de concentración, según los cuales el juez o jueza debe resolver, en el menor tiempo posible y a través del menor número de actos procesales, la controversia planteada.²⁵ En otro sentido, los órganos jurisdiccionales están facultados para decretar y modificar en cualquier momento del procedimiento y de manera oficiosa decisiones relativas a medidas provisionales que sean necesarias para preservar a la familia y proteger a sus miembros desde los autos de escritos de demanda, contestación, reconvenición y contestación.²⁶

En materia de familia, sin embargo, también encontramos algunas flexibilizaciones a las limitaciones temporales de decisiones sobre la prueba —como se analizó en el apartado 2.1 de este mismo epígrafe—al analizar la relación de ésta en el derecho de familia con la averiguación de la verdad.

²⁵ Artículo 1020, fracción IX, CPCCDMX.

²⁶ Artículo 1040, CPCCDMX.

2.5 La intervención de las partes y de otros sujetos procesales en el proceso de familia

En el proceso hay una intervención decisiva de las partes en materia probatoria. Como señala Jordi Ferrer, "esa intervención puede ser mayor o menor, compartida con otros sujetos (*i.e.* el juez) o exclusiva, dependiendo de cada ordenamiento y de cada tipo de proceso".²⁷ En materia familiar, la iniciativa procesal corresponde en gran medida a las partes, quienes deben articular sus pretensiones en sus respectivos escritos de demanda, contestación y reconvencción. No obstante, como señalan Eduardo López Betancourt y Rubén Fonseca Luján, una vez iniciado el proceso familiar "rige el impulso oficioso del juez, quien evitará toda dilación innecesaria y tomará las medidas pertinentes para impedir su interrupción indebida".²⁸

Este aspecto es de la mayor relevancia pues —como sugiere Daniel Delgado—, el cumplimiento de valores públicos, como la estabilidad de la familia o la protección de personas en condición de vulnerabilidad, obliga a que las personas juzgadoras tengan un papel activo en la actividad probatoria, sin estar constreñidas a las iniciativas probatorias de las partes, dado su compromiso en la averiguación de la verdad para la protección de la familia, con independencia de si lo solicitan o no las partes.²⁹

Por otro lado, algunos ordenamientos establecen una excepción al principio de demanda privada, al otorgar legitimación a otros sujetos para iniciar procedimientos ante el juez o jueza de lo familiar.³⁰ Tal es el caso de la acción otorgada al Ministerio Público para iniciar el procedimiento de "pérdida de la patria potestad de menores acogidos por una institución pública o privada de asistencia social".³¹ Asimismo, el Ministerio Público puede presentar la acción de nulidad de matrimonio por parentesco,

²⁷ Cfr. Ferrer, J., *La valoración racional...* *op. cit.*, p. 38.

²⁸ Cfr. López Betancourt, E. y Fonseca Luján, R., *op. cit.*, p., 111.

²⁹ Cfr. Delgado, D., "Las pruebas en materia familiar...", *op. cit.*, p. 139.

³⁰ Ferrer, J., *La valoración racional...* *op. cit.*, p. 38.

³¹ Tal y como se establece en el Capítulo I del Título Séptimo del CPCDF.

adulterio o atentado contra la vida de uno de los cónyuges.³² Por su parte los artículos 464 y 465 del Código de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo otorgan al Ministerio Público acción para iniciar el juicio escrito de investigación de paternidad o maternidad.³³ Por otra parte, la proposición de medios de prueba corresponde inicialmente a las partes, pero también pueden proponer pruebas la Representación Social o la Procuraduría de Protección de niños, niñas y adolescentes.³⁴

2.6 La decisión sobre la prueba es relativa a un conjunto de elementos de juicio

La decisión sobre si ciertos hechos resultan probados o no es relativa (y dependiente) del material probatorio del que se disponga. El mayor o menor número de pruebas de que se disponga impactará en el resultado probatorio. Por ello, dado el compromiso del proceso familiar con la averiguación de la verdad, el resultado probatorio no depende exclusivamente de las partes. Las personas juzgadoras disponen de una gama de poderes probatorios que facultan, y en algunos casos obligan, al órgano jurisdiccional a allegarse de pruebas de oficio, lo que puede incidir en el resultado probatorio de la decisión. Un ejemplo paradigmático del empleo de poderes probatorios para ordenar pruebas de oficio se encuentra en los casos de violencia familiar. No puede sostenerse una decisión a falta de pruebas en violencia familiar con el argumento de que la presunta víctima no aportó material probatorio para sustentar su dicho. El órgano jurisdiccional deberá actuar de oficio para recabar pruebas y determinar con base en ello si resultan acreditados los hechos constitutivos de violencia familiar.³⁵

³² Artículos 242, 243 y 244, CPCDF.

³³ López Betancourt, E. y Fonseca Luján, R., *op. cit.*, p. 86.

³⁴ Delgado Ávila, D., *op. cit.*, p. 136.

³⁵ Véase al respecto la Tesis 1a. CCXXV/2015(10a.), de rubro: DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO LIBRE DE VIOLENCIA, DEBERES DEL JUZGADOR EN MATERIA PROBATORIA publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, página 580, registro digital 2009458. Y Tesis 1a./J. 37/2022 (11a.), de rubro: VIOLENCIA FAMILIAR. LAS PERSONAS JUZGADORAS DEBEN RECABAR Y ORDENAR LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA ESCLARECER LOS HECHOS, CUANDO LA VIOLENCIA INVOLUCRE LOS DERECHOS DE LOS INTEGRANTES DE UN GRUPO VULNERABLE O EXISTA DESIGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO, publicada en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 13, Mayo de 2022, Tomo III, página 3182.

2.7 La decisión que se adopte sobre la prueba está dotada de autoridad

El carácter autoritativo de las decisiones sobre la prueba dictadas por los órganos jurisdiccionales se manifiesta también en el proceso familiar. La Suprema Corte ha establecido que en los procesos familiares rige también la institución procesal de la cosa juzgada, la cual se relaciona con el derecho de acceso efectivo a la justicia y con la seguridad jurídica.

En este sentido, es conveniente hacer esta precisión, en virtud de que una lectura superficial de la Tesis de jurisprudencia 1a./J. 28/2013 (10a.) pudiera sugerir lo contrario. El rubro de la misma es el siguiente: RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DEBE PREVALECER EN EL JUICIO RELATIVO FRENTE A LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA.³⁶ A primera vista, parecería que la Suprema Corte estableció que el interés superior de la niñez prevalece sobre la cosa juzgada. Sin embargo, una lectura atenta del criterio completo y del precedente del que emana sugiere que no hay oposición. En efecto, al resolver la contradicción de tesis 496/2012, la Suprema Corte analizó la relación entre el principio de cosa juzgada y el interés superior de la niñez al resolver un caso relativo a un juicio de paternidad en el que el presunto progenitor opuso la excepción de cosa juzgada bajo el argumento de que en un primer juicio ya había sido absuelto, pero en dicho juicio se había omitido desahogar la prueba pericial en genética. En el presente caso, la Corte sostuvo que no cabía hablar de cosa juzgada en virtud de que esta institución presupone que, en el juicio del cual deriva, se cumplieron las formalidades esenciales del procedimiento, lo cual no podía considerarse satisfecho porque se había pasado por alto

³⁶ Tesis 1a./J. 28/2013 (10a.), de rubro RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DEBE PREVALECER EN EL JUICIO RELATIVO FRENTE A LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, página 441. Registro digital: 2003727.

el interés superior del menor al omitir desahogar la prueba. La Corte sostuvo que dicha omisión "no sólo infringe la formalidad relacionada con la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, sino que además transgrede el derecho de acceso efectivo a la justicia del menor".³⁷

³⁷ Ibidem.

3. Metodología para el análisis y valoración de las pruebas

3. Metodología para el análisis y valoración de las pruebas

En este apartado se presentan los 10 pasos de la metodología para el análisis y valoración de las pruebas, ilustrándolos con problemas que se presentan en el derecho de familia y haciendo referencia a los precedentes de la Suprema Corte de Justicia. La metodología tiene un orden consecutivo, con la idea de ir ensamblando, paso a paso, los elementos con los que los órganos jurisdiccionales habrán de construir su razonamiento probatorio, de cara a la valoración de las pruebas y la formulación de los hechos probados.

3.1 Identificación y formulación del punto de vista y de las perspectivas que debe incorporar en su análisis la persona juzgadora

El primer paso de la metodología consiste en identificar y formular el punto de vista,³⁸ así como la diversidad de perspectivas que la persona juzgadora debe incorporar en su análisis.

Una de las peculiaridades del razonamiento jurídico es la variedad de puntos de vista que pueden presentarse en el derecho. El derecho de familia no es la excepción. En él podemos encontrar una variedad de puntos de vista: niños, niñas y adolescentes, padres, madres o tutores, integrantes de la familia ampliada, litigantes, procuradores, trabajadores sociales, testigos, peritos, mediadores, conciliadores, órganos jurisdiccionales, entre otros.

Por otra parte, es importante advertir que el punto de vista que se adopte es dependiente del momento o etapa procesal en que se actúa. Por ejemplo, si la persona juzgadora se encuentra en la audiencia preliminar, en la audiencia de juicio, en el momento del dictado de la sentencia, en la resolución de una impugnación, en el juicio de amparo, en la resolución de una revisión, etc. Cada uno de estos momentos tiene sus respectivos objetivos, características y limitaciones. Por otra parte, el punto de vista es dependiente también de los materiales disponibles, por ejemplo, si la persona juzgadora dispone del escrito de demanda y del escrito de contestación y en su caso de reconvenición, de las pruebas desahogadas, de la sentencia de primera instancia y del escrito de agravios, de la sentencia de segunda instancia y los conceptos de violación, etcétera.

Por otra parte, en materia familiar puede presentarse una variedad de perspectivas que las personas juzgadoras deben identificar e incorporar a su labor jurisdiccional, en función de los sujetos que intervienen en los

³⁸ Sobre la importancia de clarificar el punto de vista en general y en el razonamiento jurídico sobre los hechos, véase, Twining, William, *Rethinking Evidence*, Cambridge University Press, 2019, p. 118 y ss., a quien sigo en este punto.

procedimientos y sus características. Este es el caso, por ejemplo, de la perspectiva de infancia y adolescencia, la perspectiva de género y la perspectiva de discapacidad.³⁹

En suma, para clarificar el punto de vista, se debe responder a las preguntas que se enuncian en el siguiente cuadro.⁴⁰

Pautas para clarificar el punto de vista

- Indique cuál es el punto de vista adoptado por el analista.
- Indique en qué parte del proceso se encuentra.
- Indique cuáles son los materiales de los que dispone.
- Indique cuál es el objetivo que se persigue.
- Identifique si el caso requiere que se incorpore una perspectiva de infancia y adolescencia, de género o discapacidad, así como sus implicaciones al analizar los hechos y pruebas del caso.

A continuación se muestra un ejemplo de la manera en que se podría responder a las preguntas anteriores:

- **Indique cuál es el punto de vista adoptado por el analista.**
Por ejemplo: En el presente asunto se asume el punto de vista de un juez o una jueza de lo familiar.
- **Indique en qué parte del proceso se encuentra.**
Por ejemplo. El presente caso se sitúa en el momento de la audiencia de juicio.
- **Indique cuáles son los materiales de los que dispone.**
Por ejemplo. En el presente caso se dispone del escrito de demanda, contestación, reconvenición y contestación de la reconvenición, así como de las pruebas desahogadas en la audiencia de juicio.

³⁹ Cfr. De la SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia*, México, SCJN, 2021; *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, SCJN, 2020; y *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, México, SCJN, 2022.

⁴⁰ Cfr. Terence, A., Schum, D. y Twining, W., *op. cit.*, p. 115.

- **Indique cuál es el objetivo que se persigue.**
Por ejemplo. El objetivo que se persigue es determinar si debe establecerse un régimen de convivencia supervisada del padre no custodio con su hijo.
- **Identifique si el caso requiere que se incorpore perspectiva de infancia y adolescencia, de género o discapacidad, así como sus implicaciones al analizar los hechos y pruebas del caso.**
Por ejemplo. En el presente caso se requiere incorporar la perspectiva de infancia y adolescencia y de discapacidad, en virtud de que se trata de un niño con discapacidad.

A continuación, de manera resumida, se mencionan algunas de las perspectivas que pueden presentarse en materia familiar y sus implicaciones probatorias en materia familiar.

a) Perspectiva de infancia y adolescencia

Un gran número de decisiones en el derecho de familia involucra a niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, determinar la guarda y custodia del niño o niña; establecer la pensión alimenticia; acreditar la paternidad o bien, determinar si debe restituirse al niño o niña al lugar en el que tenía su residencia habitual. En estos casos, las personas juzgadoras deben incorporar y aplicar una perspectiva de infancia y adolescencia.

Pero, ¿qué implica incorporar una perspectiva de infancia y adolescencia y cuáles son sus implicaciones probatorias? Al respecto, en el Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia, la Corte señala que se trata de una obligación a cargo de las personas juzgadoras de impartir justicia en condiciones de igualdad y no discriminación en todos aquellos casos que involucren a niños, niñas y adolescentes. Dicha perspectiva supone "la configuración de una justicia accesible y aplicable para la infancia y adolescencia."⁴¹ Para conseguir este objetivo, las personas

⁴¹ Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia*, op. cit., p. 4.

juzgadas deben realizar todas las acciones necesarias (por ejemplo, implementar ajustes razonables, tratamientos diferenciados y medidas específicas) para asegurar el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes "en todas las etapas del proceso, desde su inicio hasta el dictado de la sentencia definitiva".⁴²

La Corte destaca, en este sentido, que "la resolución de cuestiones que involucren a niños, niñas y adolescentes exige el reconocimiento, respeto y conciencia de que son titulares de derechos", que tienen una autonomía propia y progresiva, así como el derecho de "emitir opiniones en cualquier decisión que les involucre y de hacer valer todos los derechos que tienen ante el Estado, las familias y la sociedad".⁴³ En particular, la obligación de juzgar con perspectiva de infancia supone tener en cuenta los cuatro principios que habrán de guiar la actuación de todas las autoridades, incluyendo la de los órganos jurisdiccionales: i) el interés superior de la niñez o infancia (ISN); ii) el principio de igualdad y no discriminación; iii) el derecho a su participación, y iv) el principio de vida, supervivencia y desarrollo.⁴⁴

La incorporación de la perspectiva de infancia y adolescencia tiene importantes implicaciones probatorias, como la obligación de analizar los hechos desde una visión alejada del adultocentrismo, el empleo de lineamientos para la participación de los niños, niñas y adolescentes a través de sus opiniones o testimonios,⁴⁵ así como el despliegue de poderes probatorios a cargo de las personas juzgadas.⁴⁶

⁴² Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia*, op. cit., p. 5.

⁴³ Ibidem, p. 8.

⁴⁴ Idem, p. 39.

⁴⁵ Como se señala en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia*, es importante distinguir entre *testimonio* y *opinión*. Con el primero se busca que los niños, niñas y adolescentes "narren de la manera más precisa posible lo vivido, observado, sentido, escuchado, etcétera". Por su parte, "la *opinión* no implica que NNA vuelvan a narrar lo vivido, sino que es su derecho de expresar lo que deseen sobre un tema particular y, por tanto, no impera ninguna exigencia o necesidad de que brinden detalles o evoquen recuerdos dolorosos" (p. 155).

⁴⁶ En SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niños, niñas y adolescentes*, México, SCJN, 2014, p. 153 y ss. La Suprema Corte ha establecido que en casos de violencia familiar en donde se involucren derechos de personas pertenecientes a un grupo vulnerable o exista desigualdad de género "es deber de las personas juzgadas recabar y ordenar las prue-

b) Perspectiva de discapacidad⁴⁷

La obligación de juzgar con perspectiva de discapacidad deriva del artículo 1o. de la Constitución (al consagrar el principio de igualdad y no discriminación, entre otros motivos, por la discapacidad de una persona) y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En relación con esta última, la Corte ha establecido que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad debe ser considerada como "el paradigma normativo del modelo social y como una respuesta de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable; por lo que su aplicación es obligatoria para todas las autoridades del Estado mexicano, incluyendo a las personas juzgadoras".⁴⁸

La obligación de juzgar con esta perspectiva se actualiza en cualquier caso en el que pueda estar involucrada una persona con discapacidad. Al respecto, el Protocolo establece dos vías para identificar cuándo se debe emplear esta perspectiva. En primer lugar, mediante la autoadscripción o el autorreconocimiento de la persona con discapacidad involucrada en el procedimiento. En segundo lugar, mediante la identificación que lleve a cabo la autoridad jurisdiccional.

La autoadscripción que realice una de las partes o la identificación de esta situación por parte de la autoridad jurisdiccional tiene importantes repercusiones probatorias. Al respecto, el Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad establece que en algunos supuestos "basta una autoadscripción o autorreconocimiento de buena fe o bajo protesta de decir verdad para tener por acreditada la condición de discapacidad,

bas pertinentes para esclarecer los hechos". Tesis 1a./J. 37/2022 (11a.), de Rubro: VIOLENCIA FAMILIAR. LAS PERSONAS JUZGADORAS DEBEN RECABAR Y ORDENAR LAS PRUEBAS NECESARIAS PARA ESCLARECER LOS HECHOS, CUANDO LA VIOLENCIA INVOLUCRE LOS DERECHOS DE LOS INTEGRANTES DE UN GRUPO VULNERABLE O EXISTA DESIGUALDAD POR RAZÓN DE GÉNERO, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 13, Mayo de 2022, Tomo III, página 3182. Registro digital: 2024635.

⁴⁷ SCJN, *Derechos de las personas con discapacidad*, núm. 5, Cuaderno de Jurisprudencia México, SCJN, 2020.

⁴⁸ Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, op. cit., p. 128.

en los cuales no será necesario que la persona juzgadora se allegue de elementos probatorios, si no se lesionan derechos de terceros ni se requiere la adopción de ajustes para reparar una sventaja procesal".⁴⁹ En otros supuestos, el órgano jurisdiccional "deberá allegarse de elementos probatorios para acreditar si, en efecto, existe la discapacidad y si esta se traduce en una desventaja procesal que implique la adopción de ajustes y medidas para garantizar, en igualdad de condiciones, el derecho de acceso a la justicia de la persona con discapacidad involucrada."⁵⁰

Para la identificación y valoración de la discapacidad, la Corte señala además que "no debe limitarse a una valoración desde un enfoque exclusivamente de carácter médico, sino que se deberá atender a un análisis multidisciplinario que considere la situación de la persona y su entorno en cada caso concreto".⁵¹ En palabras de la Corte: "una mirada integral al analizar la condición de discapacidad puede exigir que la persona juzgadora recabe pruebas periciales conformadas por un equipo multidisciplinario, evitando que sean únicamente de carácter médico". La Corte señala en este sentido que algunas periciales que pueden ser relevantes son trabajo social, derecho, psicología y sociología.⁵²

Para la determinación de una condición de discapacidad, la Corte destaca además que una fuente importante de pruebas la constituye el testimonio de personas cercanas a la persona cuya situación de discapacidad busca acreditarse, debiendo cerciorarse de que no haya conflictos de interés.

En materia familiar puede presentarse una variedad de casos en los que se plantee la necesidad de que la autoridad jurisdiccional incorpore la perspectiva para juzgar con discapacidad, como se desprende de las líneas jurisprudenciales de la Corte en los casos de asignación de guarda

⁴⁹ Ibidem, p. 144.

⁵⁰ Ibidem, p. 144.

⁵¹ Idem.

⁵² Idem.

y custodia en los que se alegue la discapacidad del niño o niña o de alguno de los progenitores para negarles la guarda y custodia, entre otros.⁵³

Para la solución de casos que involucren personas con discapacidad, el Protocolo distingue una serie de obligaciones generales que deben guiar la actuación de las autoridades, incluyendo los órganos jurisdiccionales. Adicionalmente, el Protocolo contempla algunas obligaciones específicas a cargo de los órganos jurisdiccionales en materia de prueba.

Las obligaciones generales a cargo de los órganos jurisdiccionales son las siguientes: (i) resolver todos los casos en que intervengan personas con discapacidad conforme al modelo social; (ii) los casos en los que intervengan personas con discapacidad deben resolverse sobre la base del reconocimiento de su capacidad jurídica; (iii) la accesibilidad universal; (iv) en los casos que estén presentes personas con discapacidad las personas juzgadoras deben realizar ajustes de procedimiento; (v) asistencia jurídica gratuita; (vi) las personas con discapacidad tienen un deber de protección reforzada; y (vii) la participación de asociaciones y organizaciones.⁵⁴

Como señala Agustina Palacios, el modelo social de discapacidad considera que "las personas con discapacidad pueden contribuir a las necesidades sociales en la misma medida que el resto de personas, siempre que se eliminen los obstáculos construidos por la misma sociedad".⁵⁵ Este modelo toma como punto de partida la idea de que la discapacidad es un fenómeno social en el que la sociedad participa y determina su inclusión o exclusión. El modelo social de discapacidad aspira a modificar las limitaciones impuestas por la sociedad "para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas —incluyendo quienes tengan una discapacidad— sean tenidas en cuenta dentro de la organización

⁵³ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 5904/2015, Sentencia de 21 de septiembre de 2016.

⁵⁴ Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, op. cit., p. 94.

⁵⁵ Cfr. Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, núm. 36, Cinca, España, 2008.

social".⁵⁶ De manera análoga, la Corte destaca que "en el modelo social y de derechos el punto de partida es la dignidad de la persona con discapacidad, lo cual conlleva el deber de tratarla como a cualquier otra persona. Desde ese prisma, lo que debe hacer todo ordenamiento jurídico es reconocer siempre y en todo momento que toda persona es sujeto de derecho y tiene personalidad jurídica".⁵⁷

El Protocolo señala, además, que las personas juzgadoras habrán de analizar los hechos conforme al modelo social para resolver con una perspectiva de discapacidad. El amparo directo en revisión 7368/2016 ilustra en qué consiste el análisis de los hechos conforme al modelo social. En este caso se discutió la guarda y custodia de un niño con discapacidad. El Tribunal Colegiado que conoció del amparo directo determinó negar el amparo al considerar que lo más conveniente para el menor de edad era permanecer al lado de su progenitora porque en su domicilio contaba con adaptaciones para facilitar la movilidad y uso de dicha propiedad. Al resolver el recurso de revisión, la Corte consideró que el Tribunal Colegiado debió analizar los hechos conforme al modelo social, lo que se traduciría en haber verificado "si en el domicilio del recurrente existe la posibilidad de realizar dichas adecuaciones o implementar otras medidas alternativas en beneficio del menor que le permitan en igualdad de circunstancias el goce y ejercicio de su derecho de convivencia filial paterna al igual que ejerce la materna".⁵⁸

En segundo lugar, la Corte ha sostenido que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha de ser considerada "como el paradigma normativo del modelo social y de derechos, así como una respuesta de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable". Con base en ella, la Corte destaca que "se abandona la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales

⁵⁶ *Ibidem*, p. 471.

⁵⁷ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 1043/2015. Sentencia del 29 de marzo de 2017, p. 31, párr. 76.

⁵⁸ SCJN, Amparo directo en revisión 7368/2016, párr. 34.

o programas de beneficencia y se reconoce su personalidad y capacidad jurídicas, su condición de sujeto de derechos".⁵⁹

En relación con la accesibilidad universal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala que las instalaciones y servicios deben tener accesibilidad universal para garantizar la igualdad de acceso a la justicia sin discriminación de las personas con discapacidad.

En cuanto a los ajustes de procedimiento, el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad establece que los Estados Parte deben garantizar ajustes al procedimiento, con el fin de que aseguren que las personas con discapacidad participen de forma directa o indirecta y que sean escuchadas en todas las etapas del proceso.⁶⁰ En armonía con lo anterior, la Corte ha sostenido que con la realización de ajustes al procedimiento se busca "que las personas con discapacidad estén en las mismas condiciones que el resto de las personas, durante la tramitación de un juicio, para hacer valer sus derechos sin que su discapacidad sea una limitante".⁶¹ Además, la Corte ha señalado que para implementar ajustes al procedimiento, "la persona juzgadora debe conocer las barreras que pueden afectar a las personas con discapacidad en cuanto al acceso a la justicia. De este modo, se podrán ordenar los ajustes que sean adecuados para la situación concreta. Al analizar lo anterior, la persona juzgadora evitará cualquier estereotipo o percepción negativa de las personas con discapacidad, por ejemplo, negarles su carácter de titulares de derechos humanos".⁶²

Por su parte, el principio 6 de los *Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad* señala que

⁵⁹ SCJN, Amparo en Revisión 1043/2015, párr. 59.

⁶⁰ Es importante advertir la diferencia entre ajustes razonables y ajustes de procedimiento. Los ajustes en el procedimiento, a diferencia de los ajustes razonables, no están sujetos a un análisis de proporcionalidad. Por ello, como señala el protocolo "no es viable analizar si un ajuste al procedimiento impone una carga desproporcionada o indebida a la autoridad". Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, op. cit., p. 44.

⁶¹ Ibidem, p. 43.

⁶² Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, op. cit., p. 43.

"Las personas con discapacidad tienen derecho a asistencia jurídica gratuita o a un precio asequible". En cuanto a los deberes de protección reforzada, el Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad destaca algunos estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la obligación reforzada de respeto y garantía de sus derechos, la obligación de reconocer y resolver "los factores de desigualdad real y de adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus propios intereses".⁶³

Finalmente, en relación con las obligaciones específicas respecto del análisis de los hechos y pruebas, el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* establece la obligación a cargo de los órganos jurisdiccionales de ordenar pruebas de oficio, así como la obligación de analizar los hechos y pruebas sin estereotipos.

La obligación de ordenar pruebas de oficio deriva del derecho de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad y no discriminación. Al respecto, el Protocolo destaca el papel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer que los órganos jurisdiccionales "deben adoptar un papel activo para recabar y desahogar pruebas de oficio, siempre y cuando esto sea necesario para garantizar el acceso a la justicia en su dimensión jurídica". Esta obligación se presenta en dos momentos distintos. En primer lugar, la obligación de ordenar pruebas de oficio puede tener como propósito establecer, si una persona presenta una diversidad funcional que le genera una desventaja procesal, con el fin de conocer el impacto de dicha condición en el procedimiento. En segundo lugar, la obligación de ordenar pruebas de oficio es aplicable cuando se verifique que "existe una desventaja procesal, y que ésta afecta la capacidad de la persona con discapacidad para probar hechos en el juicio".⁶⁴

⁶³ *Ibidem*, p. 118.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 216.

En relación con el primer punto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece la obligación de asegurar el derecho a la justicia de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad y no discriminación, obligación que se complementa con la establecida en el artículo 1º de la Constitución. Esto supone que para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad se requiere implementar ajustes —siempre que estos sean necesarios y razonables— que tomen en cuenta la funcionalidad específica de las personas con discapacidad.

En segundo lugar, la obligación de juzgar con perspectiva de discapacidad supone analizar los hechos y pruebas sin recurrir a estereotipos sobre las personas con discapacidad o prejuicios infundados. La Corte reconoce que uno de los pilares para abatir estos prejuicios es "abandonar el enfoque de discapacidad basado en criterios de tipo médico y caritativo o asistencialista, en el que se ve a las personas con discapacidad como objetos pasivos de atención".⁶⁵ En su lugar, las personas juzgadoras deben analizar los hechos y pruebas sin acudir a prejuicios y estereotipos asociados a las personas con discapacidad, velando por sustentar sus decisiones en pruebas fiables y bien sustentadas y asegurándose de incorporar y de hacer partícipe en la decisión a la persona con discapacidad.

c) Perspectiva de género

El Protocolo para juzgar con perspectiva de género establece dos momentos en los que este punto de vista ha de emplearse en el razonamiento probatorio: a) antes del estudio de fondo y b) al resolver el estudio de fondo. Antes del estudio de fondo, la Corte plantea que las personas juzgadoras deben analizar los hechos y pruebas existentes para identificar si se presenta una situación de violencia, abuso de poder o discriminación por razón de género que provoque un desequilibrio entre las

⁶⁵ *Ibidem*, p. 239.

partes de la controversia y que, en caso de que el material probatorio existente no sea suficiente para establecerlas, debe ordenar la práctica de pruebas para visibilizarlas.⁶⁶

Por su parte, al momento de abordar el estudio de fondo, el Protocolo distingue dos grupos de obligaciones, dependiendo de si se trata de la premisa mayor normativa o de la premisa menor o fáctica. La premisa mayor o normativa alude a la norma jurídica que prevé los supuestos de hecho que dan lugar a una determinada consecuencia jurídica. Por su parte, la premisa menor o fáctica alude a la verificación y comprobación de un hecho que puede ser subsumido dentro de la clase de hechos previstos por la norma. A partir de la premisa mayor o normativa y de la premisa menor o fáctica se obtiene, en el esquema del silogismo judicial, la conclusión del caso.⁶⁷

En relación con la premisa mayor o normativa, la obligación de juzgar con perspectiva de género consiste en cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y en analizar el impacto diferenciado de las normas jurídicas por razón de género. En este sentido, los órganos jurisdiccionales deben interpretar las disposiciones para examinar el posible impacto diferenciado que éstas puedan tener en cierto grupo de personas, por razón de su sexo o género. Como señala el Protocolo para juzgar con perspectiva de género, en este primer momento "no está necesariamente en duda la constitucionalidad de la disposición normativa", "más bien, de lo que se trata es de evitar que se elija una interpretación que, dadas las características del caso, pueda proyectarse de manera diferenciada afectando en mayor medida a las personas de un género".⁶⁸

En segundo lugar, en el supuesto de que no sea posible evitar elegir una interpretación que tenga un impacto diferenciado en un grupo de

⁶⁶ Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, op. cit., p. 139 y ss.

⁶⁷ A propósito de los problemas que conlleva la concepción silogística del razonamiento judicial, véase, Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos* (trad. Jordi Ferrer), Madrid, Trotta, 2002, p. 98 y ss.

⁶⁸ Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, op. cit., p. 211.

personas por razón de su sexo o género, la obligación de juzgar con perspectiva supone analizar la constitucionalidad de la disposición normativa.

Por su parte, la obligación de juzgar con perspectiva de género—aplicada al estudio de fondo de la premisa fáctica— consiste en cuestionar los hechos y analizar las pruebas desechando estereotipos de género. Para tal efecto, el Protocolo identifica una serie de supuestos que habrán de tener en cuenta las personas juzgadoras: i) cuando se emplea un estereotipo de género para considerar relevante una prueba que en realidad no lo es; ii) cuando se emplea un estereotipo para negar valor probatorio a una prueba; iii) cuando se toman en cuenta únicamente las pruebas que confirman la idea estereotipada o prejuiciosa, pasando por alto aquellas que la contradicen; iv) cuando debido a una visión estereotipada sobre el género, pasa desapercibido el impacto diferenciado que puede ocasionar esa categoría; v) cuando un estereotipo o prejuicio de género se emplea como máxima de experiencia para tener por probado un hecho.⁶⁹ Con todo, no basta con identificar los supuestos en los que los estereotipos pueden incidir en el análisis de los hechos y de las pruebas. En cada uno de los supuestos específicos, la obligación de juzgar con perspectiva de género se traduce en planteamientos específicos. En este sentido, los órganos jurisdiccionales deben identificar el estereotipo o prejuicio y sustituirlo por una máxima de experiencia aceptable y bien sustentada. Esto supone que los órganos jurisdiccionales deben evitar recurrir a estereotipos o prejuicios de género al analizar la relevancia y credibilidad de las pruebas, así como la necesidad de examinar el impacto diferenciado que pueda tener el empleo de un estereotipo o prejuicio de género en el razonamiento probatorio. Finalmente, la obligación de juzgar con perspectiva de género se traduce en el análisis crítico de las máximas de experiencia empleadas para construir inferencias probatorias a fin de descartar el empleo de prejuicios o estereotipos disfrazados de supuestas máximas de experiencia. Las máximas de experiencia deben ser, por lo tanto, aceptables.

⁶⁹ Cfr. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, op. cit., p. 173 y ss.

3.2 Identificación y formulación de los hechos jurídicamente relevantes

Una vez identificados el punto de vista y las perspectivas a adoptar, corresponde identificar y formular los hechos jurídicamente relevantes. Como veremos, una identificación y formulación adecuadas de los hechos jurídicamente relevantes en materia familiar son cruciales para identificar los hechos que serán objeto de prueba, y para construir los cimientos del razonamiento probatorio que desarrollará el órgano jurisdiccional.

La identificación y formulación de los hechos jurídicamente relevantes se componen de los siguientes pasos:

Pasos para identificar y formular los hechos jurídicamente relevantes

- Identifique la disposición o disposiciones jurídicas que contienen los hechos jurídicamente relevantes.
- Incorpore la interpretación de la disposición o disposiciones que contienen los hechos jurídicamente relevantes.
- Formule un enunciado para cada uno de los hechos jurídicamente identificados en el punto anterior.
- Individualice cada uno de los hechos jurídicamente relevantes.

A continuación se analiza cada uno de estos elementos.

Para explicar la noción de hecho jurídicamente relevante podemos partir de la idea bastante extendida de que la prueba tiene como objetivo acreditar que ciertos hechos han tenido lugar. Ahora bien, no cualquier hecho requiere ser acreditado. Los hechos que habrán de ser acreditados son aquellos que resultan jurídicamente relevantes para la decisión. La relevancia jurídica de los hechos es establecida, por lo tanto, por las normas jurídicas. Son las normas jurídicas las que establecen los supuestos de hecho cuya verificación, en un caso concreto, da lugar a ciertas consecuencias jurídicas.

En el derecho de familia, son los códigos civiles los que contienen las disposiciones que prevén los hechos jurídicamente relevantes para la producción de ciertas consecuencias jurídicas. En función de la institución jurídica o del derecho en juego, el derecho sustantivo de familia regula los supuestos de hecho que, por ejemplo, dan lugar a la pérdida de la patria potestad, al incumplimiento de la obligación alimentaria, a la acción de alimentos, a la compensación, a la asignación o al cambio en la guarda y custodia, etcétera.⁷⁰

La dogmática jurídica ha estipulado una serie de expresiones para dar cuenta de los hechos jurídicamente relevantes. Así, la doctrina distingue, por un lado, los hechos constitutivos. Como señala Mercedes Fernández "los hechos constitutivos son aquellos que fundamentan la pretensión del actor o, si se quiere, los que constituyen el presupuesto del derecho que reclama. Son los que conforman el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación solicita del demandante".⁷¹ A manera de ejemplo, los hechos constitutivos de la acción de alimentos son: i) la relación de parentesco, ii) la posibilidad del deudor alimentario y iii) la necesidad del deudor alimentario.

A la par de los hechos constitutivos que representan el presupuesto del derecho que se reclama, se encuentra otro grupo de supuestos de hecho al que la doctrina identifica con el nombre de 'hechos impeditivos, modificativos y extintivos'; y los cuales representan los supuestos de hecho en los que se basan las excepciones de la parte demandada.

Como su nombre lo indica, los hechos impeditivos "impiden o imposibilitan el nacimiento de la relación jurídica o del derecho cuya existencia alega el demandante".⁷² Son ejemplos de hechos impeditivos los vicios

⁷⁰ Una contribución especialmente útil a efectos prácticos sería la elaboración de una taxonomía o tabla de los distintos hechos jurídicos a la manera realizada por Muñoz Sabaté. Véase, Muñoz Sabaté, Luis, *Summa de probática civil*, Wolter Kluwers, 2018.

⁷¹ Fernández López, Mercedes, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, Madrid, La Ley, 2006, p. 90.

⁷² *Ibidem*, p. 91.

del consentimiento, la falta de causa y el término. Así, la pérdida de la patria potestad por resolución judicial, derivada del abandono por parte de quien la ejerce, está condicionada, por un lado, a que se haya producido el abandono por más de 30 días, sin causa justificada. Los dos primeros representan los hechos constitutivos que deberá alegar y probar la parte actora, mientras que la existencia de una causa justificada opera como un hecho impeditivo que le corresponde acreditar a la parte demandada.

Por su parte, los hechos extintivos "evitan que la relación jurídica perdure en el tiempo", sin que impidan el nacimiento de un derecho o de una relación jurídica.⁷³ Su verificación se traduce en que, llegado un determinado momento, el derecho o la relación jurídica deja de surtir efectos. Así, para determinar la duración de la pensión compensatoria, uno de los criterios que pueden emplearse es el de la duración de la relación de concubinato o de matrimonio. Una vez transcurrida la duración a la que fue condenada a pagar la pensión compensatoria, se interrumpe el derecho a seguir recibiendo dicha pensión.

Por último, los hechos modificativos serían los que "sin impedir el nacimiento de la relación jurídica o del derecho alegado por el actor, provocan un cambio en las condiciones de dicha relación, por lo que afectan sustancialmente a los términos en los que está formulada la pretensión".⁷⁴ Estos hechos tienen lugar con posterioridad al surgimiento del derecho o de la relación, pero no lo extinguen sino que "delimitan la pretensión del actor sobre la base de unos contornos distintos a los señalados por él".⁷⁵ A manera de ejemplo, frente al planteamiento de la parte actora en el que reclama determinada cantidad por concepto de alimentos, la parte demandada puede demostrar que cumplió con una parte de las mismas, reduciéndose con ello la cantidad adeudada, pero sin negar ni controvertir el derecho.

⁷³ *Ibidem*, p. 92.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 92.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 92.

Por otra parte, para dar cuenta cabalmente de los hechos jurídicamente relevantes es conveniente complementar el análisis de la legislación con el de la jurisprudencia y precedentes aplicables. En este sentido, la transformación y evolución del derecho en materia familiar permite afirmar que, el derecho de familia actualmente vigente en México tiene un marcado componente jurisprudencial. No basta, entonces, con acudir al derecho legislado, sino que debe acudir a los precedentes aplicables. A manera de ejemplo, el artículo 291 Quintus del Código Civil de la Ciudad de México establece la pensión compensatoria al terminar el concubinato y restringe este derecho a que no haya transcurrido un año desde la cesación del concubinato.⁷⁶ El transcurso de un año desde la cesación del concubinato es un hecho jurídicamente relevante que extinguiría el surgimiento del derecho a favor de la parte actora. Actualizándose los hechos constitutivos de la pensión compensatoria, estos no pueden surtir efectos si ha transcurrido un año desde que terminó el concubinato.

No obstante, la Corte ha establecido que dicho plazo resulta inconstitucional al carecer de razonabilidad y por ser contrario al deber de solidaridad entre quienes formaron una familia, a pesar de que la prestación de alimentos tiene un carácter irrenunciable e imprescriptible. La parte demandada a la que le reclamen la pensión compensatoria derivada de la terminación del concubinato no podrá alegar más este hecho.⁷⁷ De este modo, para determinar cuáles son los hechos jurídicamente relevantes no basta con examinar el derecho legislado. El análisis debe complementarse con los precedentes y criterios jurisprudenciales aplicables.

⁷⁶ Artículo 291 Quintus.- Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio. El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse sólo durante el año siguiente a la cesación del concubinato

⁷⁷ Véase, Tesis 1a./J. 89/2022 (11a.). 1a./J. 89/2022 (11a.), de Rubro: PENSIÓN COMPENSATORIA DERIVADA DE LA TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 291 QUINTUS, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO, ES INCONSTITUCIONAL AL CARECER DE RAZONABILIDAD Y SER CONTRARIO AL DEBER DE SOLIDARIDAD ENTRE QUIENES FORMARON UNA FAMILIA.

El análisis del derecho jurisprudencial no sólo es pertinente para examinar la manera en la que los tribunales han complementado o modificado los hechos jurídicamente relevantes, sino para determinar cómo deben entenderse. Así, en la hipótesis de abandono como causal de pérdida de patria potestad, la Suprema Corte estableció qué se entiende por "abandono" y qué tipo de conductas configuran y califican esta conducta. Para tal efecto, ha establecido que los tribunales deben interpretar el término 'abandono',

no sólo en su acepción más estricta, entendido como dejar desamparado a un hijo, sino también en la amplia, vinculada al más radical incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, incluso en el caso de que las necesidades del niño o niña queden cubiertas por la intervención de otras personas. Así las cosas, se estima que en los casos de abandono sancionados con la privación de la pérdida de la patria potestad, existe una abdicación total, voluntaria e injustificada de los deberes inherentes a dicha función.⁷⁸

Como hemos visto, los hechos jurídicamente relevantes representan los supuestos de hecho previstos en las normas como condición de aplicación de determinadas consecuencias jurídicas. Estos supuestos de hecho se presentan como enunciados que describen clases de hechos y por ello, no están determinados ni individualizados en circunstancias de tiempo y lugar.⁷⁹ Estos hechos como tales no se prueban, lo que se prueba

⁷⁸ Tesis 1a./J. 63/2016 (10a.), de rubro: ABANDONO DE UN MENOR DE EDAD. SU INTERPRETACIÓN COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 37, Diciembre de 2016, Tomo I, página 211. Registro digital: 2013195.

⁷⁹ Sobre este punto, Taruffo habla de dos tipos de hecho: "Se ponen así en evidencia dos 'tipos' de hecho: el primer tipo está representado por las circunstancias del mundo material sobre las que versan las alegaciones; el segundo tipo está representado por el 'supuesto de hecho' delineado por la norma que se conjetura aplicable. El primer tipo de 'hecho' consta de enunciados que versan sobre eventos concretos y particulares que se sostiene que han ocurrido con ciertas modalidades materiales. El segundo tipo de 'hecho' consta de una identificación realizada en términos generales, es decir, referida a una clase o categoría de hechos: se trata de un criterio de atribución de relevancia jurídica y, por tanto, de *selección* de las circunstancias fácticas que asumen significado a los efectos de la eventual aplicación de la norma", en Taruffo, Michele, *op. cit.*, pp. 121-122.

es la ocurrencia de hechos concretos.⁸⁰ En este sentido, lo que se prueba no es el abandono por parte de quien ejerce la patria potestad, por más de 30 días sin causa justificada, sino que X (padre) abandonó a Y (hijo) por más de 30 días sin causa justificada. Este último enunciado representa la premisa menor del razonamiento probatorio. La actividad probatoria está enfocada en su establecimiento.

De este modo, al hablar de los hechos jurídicamente relevantes cabe distinguir, por un lado, entre los hechos genéricos jurídicamente relevantes (los supuestos de hecho previstos en las normas); y los hechos jurídicamente relevantes individualizados (la formulación individualizada de los hechos genéricos), por el otro.⁸¹ A manera de ejemplo, en la acción de alimentos entre descendientes y ascendientes, los hechos genéricos jurídicamente relevantes son la relación de parentesco, la posibilidad del acreedor alimentario y la necesidad del deudor alimentario. Los hechos jurídicamente relevantes individualizados son: i) Juan es hijo de Roberto; ii) Juan tiene posibilidad de suministrar alimentos a Roberto; y iii) Roberto tiene necesidad de recibir alimentos.

Para dar cuenta de los hechos genéricos establecidos en la norma como condición de aplicación de los hechos individualmente considerados, Luis Muñoz Sabaté distingue entre *genothema probandi* y *thema probandi*. La primera expresión "Contiene el supuesto de hecho normativo del que se desprende una proposición factual enunciada genéricamente. En ocasiones puede precisarse más de un genothema". Por su parte, el *thema probandi* al hecho individualizado. En palabras de Muñoz Sabaté, el *thema probandi* "Contiene la transformación de la proposición factual genérica en una proposición factual específica y concreta que va a convertirse en el objeto de prueba".⁸²

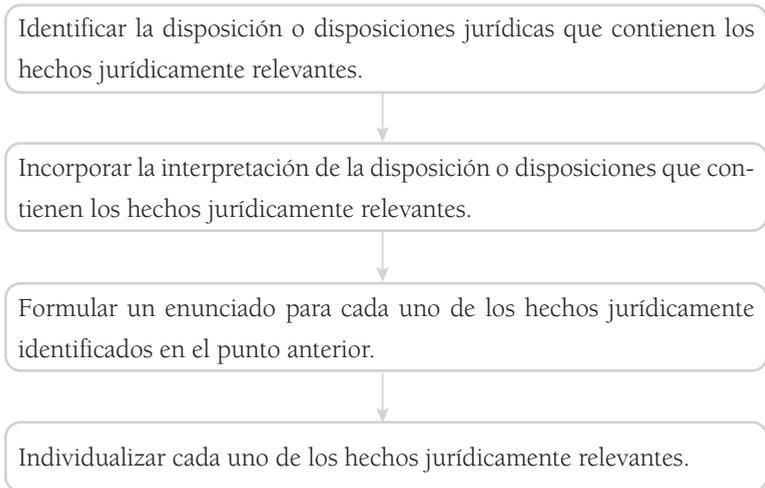
⁸⁰ Para dar cuenta, por un lado, de los hechos genéricos establecidos en la norma como condición de aplicación de los hechos individualmente considerados.

⁸¹ Cfr. González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, vol. I, Palestra, 2022, p. 20.

⁸² Cfr. Muñoz Sabaté, Luis, *Introducción a la probática*, Madrid, Bosch, 2007, p. 177.

En suma, la identificación y la formulación de los hechos jurídicamente relevantes se componen de los siguientes elementos.

Pasos para identificar y formular los hechos jurídicamente relevantes



3.3 Identificación y formulación del problema probatorio

En este punto, el órgano jurisdiccional debe tratar de identificar y formular con la mayor claridad posible cuál es el problema probatorio que se presenta en el caso que tiene que resolver. En materia familiar se presenta una variedad de problemas probatorios. Para abordar con mayor detenimiento este punto, partiremos de una primera clasificación de problemas que se presenta en el razonamiento jurídico, para después distinguir tres clases de problemas probatorios: (1) problemas probatorios que se presentan en la conformación de prueba; (2) problemas probatorios que se presentan en la valoración de pruebas, y (3) problemas probatorios que se presentan en la toma de decisión de los hechos probados.

De manera habitual se plantea que toda argumentación gira en torno a la solución de un determinado problema. Los problemas que se presentan

en el derecho en general y en el derecho de familia son problemas prácticos:⁸³ ¿debe condenarse a la parte demandada al pago de alimentos retroactivos?, ¿debe ordenarse la restitución del niño o niña al lugar en el que tenía su residencia habitual?, ¿debe decretarse la pérdida de la patria potestad?

Siguiendo el esquema del silogismo jurídico como un esquema conformado por dos premisas, una premisa mayor o normativa y una premisa menor o fáctica, en la teoría de la argumentación se distinguen, por un lado, los problemas relativos a la premisa mayor o normativa y los problemas relativos a la premisa menor o fáctica.⁸⁴ A propósito de la premisa normativa se identifican los problemas de interpretación (en los cuales hay dudas sobre la manera de entender una determinada disposición normativa, los problemas de relevancia (en los cuales hay dudas sobre cuál es la norma aplicable ya sea en virtud de una laguna o una antinomia).⁸⁵ A propósito de la premisa fáctica se identifican los problemas de prueba (determinar si un hecho está acreditado) y los problemas de calificación (determinar si un hecho concreto, cuya acreditación no se discute, encuadra o es subsumible dentro de la clase de hechos descrita en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de una norma).

En este inciso nos enfocaremos primordialmente en los problemas de prueba. Al respecto, conviene advertir que el abanico de problemas probatorios que pueden presentarse en el derecho es muy amplio. Para identificarlos, seguiremos la distinción planteada por Jordi Ferrer entre tres momentos de la actividad: la conformación de las pruebas, la valoración de las pruebas y la toma de decisión.⁸⁶

⁸³ Véase, al respecto, Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 72.

⁸⁴ Cfr. MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

⁸⁵ Cfr. Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. Lifante, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999 y Lifante, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica*, Madrid, Tirant lo Blanc, 2018.

⁸⁶ Ferrer, J., *La valoración racional*, op. cit., p. 43 y ss.

En primer lugar, el momento de conformación de los elementos de juicio comprende el ofrecimiento, admisión, práctica y exclusión de las pruebas. Temas como la relevancia o pertinencia de las pruebas, la admisibilidad, los poderes probatorios del juez, las distintas clases de exclusión probatoria y la ilicitud de las pruebas, entre otros, se examinan en este primer punto.

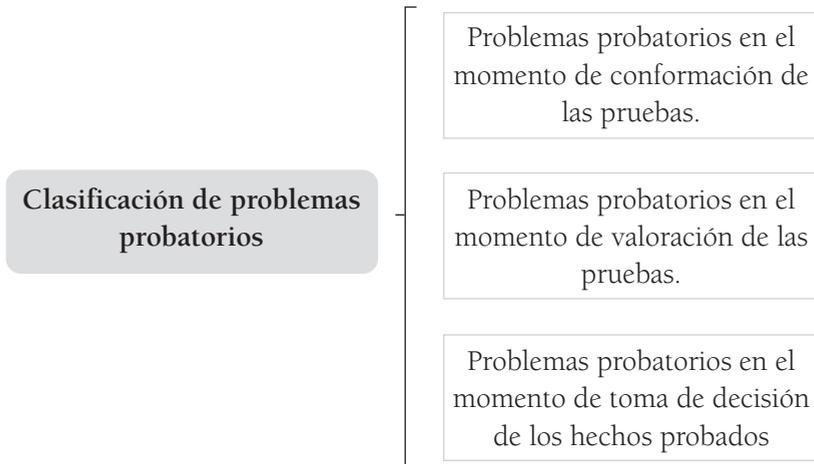
Una vez transcurrida la conformación de los elementos de juicio, tiene lugar la valoración de las pruebas. Valorar las pruebas consiste en establecer el grado de sustento que proporcionan las pruebas a una determinada hipótesis. Como veremos más adelante, la valoración de las pruebas comprende la valoración individualizada y, posteriormente, la valoración conjunta. En la primera se trata de establecer la fiabilidad de cada una de las pruebas individualmente consideradas y su aptitud para desprender de ellas información sobre los hechos a probar. La valoración conjunta consiste en establecer las relaciones de sustento, confirmación y refutación entre las pruebas y las hipótesis, contrastando las distintas hipótesis a la luz de los elementos de prueba que los sustentan para establecer su mayor o menor probabilidad.

Finalmente, el momento de la toma de decisión supone una actividad distinta de la valoración de las pruebas.⁸⁷ La etapa de valoración permitiría atribuir grados de sustento, de confirmación o de apoyo de una hipótesis a la luz de las pruebas que la sustentan. Sin embargo, la valoración de la prueba por sí sola, no permite tomar una decisión sobre los hechos probados. Se requiere un criterio adicional para determinar cuándo un hecho se considera probado. Para hacer referencia al nivel de suficiencia probatoria requerido para la decisión relativa a considerar un hecho probado se ha recurrido a la noción de estándar de prueba.

⁸⁷ Sobre este punto, véase, Ferrer, J., *La valoración racional*, op. cit., p. 47 y ss.; González Lagier, Daniel, "Presunción de inocencia, prueba y objetividad" en García Amado, Juan Antonio y Bonorino, Pablo (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio*, Comares, 2014 y Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción*, Marcial Pons, 2021.

El estándar de prueba puede estar establecido legal o jurisprudencialmente, y a través de él se busca dar indicaciones al órgano jurisdiccional del nivel de prueba requerido para sustentar una decisión sobre hechos probados. Con todo, el nivel de suficiencia probatoria debe estar acompañado de una rigurosa motivación del órgano jurisdiccional en la que argumente por qué, con base en qué pruebas y a partir de qué razonamientos se supera el estándar de prueba.

Tomando como base esta distinción, pueden distinguirse al menos tres clases de problemas probatorios, dependiendo de que se relacionen con el momento de conformación de las pruebas, con el de valoración o con el de toma de decisión.



Dentro de los problemas relacionados con el momento de conformación estarían cuestiones relacionadas con la relevancia, admisibilidad o exclusión de pruebas o con la justificación del empleo de poderes probatorios para que el órgano jurisdiccional se allegue de pruebas.

A manera de ejemplo, el amparo en revisión 981/2017 ofrece un ejemplo de un problema probatorio relacionado con la conformación del material probatorio.⁸⁸ En este caso, el problema que se planteó a la Primera Sala

⁸⁸ SCJN, Primera Sala, Amparo en revisión 981/2017. Sentencia del 7 de agosto de 2019.

de la Suprema Corte consistía en determinar, si en el contexto de una controversia sobre guarda y custodia de un niño, el órgano jurisdiccional puede ordenar la práctica de pruebas periciales psicológicas a un niño, niña o adolescente ajeno a la controversia familiar, a fin de contar con mayores elementos de convicción.

Al respecto, la Primera Sala estableció que para resolver esta cuestión los órganos jurisdiccionales deben acudir a la teoría del riesgo desarrollada por dicha Sala. Con base en ella, la Corte sostuvo que a fin de "conocer con más detalle la personalidad de los miembros del núcleo familiar a donde pretende introducirse al menor" de edad y en el entendido de que "de ocurrir dicha convivencia se infiere que al infante se le pondrá en una situación de riesgo, es pertinente entonces ordenar la realización de la prueba pericial en psicología a la pareja del progenitor, sus hijos y otros miembros de núcleo familiar, a fin de evidenciar con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias hacen más probable que el niño se encuentre mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores.⁸⁹ No obstante, la Primera Sala precisó que "a fin de determinar la pertinencia de la prueba pericial también deberá evaluar los riesgos que representa para el infante sobre el que ha de practicarse, porque únicamente tomando en cuenta ambas protecciones de los infantes, puede emitir un acto con la debida fundamentación y motivación reforzada que justifique la pertinencia de la prueba que pretende desahogarse en el juicio de guarda y custodia".⁹⁰ De lo contrario, no se cumpliría con la debida fundamentación y motivación de un acto de molestia de esta naturaleza.

Dentro de los problemas relacionados con el momento de valoración de pruebas encontramos cuestiones relacionadas con la fiabilidad de las pruebas. A manera de ejemplo, un juicio sobre reconocimiento de paternidad y régimen de convivencia promovido por Mario en contra de

⁸⁹ AR 981/2017, cit., párr. 89.

⁹⁰ AR 981/2017, cit., párr. 98.

Sofía y Adolfo, estos últimos opusieron demanda reconvenional sobre reconocimiento de paternidad, pérdida de la patria potestad, pago de alimentos y otras prestaciones. La parte actora ofreció, entre otras pruebas, la prueba pericial en materia genética y tanto actora como demandadas y reconvenientes se pusieron de acuerdo en el nombramiento de un solo perito. El perito emitió su dictamen en el que determinó que Mario era el padre biológico de la niña con una probabilidad de paternidad mayor a 99.9997%, sobre la base de que el Índice de Paternidad Combinada (CPI) era de 345129.47. Durante la audiencia de juicio, a cuestionamientos del agente del Ministerio Público, el perito manifestó que trasladó la muestra al refrigerador de su casa colocándole un mensaje para que los habitantes de la casa no tuvieran contacto con ella. El órgano jurisdiccional tenía que valorar la fiabilidad de la prueba pericial genética para determinar si conforme al dictamen del perito se acreditaba la paternidad biológica o, si por el contrario, la cadena de custodia de la muestra se había vulnerado con el traslado de la muestra al domicilio particular del perito.⁹¹

En suma, los problemas relacionados con el momento de toma de decisión sobre los hechos probados aluden al momento final del razonamiento probatorio, el cual se presenta una vez que se han valorado las pruebas. La cuestión a dilucidar en este punto no es cómo se valora tal o cual prueba, sino una cuestión relativa a la suficiencia de las pruebas para considerar probado un hecho. Si la cuestión que se presentaba en la valoración de la prueba era determinar la fiabilidad de las pruebas o bien el grado de sustento de las hipótesis probatorias a la luz del conjunto de elementos de juicio que lo sustentan, la pregunta por la suficiencia de pruebas alude al nivel de prueba exigido para que el órgano jurisdiccional tome la decisión de considerar probados ciertos hechos. ¿Las pruebas existentes en el juicio son suficientes para considerar probado un hecho? ¿Satisfacen el nivel de prueba exigido para considerar probado un hecho? Para dar

⁹¹ En este caso, el juez de lo familiar determinó negar valor probatorio al dictamen pericial y declaró improcedente la acción de reconocimiento de paternidad.

cuenta del grado o umbral de suficiencia probatoria se ha acudido a la noción de estándar de prueba. El estándar de prueba establece el umbral a partir del cual el órgano jurisdiccional determina que ciertos hechos se consideran probados. Al respecto, a reserva de que veamos con más detenimiento el punto relativo al estándar de prueba, es conveniente señalar que la Suprema Corte ha establecido la noción de estándar de prueba al resolver problemas de decisión en materia familiar. Además, ha establecido estándares de prueba diferenciados en los que reconoce que la decisión de considerar un hecho probado está sujeta a diferentes niveles de suficiencia.

Veremos con más detenimiento el punto relativo al estándar de prueba al abordar el punto 3.5 de la metodología para el análisis y valoración de las pruebas.

3.4 Identificación y formulación de los hechos secundarios

En el punto 3.2 abordamos la noción de hechos jurídicamente relevantes o hechos principales y los distintos pasos para su adecuada identificación y formulación. Como vimos, los hechos jurídicamente relevantes consisten en los supuestos de hecho formulados en el antecedente de las normas jurídicas. Son las normas jurídicas las que establecen qué hechos han de verificarse para que tengan lugar determinadas consecuencias jurídicas. Para identificar los hechos jurídicamente relevantes dijimos que había que comenzar identificando las disposiciones que contienen los hechos jurídicamente relevantes. En caso de que la disposición, o algunas expresiones contenidas en ella, tenga que interpretarse o haya sido objeto de interpretación, habrá que indicar el sentido que se le haya atribuido (por ejemplo, por parte de la Suprema Corte de Justicia). Después, hay que aislar y formular de manera separada cada uno de los hechos jurídicamente relevantes; primero como clases de hecho tal y como aparecen formuladas en las normas jurídicas para, seguido de esto, individualizarlos. Con ello habremos formulado los hechos a probar.

Ahora bien, los hechos jurídicamente relevantes individualizados rara vez pueden acreditarse de forma directa. Para acreditarlos, por lo general, se requiere a su vez acreditar otros hechos; los cuales, una vez acreditados, permiten sustentar un hecho jurídicamente relevante individualizado. Identificaremos el primer tipo de hecho con el nombre de "hecho secundario", para distinguirlo de los hechos jurídicamente relevantes o hechos principales.⁹²

Cada hecho principal puede, por lo tanto, descomponerse en uno o más hechos secundarios. ¿Cómo identificar los hechos secundarios? La labor de identificación de los hechos secundarios no puede realizarse en abstracto y de manera predeterminada. Es en función del hecho jurídicamente relevante individualizado que debemos preguntarnos qué hechos (secundarios) tendrían que acreditarse para a su vez acreditar el hecho principal. En este sentido, la hipótesis sobre el hecho principal puede servir como criterio para formular las subhipótesis referidas a los hechos secundarios.

La identificación y formulación de los hechos secundarios no pueden realizarse en abstracto. Es en función de los hechos jurídicamente relevantes y de las distintas situaciones de hecho planteadas por las partes, especialmente por la parte actora, y que se sitúan como base de la controversia. Ciertamente es que, la descripción que se lleva a cabo a través de las alegaciones de las partes no agota completamente cuáles son los hechos secundarios, pero sí permite individualizarlos "de forma más o menos sumaria y parcial".⁹³

En este punto de la metodología, la formulación de los hechos secundarios tiene un carácter conjetural y tentativo. Será como resultado de completar los restantes pasos de la metodología (en particular, en el momento de la

⁹² Como señala Michele Taruffo los hechos secundarios "se distinguen de los hechos principales en la medida en que no reciben calificación jurídica alguna. Estos hechos adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal" en Taruffo, Michele, *op. cit.* p. 120.

⁹³ Taruffo, Michele, *op. cit.* p. 121.

valoración de las pruebas y la toma de decisión sobre los hechos probados) para llegar a una formulación precisa y más o menos unívoca de los hechos secundarios.⁹⁴

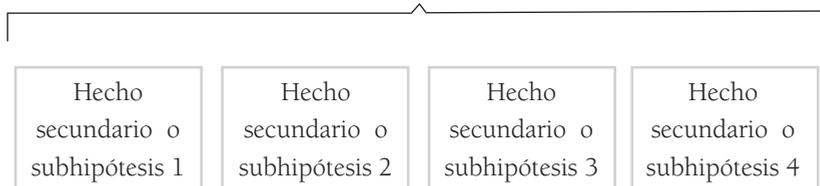
Veamos un ejemplo para tratar de ilustrar la explicación anterior. El Código Civil establece que la filiación puede acreditarse mediante el acta de nacimiento y mediante el acta de reconocimiento en la que los progenitores expresen su voluntad para asumir lazos de consanguinidad con el hijo. A falta de acta de nacimiento y/o de reconocimiento, la filiación puede acreditarse mediante la acreditación de la posesión de estado de hijo.

La posesión del estado de hijo es un hecho jurídicamente relevante para establecer la filiación. Los hechos secundarios consistirían en los hechos concretos que deben acreditarse para establecer la posesión de estado de hijo, por ejemplo: (1) que la persona ha usado de forma constante el apellido de quien pretende tener por progenitores, con la anuencia de éstos; (2) que los progenitores le han proporcionado el trato de hijo y él, a su vez, los haya tratado como tales; (3) que ha sido reconocida como hijo de esas personas ante la familia o la sociedad, y (4) que los progenitores tienen la edad necesaria para contraer matrimonio civil y, por ende, para reconocer la filiación.⁹⁵ Cada uno de estos elementos podría a su vez descomponerse en otros hechos (sub subhipótesis) cuya acreditación permite extraer consecuencias acerca de la verdad o falsedad de hechos secundarios y estos, a su vez, sobre la existencia del hecho principal.

⁹⁴ Por ello, Michele Taruffo señala que se pueden identificar dos sentidos de "hecho principal" en este contexto. En un primer sentido, el hecho principal "equivale a la conjetura de que en la situación alegada hay circunstancias potencialmente idóneas para producir los efectos previstos por la norma que se ha usado como criterio de selección y calificación". En un segundo sentido, el hecho principal "equivale a conjetura ya verificada, es decir, a la situación que se obtiene como resultado de la decisión cuando ese hecho está probado." en Taruffo, M., *op. cit.*, p. 122.

⁹⁵ Tesis I.3o.C.411 C (10a.), de rubro: FILIACIÓN. ELEMENTOS PARA SU DEMOSTRACIÓN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 74, Enero de 2020, Tomo III, página 2575, Registro digital: 2021379.

**I. Hecho jurídicamente relevante
o hipótesis**



Desde esta perspectiva, el razonamiento probatorio puede estructurarse y ordenarse a partir de una serie de hipótesis, subhipótesis y, en algunos casos, sub subhipótesis.⁹⁶

3.5 Identificación y formulación de la carga de la prueba y del estándar de prueba

El quinto paso de la metodología consiste en identificar y formular la carga de la prueba y el estándar de prueba. En este punto, el juez o la jueza familiar tiene que clarificar en primer término la manera en que se distribuye la carga de la prueba entre las partes y, en su caso, si se justifica el empleo de facultades probatorias a cargo del órgano jurisdiccional para allegarse de elementos de juicio. En segundo término, el juez o la jueza familiar debe identificar cuál es el estándar de prueba previsto como criterio de decisión para considerar probados los hechos del caso.

A manera de ejemplo, en un caso de reparación del daño por violencia familiar, la respuesta a este punto sería la siguiente: en el presente caso, la carga de la prueba corresponde a la parte que plantea la existencia de violencia familiar. No obstante, el órgano jurisdiccional está obligado a allegarse de pruebas para esclarecer la verdad. El estándar de prueba

⁹⁶ Sobre este punto, véase, Terence, Anderson, Schum, David y Twining, William, *op. cit.*, p. 61, así como González Lagier, D., *Quaestio facti*, *op. cit.*, p. 49 (donde distingue entre la cadena inferencial completa y cada uno de los tramos de la inferencia probatoria).

aplicable es el de probabilidad prevaleciente, lo que supone que la hipótesis relativa a la existencia de violencia familiar ha de estar respaldada por pruebas de que esta hipótesis es más probable que la que plantea la inexistencia de violencia familiar.

Para aclarar estos puntos e ilustrar con mayor detalle el ejemplo, es conveniente examinar a grandes rasgos la noción de carga de la prueba y las peculiaridades que presenta esta institución en materia familiar. Más adelante se presentan algunas indicaciones a propósito del estándar de prueba en materia familiar.

a) Carga de la prueba en materia familiar

La carga de la prueba es una institución fundamental en el derecho procesal que tiene aplicación en toda clase de juicios, incluidos los juicios en materia familiar. En esta última, sin embargo, la carga de la prueba presenta algunas peculiaridades que es oportuno advertir. Partiremos, por lo tanto, presentando algunas características generales de la carga de la prueba para, enseguida, abordar las especificidades que presenta en el ámbito familiar.

Al hablar de carga de la prueba suelen distinguirse dos sentidos o manifestaciones de esta figura.⁹⁷ La carga de la prueba material o regla de distribución de la prueba, por un lado, y la regla de carga de la prueba formal o regla de juicio, por otro. La carga de la prueba en sentido material o regla de distribución de la prueba opera en la fase probatoria y tiene como fundamento el principio de aportación de parte. En este primer sentido, la carga de la prueba indica a quién corresponde la carga de la prueba y qué hechos tiene que probar.

Por otro lado, la carga de la prueba en sentido formal o regla de juicio opera en la fase de decisión y tiene como fundamento la obligación de

⁹⁷ En este apartado sigo fundamentalmente a Fernández López, M., *La carga de la prueba*, op. cit.

los órganos jurisdiccionales de pronunciar una decisión incluso ante la falta de prueba. En este segundo sentido, la carga de la prueba proporciona al juez o jueza un criterio de decisión ante la falta de prueba. Desde esta segunda perspectiva, por tanto, la carga de la prueba opera como una regla de decisión que indica las consecuencias por la falta de prueba. Esta función cobra relevancia en virtud de que ante la falta de prueba de los hechos jurídicamente relevantes que le correspondía probar a una de las partes, el órgano jurisdiccional no podrá tener por acreditados tales hechos y en consecuencia no podrá aplicar la norma que se había alegado como aplicable. El órgano jurisdiccional dictará, entonces, una resolución a falta de prueba en la que declare improcedentes las acciones intentadas.

La distribución de la prueba y la regla de juicio están desde luego relacionadas. La manera en que se distribuya la prueba será la base sobre la que resuelva el juez o jueza, en caso de falta de pruebas. Aunque esta distinción no siempre es planteada de manera nítida en los ordenamientos procesales, estas dos manifestaciones están presentes en la regulación de la carga de la prueba. A la par que establecen a quién corresponde la carga de la prueba, las reglas de carga de la prueba establecen un criterio de decisión al órgano jurisdiccional ante la falta de prueba.

Asimismo, los ordenamientos procesales establecen criterios para la distribución de la prueba. Los criterios más habituales son: (a) el de las afirmaciones y negaciones (i. e. la carga de la prueba corresponde a quien afirma, no a quien niega) y (b) el de la clasificación de los hechos (hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes).

Por otra parte, en los ordenamientos jurídicos podemos encontrar reglas generales de carga de la prueba que establecen la distribución de la carga de la prueba de manera general para distintos tipos de controversias (reglas que normalmente están contenidas en el capítulo de pruebas de los ordenamientos procesales), así como reglas especiales que indican a quién corresponde la carga de la prueba, siguiendo los criterios generales de distribución de la prueba o bien apartándose de ellos.

En resumen, las reglas de carga de la prueba pueden operar asignando directamente la carga de la prueba o bien de manera indirecta a través de presunciones legales que tienen el efecto de dispensar de la carga de probar un hecho, trasladando a la contraparte la carga de probar lo contrario.

En materia familiar tienen aplicación los dos sentidos o manifestaciones de la carga de la prueba: la carga de la prueba material o distribución de la carga de la prueba y la carga de la prueba formal o regla de juicio. Sin embargo, estos sentidos o manifestaciones revisten algunas peculiaridades producidas, principalmente, porque el principio de aportación de parte no opera con la misma fuerza y rigor en materia familiar. El derecho de familia es considerado por los ordenamientos procesales como una cuestión de orden público en la que la autonomía de la voluntad, que sirve de fundamento a la regla de prueba en sentido material o distribución de la prueba, cede frente a la protección de otros principios e intereses como la protección de la familia en todos sus ámbitos o el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.⁹⁸

Esto supone que, si bien la iniciativa probatoria y la carga probatoria recaen, en principio, en las partes, la solución de las controversias en materia familiar no puede dejarse exclusivamente a ellas. El órgano jurisdiccional está facultado para intervenir de oficio en todos los asuntos que afecten a la familia, especialmente, tratándose de niños, niñas y adolescentes, tanto en cuestiones relacionadas con alimentos y violencia familiar, como en general. Esta intervención comprende también las cuestiones probatorias y supone que el órgano jurisdiccional está facultado para hacer uso de poderes probatorios y de diligencias, para mejor proveer, siempre que esté en juego la protección de la familia, del interés superior de los niños, niñas o adolescentes, y cuando se trate de hacer efectivos los derechos de personas en situación de vulnerabilidad o en una situación violencia o de discriminación.

⁹⁸ Así lo consagra, por ejemplo, el Código de Procedimientos Civiles en México, en su artículo 940, al establecer que "[t]odos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquélla la base de la integración de la sociedad".

Esta manera de entender las matizaciones del principio de aportación de parte en materia familiar en los juicios de familia, considerados de orden público, tiene repercusiones sobre la regla de juicio. De este modo, el órgano jurisdiccional no podrá apelar simplemente a la regla de juicio para señalar que los hechos jurídicamente relevantes no quedaron acreditados y, en consecuencia, declarar improcedentes las acciones planteadas. El empleo de poderes probatorios por parte del juez o jueza durante la etapa probatoria tendrá repercusiones sobre el momento de decisión, al haber material probatorio ordenado por el juez o jueza familiar en uso de sus facultades probatorias.

Un primer ejemplo para ilustrar lo anterior se presenta en la prueba de violencia familiar. Al resolver el amparo directo en revisión 4398/2013, la Primera Sala sostuvo que "[s]i bien por regla general puede afirmarse que la carga de la prueba recae en la víctima, ello no obsta a que en determinadas circunstancias el juez deba allegarse de oficio de mayores elementos probatorios".⁹⁹ Es decir, la Corte entiende que tiene aplicación la regla general de la carga de la prueba sin que sea válido trasladar la carga de la prueba a la parte demandada. La Corte prosigue en su análisis y señala también que "en determinadas circunstancias el juez debe allegarse de oficio de mayores elementos probatorios con la finalidad de esclarecer la posible vulneración a la integridad física de la persona agredida". Esto es, la Corte entiende que, si bien las reglas de carga de la prueba tienen aplicación, la persona juzgadora no debe hacer recaer toda la carga probatoria en ella, sino que debe complementarla mediante el empleo de diligencias para mejor proveer. En palabras de la Corte "el juzgador debe allegarse de oficio de material probatorio cuando se involucren los derechos de una persona que pertenezca a un grupo vulnerable de la sociedad."¹⁰⁰

Por otro lado, en materia familiar podemos encontrar reglas directas de carga de la prueba que asignan de manera expresa la carga de la prueba

⁹⁹ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4398/2013, Sentencia de 2 de abril de 2014.

¹⁰⁰ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4398/2013, Sentencia de 2 de abril de 2014.

a una de las partes. Un ejemplo de regla directa de carga de la prueba se presenta en los casos de sustracción internacional de menores de edad. En estos casos, el Convenio de La Haya establece que la regla general consiste en ordenar la restitución internacional del menor de edad sustraído o retenido de manera ilícita. No obstante, el Convenio contempla una serie de supuestos en los que la autoridad judicial o administrativa no está obligada a ordenar la restitución "si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra" alguna de las excepciones previstas en el artículo 13. De este modo, el Convenio asigna la carga de la prueba para acreditar la excepción a la persona, institución u organismo que se opone a la restitución. Asimismo, la Corte ha señalado que las excepciones previstas en el artículo 13 son "claramente extraordinarias" y que "la carga de la prueba para demostrar plenamente su actualización recae exclusivamente en quien se opone a la restitución del menor, pues existe una presunción de que el interés superior del menor es protegido mediante la restitución a su lugar de origen".¹⁰¹

La Primera Sala de la Suprema Corte abordó también el tema de carga de la prueba al resolver el amparo directo en revisión 4909/2014. De forma concreta, la Primera Sala examinó el problema relativo a la distribución de cargas probatorias aplicable cuando un cónyuge solicita la compensación (con fundamento en el artículo 267, fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal) y las obligaciones del juzgador al resolver dicha solicitud.¹⁰²

La Primera Sala indica, en primer término, que de conformidad con los artículos 281 y 282 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México (relativos a la regla general de distribución de la carga de la

¹⁰¹ Tesis 1a./J. 6/2018 (10a.), de rubro: SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO DE LA HAYA NO SE ENCUENTRAN SUJETAS A ALGUNA CONDICIÓN TEMPORAL, PERO CORRESPONDE AL PADRE SUSTRACTOR PROBAR PLENAMENTE SU ACTUALIZACIÓN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 52, Marzo de 2018, Tomo I, página 807, Registro digital: 2016310.

¹⁰² SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 4909/2014. Sentencia del 20 de mayo 2015.

prueba), "la carga probatoria compete a las partes, atendiendo a su problemática de hacer prosperar sus acciones o excepciones, según corresponda, sin que exista disposición alguna que prevea una excepción tratándose del mecanismo compensatorio". De este modo, cuando una persona demanda la compensación, con el argumento de haberse dedicado en el lapso que duró el matrimonio al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de dependientes, "corresponde a la parte solicitante probar los hechos en que funda su petición". Es decir, la Corte advierte que son aplicables las reglas generales de carga de la prueba, sin que se advierta una regla especial que ordene una distribución distinta de ésta.

Con todo, la Corte plantea que la interpretación que haga el juzgador de este precepto "debe estar siempre orientada al pleno reconocimiento de los preceptos 1º y 4º de la Constitución", lo que se traduce "en la exigencia para el juzgador que conozca de una solicitud de compensación, de evitar la invisibilización del trabajo del hogar".

En este contexto, continúa el análisis de la Corte:

ante la duda de cómo se distribuyeron las cargas domésticas y de cuidado durante el matrimonio, el juez debe asumir un rol activo en el proceso y utilizar las herramientas que el ordenamiento le brinda para que la sentencia se conforme en el mayor grado posible a los imperativos de la justicia. Así, las facultades probatorias del juez y las medidas para mejor proveer pueden complementar la actividad probatoria de las partes a fin de esclarecer la verdad de algún hecho controvertido.

b) Estándares de prueba en materia familiar

Como parte del giro empírico que ha llevado a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ésta ha recurrido a la noción de estándar de prueba para resolver una variedad de asuntos. Como vimos en el epígrafe anterior, cabe distinguir tres momentos de la actividad probatoria: (i) la

conformación del material probatorio; (ii) la valoración de las pruebas y (iii) la toma de decisión con base en el estándar de prueba. El estándar de prueba establece el nivel de sustento probatorio (*i.e.*, el nivel de corroboración, el nivel de confirmación) que debe alcanzarse para considerar un hecho como probado.

Al respecto, la doctrina ha distinguido tres tipos de estándares (los cuales, no agotan el espectro de estándares probatorios): probabilidad prevaleciente, pruebas claras y convincentes y más allá de toda duda razonable.

b.1) Estándar de probabilidad prevaleciente

De acuerdo con el estándar de probabilidad prevaleciente, para considerar probado un hecho, la hipótesis que afirma la existencia de éste debe estar sustentada en un nivel de prueba tal, que su confirmación haga la hipótesis más probable que la hipótesis rival. Bastará, por lo tanto, con que la hipótesis acerca del hecho jurídicamente relevante para efecto de la decisión sea más probable que la hipótesis contraria. El grado de probabilidad viene establecido por las pruebas.¹⁰³ El mayor (o menor) número de pruebas, su fiabilidad, su pertinencia y la fuerza probatoria, en conjunto, serán los elementos que permitan establecer si la hipótesis en cuestión resulta más probable que la hipótesis contraria.

La Primera Sala abordó la noción de estándar de prueba y analizó el estándar de probabilidad prevaleciente al resolver el amparo directo en revisión 3797/2014.¹⁰⁴ En este asunto, la Primera Sala tenía que determinar, entre otras cuestiones, cuál es el estándar de prueba que se tiene que alcanzar en juicios de pérdida de patria potestad, basados en el

¹⁰³ En sentido estricto, no solamente de las pruebas sino de todos los componentes de la inferencia probatoria, a saber, las pruebas del caso, las reglas o máximas de la experiencia empleadas y la hipótesis o hecho a probar. Al respecto vid. González Lagier, D. "Presunción de inocencia...*op. cit.*, y *Quaestio facti, op. cit.*

¹⁰⁴ SCJN, Primera Sala, Amparo directo en revisión 3797/2014. Sentencia de 14 de octubre de 2015. Mayoría de tres votos.

abuso sexual cometido por uno de los progenitores en contra de sus hijos. Al respecto, la Corte resolvió que el estándar de prueba aplicable era el de probabilidad prevaleciente. Esto es, debe acreditarse que la hipótesis relativa a que el padre cometió abusos sexuales en contra de su hijo resulte más probable que la hipótesis de que no los cometió. Para llegar a esta conclusión, la Corte desarrolla una serie de reflexiones que vale la pena destacar sobre los estándares de prueba para entender esta noción, por un lado, y para justificar el empleo del estándar de prueba de probabilidad prevaleciente para resolver este tipo de decisiones, por el otro.

La Primera Sala señala que "los estándares de prueba pueden verse como mecanismos procesales a través de los cuales se distribuye el riesgo de error en las decisiones probatorias". En esencia, los errores pueden ser de dos tipos. Por un lado, declarar probada una hipótesis falsa, esto es "una descripción de los hechos que no se corresponde con la realidad (falsos positivos)". O bien, 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 (falsos negativos)". La Suprema Corte precisa en esta decisión que el nivel del estándar de prueba o su mayor o menor umbral de suficiencia "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 por la racionalidad epistemológica el nivel 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."¹⁰⁵

En materia penal, por ejemplo, el nivel de confirmación exigido por el estándar de prueba es sumamente alto. Con ello se busca disminuir el riesgo de que, en los procesos penales, se cometa un error del primer tipo (condenar a inocentes), a la par que aumenta la probabilidad de que se incurra en un error del segundo tipo (absolver a culpables). La Primera

¹⁰⁵ ADR 3797/2014, Pág. 87, párr. 1.

Sala advierte que en algunas materias, sin embargo, el ordenamiento jurídico no distribuye de manera asimétrica el riesgo de cometer errores probatorios porque considera que "los intereses o derechos afectados por éstos son de una entidad o naturaleza similar y, por tanto, merecen la misma protección. Esto es lo que ocurre en la mayoría de los casos en los procesos civiles, donde opera el estándar de prueba de la probabilidad prevaleciente, que en la cultura anglosajona se conoce como '*preponderance of evidence*'".¹⁰⁶

Por tanto, la Primera Sala estima "que los intereses de los padres inocentes que eventualmente podrían verse perjudicados con el error consistente en declarar probada la causal merecen la misma protección que los intereses de los menores realmente afectados por la conducta de los padres que también podrían verse perjudicados con el error consistente en declarar no probada la causal."¹⁰⁷ Así, "[d]e acuerdo con lo anterior, esta Primera Sala estima que los derechos fundamentales de los menores a ser escuchados en los procesos judiciales y a ser protegidos contra toda forma de abuso, en conexión con el interés superior del niño, imponen la exigencia de que en procesos civiles cuando se demanda la pérdida de la patria potestad que ejerce uno de los padres a partir de ciertos hechos que comportan algún tipo de abuso hacia el menor se adopte el estándar de prueba de la probabilidad prevaleciente."¹⁰⁸

b.2) Estándar de pruebas claras y convincentes

La Suprema Corte de Justicia ha empleado el estándar de pruebas claras y convincentes al analizar y resolver dos cuestiones: (a) ¿En qué supuestos está justificado y cuál es el estándar de prueba aplicable para limitar o suspender los derechos de visita y convivencia con el progenitor no custodio?; (b) ¿En qué supuestos está justificado y cuál es el estándar de prueba requerido para superar la negativa a la adopción de un progenitor que conserva los derechos a la patria potestad?

¹⁰⁶ ADR 3797/2014, Pág. 89, párr. 2.

¹⁰⁷ ADR 3797/2014. Pág. 92, párr. 3.

¹⁰⁸ ADR 3797/2014, Pág. 93, párr. 2.

En el primer caso, la Corte ha sostenido que hay una presunción *iuris tantum* a favor del mantenimiento de las relaciones familiares, por lo que para limitar el derecho de visitas y convivencia se deberá acreditar en el estándar de pruebas claras y convincentes que de mantener (o de no limitar) el derecho de visita y custodia se generará una situación perjudicial para el niño o niña.¹⁰⁹

De acuerdo con la doctrina de la Primera Sala, el interés superior de los niños y niñas implica que sus intereses sean protegidos con mayor intensidad, por lo que en este tipo de casos no es necesario que se genere un daño a sus bienes o derechos para que se consideren afectados, sino que basta con que se coloquen en una situación de riesgo. La situación de riesgo se actualizará cuando no se adopte aquella medida que resultará más beneficiosa para el niño, y no sólo cuando se evite una situación perjudicial. La Primera Sala entiende que esto es así debido a que el interés superior de los niños y niñas 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 y niñas deben protegerse con mayor intensidad.¹¹⁰

La Primera Sala ha sostenido que el criterio anterior —que no se requiere acreditar un daño para que se consideren afectados los derechos de los niños y niñas, sino que basta con que se coloquen en una situación de riesgo— es adecuado en la mayoría de las contiendas que involucran los derechos de los menores de edad, como las controversias sobre guarda y custodia, alimentos y pérdida de la patria potestad. No obstante, ha sostenido que, en los casos de adopción, es necesario que se acredite un daño. En sus propias palabras: "no basta con demostrar que 'resultará más beneficioso para el niño' el ser adoptado, sino en probar que de

¹⁰⁹ Véase, en este sentido, el AR 392/2018, Sentencia de 19 de febrero de 2020.

¹¹⁰ Al respecto, Tesis 1a. CVIII/2014 (10a.), de rubro: Rubro DERECHOS DE LOS NIÑOS. BASTA CON QUE SE COLOQUEN EN UNA SITUACIÓN DE RIESGO PARA QUE SE VEAN AFECTADOS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 538, Registro digital: 200591.

no otorgarse la adopción se le generará una situación perjudicial.¹¹¹ La Primera Sala aplicó este criterio al resolver un caso de adopción en el que se examinó la procedencia de la adopción de un niño en contra de la negativa de uno de sus progenitores. En este sentido, resolvió "que sólo puede otorgarse la adopción de un menor en contra de la voluntad de sus padres biológicos, **cuando se pruebe que de otro modo se generará un daño al menor**".¹¹²

De igual forma, esta Sala distinguió dos supuestos al respecto, uno genérico y uno reforzado al tratarse de progenitores con discapacidad. Tal y como sostuvo la Corte, en el primer caso "deberá probarse que de no otorgarse la adopción el menor podría sufrir un daño." En el segundo supuesto, la Corte enfatiza que los progenitores "se encuentren especialmente protegidos por tratarse de personas con discapacidad", por lo que deberá verificarse además (a) que la afectación fue demostrada bajo un estándar de prueba claro y convincente, (b) que dicho daño no deriva de prejuicios o estigmatizaciones, o bien (c), de barreras ambientales que puedan ser mitigadas por medidas alternativas o ajustes razonables."¹¹³

3.6 Construcción del cuadro probatorio

En este punto, el personal jurisdiccional debe identificar y hacer explícito todo el material probatorio que será objeto de análisis y valoración de las pruebas. El cuadro probatorio consiste en una enunciación de todos los medios de prueba que hayan sido admitidos, así como los medios de prueba recabados por el órgano jurisdiccional deberán estar presentes. Con ello se busca que la persona juzgadora en materia familiar verbalice y traiga al momento en el que lleva a cabo su análisis (por ejemplo, el momento de emitir la sentencia) todo el material probatorio. Antes de analizar y valorar las pruebas, individualmente y en conjunto, es importante hacer explícito el caudal probatorio que lo conforma.

¹¹¹ Amparo Directo en Revisión 3859/2014, cit.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem.

Por ello, en este punto se deberán enlistar todos y cada uno de los distintos medios de prueba, indicar si es una prueba ofrecida por la parte actora o la demandada o bien recabada por el órgano jurisdiccional, señalar el tipo de prueba de que se trate (documental pública, privada, prueba pericial, testimonial, inspección judicial, etc.) así como los datos que permitan su identificación (fecha de su producción, órgano que lo expide, quién lo aporta, qué contiene, etc.). Se busca que el analista tenga presente todas las pruebas que utilizará en su motivación del juicio de hecho, contando no sólo las pruebas que sustentan y fortalecen determinadas hipótesis sino también aquéllas que puedan llegar a debilitarlas o refutarlas. A propósito de la noción de "cuadro probatorio", es pertinente tener en cuenta lo que señala Perfecto Andrés Ibáñez:

Cuando en la sentencia no existe un área específica dedicada a presentar este material de forma articulada, o, lo que es lo mismo, si los elementos de prueba no aparecen suficientemente verbalizados de manera que resulten identificables, hablar de 'cuadro probatorio' no pasa de ser el modo meramente evasivo de referirse a ellos como un conjunto, en su existencia *implícita* o *inspectore*, en el conocimiento del juez o tribunal. El uso riguroso de la expresión demanda, pues, una racionalización necesaria de la experiencia probatoria, sólo alcanzable a través de la objetivización individualizada de las piezas que la integran.¹¹⁴

3.7 Análisis y valoración individualizada de las pruebas

El séptimo paso de la metodología consiste en el análisis y valoración individualizada de las pruebas. Frente a la práctica judicial consistente en privilegiar la valoración conjunta de las pruebas (en ocasiones, presente bajo la forma de expresiones o fórmulas gráficas que no están acompañadas de una correspondiente justificación del estilo de una valoración conjunta de la prueba), la metodología que se presenta privilegia una

¹¹⁴ Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción en el proceso penal*, op. cit., p. 66.

aproximación analítica a la valoración de la prueba. No se trata de eliminar la valoración conjunta de las pruebas, sino de emplearla una vez que se ha examinado la fiabilidad y el rendimiento probatorio de cada una, individualmente considerada.

Perfecto Andrés Ibáñez ha mostrado con claridad este punto al señalar lo siguiente:

El modo de proceder en el ámbito de la valoración de la prueba debe ser inicialmente analítico: el resultado de cada medio probatorio habrá de ser considerado en ese momento en su individualidad, como si fuera el único. Esta clase de examen requiere, primero, la identificación de la correspondiente *fuerza* de prueba (la persona, el documento, el objeto de la pericia) y su localización original en el escenario de los hechos o el tipo de relación mantenida con éstos. Habrá de valorarse también la aptitud del *medio* probatorio propuesto para obtener información útil de la fuente de que se trate, habida cuenta de sus circunstancias, del estado de conservación, en función del transcurso del tiempo y de otros datos. Producido el examen deberá concretarse el rendimiento en *elementos de prueba* susceptibles de valoración.¹¹⁵

Al hablar de valoración individual de las pruebas es conveniente trazar un deslinde entre la valoración legal o tasada de las pruebas y la valoración libre y racional de la prueba.

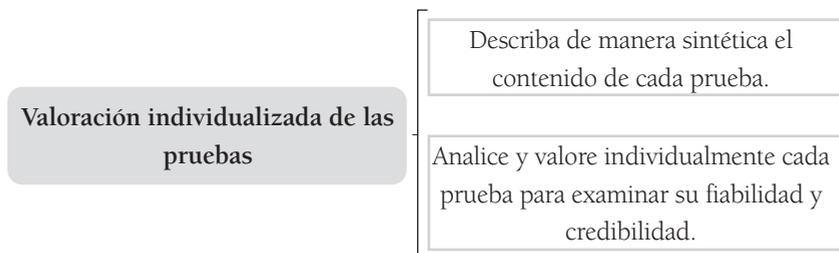
En la valoración legal o tasada el legislador predetermina el valor y el alcance de las pruebas. En los ordenamientos procesales subsiste la valoración tasada de las documentales públicas, a las que el legislador les otorga valor probatorio pleno. Este es el caso de las actas del estado civil. El valor probatorio pleno asignado a otras documentales públicas, como los instrumentos notariales, se traduce en una presunción de

¹¹⁵ Andrés Ibáñez, Perfecto, Andrés Ibáñez, Perfecto, "Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)", *Jueces para la democracia*, núm. 88, 2017, pp. 102 ss.

autenticidad de los mismos. La veracidad de su contenido está sujeta a valoración judicial.¹¹⁶ Por su parte, en la valoración libre no hay una predeterminación del valor probatorio atribuido en abstracto a los medios de prueba. Es el órgano jurisdiccional, el cual, al analizar y valorar las pruebas en un caso concreto, examinará y razonará su aptitud para desprender información relevante para acreditar los hechos del caso.

Por su parte, la valoración racional e individualizada consiste en someter todas y cada una de las pruebas a un control racional para determinar sus méritos o deméritos, qué información se puede extraer o no de ellas. En otros términos, la valoración individualizada de una prueba "está orientada a examinar su fiabilidad".¹¹⁷

El análisis y valoración individualizados de las pruebas transcurre por dos fases. En una primera fase, se identifica y describe brevemente el contenido de cada prueba individualmente considerada. En una segunda fase, se analiza y valora la prueba individualmente para examinar su fiabilidad y credibilidad y con ello determinar hasta qué punto está justificado extraer información a partir de cada medio de prueba individualmente considerado.



La valoración racional de la prueba se fundamenta en criterios lógicos, racionales, de sentido común, de la experiencia, en criterios derivados de

¹¹⁶ A propósito de la documental pública, véase, Meneses Pacheco, Claudio, *El documento público como medio de prueba en el proceso civil chileno*, Thomson Reuters, 2017. Véase, asimismo, Nieva, Jordi, *Valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 311 ss.

¹¹⁷ Cfr. Igartua, "Valoración judicial de la prueba...", *op. cit.*, p. 181, a quien sigo en este punto.

las ciencias, etc.¹¹⁸ En relación con este punto, habrá que tener en cuenta que la prueba consiste en mostrar cómo, a partir de determinada información, se puede aceptar como probado un hecho.

En el derecho, dicha información es suministrada por las pruebas. Así, un testigo declara que vio tal o cual cosa; un documento es un soporte material que contiene cierta información sobre los hechos. La información contenida en las pruebas no puede aceptarse como establecida sin más. El que a partir de una prueba pueda desprenderse como probado un hecho, dependerá de que la prueba cumpla con ciertas características. Entre estas características se encuentra la fiabilidad o credibilidad de las pruebas. Sólo en el supuesto de que la prueba sea fiable, podrá extraerse la información a la que dicha prueba hace referencia.¹¹⁹

Anderson, Twining y Schum se refieren a este punto cuando analizan la credibilidad de las pruebas dependiendo de que se trate de una declaración testimonial o de una prueba tangible.¹²⁰ En relación con las pruebas testimoniales estos autores identifican varios factores. (1) La base del dicho del testigo, esto es, si el testigo apreció directamente los hechos a través de sus sentidos, si los apreció a través de una tercera persona o bien, que no percibió los hechos, pero los infirió a través de otros hechos. (2) La veracidad entendida como la correspondencia entre lo que dice un sujeto con la creencia de que lo que dice es verdadero. (3) La objetividad del dicho del testigo. Esto es, si lo que declara el testigo es resultado de lo que percibió o bien si lo que declara puede estar influenciado por otros motivos. (4) Las capacidades sensoriales del testigo, en donde se examinan sus capacidades de visión, audición, etc., así como la duración, la distancia, las condiciones de luminosidad, la memoria, entre otros factores.¹²¹

¹¹⁸ Habrá que cuestionar, en todo caso, lo que se presenta como derivado de la experiencia o del sentido común, especialmente cuando la apelación a estas ideas se presenta como obvia, evidente o ausente de crítica o bien, cuando la apelación a la experiencia es un mero recurso retórico para incorporar prejuicios y estereotipos infundados.

¹¹⁹ El análisis de la fiabilidad de las pruebas debe tratar de apoyarse en datos objetivos y ser capaz de articularse mediante razones y argumentos, a fin de reducir los márgenes de subjetividad.

¹²⁰ Anderson, T., Schum, D. y Twining, W., *op. cit.*, pp. 63 ss.

¹²¹ *Ibidem*, p. 67 y González Lagier, D. *Quaestio facti...*, *op. cit.*

Por su parte, en relación con las pruebas tangibles, Anderson, Twining y Schum analizan su credibilidad a partir de los siguientes elementos: (i) La autenticidad del medio de prueba. En este punto se analiza la manera en que una prueba tangible (una muestra, un indicio material) fue recabada, identificada y resguardada. Se examina que no haya habido errores en la identificación o etiquetado (por ejemplo, una confusión de muestras de ADN o en su etiquetado). Asimismo, se examina que no se haya roto o alterado la cadena de custodia. (ii) Precisión, por ejemplo, el grado de resolución de una fotografía, que no esté borrosa o fuera de foco, etc. (iii) Confiabilidad: que el instrumento arroje resultados confiables, estables –por ejemplo, un instrumento que mide el grado de alcohol en la sangre o la velocidad a la que circulaba un vehículo–.¹²²

Por lo tanto, la valoración individualizada tiene como objetivo examinar la fiabilidad de cada prueba y su rendimiento para poder desprender información sobre los hechos a probar. Al hacer esta operación es importante advertir la posibilidad de que un mismo dato probatorio sea susceptible de distintas interpretaciones.¹²³ Es decir, asumiendo que el material probatorio sea apto para desprender información a partir del mismo, dicha información es susceptible de apoyar más de una hipótesis (la hipótesis de la parte actora, así como la hipótesis de la parte demandada).¹²⁴ Como plantea Juan Igartua, "en la eventualidad de un dato probatorio con doble interpretación, lo aconsejable sería asumir provisionalmente cada una de las dos interpretaciones por separado, sacar las consecuencias que fluyen de cada una de ellas y valorar cuáles son más compatibles con los otros datos probatorios".¹²⁵ Es decir, el órgano jurisdiccional tendría que advertir las distintas interpretaciones

¹²² Anderson, T., Schum, D. y Twining, W., *op. cit.*, p. 64.

¹²³ Cfr. Igartua, Juan, "Los indicios tomados en serio", García Amado, Juan Antonio y Bonorino Ramírez, Pablo Raúl (coord.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, España, Bubok Publishing, 2010, pp. 31-65.

¹²⁴ A propósito de la ambigüedad de los indicios, Juan Igartua recupera la clasificación de los indicios en equiprobables, indicios orientados (o de probabilidad prevalente), indicios cualificados (o de alta probabilidad) e indicios necesarios.

¹²⁵ Cfr. Igartua, Juan, "Valoración judicial de la prueba...", *op. cit.*, p. 83.

separadamente, sin descartar ninguna de ellas, para que en la valoración conjunta pueda contrastar qué interpretación es más compatible con otros datos probatorios.

El siguiente ejemplo puede servir para ilustrar este punto. En un procedimiento de restitución internacional de menores de edad en el que el presunto sustractor alega la excepción de consentimiento prevista en el artículo 13, inciso a), del Convenio de La Haya, la controversia se centra en determinar si la salida del lugar en donde el hijo tenía su residencia habitual hacia México fue con el propósito de ir de vacaciones o, por el contrario, si la salida obedeció a que el otro progenitor consintió el cambio de residencia a este país. Una de las pruebas admitidas es la compra de un boleto de avión redondo con destino a México. ¿La compra de un boleto redondo de avión necesariamente supone que el motivo para salir del país fue para ir de vacaciones? Parece que no. La compra de un boleto de avión redondo puede ser compatible tanto con la hipótesis del viaje de vacaciones, como con la hipótesis de consentimiento en el cambio de residencia del niño o niña. No obstante, ¿tendrían el mismo grado de probabilidad o por el contrario, es compatible con una de las hipótesis en mayor medida?

Al hacer la valoración individualizada de las pruebas es importante valorar cada prueba en su justa medida, sin incurrir en sesgos, rebajas o excesos injustificados.¹²⁶ "Justipreciar" las pruebas como se plantea en el

¹²⁶ En este sentido, una de las aplicaciones de la perspectiva de género en el razonamiento probatorio consiste en detectar y contrarrestar el empleo de prejuicios o estereotipos de género para reducir la credibilidad de las pruebas, por ejemplo, de la declaración de la víctima o bien, a la inversa, para incrementar su credibilidad a partir de un estereotipo o prejuicio de género. Véase, Gama, Raymundo, "Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico", en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 1, 2020, pp. 285-298. Sánchez, Raquel, "Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género", *Ius et veritas*, vol. 63, diciembre 2021, pp. 208-263; Paz Araya, Marcela, "Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal", *Revista de estudios de justicia*, núm. 3, 2020, pp. 35-69; Mataida, Janaina; Herdy, Rachel y Mascarenhas Marcella, "A injustiça epistêmica está oficialmente em pauta", *Consultorio jurídico*, 2022. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-04/limite-penal-injustica-epistemica-oficialmente-pauta>; Matida, Janaina, "É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal", *Consultorio jurídico*, mayo 2020. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal>.

discurso jurisdiccional. Se deben anotar todos los factores detectados por el órgano jurisdiccional que inciden para sustentar la fiabilidad de una prueba o bien para debilitarla.

En materia familiar suelen presentarse una variedad de medios de prueba: documentales públicas, documentales privadas, pruebas periciales sobre diversas cuestiones, pruebas testimoniales, opinión y escucha de niños, niñas y adolescentes, declaraciones de parte, instrumental de actuaciones, inspección judicial, entre otras. La valoración de cada uno de estos medios de prueba comporta peculiaridades propias que rebasan los propósitos de este trabajo. Por ello, nos enfocaremos particularmente en dos de los medios de prueba empleados con mayor frecuencia en los procedimientos familiares: las declaraciones de personas y la prueba pericial.

Dentro de las declaraciones de personas podemos identificar la declaración de parte (en algunos ordenamientos regulada todavía como prueba confesional por absolución de posiciones), los testimonios de terceros y las escuchas u opiniones de niños, niñas y adolescentes. Cada una de ellas presenta peculiaridades propias, pero también comparten algunos aspectos generales.¹²⁷

Al analizar la declaración de las personas podemos poner atención en tres aspectos. El contenido de la declaración, la persona que declara y la manera en cómo declara. Se puede examinar en primer lugar lo que declara una persona, quién lo declara y cómo lo declara. Del mismo modo, se puede poner el acento en la persona, en sus aspectos subjetivos y su relación con los hechos o con las partes. Al final, se puede poner el acento en la manera en que presenta su declaración y en los gestos, tono de voz, miradas que lo acompañan. De estos tres aspectos, el más objetivo y controlable por el órgano jurisdiccional es el contenido de la

¹²⁷ A propósito de estas peculiaridades, véase, Nieva, *op. cit.* p. 236 y ss, así como 264 y ss.

declaración.¹²⁸ Los otros dos comportan altos márgenes de discrecionalidad. El tercero de ellos es de sobra el más subjetivo y el menos controlable por parte del órgano jurisdiccional, por más que se apele a la pretendida intermediación del órgano jurisdiccional con la persona que declara, convirtiendo a esta institución en un mecanismo de valoración de pruebas, en lugar de mecanismo de control de su producción.¹²⁹

Poniendo el acento en aspectos que resultan más controlables por el juez, Jordi Nieva identifica cuatro aspectos para valorar las declaraciones de las personas: (1) la coherencia del relato; (2) su contextualización; (3) la existencia de datos corroboradores periféricos, (4) la presencia de detalles oportunistas del declarante.¹³⁰ Sobre el primer punto señala lo siguiente: "A la hora de analizar la declaración de cualquier persona, una de las características que pueden resultar más útiles para valorar su veracidad es, precisamente, que no sea contradictoria".¹³¹ Al mismo tiempo el autor advierte que la existencia de un relato coherente no es inequívoco de veracidad. Sobre el segundo punto, que el relato del declarante esté contextualizado supone que "el declarante describa datos del ambiente

¹²⁸ Cfr., al respecto, Nieva, J., *op. cit.*, p. 220. "Como dice Manzanero, en materia de psicología del testimonio se dio un salto cualitativo cuando se pasó de valorar la credibilidad del testigo, a examinar la credibilidad del testimonio. Es decir, cuando se dejó de dar tanta importancia a los aspectos conductuales del declarante, que son curiosamente los que siguen teniendo más en cuenta los jueces y, de hecho, cualquier observador".

Y es que esos factores no son, en realidad, controlables para un juez, en esencia, porque pueden estar basados en mera retórica, es decir, en una actuación fenomenal del declarante que consiga engañar a todos.

¹²⁹ Para una distinción entre el principio de intermediación como mecanismo de control de la producción de la prueba y como instrumento de valoración, así como para una crítica de este último aspecto, véase, Andrés Ibáñez, Perfecto, "Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)", *Jueces para la Democracia*, vol. 46, 2003, pp. 57-66. Como plantea este autor: "El testigo cuenta como quien, espectador de algún acontecimiento jurídicamente relevante, ha observado lo ocurrido y, por eso, es depositario de una información que debe transmitir al juzgador para que la evalúe. Como he dicho, la dimensión propiamente discursiva resulta, por lo general, poco atendida y, pasando por como por encima de ella, se otorga particular importancia en el enjuiciamiento a esos otros datos que forman lo que Bentham llamó el 'testimonio personal involuntario', integrado, esencialmente por 'el efecto de emociones internas que se manifiestan en la conducta, los gestos, la fisonomía de los testigos'".

¹³⁰ Cfr. Nieva, J., *op. cit.*, pp. 23 ss. Jordi Nieva retoma estos criterios de la doctrina del Tribunal Supremo español sobre la valoración del testigo-victima.

¹³¹ Cfr. Nieva, J., *op. cit.*, p. 224.

vital, espacial o temporal en el que los hechos tuvieron lugar, de manera que lo que declare se inscriba fácilmente en dicho ambiente, aunque lo ocurrido sea sorprendente".¹³² El tercer elemento consiste en que algunos aspectos contenidos en el relato del declarante estén corroborados por otros datos. Esta corroboración puede provenir de lo que declaren otras personas o bien de hechos ocurridos antes, durante o después de lo declarado que permitan corroborar alguno de sus extremos. El último aspecto —la presencia de detalles oportunistas a favor del declarante— es reconocido como un componente complejo que habrá de ser razonado de manera cuidadosa por el órgano jurisdiccional.

La aplicación del principio de contradicción aplicado en la valoración de la prueba testimonial es un factor adicional a tener en cuenta de cara a su valoración. Habrá que examinar no sólo la declaración, sino la manera en que responde a las preguntas planteadas por la contraparte o a las planteadas por el órgano jurisdiccional.

Dentro de las declaraciones de personas cobra especial relevancia el derecho de los niños, niñas y adolescentes de participar en los procedimientos jurisdiccionales que afectan su esfera jurídica.¹³³ La Suprema Corte ha planteado algunos lineamientos para el ejercicio del derecho de los menores de edad a participar en procedimientos jurisdiccionales. Se trata de aspectos relacionados con la manera de recabar su opinión. De los tres momentos de la actividad probatoria identificados y analizados anteriormente, conformación, valoración y toma de decisión, los lineamientos planteados por la Corte para asegurar su participación se ubican en el momento de conformación. Con todo, se trata de aspectos que repercuten en la valoración de la prueba en la medida que inciden en

¹³² *Ibidem*.

¹³³ SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niños, niñas y adolescentes*, México, SCJN, 2014; Rabasa Salinas, Alejandra; Casillas Sandoval, Miguel Oscar y Camaño Galván, David, *Evidencia Científica*. Cuadernos de Jurisprudencia, núm. 2, SCJN, 2020. Ortega Soriano, Ricardo y Griesbach Guizar, Margarita, "La protección efectiva del testimonio infantil en los procesos administrativos y jurisdiccionales: Avances y retos para su efectiva protección a la luz de la sentencia Amparo Directo en Revisión 3797/2014", en *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Una década transformadora*, SCJN, 2021, pp. 1-60.

su fiabilidad. La Corte señala, en este sentido, que se tiene que tener en cuenta la madurez del niño o niña de acuerdo con su edad, su capacidad de comprender el asunto y sus consecuencias, así como la capacidad de formarse un juicio o criterio propio. Debe evitarse entrevistar a los niños en más ocasiones de las necesarias. Este es un tema que concierne propiamente a la producción de la prueba. Sin embargo, el hecho de que se haya permitido entrevistar al niño o niña en más ocasiones de las necesarias, puede repercutir en su menor fiabilidad.

En años recientes la Suprema Corte ha prestado gran atención al tema de la prueba pericial y los distintos problemas que plantea.¹³⁴ No está de más destacar algunos aspectos sobre la valoración de la prueba pericial que puedan servir a los órganos jurisdiccionales.¹³⁵ En primer lugar, es preciso tener en cuenta el propósito del perito y de la prueba pericial. El perito es un auxiliar de la función jurisdiccional. Su función consiste en hacer inteligibles cuestiones técnicas o científicas para que el órgano jurisdiccional pueda apreciar y valorar para tomar una decisión sobre los hechos.

En la prueba testimonial, el análisis de la persona estaba en un segundo plano por los problemas de subjetividad que comporta este aspecto por lo que el órgano jurisdiccional tendría que atender en primer término al contenido de su declaración. En la prueba pericial, en cambio, "es imprescindible el análisis de la persona del perito en cuanto a sus conocimientos, habilidades y competencias profesionales".¹³⁶ El órgano jurisdiccional debe cerciorarse, por lo tanto, que el perito posea los conocimientos requeridos para dictaminar en la materia sobre la que se pronuncia. Deberá examinarse y acreditarse su solvencia en la práctica y su experiencia ante los tribunales. En caso de que la pericia sobre la que pronuncie su

¹³⁴ Vázquez, Carmen, *Manual de prueba pericial*, México, SCJN, 2022.

¹³⁵ Sigo en este punto los aspectos planteados y analizados por Jordi Nieva al abordar la valoración de la prueba pericial. Particularmente Nieva, 2010, p. 288 y ss., así como en Vázquez, Carmen, *Manual de prueba pericial*, México, SCJN, 2022.

¹³⁶ Cfr. Nieva, Jordi, *op. cit.*, p. 289. En el mismo sentido, véase, Vázquez, Carmen y Fernández López, Mercedes, "La valoración de la prueba I: la valoración individual de la prueba" en *Manual de razonamiento probatorio*, Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, 2022.

dictamen requiera titulación, habrá de examinarse si el perito ha publicado en revistas de reconocido prestigio o bien, si cuenta con una especialización complementaria.

En cuanto al dictamen, es preciso examinar la coherencia y razonabilidad del dictamen pericial. El dictamen habrá de ser inteligible (por ende, no debe resultar confuso y oscuro) y no debe ser contradictorio. Éste debe permitir al órgano jurisdiccional advertir las razones por las que el perito "dictaminó de un modo u otro".¹³⁷

Por otra parte, Nieva ha planteado un modelo diseñado para que los órganos jurisdiccionales puedan examinar la calidad de los dictámenes periciales. En este sentido, señala que el órgano jurisdiccional deberá centrar su atención en que:

1. las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están aceptadas por la comunidad científica internacional, en general;¹³⁸
2. las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes. Sin que baste que se repita dogmáticamente que se siguieron tales estándares y normas (no basta, por ende, con anunciar que el dictamen se elabora siguiendo los métodos inductivo y deductivo si no se presenta en qué consisten y de qué manera se corresponden con los estándares vigentes;
3. el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica;

¹³⁷ Cfr. Nieva, Jordi, *op. cit.* p. 291.

¹³⁸ Se reproduce de manera textual los elementos del modelo identificados Jordi Nieva. Cfr. Nieva, 2010, p. 295 y ss.

4. Y que el dictamen se base en suficientes hechos y datos: el perito debe acreditar que su examen no fue ejecutado superficialmente, sino que la recogida de muestras y evidencias fue realizada de forma debida.

Estos elementos pueden ser útiles en el supuesto, bastante frecuente, de que haya una contradicción de dictámenes.¹³⁹ Para el análisis y control de estos puntos por parte del órgano jurisdiccional será de ayuda el interrogatorio del perito ya sea a partir de las preguntas planteadas por la contraparte o por el propio juez o jueza.

Por último, es conveniente acudir a las reglas negativas en la valoración de la prueba pericial planteadas por Carmen Vázquez.¹⁴⁰

- No otorgar valor probatorio únicamente en función de si se trata de un perito oficial o no; el "origen" del experto nada dice sobre la calidad de su razonamiento pericial.
- No dar valor probatorio sólo en función de las credenciales de un experto; el perito con las mejores credenciales también puede cometer errores y usar métodos o técnicas de fiabilidad baja.
- No atribuir valor probatorio por criterios cuantitativos, es decir, con la idea de que, si dos expertos concluyen X, entonces como mayoría deben tener razón y no el único que concluye Y; dos o más expertos pueden también estar equivocados.

¹³⁹ Sobre los problemas planteados para el este punto, Nieva, J., *Valoración de la prueba*, p. 301.

¹⁴⁰ Los siguientes puntos están tomados textualmente del listado planteado por Vázquez, C., *op. cit.*, p. 303.

- No atribuir valor probatorio por el mero hecho de que no haya desacuerdos entre los expertos. El criterio de corrección de una prueba pericial no debe ser si una mayoría acuerda en que *X* es verdadero, sino si *X* es de hecho verdadero.
- No atribuir valor probatorio porque las partes no cuestionan lo dicho o hecho por los peritos. Evidentemente puede haber muchas razones, incluso estratégicas, para que las partes no cuestionen a un experto, pero ello de ninguna manera justifica al juez a renunciar a la tarea que nuestros sistemas jurídicos le atribuyen: valorar racionalmente la prueba pericial.

Las reglas y lineamientos anteriormente planteados son aplicables a los distintos tipos de pruebas periciales que se presentan en materia familiar. Entre las pruebas periciales que se emplean con más frecuencia en materia familiar se encuentra la pericial en trabajo social. Esta prueba es empleada en una pluralidad de asuntos en materia familiar: guarda y custodia, juicio de alimentos, régimen de visitas y convivencia, adopciones, entre otros.

En los juicios en los que se plantea el tema de asignación de guarda y custodia, la pericial en trabajo social es empleada para determinar la conveniencia de otorgarla a uno o a otro o bien, una custodia compartida, a conocer las condiciones en las que vive la persona que va a estar con el niño, niña o adolescente, determinar si cuenta con redes de apoyo y, en general, las condiciones en que se encuentran los progenitores para garantizar el sano desarrollo de los hijos o hijas. En los juicios de alimentos la prueba pericial tiene como objetivo que el perito proporcione al órgano jurisdiccional información sobre la capacidad económica de los deudores alimentarios y de las necesidades de niño o niña y del acreedor alimentario.

La prueba pericial en trabajo social también es empleada para auxiliar al órgano jurisdiccional a establecer el régimen de visitas y convivencias

para el progenitor no custodio. El perito propone elementos que sirvan de base para permitir, modificar o negar la convivencia del familiar que lo está solicitando, así como para determinar si con la visita y convivencia se colocaría al niño o niña en riesgo para su sano desarrollo.

Por otra parte, en los procedimientos de adopción, la prueba pericial se enfoca en el análisis del medio familiar de los solicitantes y para dotar de elementos para determinar si el contexto familiar, social o económico es adecuado para el bienestar y sano desarrollo del niño, niña o adolescente.

La prueba pericial, al igual todo el material probatorio ha de ser analizado y valorado individualmente como paso previo a su análisis conjunto.

3.8 Valoración conjunta de las pruebas

La valoración conjunta de las pruebas cobra sentido una vez que se ha realizado el análisis y valoración individualizada. En la valoración conjunta, el órgano jurisdiccional tiene que analizar hasta qué punto una hipótesis está sustentada por las pruebas. En otros términos, qué tan probable resulta la hipótesis a la luz de las pruebas que la sustentan. En esta operación, el órgano jurisdiccional tiene que establecer y justificar el nivel de sustento, confirmación o corroboración que las pruebas prestan a la o las hipótesis, haciéndolas más o menos probables dependiendo de la cantidad de pruebas, de su fiabilidad, de su pertenencia, del hecho que haya o no hipótesis alternativas o que se confirmen hipótesis derivadas, así como del grado de sustento empírico de los enunciados empleados como máximas de experiencia o como reglas de la lógica y la sana crítica.

La valoración conjunta de las pruebas no se satisface con enunciados del tipo "de una valoración conjunta de las pruebas se desprende X".

La valoración conjunta de las pruebas consiste en el análisis y explicación de la relación probatoria que guardan las distintas pruebas con los hechos a probar (o hipótesis).

La valoración conjunta puede verse desde el ángulo de las pruebas o de las hipótesis. Desde el ángulo de las pruebas, la valoración conjunta consiste en examinar la relación entre las distintas pruebas y las hipótesis formuladas. Desde el ángulo de la hipótesis la valoración conjunta consiste en contrastar la o las hipótesis con las pruebas para determinar su grado de sustento o confirmación.

Si en la valoración individualizada había que examinar cada prueba independientemente considerada, en la valoración conjunta habrá que ir comparando, contrastando y contraponiendo una prueba con otra, con otra y así sucesivamente hasta completar el cuadro probatorio.

Para llevar a cabo la valoración conjunta de las pruebas habrá que identificar, en primer lugar, la hipótesis a examinar. Después habrá que ir contrastando dicha hipótesis con las distintas pruebas que tengan relación con ella. En este ejercicio de contrastación se debe advertir, por ejemplo, si hay convergencia o divergencia entre las pruebas en relación con un punto, si se complementan o prestan apoyo independiente a la hipótesis. Si un hecho sustentado a partir de una prueba es corroborado o no y en qué medida por otra prueba.

Como señala Marina Gascón: "El *grado de confirmación* de una hipótesis por las pruebas, es, pues, equivalente a su *probabilidad* (inductiva)".¹⁴¹

Como refiere esta autora, tal confirmación o probabilidad es dependiente de la calidad epistemológica de las pruebas, de la cantidad y variedad de las confirmaciones, del número de pasos inferenciales y del fundamento cognoscitivo de las generalizaciones o máximas de la experiencia.

¹⁴¹ Cfr. Gascón, Marina, *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 180.

Por otra parte, para considerar un hecho como probado a partir de ciertas pruebas, no sólo se requiere de su confirmación a partir de las pruebas, sino también de su no refutación.

En palabras de Marina Gascón: "Para aceptar una hipótesis es necesario que ésta, además de confirmada, no sea refutada por las pruebas disponibles. El sometimiento a la refutación de las hipótesis es la 'prueba de fuego' para poder aceptarlas".¹⁴²

Por su parte, Daniel González Lagier ha establecido una clasificación de los criterios de solidez de la inferencia probatoria en función de si están referidos a las pruebas o hechos probatorios, al hecho a probar o hipótesis y al enlace o máxima de la experiencia que establece una relación entre unos y otros. En este sentido, señala que se ha de examinar si los hechos probatorios son fiables, suficientes, variados y pertinentes. En relación con el hecho a probar plantea si la hipótesis ha sido refutada, si se han podido confirmar las hipótesis derivadas, si se han eliminado todas las hipótesis alternativas y si la hipótesis es coherente y simple. Finalmente, en relación con el enlace o máxima de la experiencia se trata de establecer si el enlace o máxima o cuestión tiene un adecuado grado de soporte empírico, si es aceptada en un sector o ámbito de la experiencia. Conviene advertir que este autor señala que el cumplimiento de tales criterios es gradual en un doble sentido. Primero, pueden estar presentes más o menos criterios. En segundo lugar, cada criterio puede cumplirse en mayor o menor medida.¹⁴³

Juan Igartua plantea un punto adicional al momento de realizar la valoración conjunta de las pruebas. Los órganos jurisdiccionales deben verter en su análisis lo practicado durante el desahogo de las pruebas, particularmente las interacciones derivadas del contradictorio entre las partes. En palabras de este autor: "el contradictorio no ha de detenerse en el

¹⁴² Gascón, M., *op. cit.*, p. 184.

¹⁴³ Cfr. González Lagier, D., *Quaestio facti, op. cit.*

pórtico de la motivación, sino ingresar en el recinto de la misma, obligando al juez no sólo a enunciar las pruebas que confirman la hipótesis táctica escogida, sino también a indicar las razones por las que se excluye la hipótesis antagonista y considera inatendibles las pruebas en su favor".¹⁴⁴

El resultado de la valoración conjunta de las pruebas arroja el grado de soporte o de probabilidad de una hipótesis a la luz de las pruebas y nos permite establecer qué tan probable resulta dicha hipótesis. En un gran número de decisiones el resultado de la valoración de las pruebas será suficiente para declarar un hecho como probado. En este sentido, habrá de considerar probada la hipótesis que resulte más probable. Sin embargo, el criterio de mayor probabilidad no es suficiente en aquellos casos en los que se requiere un nivel de prueba superior, como ocurre con las cuestiones en las que la Suprema Corte ha considerado que la mayor probabilidad de una hipótesis no basta para tenerla por probada, sino que se requieren que las pruebas sean claras y convincentes.

3.9 Análisis crítico de las máximas de experiencia

En noveno lugar, se lleva a cabo un análisis crítico de las máximas de experiencia empleadas a la luz de la valoración racional de la prueba y de las obligaciones para juzgar con perspectiva de género, de infancia y adolescencia, y discapacidad. Las máximas de experiencia son generalizaciones que expresan una regularidad empírica. Con todo, bajo la denominación de máximas de experiencia podemos encontrar enunciados de muy diverso tipo. Desde generalizaciones derivadas de leyes universales o científicas, generalizaciones con un soporte empírico robusto, generalizaciones sin sustento, hasta opiniones, prejuicios, estereotipos y vulgarizaciones del sentido común. Por otro lado, hay máximas de experiencia que provienen del conocimiento científico y que gozan de un adecuado grado de sustento, pero también es posible encontrar máximas de experiencia derivadas del sentido común o de la experiencia individual

¹⁴⁴ Igartua, J., "Valoración judicial de la prueba...", *op. cit.*, p. 83.

de las personas. En esta gama tan heterogénea es posible que las personas juzgadoras le den el carácter de máximas de experiencia a prejuicios o estereotipos de género o de otro tipo, haciéndolas pasar por generalizaciones objetivas. Los órganos jurisdiccionales deben ser especialmente críticos con las máximas de experiencia empleadas no sólo para evitar emplear máximas sin sustento, sino para evitar que a través de ellas se empleen estereotipos. El empleo de los protocolos para juzgar de la Suprema Corte es un recurso importante para evitar que en los razonamientos de los órganos jurisdiccionales se cuelen estereotipos infundados.

En este sentido, el análisis crítico de las máximas de experiencia debe completarse con las obligaciones para juzgar con perspectiva de género, de infancia y de discapacidad para descartar que en el análisis de los hechos y de las pruebas no se empleen estereotipos o prejuicios de género, estereotipos o prejuicios relacionados con niños o niñas o estereotipos o prejuicios asociados a las personas con discapacidad. En caso de que se detecte el empleo de estereotipos los órganos jurisdiccionales deben eliminarlos y sustituirlos con información empírica aceptable sustentada en pruebas adecuadas, no en nociones vagas y vulgarizadas de sentido común.

3.10 Formulación de los hechos probados

Este último punto representa la conclusión de todos los pasos anteriores. Una vez realizado el análisis y valoración de las pruebas y aplicado el estándar de prueba, los órganos jurisdiccionales estarán en aptitud de formular los hechos que se pueden dar por probados o por no probados. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional llegue a la conclusión de que los hechos base de la acción resultaron probados, sustentará una decisión con base en las normas que contienen los hechos jurídicamente relevantes del caso. Con base en ellos determinará por ejemplo que debe asignársele a uno de los progenitores la guarda y custodia, que ha quedado acreditada la filiación, la causal que da lugar a la pérdida de patria potestad o que debe ordenarse la restitución del niño o niña al lugar de residencia habitual.

4. Aplicación de la metodología a un caso concreto

4. Aplicación de la metodología a un caso concreto

En este apartado se presenta un caso en el que se aplica la metodología para el análisis y valoración de las pruebas a un caso en materia familiar y se proporcionan algunas indicaciones para su puesta en práctica.

El caso que se analiza tiene su origen en una demanda en la vía oral familiar en un partido judicial en Guanajuato. En ella, Raúl solicitó la disolución del vínculo matrimonial con María. Esta última fue emplazada legalmente a juicio y contestó la demanda, en la que formuló demanda reconventional por la que reclamó la pérdida de patria potestad por abandono y la asignación de guarda y custodia, una pensión alimenticia para el hijo de ambos de 11 años de edad, alimentos retroactivos y la pensión compensatoria para ella. La demanda reconventional se admitió, se emplazó oportunamente a la contraparte quien a su vez dio oportuna contestación. Se señaló día y hora para la celebración de la audiencia

preliminar, en la que a su vez se señaló fecha y hora para la audiencia de juicio. En la audiencia de juicio se recibieron todas las pruebas ofrecidas por las partes. Seguido el juicio en todas sus etapas, se citó a las partes a oír sentencia.

Con la finalidad de ilustrar la aplicación de la metodología para el análisis y valoración de las pruebas en materia familiar nos enfocaremos únicamente en el estudio de la pérdida de patria potestad.

4.1 Identificación y formulación del punto de vista y de las perspectivas que debe incorporar en su análisis la persona juzgadora

Como hemos visto, el primer paso de la metodología consiste en clarificar el punto de vista adoptado en el análisis. Para ello, la persona analista debe responder las siguientes preguntas: ¿cuál es el punto de vista adoptado?; ¿en qué parte del proceso se encuentra?; ¿cuáles son los materiales de los que dispone?, ¿qué es lo que le pide que haga? Y ¿el caso requiere que se incorpore alguna perspectiva para juzgar? Como vimos anteriormente, estas preguntas tienen el propósito de que la persona juzgadora (y eventualmente, algún otro operador jurídico) enfoquen de manera adecuada el punto de vista que debe adoptar en el caso.

A continuación se presenta una muestra de la respuesta a cada una de las preguntas anteriores.

- **Indique cuál es el punto de vista adoptado.** Respuesta: En el presente asunto se adopta el punto de vista un juez oral en materia familiar.
- **Indique en qué parte del proceso se encuentra.** Respuesta: El presente caso se sitúa en el momento del dictado de la sentencia.
- **Indique cuáles son los materiales de los que dispone.** Respuesta: Se dispone del escrito de demanda, contestación, reconvencción y contestación de la reconvencción, así como de las pruebas desahogadas en la audiencia de juicio.
- **Indique cuál es el objetivo que se persigue.** Respuesta: Para efecto de ilustrar la presente metodología, nos enfocaremos en la pérdida de la patria potestad. En consecuencia, el objetivo del análisis probatorio consiste en determinar si están acreditados los supuestos de hecho que dan lugar a la declaración de pérdida de la patria potestad por abandono.
- **Identifique si el caso requiere que sea abordado con perspectiva de infancia y adolescencia, con perspectiva de género, con perspectiva de discapacidad o con alguna otra perspectiva.** Respuesta. En el presente caso se emplea la perspectiva de infancia y adolescencia.

En relación con el último punto (identificar si el caso requiere que se aborde con perspectiva de género, infancia y adolescencia, discapacidad, etc.) no se advierte que haya algún elemento que hiciera aplicable a primera vista la obligación de juzgar con perspectiva de discapacidad ni con perspectiva de género al analizar la pérdida de la patria potestad por abandono. En cambio, para resolver la pérdida de patria potestad debe emplearse la perspectiva de infancia y adolescencia al estar involucrado el interés superior de un niño. Como hemos visto, el empleo de esta perspectiva conlleva a asegurar tanto el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes, como el interés superior de la niñez, en todas las decisiones que les atañen y garantiza el derecho a su participación, a que se escuchen sus opiniones y que éstas sean tomadas en cuenta por el órgano jurisdiccional. Además, supone que el órgano jurisdiccional debe abordar el estudio del asunto, asumiendo como eje rector de su análisis el interés superior de la niñez.

4.2 Identificación y formulación de los hechos jurídicamente relevantes

El segundo paso de la metodología consiste en identificar y formular los hechos jurídicamente relevantes. Como vimos anteriormente, este paso es central, pues permite una adecuada delimitación de los supuestos de hecho establecidos por el derecho como condición para la producción de ciertas consecuencias jurídicas. Una adecuada identificación y formulación de los mismos, en función de las normas jurídicamente aplicables, es la clave para una adecuada identificación de los hechos que serán objeto de prueba.

En materia familiar, los hechos jurídicamente relevantes están establecidos por el legislador en los códigos civiles al regular las distintas instituciones, derechos y obligaciones en el derecho de familia. Para su adecuada identificación y formulación, hemos visto que, el análisis de las disposiciones legales habrá de completarse con un análisis del derecho jurisprudencial para incorporar las interpretaciones realizadas por el Poder Judicial de la Federación, a través de sus distintos precedentes en materia familiar. La identificación y formulación de los hechos jurídicamente relevantes parten de la enunciación de las disposiciones jurídicas aplicables, la incorporación de la interpretación que haya sido realizada en su caso por el Poder Judicial de la Federación, la detección y planteamiento separados de los distintos hechos jurídicamente relevantes y la individualización de cada uno de éstos.

En el caso que estamos analizando, mencionamos que además del divorcio, se demandó la patria potestad y la asignación de guarda y custodia, además de otras acciones como el pago la pensión alimenticia para el niño de 11 años, el pago de alimentos retroactivos y la pensión compensatoria a favor de la madre. Cada uno de estos temas requeriría un análisis por separado en la sentencia en el que se examinan los hechos alegados por las partes, las normas aplicables y el material probatorio empleado para acreditar los hechos. En el presente análisis nos enfocaremos únicamente en la pérdida de la patria potestad.

En relación con esta acción, en su capítulo de hechos, la señora María señaló la fecha en la que contrajo matrimonio con Raúl, el lugar en el que establecieron su domicilio conyugal, los hijos que tuvieron en común y la fecha en que nacieron. Señaló que Raúl trabaja en Estados Unidos, que asistió al bautizo de Jesús, recién nacido, y que desde entonces no había visitado México, que el niño conoce a su padre únicamente por fotografías y que, en todo ese tiempo, el señor Raúl no se ha ocupado de asistirlo, visitarlo, proporcionarle alimentos ni de estar pendiente de sus necesidades más precarias.

Veamos el análisis de los hechos jurídicamente relevantes con los elementos que lo componen.

4.2.1 Identifique la disposición o disposiciones que contienen los hechos jurídicamente relevantes

La pérdida de la patria potestad por resolución judicial está regulada en el artículo 497 del Código Civil del Estado de Guanajuato. Este artículo establece una serie de supuestos que dan lugar a la pérdida de patria potestad. En su fracción IV regula el supuesto de pérdida de patria potestad en los siguientes términos:

Art. 497. La patria potestad se pierde por resolución judicial: IV. Por el abandono de quien ejerce la patria potestad, por más de treinta días, sin causa justificada, aun cuando los menores fueren abandonados en instituciones públicas o privadas dedicadas al albergue de éstos.

4.2.2 Formule un enunciado para cada uno de los hechos jurídicamente relevantes contenidos en la disposición o disposiciones

- a) El abandono por parte que quien ejerce la patria potestad.
- b) Por más de 30 días.
- c) Sin causa justificada.

4.2.3 Incorpore las interpretaciones de las disposiciones contenidas en los precedentes del Poder Judicial de la Federación

En este paso la persona juzgadora debe examinar si el Poder Judicial de la Federación, particularmente la Suprema Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito, así como los Poderes Judiciales de los estados han establecido algún precedente que sea aplicable al caso.

Centrándonos en los precedentes del Poder Judicial de la Federación, la Suprema Corte ha establecido que las decisiones sobre la pérdida de la patria potestad han de estar centradas en el bienestar de los hijos, "cuyo interés es el único y exclusivo fundamento de la función en la que se configura la patria potestad". Además ha señalado que los órganos jurisdiccionales deben interpretar el término 'abandono', "no sólo en su acepción más estricta, entendido como dejar desamparado a un hijo, sino también en la amplia, vinculada al más radical incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, incluso en el caso de que las necesidades del menor queden cubiertas por la intervención de otras personas."¹⁴⁵ Este criterio resulta relevante para calificar si los hechos probados son o no constitutivos de abandono a partir de las propiedades señaladas por la Corte. ¿Qué hechos son susceptibles de ser encuadrados dentro de la categoría de abandono?

4.2.4 Individualice cada uno de los hechos jurídicamente relevantes

- a) Raúl abandonó a Jesús.
- b) El abandono de Jesús por parte de Raúl fue por más de 30 días.
- c) No hay ninguna causa justificada del abandono de Jesús por parte de Raúl.

¹⁴⁵ Tesis 1a./J. 63/2016 (10a.). de rubro: ABANDONO DE UN MENOR DE EDAD. SU INTERPRETACIÓN COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 37, Diciembre de 2016, Tomo I, página 211. Registro digital 2013195.

4.3 Identificación y formulación del problema probatorio

Como vimos anteriormente, hay una variedad de problemas probatorios. En el presente caso, el problema probatorio a dilucidar es si está acreditado el abandono de Jesús por parte de Raúl.

4.4 Identificación y formulación de los hechos secundarios

Los hechos secundarios pueden ser definidos en oposición a los hechos jurídicamente relevantes. Estos últimos consisten en los supuestos de hecho establecidos en las normas como condición de aplicación de consecuencias jurídicas. Una vez que se han individualizado, los hechos jurídicamente relevantes representan la premisa menor o premisa fáctica del silogismo. El razonamiento probatorio puede ser descrito como el razonamiento construido para establecer la premisa fáctica. Dicha premisa estará conformada por tantos hechos como hechos jurídicamente relevantes sean identificados en la norma. Cada uno de los hechos jurídicamente relevantes individualizados representa un hecho a probar. La prueba de estos hechos se lleva a cabo por lo común no de manera directa, sino a través de la prueba de otros hechos. Estos hechos son los hechos secundarios. La prueba de estos hechos proporciona una razón para afirmar la existencia del hecho principal o hecho jurídicamente relevante. No es posible hacer una identificación de los hechos secundarios en abstracto. Los hechos alegados por las partes sirven como un marco preliminar para formular conjeturas/hipótesis que habrán de ser verificadas mediante las pruebas aportadas por las partes. En este punto, se busca formular e identificar cuáles serían los hechos secundarios que habría que probar. La formulación de los hechos secundarios no es definitiva. Una vez que se avance en los pasos sucesivos de la metodología la persona juzgadora podrá volver a este punto para precisarlos. Pero es importante que antes de entrar al análisis de las pruebas, la persona juzgadora cuente con una delimitación previa, aunque tentativa y preliminar, de

los hechos secundarios, la cual puede convertirse posteriormente en definitiva. Por otra parte, mientras que la formulación de los hechos jurídicamente relevantes tiene como parámetro de referencia las normas jurídicas, la formulación de estos hechos en un caso concreto será la misma no importa que la formulen personas juzgadoras distintas. La formulación de los hechos secundarios puede no coincidir exactamente con la misma formulación, pero sí de manera general.

La formulación de los hechos secundarios en el presente caso sería la siguiente.

- a) Jesús (hijo) no conoce personalmente a Raúl (padre)
- b) Raúl (padre) no ha tenido ningún tipo de contacto ni de comunicación con Jesús (hijo) desde hace 11 años
- c) Raúl (padre) no se ha encargado de atender las necesidades de Jesús (hijo).
- d) María (madre), Araceli (hermana de María) y Miguel (hermano de Jesús) se encargan de satisfacer las necesidades del niño.

4.5 Identificación y formulación de la carga de la prueba y del estándar de prueba

Como hemos visto, la carga de la prueba es una noción sumamente importante en toda clase de procedimientos, incluido el procedimiento de familia. De manera fundamental, la carga de la prueba indica, por un lado, cómo se distribuye la carga de la prueba entre las partes (a quién le corresponde la carga de la prueba) y, por el otro, establece un criterio de decisión para el órgano jurisdiccional en el supuesto de que los hechos jurídicamente relevantes no estén acreditados. Por este motivo, al hablar de carga de la prueba suelen distinguirse dos dimensiones: la distribución de la carga de la prueba y la regla de juicio. La primera opera en

el momento de la conformación de pruebas. La segunda opera en el momento de la toma de decisión sobre los hechos probados. La manera en cómo se distribuye la carga de la prueba en el momento de conformación repercutirá en la toma de decisión, en caso de que no se hayan acreditado los hechos jurídicamente relevantes.

El Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato establece la regla general de carga de la prueba en el artículo 84 en los siguientes términos: "El actor debe probar los hechos constitutivos de su acción y el reo los de sus excepciones". Al no haber una regla de carga de la prueba especial para casos de pérdida de la patria potestad, esta regla establece la distribución de la carga de la prueba y, al mismo tiempo, las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

La señora María tiene la carga de acreditar que el señor Raúl incurrió en el supuesto previsto en la fracción IV del artículo 497 del Código Civil para el Estado de Guanajuato. Concretamente, la señora María tiene la carga de probar el abandono de Jesús por parte de su padre (Raúl), por más de 30 días. Por su parte, el señor Raúl tiene la carga de desvirtuar que abandonó a su hijo, por más de 30 días o bien, que hubo una causa justificada.

En cuanto al estándar de prueba, al no haber un estándar de prueba predeterminado para la acreditación del abandono, el estándar de prueba sería el de probabilidad prevaleciente. Para decretar la pérdida de la patria potestad con base en esta hipótesis, las pruebas tendrían que sustentar que Raúl abandonó a Jesús por más de 30 días sin causa justificada. Desde el punto de vista de la distribución del error, se podría decir que el interés del padre inocente —que podría verse perjudicado con el error consistente en declarar probada la causal— merece la misma protección que los intereses de los niños y niñas realmente afectados por el abandono de sus padres.

4.6 Construcción del cuadro probatorio

Este punto tiene como objetivo que la persona juzgadora identifique y tenga en cuenta de manera explícita el material probatorio aportado por las partes y en su caso el requerido por el órgano jurisdiccional.

Cuadro probatorio

A). Pruebas ofrecidas por la parte actora reconvenicional (María)

- i) Copia certificada del Acta de nacimiento de Jesús.
- ii) Prueba confesional a cargo de Raúl.
- iii) Prueba testimonial a cargo de Miguel (hermano de Jesús).
- iv) Prueba testimonial a cargo de Araceli (hermana de María)

B) Pruebas ofrecidas por la parte demandada reconvenicional (Raúl)

- i) Prueba confesional a cargo de Rosaura (madre de Raúl).
- ii) Prueba testimonial a cargo de Martha (hermana de Rosaura).

C) Pruebas recabadas por el órgano jurisdiccional

- i) Escucha del niño Jesús.
- ii) Prueba de capacidad realizada por una persona especialista en psicología adscrita al área de atención de la Procuraduría Auxiliar en Materia de Asistencia Social del Sistema para el Desarrollo Integral para la Familia Municipal (DIF).

4.7 Valoración individualizada de las pruebas

La valoración individualizada consiste en el análisis de la fiabilidad de las pruebas. Esta operación debe realizarse antes de la valoración conjunta de la prueba. En la valoración individualizada se deben indicar todos aquellos factores que inciden en la mayor o menor fiabilidad de la prueba. El objetivo de este paso es analizar la información que puede desprenderse de cada medio de prueba individualmente considerado. Como veremos a continuación, el ejemplo del abandono como causal de la pérdida de patria potestad es relativamente sencillo; pues, como veremos, buena parte de las pruebas apuntan a que el padre tiene 11 años sin ir a México, momento que coincide con el bautizo del niño, así como el hecho relativo a que la madre del niño se ha encargado desde entonces de su cuidado y de solventar sus necesidades con la ayuda de su hijo Miguel y de su hermana Araceli. En casos más complejos, los órganos jurisdiccionales tendrían que hacer un análisis minucioso de cada medio de prueba para destacar su coherencia, la contextualización del relato, la existencia de datos corroboradores periféricos y, en su caso, la presencia o ausencia de aspectos que afecten la objetividad de las declaraciones testimoniales.

- i) Copia certificada del acta de nacimiento de Jesús, en la que se aprecia que el Acta de nacimiento aparece registrada con el número 01, con fecha, 23 de agosto del 2007, asentada en el libro 5, de la Oficialía 1 del Registro Civil de A., Guanajuato, relativa al nacimiento de Jesús, ocurrido el 5 de septiembre de 2007. En el Acta de nacimiento aparecen como nombres de los padres Raúl y María.

De conformidad con los artículos 132 y 207 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato, al ser un documento público este medio de prueba tiene pleno valor probatorio y es idóneo para demostrar el nacimiento de Jesús. Asimismo, de conformidad con lo establecido por el artículo 468 del Código Civil del Estado de Guanajuato, se acredita que Raúl y María son quienes ejercen de manera legal, en la actualidad, la patria potestad sobre el niño.

- ii) Escucha del niño Jesús, realizada en la audiencia de juicio el día 22 de marzo de 2019. Se aprecia que antes de que se realizara, el órgano jurisdiccional explicó la dinámica de la escucha y se siguieron los lineamientos establecidos por la Suprema Corte.¹⁴⁶

Jesús señaló que tiene 11 años de edad, que asiste a la escuela pública Federico M. Bonilla y que la materia que más le gusta es matemáticas. Señaló que vive con su mamá, su tía Araceli y su hermano Miguel. Refiere que su madre trabaja en Querétaro, en una cocina, y que entra a las siete de la mañana. Asimismo, señala que quienes se encargan de sus gastos son su mamá y su hermano Miguel. Refiere que no conoce a su padre Raúl y que no sabe nada de él, que lo conoce solamente por fotos. Indica que se siente bien en su casa, que lo tratan bien, que en su escuela hay un comedor y que come bien. Plantea que cuando llega a su casa de la escuela le hace de comer su hermano Miguel y Soraya, la novia de este último y que su mamá llega a las ocho de la noche de trabajar. Adicionalmente, señala que no sabe si su papá le manda dinero a su mamá y que su hermano le ayuda a su mamá con los gastos. Señala también que no convive con la familia de su papá y añade que le gustaría conocerlo y que sabe que su papá le pidió el divorcio a su mamá.

Al respecto, se advierte en primer lugar que se aseguró el derecho del niño para participar en el juicio. Asimismo, se realizó una prueba de capacidad por un especialista en el área de psicología quien determinó que el niño tenía el desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez acorde a su edad para expresar su opinión, así como comprender las preguntas realizadas por el tribunal. Asimismo, la entrevista al niño se practicó una sola vez. En la audiencia se preparó adecuadamente al niño para la entrevista con la ayuda de un psicólogo y se garantizó que su participación

¹⁴⁶ Tesis 1a./J. 12/2017 (10a.), de rubro: DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, página 288.

fuera voluntaria. La entrevista se realizó en un ambiente cómodo para el niño. Durante la escucha estuvo presente el especialista en temas de niñez. El niño intervino directamente.

De la escucha del niño se advierte información relativa a su vida cotidiana, a las actividades que realiza, las personas que están a cargo de su cuidado y atención y el trabajo de su madre. Se advierte también que el niño refiere que no conoce a su padre más que por fotografía, pero que le gustaría conocerlo y tener contacto con él. Refiere también no tener contacto con la familia de su padre. Indica no saber si su padre le da dinero a su madre. Y señala que su madre, con la ayuda de su tía y hermano están al pendiente de sus cuidados y necesidades.

- iii) Prueba confesional ofrecida por la parte demandada reconvencional a cargo de María. Señaló que tiene 48 años, es casada, trabaja en una cocina económica en Querétaro y le pagan 1500 pesos a la semana. Refiere que desde que se casó se dedicó al hogar, cuando Raúl se fue a Estados Unidos, al inicio le mandaba dinero, pero que desde hace 11 años a la fecha no había recibido ningún dinero de él.

El anterior medio probatorio en nada perjudica a los intereses de la absolvente, pues no se desprende elemento objetivo alguno que beneficie a la parte demandada reconvencional.

- iv) Prueba confesional ofrecida por la parte actora reconvencional a cargo de Raúl, quien no asistió al desahogo de la prueba, por lo cual a solicitud de la demandada inicial y actora reconvencional se le tuvo por confeso de los hechos materia de la *litis*. De conformidad con el artículo 206 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Guanajuato, la confesión adquiere el carácter de presunción, por lo que se tienen por presuntivamente ciertos los hechos que refiere la parte demandada y actora reconvencional en su escrito de demanda, salvo prueba en contrario.

- v) Prueba testimonial ofrecida por la parte actora reconvenzional a cargo de Miguel (hermano de Jesús).

Miguel señaló que tiene 26 años de edad, tiene una relación con Soraya y trabaja como ayudante de albañil. Refiere que conoce a Raúl y a María porque son sus padres y que aún son esposos. Indica que él y su hermano, Jesús, de 11 años son hijos de Raúl y María. Manifiesta que su papá trabaja en Estados Unidos y que no lo ha visto desde que su hermano nació. Añade que su padre vino a México al bautizo de su hermano y que después del bautizo regresó a Estados Unidos. Señala que anteriormente su papá iba y venía a México porque tiene papeles, pero desde que nació su hermano Jesús no ha venido a México. Manifiesta también que de los gastos del niño se hace cargo su mamá María. Plantea que su mamá le da 50 pesos a Jesús para que coma, ya que es lo que cuesta el comedor. Indica que desde que su padre dejó de venir a México, su madre empezó a trabajar y que tiene un horario de siete de la mañana hasta en la noche. Manifiesta también que su padre les mandó dinero durante un tiempo, pero que desde hace 11 años ha dejado de enviarlo.

Miguel refiere una serie de hechos que conoce de primera mano. En su declaración se advierten aspectos sobre la relación de sus padres, la última vez que vio a su padre y quién se encarga de los gastos y necesidades del niño.

- vi) Prueba testimonial de Araceli ofrecida por la parte actora reconvenzional. Araceli señala que tiene 40 años de edad, que conoce al señor Raúl y a la señora María, ya que ella es su hermana y él su cuñado. Manifiesta que María y Raúl son esposos y que tuvieron dos hijos, Miguel y Jesús. Plantea que la señora María le da dinero a su hijo para el transporte escolar y para el comedor. Señala que el desayuno lo toma en su casa. Refiere que la última vez que vio a Raúl fue hace 11 años y que, desde entonces, su cuñado ha dejado de apoyar económicamente a su hermana. Indica que Raúl trabaja en una tintorería en Estados Unidos. Manifiesta que María

se encarga de solventar los gastos de su sobrino Jesús. Refiere que Raúl lleva treinta años viviendo y trabajando en Estados Unidos. Indica que antes viajaba a México con más frecuencia pero que desde el bautizo de su hermano ha dejado de hacerlo.

Araceli refiere una serie de hechos que le constan de primera mano al vivir en el mismo domicilio que María, su hermana y sus hijos. Asimismo, refiere quién se encarga de los gastos y necesidades del niño.

- vii) Testimonial ofrecida por la parte demandada reconvenicional a cargo de Rosaura quien manifestó: que tiene 86 años de edad, que conoce a Raúl porque es su hijo y a María porque es su nuera. Indica que tuvieron dos hijos, Miguel y Jesús y que este último tiene once años de edad. Manifiesta que desde que quedó embarazada María, Raúl dejó de enviarle dinero. A pregunta del juez, señaló que hace 11 años que no ve a su hijo Raúl, pero que sí lo conoce porque vino a México a bautizar a Jesús y esa fue la última vez que lo vio.
- viii) Testimonial ofrecida por la parte demandada reconvenicional a cargo de Martha, quien manifestó que tiene 58 de edad, que conoce a Raúl porque es hijo de su hermana Rosaura, que procrearon dos hijos, de los cuales sólo uno es menor de edad y tiene 11 años. Indica que María no trabajó durante el tiempo que estuvo viviendo con Raúl. Manifiesta que tiene once años desde que vio a Raúl y que desde entonces no ha vuelto a venir.

4.8 Valoración conjunta de las pruebas

La hipótesis a examen consiste en determinar si se acredita la causal de pérdida de la patria potestad consistente en el abandono por parte de quien ejerce la patria potestad.

En las declaraciones de Miguel, Araceli, Rosaura y Martha se desprende que todos ellos coinciden en señalar que Raúl vive en Estados Unidos y

que desde hace 11 años no viene a México, que acudió a México para el bautizo de Jesús y que desde entonces no ha vuelto a México. Sobre este punto destaca también la escucha del niño. Jesús manifiesta que no conoce a su padre y que lo conoce solamente por fotografía. Asimismo, todas las declaraciones son coincidentes en el hecho de que quien se ocupa de solventar las necesidades de Jesús es su madre, con la ayuda de su hermana Araceli y de su hijo Jesús. La madre de Raúl señala en este sentido que desde que María quedó embarazada, Raúl dejó de enviarle dinero.

En suma las pruebas son aptas para establecer lo siguiente:

- 1) Raúl (padre) no ha venido a México desde hace 11 años, fecha que coincide con el bautizo de Jesús.
- 2) María (madre), junto con su hijo Miguel y su hermana Araceli, se encarga de satisfacer las necesidades del niño.
- 3) Raúl (padre) no se ha encargado de atender las necesidades de Jesús (hijo).
- 4) Jesús (hijo) no conoce personalmente a Raúl (padre)
- 5) Raúl (padre) no ha tenido ningún tipo de contacto ni de comunicación con Jesús (hijo) desde hace 11 años.

Ninguno de estos hechos se encuentran desvirtuados en autos. En cambio, el hecho de que varios testigos coincidan en señalar que la última vez que Raúl estuvo en México fue hace 11 años, con motivo del bautizo de Jesús, se confirma también con el hecho de que el niño refiere no conocer a su padre y que lo ha visto solamente por fotografía.

No hay ninguna prueba que permita establecer que desde el nacimiento de Jesús, Raúl haya estado presente en su vida, ni que haya estado al tanto de su hijo ni de sus necesidades, advirtiéndose así una falta absoluta de los deberes inherentes a la patria potestad.

Por otra parte, está acreditado que han transcurrido más de 30 días desde que Raúl dejó de cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad del niño. No hay ninguna prueba que permita establecer que desde el nacimiento del niño el padre haya estado en algún momento al tanto de sus hijos o de sus necesidades.

Asimismo, no hay ninguna prueba que permita establecer la presencia de alguna causa que justificara la ausencia de Raúl en la vida de Jesús o bien que permita explicar el abandono de los deberes relativos a la patria potestad.

4.9 Análisis crítico de las máximas de experiencia empleadas a la luz de la valoración racional de la prueba y de las obligaciones para juzgar con perspectiva de género, de infancia y adolescencia, discapacidad, entre otros

En el presente caso no se formularon máximas de experiencia que requieran ser analizadas críticamente.

4.10 Formulación de los hechos que se pueden dar por probados o no como consecuencia de la valoración de las pruebas y de la aplicación del estándar de prueba

La hipótesis a dilucidar consiste en establecer si está acreditado o no que Raúl abandonó a Jesús por más de 30 días sin causa justificada.

La carga de la prueba recae en la parte actora reconvenzional, sin que esto suponga que la inactividad de prueba deba operar en perjuicio del niño, por lo que resulta factible el empleo de poderes probatorios del órgano jurisdiccional. En el presente caso se encuentran diversas pruebas, testimoniales, confesionales y la escucha del niño. No hay disposición expresa que establezca cuál es el estándar de prueba aplicable. Por el tipo de intereses en juego, se puede asumir que el estándar de prueba es el de probabilidad prevaleciente.

La cuestión a dilucidar por tanto es determinar, si a partir de las pruebas se puede dar por acreditado que Raúl abandonó a Jesús. El abandono es un hecho institucional para cuya dilucidación se requiere acreditar ciertos hechos externos, así como calificarlos a la luz de los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia y en su caso de los Tribunales Colegiados. Como hemos visto, la Suprema Corte ha planteado que la noción de abandono en el contexto de la pérdida de patria potestad ha de entenderse como una renuncia o abdicación total, voluntaria e injustificada de los deberes inherentes a dicha función.

En el presente caso, derivado de un análisis y valoración individualizada y conjunta de las pruebas, está justificado tener por acreditado la hipótesis prevista en el artículo 497, fracción IV, del Código Civil del Estado. Lo anterior al quedar acreditado el abandono por parte de Raúl, que el incumplimiento de los deberes relacionados con la patria potestad ha tenido una duración mayor a 30 días y que no hay ninguna causa justificada de la omisión de ver por las necesidades y bienestar del niño.

Como hemos visto, este ejemplo es bastante sencillo. En casos más complejos, los órganos jurisdiccionales tendrían que hacer un análisis minucioso de cada medio de prueba para destacar su coherencia, la contextualización del relato, la existencia de datos corroboradores periféricos y en su caso la presencia o ausencia de aspectos que afecten la objetividad de las declaraciones testimoniales.

5. Recapitulación de los temas abordados en el documento y síntesis

5. Recapitulación de los temas abordados en el documento y síntesis

El presente documento ha tenido como objetivo proporcionar algunas herramientas que permitan construir adecuadamente los distintos pasos que componen el razonamiento probatorio. Como hemos visto, el derecho de familia es regulado como una cuestión de orden público, encaminado a la protección de diversos intereses y valores tales como la protección de la familia en todos sus ámbitos, a la protección del interés superior de niños, niñas y adolescentes y el aseguramiento de los derechos y obligaciones contenidos en las distintas instituciones que conforman esta área del derecho. Estas características tienen un claro impacto en la regulación de la prueba. La prueba en materia familiar comparte varios aspectos con la de otras áreas del derecho, pero, también presenta algunas particularidades que son importante advertir.

Al abordar los problemas probatorios que se presentan al resolver cuestiones y controversias familiares, los órganos jurisdiccionales deben

incorporar y aplicar las diferentes perspectivas elaboradas por la Suprema Corte, incluyendo la perspectiva de infancia y adolescencia, la perspectiva de género y la perspectiva de discapacidad. Estas perspectivas tienen también importantes repercusiones probatorias, como hemos querido ilustrar en el presente documento.

La parte central de este documento ha estado dirigida a analizar y presentar los diez pasos que componen la metodología para el análisis y valoración de las pruebas y a ilustrar cada uno con las particularidades que se presentan en el derecho de familia. La aplicación de estos pasos al resolver cuestiones y controversias en materia de familia puede contribuir a que las personas juzgadoras estructuren y construyan su razonamiento de una manera más sólida, clara y ordenada de cara a una justificación del juicio de hecho.

A modo de recapitulación, se presentan los diez pasos de la metodología para el análisis y valoración de las pruebas y una breve descripción de las operaciones a realizar en cada uno de ellos.

- 1. Identificación y formulación del punto de vista y de las perspectivas que debe incorporar la persona juzgadora en su análisis.** ¿Cuál es el punto de vista adoptado (juez de lo familiar, secretario de tribunal, juez de distrito, secretario de estudio y cuenta, etc.)? ¿En qué parte del proceso se encuentra? ¿Cuáles son los materiales de los que se dispone? ¿Cuáles son los objetivos y cuál es la tarea a realizar?
- 2. Identificar y formular los hechos jurídicamente relevantes en materia familiar.** Esta operación comprende los siguientes pasos. Identificar la disposición o disposiciones jurídicas que contienen los hechos jurídicamente relevantes. Incorporar la interpretación realizada a la disposición o disposiciones que contienen los hechos jurídicamente relevantes. Formular un enunciado para cada uno de los hechos identificados en el punto anterior. Individualizar cada uno de los hechos jurídicamente relevantes.

3. **Planteamiento del problema probatorio.** En el derecho de familia encontramos una variedad de problemas probatorios. Se podrían distinguir (a) los problemas relativos al momento de conformación de las pruebas (problemas relacionados con la relevancia, admisibilidad, exclusión de pruebas o con el empleo de poderes probatorios por parte del juez); (b) los problemas relativos al momento de valoración de las pruebas (la valoración de las pruebas en general o la valoración de ciertos medios de prueba en particular, la fiabilidad de las pruebas, la valoración de medios de prueba en específico como la escucha de un niño o niña o la valoración de una prueba pericial), y (c) los problemas relativos al momento de la toma de decisión (problemas relativos a la carga de la prueba o al empleo de presunciones legales o jurisprudenciales, estándares de prueba en materia familiar y estándares de prueba diferenciados).

4. **Identificación de los hechos secundarios.** Cada uno de los hechos jurídicamente relevantes pueden ser descompuestos en uno o más hechos secundarios. La prueba de los hechos secundarios no acredita directamente el hecho a probar, pero proporciona argumentos para sustentarlo. La formulación de los hechos secundarios resulta delimitada a partir de las alegaciones de las partes y se va precisando con el desahogo de las pruebas. En la valoración de las pruebas el órgano jurisdiccional contará con una formulación más estable de los hechos secundarios y podrá examinar hasta qué punto están sustentados o no a partir de las pruebas.

5. **Identificación y formulación de la carga de la prueba y del estándar de prueba.** La carga de la prueba se despliega en dos momentos. En el momento de la conformación de las pruebas, opera la distribución de la carga de la prueba

de acuerdo a los criterios legal o jurisprudencialmente establecidos. En el momento de la toma de decisión, la carga de la prueba opera como regla de juicio para dictar una decisión a falta de prueba. En este punto, el juez o la juez familiar tiene que clarificar en primer término la manera en que se distribuye la carga de la prueba entre las partes y en su caso si se justifica el empleo de facultades probatorias a cargo del órgano jurisdiccional para allegarse de elementos de juicio. En segundo término, el o la juez familiar debe identificar cuál es el estándar de prueba previsto como criterio decisión para considerar probados los hechos del caso.

6. **Construcción del cuadro probatorio.** En este punto se debe explicitar todo el material probatorio del caso, para que no sea omitido ningún material probatorio del análisis y valoración que habrá de realizarse.
7. **Análisis y valoración individualizada de las pruebas.** Con el objetivo de determinar su fiabilidad y su aptitud para desprender información sobre los hechos a probar.
8. **Análisis y valoración conjunta de las pruebas.** La valoración conjunta consiste en establecer las relaciones de sustento, confirmación y refutación entre las pruebas y las hipótesis, contrastando las distintas hipótesis a la luz de los elementos de prueba que los sustentan para establecer su mayor o menor probabilidad.
9. **Análisis crítico de las máximas de experiencia** empleadas a la luz de la valoración racional de la prueba y de las obligaciones para juzgar con perspectiva de género, de infancia y adolescencia, discapacidad, etcétera.

10. **Formulación de los hechos que se pueden dar por probados** o no como consecuencia de la valoración de las pruebas y de la aplicación del estándar de prueba.

Bibliografía

Anderson, Terence, Schum, David y Twining, William, *Analysis of Evidence*, 2a. ed, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Andrés Ibáñez, Perfecto, *Prueba y convicción en el proceso penal*, Hammurabi, 2009.

Andrés Ibáñez, Perfecto, "Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica)", *Jueces para la Democracia*, vol. 46, 2003, pp. 57-66.

Andrés Ibáñez, Perfecto, "Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)", *Jueces para la democracia*, núm. 88, 2017.

Atienza, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012.

Delgado Ávila, Daniel, "Las pruebas en materia familiar desde la perspectiva de género", en Vela, Estefanía (coord.), *Manual para juzgar con perspectiva de género en materia familiar*, México, SCJN, 2021.

Fernández López, Mercedes, *La carga de la prueba en el proceso civil*, Madrid, La Ley, 2006.

Ferrer, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Ferrer, Jordi (coord.) *Manual de razonamiento probatorio* (coord. J. Ferrer, 2022, p. 298).

Ferrer, Jordi, *Prueba sin convicción*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

Gascón, Marina, *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

Gama, Raymundo, "Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico", en *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 1, 2020, pp. 285-298.

Gómez Fröde, Carina, *Derecho procesal familiar*, 2a ed., México, Editorial Porrúa, 2013.

González Lagier, Daniel, *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, vol. I, Palestra, 2022.

González Lagier, Daniel, "Presunción de inocencia, prueba y objetividad" en García Amado, Juan Antonio y Bonorino, Pablo (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio*, Comares, 2014.

Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Igartua, Juan, "Valoración judicial de la prueba y motivación racional", en González Gómez, Alejandro *et al.* (coord.), *Discusión jurídica contemporánea desde Michoacán*, Tribunal Electoral de Michoacán, 2010, pp. 79-101.

Igartua, Juan, "Los indicios tomados en serio", García Amado, Juan Antonio y Bonorino Ramírez, Pablo Raúl (coord.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, España, Bubok Publishing, 2010, pp. 31-65.

Lifante, Isabel, *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Lifante, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica*, Madrid, Tirant lo Blnac, 2018.

López Betancourt, Eduardo y Fonseca Luján, Roberto, *Juicios orales en materia familiar*, México, Iure Editores, 2013.

MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978.

Matida, Janaina, "É preciso superar as injustiças epistêmicas na prova testemunhal", *Consultorio jurídico*, mayo 2020. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/limite-penal-preciso-superar-injusticas-epistemicas-prova-testemunhal>

Mataida, Janaina; Herdy, Rachel y Mascarenhas Marcella, "A injustiça epistêmica está oficialmente em pauta", *Consultorio jurídico*, 2022. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-04/limite-penal-injustica-epistematica-oficialmente-pauta>.

Meneses Pacheco, Claudio, *El documento público como medio de prueba en el proceso civil chileno*, Thomson Reuters, 2017.

Muñoz Sabaté, Luis, *Introducción a la probática*, Madrid, Bosch, 2007.

Muñoz Sabaté, Luis, *Técnica probatoria*, Madrid, La Ley, 2017.

Muñoz Sabaté, Luis, *Summa de probática civil*, Wolter Kluwers, 2018.

Nieva, Jordi, *Valoración de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Ortega Soriano, Ricardo y Griesbach Guizar Margarita, "La protección efectiva del testimonio infantil en los procesos administrativos y jurisdiccionales: Avances y retos para su efectiva protección a la luz de la sentencia Amparo Directo en Revisión 3797/2014", en *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Una década transformadora*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, pp. 1-60.

Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, núm. 36, Cinca, España, 2008.

Paz Araya, Marcela, "Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal", *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 3, 2020, pp. 35-69.

Rabasa Salinas, Alejandra; Casillas Sandoval, Miguel Óscar y Camaño Galván, David, *Evidencia Científica*. Cuadernos de Jurisprudencia, número 2. México, SCJN, 2020.

Sánchez, Raquel, "Las máximas de experiencia en la valoración racional de la prueba: Uso adecuado e inadecuado desde la perspectiva de género", *Ius et veritas*, vol. 63, diciembre 2021, pp. 208-223.

Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer, Madrid, Trotta, 2002.

Twining, William, *Rethinking Evidence*, Cambridge University Press, 2019.

Vázquez, Carmen, *Manual de prueba pericial*, México, SCJN, 2022.

Vázquez, Carmen y Fernández López, Mercedes, "La valoración de la prueba I: la valoración individual de la prueba", Ferrer, Jordi (coord.), *Manual de razonamiento probatorio*, 2022.

Sentencias de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Amparo directo en revisión 4398/2013, Sentencia de 2 de abril de 2014.

Amparo directo en revisión 7368/2016, Sentencia de 25 de octubre de 2017.

Amparo directo en revisión 2618/2013, Sentencia de 23 de octubre de 2013.

Amparo directo en revisión 4909/2014, Sentencia de 20 de mayo de 2015.

Amparo directo en revisión 3859/2014, Sentencia de 23 de septiembre de 2015.

Amparo en revisión 1043/2015, Sentencia de 29 de marzo de 2017.

Amparo directo en revisión 1339/2017.

Amparo en revisión 910/2016. Sentencia de 23 de agosto de 2017.

Amparo en revisión 981/2017, Sentencia de 7 de agosto de 2019.

Amparo directo en revisión 1350/2021, Sentencia de 10 de noviembre de 2021.

Tesis 1a. CVIII/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 538, registro digital 2005919. Rubro: **DERECHOS DE LOS NIÑOS. BASTA CON QUE SE COLOQUEN EN UNA SITUACIÓN DE RIESGO PARA QUE SE VEAN AFECTA.**

Tesis 1a./J. 6/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 52, Marzo de 2018, Tomo I, página 807, registro digital 2016310, de rubro **SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO DE LA HAYA NO SE ENCUENTRAN SUJETAS A ALGUNA CONDICIÓN TEMPORAL, PERO CORRESPONDE AL PADRE SUSTRACTOR PROBAR PLENAMENTE SU ACTUALIZACIÓN.**

Tesis 1a. CVIII/2014 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, página 538, con número de registro 200591. Rubro **DERECHOS DE LOS NIÑOS. BASTA CON QUE SE COLOQUEN EN UNA SITUACIÓN DE RIESGO PARA QUE SE VEAN AFECTADOS.**

Tesis 1a./J. 101/2006 publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Marzo de 2007, página 111, registro digital 172993. Rubro: JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO).

Tesis 1a. CCXXV/2015(10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, página 580, registro digital 2009458. Rubro. DERECHO A VIVIR EN UN ENTORNO LIBRE DE VIOLENCIA, DEBERES DEL JUZGADOR EN MATERIA PROBATORIA. Y 1a./J. 37/2022 (11a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 13, Mayo de 2022, Tomo III, página 3182.

Tesis 1a./J. 89/2022 (11a.). 1a./J. 89/2022 (11a.). **PENSIÓN COMPENSATORIA DERIVADA DE LA TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 291 QUINTUS, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO, ES INCONSTITUCIONAL AL CARECER DE RAZONABILIDAD Y SER CONTRARIO AL DEBER DE SOLIDARIDAD ENTRE QUIENES FORMARON UNA FAMILIA.**

Tesis 1a./J. 63/2016 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 37, Diciembre de 2016, Tomo I, página 211. Número de registro 2013195. Rubro. **ABANDONO DE UN MENOR DE EDAD. SU INTERPRETACIÓN COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.**

Tesis 1a./J. 89/2022 (11a.). 1a./J. 89/2022 (11a.). **PENSIÓN COMPENSATORIA DERIVADA DE LA TERMINACIÓN DEL CONCUBINATO. EL ARTÍCULO 291 QUINTUS, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, APLICABLE PARA LA CIUDAD DE MÉXICO, ES INCONSTITUCIONAL AL CARECER DE RAZONABILIDAD Y SER CONTRARIO AL DEBER DE SOLIDARIDAD ENTRE QUIENES FORMARON UNA FAMILIA.**

Tesis 1a./J. 63/2016 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 37, Diciembre de 2016, Tomo I, página 211. Número de registro 2013195. Rubro. **ABANDONO DE UN MENOR DE EDAD. SU INTERPRETACIÓN COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.**

Tesis 1a./J. 63/2016 (10a.). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 37, Diciembre de 2016, Tomo I, página 211. Número de registro 2013195. Rubro. **ABANDONO DE UN MENOR DE EDAD. SU INTERPRETACIÓN COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.**

Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños

Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México (CPCCDMX).

Código de Procedimientos Civiles del Estado de México

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niños, niñas y adolescentes, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_nna.pdf;

Protocolo para juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-02/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20Infancia%20y%20Adolescencia.pdf>

Protocolo para juzgar con perspectiva de género, 2020, <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>

Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-04/Protocolo%20para%20Juzgar%20con%20Perspectiva%20de%20Discapacidad.pdf>

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en
.....

