

**AMPARO EN REVISIÓN 331/2019
QUEJOSOS Y RECURRENTES: *****
Y OTRA.**

**PONENTE: MINISTRO JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ
SECRETARIO: FERNANDO SOSA PASTRANA
COLABORARON: GILBERTO NAVA HERNÁNDEZ
ELENA LÓPEZ CUEVA**

En atención a lo dispuesto por el artículo 73, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, así como la jurisprudencia de rubro: **“PROYECTOS DE RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. SÓLO DEBEN PUBLICARSE AQUELLOS EN LOS QUE SE ANALICE LA CONSTITUCIONALIDAD O LA CONVENCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL, O BIEN, SE REALICE LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL O DE UN TRATADO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”**¹, a continuación, se hace público el fragmento del proyecto de resolución del Amparo en Revisión 331/2019, en el cual se realiza el estudio de constitucionalidad respectivo:

...

16. **Problemática jurídica a resolver.** La materia del presente asunto consiste en determinar si los agravios propuestos por la parte recurrente desvirtúan la conclusión de la Juez de Distrito relativa a que el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) no vulnera el principio de igualdad y no discriminación. Esta problemática será analizada en función de la siguiente pregunta:

¹ Época: Décima Época; Registro: 2007922; Instancia: Pleno; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I; Materia(s): Común; Tesis: P./J. 53/2014 (10a.); Página: 61.

17. **¿El artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) es inconstitucional por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación previsto en los artículos 1 y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos?**
18. Como cuestión preliminar, esta Primera Sala estima que, conforme a lo dispuesto por el artículo 107, fracción II, quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el diverso numeral 79, fracción II, de la Ley de Amparo, en el caso opera la suplencia de la queja deficiente, pues está de por medio la posible afectación de la esfera jurídica de una menor de edad, en tanto la resolución de este asunto podría impactar en la determinación de quien ejercería provisionalmente su guarda y custodia.
19. Antes de dar respuesta a esta interrogante conviene precisar que esta Primera Sala ha resuelto en diversos precedentes, entre los que destacan el Amparo en Revisión 310/2013 y el Amparo Directo en Revisión 1958/2017, que el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal, al establecer en torno a la guarda y custodia provisional que "[...] los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos [...]", es constitucional si se ve a la luz de una interpretación conforme en el sentido de que la preferencia materna en él establecida no debe entenderse de manera literal y excluyente en forma automática de la figura paterna.

20. Así, esta Primera Sala ha determinado que no se puede partir de que exista una presunción de idoneidad absoluta a favor de alguno de los progenitores, pues en principio tanto el padre como la madre están igualmente capacitados para atender de modo conveniente a los hijos; por lo que, se debe realizar una interpretación conforme de la disposición y tomar la decisión sobre la guarda y custodia únicamente atendiendo al interés superior del menor, valorando las circunstancias especiales en cada caso concreto y atendiendo no solo al menor perjuicio que se le pueda causar, sino al mayor beneficio que se le pueda generar. Argumentación de la que se concluyó que una interpretación conforme satisface lo dispuesto por el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que los jueces deben realizar un análisis de razonabilidad a efecto de determinar si en el caso en concreto existe alguna circunstancia que justifique la privación de la guarda y custodia de un menor.

21. Sin embargo, en una nueva reflexión sobre el tema, esta Primera Sala considera que la constitucionalidad de la norma en cita no puede sostenerse a la luz de una interpretación conforme pues, de acuerdo a diversos criterios y precedentes de esta Suprema Corte, las normas generales que establecen distinciones basadas en las categorías sospechosas enunciadas—en las que se encuentra el género y sexo de la persona— expresamente en el artículo 1 de la Constitución Federal, no admiten interpretación conforme.²

² Cfr. Jurisprudencia número: 1a./J. 47/2015 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la Décima Época de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*; Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I; p. 394, con Registro: 2009726 de rubro: **NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR.**

22. En el caso concreto, la disposición legal en cita determina la idoneidad de la madre para hacerse cargo de la guarda y custodia de los hijos menores de doce años, a partir de un criterio que se basa en el género del progenitor; razón por la cual no es posible salvar su regularidad constitucional a partir de una interpretación conforme.
23. Precisado lo anterior, se emprende **el estudio de constitucionalidad del artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México).**
24. Esta Suprema Corte ha estudiado en diversas ocasiones la forma en cómo debe entenderse el interés superior del menor y cuáles son las maneras en cómo se satisface; y ha establecido criterios para determinar cuándo una norma general resulta discriminatoria. En este tenor, siguiendo el enfoque metodológico utilizado anteriormente en casos de este tipo, esta Primera Sala estima necesario establecer, en primer lugar, las premisas que permitan estar en posición de ocuparse posteriormente de los argumentos del quejoso. En atención a ello, este considerando se estructurará en los siguientes apartados temáticos: (i) la igualdad como pilar de un Estado democrático y el estudio de constitucionalidad de normas discriminatorias; (ii) la doctrina constitucional de la Suprema Corte sobre el interés superior del menor; y (iii) el estudio de los agravios a la luz de las consideraciones anteriores.

(i) La igualdad como pilar de un Estado democrático y el estudio de constitucionalidad de normas discriminatoria

25. Como punto de partida cabe señalar que esta Primera Sala ha sido consistente en determinar que el principio de igualdad y no

discriminación se configura en nuestra Constitución Federal como uno de los principios estructurales del orden jurídico mexicano; y que la propia Norma Fundamental reconoce una faceta general y una faceta material específica del principio en mención, entendiendo a la primera como la igualdad de las personas ante la ley (en su condición de destinatarios de normas y usuarios del sistema de administración de justicia), y la segunda como la igualdad de las personas respecto al contenido de la ley, concepto del que se desprende la idea consistente “en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, y que implica que en algunas situaciones, la propia Carta Magna autorice, incluso a veces exija, a nuestro legislador democrático para hacer distinciones y dar trato diferenciado en razón de ciertas situaciones o condiciones, y que en otras las prohíba y proscriba.

26. Así, en este último supuesto, el principio de igualdad debe servir como criterio básico para la producción normativa, y para interpretar y aplicar las reglas generales que emanen de ésta última pues, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Federal, todas las personas son iguales ante la ley, y no es posible discriminarlas por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados de manera igual, sin privilegio ni favor.
27. Al tenor de esta argumentación, esta Primera Sala ha concluido que el valor superior que persigue el principio de igualdad consiste no solo en la igualdad absoluta que predica la igualdad de todos los sujetos ante la ley, sino que implica que deben ponderarse situaciones

análogas para evitar generar un perjuicio a los sujetos al no observar las situaciones de hecho que necesitan un trato diferenciado en conformidad con un criterio sustantivo de igualdad y no solo formal.³

28. Este Alto Tribunal también ha sido consistente en determinar que, para efectos de realizar el control de constitucionalidad de normas generales en casos en los que se planteen violaciones al principio de igualdad, es esencial explicar con base en qué criterios y con qué fines deben considerarse iguales o desiguales dos o más situaciones jurídicas; pues solo de esa manera es posible marcar la diferencia entre distinciones que son constitucionalmente legítimas y aquellas que son ilegítimas y caen dentro de la prohibición de discriminación establecida expresamente en el artículo 1 de la Norma Fundamental; es decir, este Máximo Tribunal Constitucional debe analizar si las distinciones que las normas generales hacen entre dos o más hechos, sucesos, o personas descansa sobre una base objetiva y razonable o si, por el contrario, en términos del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye una “[...] discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

³ Véase: Jurisprudencia: 1a./J. 81/2004 de la Primera Sala de este Alto Tribunal, consultable en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XX, Octubre de 2004; p. 99, con Registro 180345 y con el rubro: **IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO**. Además. También consúltese: Jurisprudencia 1a./J. 126/2017 (10a.) de esta Primera Sala localizable en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 49, Diciembre de 2017, Tomo I; p. 119, bajo el Registro: 2015678, con la voz: **DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES**.

29. Así, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que, para analizar la constitucionalidad de normas generales a la luz del principio de igualdad, debe analizarse si superan el *test* consistente en las siguientes etapas:

- A) Analizar si la distinción introducida por el legislador obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, es decir, que la desigualdad en el trato entre personas, hechos o situaciones iguales no sea arbitraria sino que, por el contrario, persiga la consecución de objetivos constitucionalmente válidos (admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en dichas previsiones).
- B) Examinar la racionalidad de la distinción prevista en la ley, es decir, que ésta constituya un medio apto para conseguir o lograr el fin u objetivo que el legislador democrático persigue.
- C) Estudiar la proporcionalidad de la distinción legal, es decir, si existe un adecuado balance entre el trato desigual que se otorga y la finalidad perseguida, y si la diferenciación realizada por el legislador se encuentra dentro de los tratamientos que pueden considerarse proporcionales en función de la situación de hecho, la finalidad de la ley, y los bienes y derechos afectados por la misma.

30. Así, es concluirse que el derecho humano de igualdad y no discriminación exige que la consecución de un fin constitucionalmente

válido no implique una afectación o vulneración innecesaria de otros bienes y/o derechos constitucionalmente tutelados.⁴

31. Sobre esta línea argumentativa, es importante precisar que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha fallado que el principio de igualdad y no discriminación es uno de carácter adjetivo, por lo que, como cuestión previa a realizar el *test* descrito en párrafos precedentes, es relevante determinar respecto de qué se predica la igualdad o la desigualdad en cada caso, pues ésta se predica siempre respecto de algo.
32. En ese tenor, cuando se alega una violación al principio de igualdad, es necesario llevar a cabo, en primer lugar, un juicio de igualdad mediante la equiparación de supuestos de hecho que permitan verificar si existe o no un trato injustificado, esto a partir de un término de comparación, en la medida en que el derecho a la igualdad es fundamentalmente instrumental y siempre se predica respecto de alguien o algo; por lo que, sólo una vez que ese juicio de igualdad ha prosperado, puede verificarse si el tratamiento desigual establecido por el legislador resulta constitucionalmente válido, mediante un análisis de proporcionalidad antes descrito.
33. Por su parte, de forma similar, la Segunda Sala de este Máximo Tribunal, en su jurisprudencia 2a./J. 42/2010⁵, misma que esta

⁴ Cfr. Jurisprudencia Tesis: 1a./J. 55/2006 de esta Sala, visible en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, p. 75, con Registro: 174247 de rubro **IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL.**

⁵ Cfr. Jurisprudencia 2a./J. 42/2010 del índice de la Segunda Sala, consultable en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, Abril de 2010, p. 427, con Registro 164779, de rubro: **IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA.**

Primera Sala comparte, determinó que el primer paso para analizar la regularidad constitucional de una norma general a la luz de la garantía de igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado, que permita contrastar a los sujetos desde un determinado punto de vista, en contraposición con otro grupo de individuos sujetos a un régimen diverso. Si el trato que se les da, en función del propio término de comparación es diferenciado a pesar de que compartan la misma posición frente al régimen jurídico específico. Entonces es necesario determinar si el trato desigual persigue una finalidad constitucionalmente válida.

34. Situación que es relevante al realizar el control de constitucionalidad de normas generales a la luz del principio en mención; pues, como ya se expuso, la propia Norma Fundamental, en su artículo 1º, establece en qué casos los jueces de control constitucional debe ser especialmente exigentes al analizar si el legislador se ha ajustado o no a las exigencias que de él derivan. Ello, pues esta Suprema Corte ha interpretado que nuestra Norma Suprema dispone que en algunos ámbitos el legislador debe tener un mayor margen de maniobra para realizar su función normativa; mientras que, en otros, busca que se atenga estrictamente a lo que ella misma establece.
35. Es decir, el quinto párrafo del artículo 1 constitucional al prohibir la discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social o de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, el estado civil, y/o por cualquier causa que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. Para la protección de dichos derechos, la Carta Magna prevé, por un lado, la posibilidad de que el legislador haga distinciones con base en las

categorías enlistadas. Pero, por otro lado, ordena que el ejercicio jurisdiccional evalúe si la distinción normativa es violatoria de algún derecho humano conforme al principio de igualdad y no discriminación. Es por esto que el juzgador debe escrudiñar de manera estricta la racionalidad de la norma distintiva en virtud de preservar la regularidad constitucional.

36. Así, en los casos en los que la desigualdad se predique en razón de alguna de estas categorías sospechosas, es necesario que los juzgadores constitucionales realicen el *test* de igualdad antes expuesto de una forma más exigente, es decir, mediante un escrutinio estricto. Por ello, cada uno de los pasos o enunciados que conforman este examen de constitucionalidad deben analizarse en razón de lo siguiente:

A) La medida legislativa en cuestión debe perseguir una finalidad u objetivo constitucionalmente importante y claro (ya no un fin constitucionalmente válido o admisible).

B) La norma general debe estar directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales importantes, es decir, debe ser realmente útil para su consecución (sin que sea suficiente considerar que esté potencialmente encaminada a su consecución).

C) Es necesario que la diferenciación contenida en la norma refleje un balance proporcional entre el objetivo constitucional que busca alcanzar y la restricción al principio de igualdad. Debe determinarse que la medida legislativa empleada es la menos

gravosa para el derecho restringido y la que mejor funciona para alcanzar el fin constitucional.⁶

37. Precisado lo anterior, esta Primera Sala considera que el estudio de constitucionalidad del artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) debe realizarse a la luz del *test* de igualdad antes descrito bajo un escrutinio estricto, toda vez que, tal y como lo proponen los ahora recurrentes, el “parámetro de comparación” que subsiste en el presente asunto es en razón de género mismo que conforma una categoría sospechosa prevista por el artículo 1 de la Norma Fundamental. El planteamiento parte de que ante la igualdad que existe entre hombre y mujer —prevista expresamente por el párrafo primero del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de que la misma proscribe la discriminación por razón de género en su artículo 1—, el Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) plantea un trato diferenciado entre ambos, en tanto dispone que en los juicios de divorcio la guarda y custodia provisional de los hijos menores de doce años debe quedar siempre en favor de la madre (mujer), siempre y cuando ésta no ejerza violencia familiar contra los menores y/o ponga en grave peligro para su normal desarrollo.

⁶ Consúltense Jurisprudencia 1a./J. 44/2018 (10a.) del índice de esta Sala, localizable en la Décima Época de la *Gaceta de Semanario Judicial de la Federación*, Libro 56, Julio de 2018, Tomo I, p. 171, con Registro: 2017423, de rubro **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN. METODOLOGÍA PARA EL ESTUDIO DE CASOS QUE INVOLUCREN LA POSIBLE EXISTENCIA DE UN TRATAMIENTO NORMATIVO DIFERENCIADO**. Además, véase Jurisprudencia 1a./J. 37/2008 de esta Sala, visible en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Abril de 2008; p.175, con Registro 169877, de rubro **IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ERICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)**.

38. Asimismo, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014, que los jueces encargados de aplicar o analizar la regularidad constitucional de normas generales que afecten derechos de los niños, niñas y adolescentes, deben hacerlo a la luz de un escrutinio estricto, a fin de sea posible analizar la necesidad y proporcionalidad de las medidas cuestionadas para determinar los grados de afectación a sus intereses y la forma en que estos deben armonizarse para servir como herramienta útil para garantizar en todo momento el bienestar general de los menores.⁷
39. Supuesto que se actualiza en el caso, toda vez que el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), cuya constitucionalidad se impugna, regula la guarda y custodia provisional de las niñas y niños menores de doce años en los juicios de divorcio. Aspecto que afecta jurídicamente los derechos humanos de los niños y razón por la cual el examen de regularidad constitucional se debe hacer al tenor de un *escrutinio estricto*.
40. Dicho ello, esta Primera Sala debe analizar si este trato diferenciado es constitucionalmente legítimo y justificado o si, por el contrario, éste resulta discriminatorio e injustificado, a la luz del test de igualdad expuesto visto desde un escrutinio estricto y al tenor de las siguientes interrogantes:

⁷ Cfr. Jurisprudencia P./J. 7/2016 (10a.) del Tribunal Pleno, consultable en la Décima Época de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I; p:10 Registro: 2012592; de rubro **INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES DE EDAD. NECESIDAD DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO CUANDO SE AFECTEN SUS INTERESES.**

A) ¿La preferencia que el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) concede a las madres (mujeres) para que, en los juicios de divorcio, los jueces familiares les otorguen la guarda y custodia provisional de los menores de doce años persigue una finalidad u objetivo constitucionalmente importante y claro?

B) ¿La norma en mención es realmente útil para conseguir algún objetivo o fin constitucionalmente importante o relevante?

C) ¿La medida legislativa de referencia es la medida menos gravosa para los bienes constitucionalmente tutelados que afecta la diferenciación prevista en la norma general?

(ii) La doctrina constitucional de la Suprema Corte sobre el interés superior del menor.

41. El interés superior del menor está previsto en el artículo 4, párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y es un principio esencial para el orden jurídico mexicano—aunado a que se encuentra consagrado en los tratados internacionales de los cuales México es parte—, pues constituye el eje rector que debe guiar cualquier decisión jurisdiccional que involucre la afectación de derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes.
42. Así, este Alto Tribunal ha determinado que el principio en cita implica que los juzgadores tienen que examinar minuciosamente las circunstancias específicas en cada caso para poder encontrar una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deberán ser preponderantes. Es decir, aquella que

resulte más benéfica para los menores, no sólo la que le resulte menos perjudicial, sino la situación que garantice potencializar sus derechos.

43. Así, es criterio reiterado de esta Primera Sala que el “interés superior del menor” como principio constitucional implica, en materia familiar, que la determinación judicial garantice que se satisfagan las necesidades más básicas y vitales del menor, así como las espirituales, afectivas y educativas; que el juzgador tome en cuenta sus deseos, sentimientos y opiniones (siempre que éstas sean compatibles con la satisfacción de sus necesidad básicas y sea a la luz de la madurez y discernimiento del menor); y que mantenga, en la medida de lo posible, el *status quo* material y espiritual del menor. Consecuentemente el fallo debe atender a la incidencia que estas afectaciones pueden tener en la personalidad y correcto desarrollo de este.
44. De lo expuesto, este Máximo Tribunal Constitucional ha concluido que el principio constitucional del interés superior del menor implica que los intereses y derechos de las niñas, niños y adolescentes primen y prevalezcan frente a los que demás con los que pudieran estar en colisión.⁸

⁸ Cfr. Jurisprudencia 1a./J. 53/2014 (10a.) de esta Sala, localizable en la Décima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 217, Registro: 2006791, de rubro **GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. LA DECISIÓN JUDICIAL RELATIVA A SU OTORGAMIENTO DEBERÁ ATENDER A AQUEL ESCENARIO QUE RESULTE MÁS BENÉFICO PARA EL MENOR [INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO]**; véase también Jurisprudencia 1a./J. 44/2014 (10ª) de esta Sala, verificable en la Décima Época de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 270, Registro: 2006593 con la siguiente voz: **INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.**

(iv) El estudio de los agravios a la luz de las consideraciones anteriores.

45. Es importante destacar que los recurrentes argumentan que el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), es inconstitucional, pues resulta contrario al derecho humano de igualdad y no discriminación, de libre determinación de la cantidad de hijos que las personas deseen tener y del interés superior del menor, pues hace una distinción injustificada entre hombres y mujeres al establecer que la guarda y custodia de los menores de doce años debe quedar a favor de la madre, a partir de la existencia de una presunción de idoneidad absoluta de las madres para el cuidado y atención conveniente de los hijos menores; situación que conlleva a que se privilegie “en automático” la preferencia a la madre en materia de guarda y custodia de menores de temprana edad, y a que se vulnere el interés superior de los menores, pues impide que los operadores jurídicos analicen, valúen y ponderen las circunstancias propias de cada caso concreto, para determinar con quién de los progenitores se satisface de mejor forma el interés superior de la niña o el niño.
46. Los ahora recurrentes, en esencia, aducen que la disposición en cita es contraria al principio de igualdad y no discriminación previstos en los artículos 1, quinto párrafo, y 4, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente, porque - a su parecer- hace una distinción injustificada entre hombres y mujeres al conceder “automáticamente” a las madres (mujeres) la guarda y custodia provisional de los hijos de menores de doce años de edad, sin valorar las circunstancias concretas de cada caso concreto, cuando los padres (hombres) -en realidad- están igualdad

de condiciones y capacidades para hacerse cargo de los hijos menores.

47. Así, esta Primera Sala advierte que la cuestión que debe resolverse en el presente asunto consiste en determinar si el artículo el 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), al establecer que, en los juicios de divorcio, la guarda y custodia provisional de los hijos menores de doce años debe quedar a favor de la madre, siempre y cuando ésta no ejerza violencia familiar sobre ellos, o los ponga en peligro, sin que sea obstáculo para esta preferencia a favor de la madre el que ésta carezca de recursos económicos; es discriminatoria y contraria al interés superior del menor y por ello, inconstitucional e inconvencional.
48. El contenido de la disposición cuya constitucionalidad y convencionalidad se cuestiona, señala expresamente lo siguiente

***“Artículo 282.** Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:*

[...]

B. Una vez contestada la solicitud:

[...]

II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

[...]

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.”

49. De conformidad con lo hasta ahora expuesto, y tal como se abundará más adelante, esta Primera Sala estima **fundado**, suplido en su deficiencia, el agravio propuesto por los recurrentes, y considera que la disposición normativa impugnada establece un trato diferenciado y discriminatorio, al tenor de las consideraciones siguientes.
50. Ahora bien, la porción normativa en cita, como toda regla de acción contiene dos componentes: i) una relativo a la condición de aplicabilidad –denominado “antecedente”- y; ii) otro referente a la solución normativa –llamado consecuente-; ambos cuando son diseñados y establecidos en una regla atienden y llevan embebidos necesariamente una racionalidad legislativa que se traduce en tres elementos:⁹
- a) **Principio o Derecho Fundamental.**- El legislador cuando regula conductas debe propugnar que el antecedente y consecuente no solo se ciñan a la observancia de un

⁹ Véase: Tesis 1ª LXXV/2019 (10ª) del índice de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el rubro: **RACIONALIDAD LEGISLATIVA. SUS ELEMENTOS**, con número de Registro Electrónico 2020605.

derecho fundamental, sino que, dado el caso, potencialicen su ejercicio.¹⁰

b) **Propósito.**- El legislador cuando regula una conducta y le impone consecuencias, propugna por una finalidad que radicada tanto en su cumplimiento como en su observancia;¹¹

c) **Política o Directriz.**- El legislador cuando regula una conducta y la sanciona, busca establecer un marco de conducta social y de las instituciones, que faculta, amplía, obliga o prohíbe comportamientos de sus miembros.¹²

51. En atención a los referidos tres elementos esta Primera Sala abordará el análisis relativo a si es discriminatoria la preferencia que el artículo impugnado otorga a las madres (mujeres) para hacerse cargo de la guarda y custodia provisional de los hijos. Específicamente cuando éstos son menores de doce años, aun cuando las madres carezcan de recursos económicos. La única excepción a la regla enunciada se actualiza solo si estas son las generadoras de violencia familiar o si ponen en riesgo al menor.

52. En este orden de ideas, conviene señalar que la distinción recién descrita se funda en el interés superior del menor. Mismo *principio*, que como lo ha sustentado reiteradamente esta Suprema Corte, es un pilar funcionalmente esencial para todo Estado democrático de derecho. Ya que asegura la mayor protección posible para las niñas,

¹⁰ Es posible identificar este elemento con la pregunta cuál es el derecho que el legislador busca proteger o en su caso cuál es el bien jurídico que la norma tutela.

¹¹ En relación estrecha con el elemento de *Principio* el propósito como elemento de la norma se desprende de cómo el legislador buscó garantizar el derecho, cuál es la modalidad instrumental de la norma de tal manera que se potencialice el ejercicio del derecho fundamental que tutela.

¹² Finalmente, la *Política* se refiere al resultado agregado del cumplimiento individual de la norma que en consecuencia genera un comportamiento social con carácter de política pública. Para evaluar este elemento es necesario evaluar si la excepción a su cumplimiento en un supuesto específico vulnera la finalidad o *Propósito* de la norma.

niños y adolescentes, para su vida, su integridad física, psíquica y psicológica, y el beneficio más amplio para sus derechos e intereses.

53. Por ello en aras de promover el *principio* del interés superior del menor, el legislador capitalino, atendiendo a la importancia de este principio fundamental consideró que es posible garantizar de mejor manera su ejercicio si la guarda y custodia provisional de los niños menores de doce años queda a cargo de su madre (mujer). Es decir, es posible inferir que el legislador consideró esta estructura normativa como la más benéfica para ellos, para su vida, su integridad física, psíquica y psicológica, su salud, su educación, sus necesidades afectivas y, en general, para cualquier aspecto que involucre su correcto desarrollo.
54. Ahora bien, en cuanto al *propósito* de la norma esta Primera Sala identifica que éste consiste en potencializar la protección y garantizar la satisfacción del interés superior del menor. Por tal, es posible afirmar que la finalidad normativa—según el criterio legislativo—, se satisface al otorgar la guarda y custodia de manera preferente a la madre en un momento específico del desarrollo de los menores sin necesidad de analizar la idoneidad de ambos progenitores en el caso concreto. Ya que la única excepción a esta regla general es que la madre sea la generadora de violencia familiar.
55. Finalmente, esta Primera Sala concluye que la *política o directriz* que persigue la distinción en razón del género del progenitor prevista en el artículo 282 en cita, busca crear una pauta de conducta social que—según el legislador capitalino—, permite maximizar y/o evita obstaculizar el interés superior del menor; su correcto desarrollo, la

satisfacción de las necesidades básicas de vivienda, salud, educación, familia, así como las necesidades de afecto y cariño. Luego entonces la conducta que establece la norma supone que el interés superior del menor y sus alcances se ven protegidos de mejor forma si la guarda y custodia de los menores de doce años la detenta su madre, aun cuando ella carezca de recursos económicos y es por tal que el legislador opta por esta forma de regular la conducta para generar una pauta de comportamiento colectivo.

56. Una vez determinada la *racionalidad legislativa* del artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), es imperativo analizar si resulta discriminatorio, tal como lo aducen los quejosos recurrentes.
57. Los ahora recurrentes, en esencia, aducen que la disposición en cita es contraria al principio de igualdad y no discriminación previstos en los artículos 1, quinto párrafo, y 4, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente, porque —a su parecer— enuncia una distinción injustificada entre hombres y mujeres al conceder “automáticamente” a las madres (mujeres) la guarda y custodia provisional de los hijos menores de doce años de edad. Esto sin valorar las circunstancias concretas de cada caso concreto, cuando los padres (hombres) se encuentran en igualdad de condiciones y capacidades para hacerse cargo de los hijos menores. De ahí que esta Sala al tenor de todas las consideraciones expuestas realice un análisis de constitucionalidad en conformidad con el estándar de protección al principio de igualdad y no discriminación.
58. Dicho lo anterior y tal como ya se había expresado en párrafos precedentes, el análisis de constitucionalidad de la porción normativa

de referencia debe hacerse a la luz de un escrutinio estricto, pues la distinción que establece y la preferencia que otorga la norma es en función del género del progenitor. Misma distinción que se basa en una de las categorías sospechosas enunciadas expresamente por el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Aunado a que está de por medio el interés superior y los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes.

59. Así, como se mencionó anteriormente, la aplicación de tal escrutinio se hará al tenor de los siguientes puntos: a) Analizar si la medida legislativa persigue una finalidad u objetivo constitucionalmente importante y claro (ya no un fin constitucionalmente válido o admisible); b) Determinar si la norma general está directamente conectada con la consecución de los objetivos constitucionales importantes, es decir, si es realmente útil para su consecución (sin que sea suficiente considerar que esté potencialmente encaminada a su consecución); y c) Verificar si la diferencia de trato refleja un balance cuidadoso de las distintas exigencias normativas y que no existan medidas menos gravosas para los derechos para conseguir el fin constitucional importante (ahora no basta con que no exista un desbalance excesivo entre el objetivo perseguido y los bienes y derechos afectados).
60. En atención a lo anterior, en primer lugar, por lo que hace a la exigencia de que la medida legislativa y, por ende, que la distinción persiga una finalidad u objetivo constitucionalmente importante y claro, esta Primera Sala considera que se satisface en el presente asunto, pues el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México),

persigue la satisfacción de interés del interés superior pues considera, en general, que la guarda y custodia los menores de doce años debe quedar preferentemente a favor de su progenitora (mujer), toda vez que las mujeres, por el simple hecho de serlo, cumplen de mejor forma las responsabilidades y obligaciones parentales inherentes a la atención y al cuidado de los hijos y a la satisfacción de sus necesidades más básicas, vitales, espirituales, afectivas y educativas, aun y cuando carezcan de recursos económicos; con excepción de aquellas situaciones en las que la madre ejerza violencia familiar contra los menores o ponga en riesgo su normal desarrollo.

61. El legislador capitalino, a través de la disposición legal impugnada, busca que primen los derechos e intereses de los menores. Ya que éste supone que al conceder de manera preferente la guarda y custodia provisional en favor de las madres, a quienes considera más idóneas para su cuidado, satisfacción de sus necesidades básicas y vitales, su correcto desarrollo físico, psíquico y emocional, logra su propósito de atender al interés superior del menor.
62. En segundo lugar, en cuanto a verificar que la norma general esté directamente conectada con una finalidad constitucionalmente importante, es decir, si es realmente útil para satisfacer de una mejor forma el interés superior del menor, esta Primera Sala determina que el artículo 282 en cita no es idóneo para satisfacer de una mejor forma el interés superior del menor.
63. Diversos dictámenes en materia de medicina psiquiátrica, entre los que destaca el emitido por la Doctora *********, Médica Psiquiatra, Especialista en Niños y Adolescentes, quien ocupa actualmente el

puesto de Coordinadora de la Clínica de la Adolescencia del Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muzquiz¹³, establecen que la evidencia científica muestra que lo más importante para el desarrollo de los menores es la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible a las necesidades del menor, independientemente del género y la relación consanguínea.

64. Dicho dictamen enuncia que la habilidad del niño de usar al cuidador para aliviar estrés y soportar la exploración es el principal marcador de un apego seguro con su cuidador primario; también establece que los primeros cinco años de vida de una persona son el periodo de desarrollo más rápido y en el que se encuentran más vulnerables, por lo que, la oportunidad para un desarrollo adecuado durante éste es crucial debido a que éste también es el más frágil; que la idea de que el cuidado de los hijos debe estar preferentemente a cargo de la madre está basada únicamente en patrones culturales; y que la evidencia científica demuestra que, aunque existe un patrón preferencial de apego a la madre como cuidador primario, ésta preferencia responde a esquemas de género específicos que no condicionan la idoneidad de los progenitores para proveer del apoyo y cuidado que necesitan los menores en esta etapa de su desarrollo.
65. Así, la especialista concluye que, en situaciones de separación como el divorcio, la existencia de un cuidador primario estable y sensible a las necesidades del niño es el principal factor protector del menor,

¹³ Dicho dictamen obra en los autos del Amparo en Revisión 310/2013 del índice de esta Primera Sala, cuyo conocimiento es un hecho notorio aplicando por analogía la jurisprudencia 2a./J. 27/97, emitida por la Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro "HECHO NOTORIO. LOS MINISTROS PUEDEN INVOCAR COMO TAL, LAS EJECUTORIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL PLENO O POR LAS SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA" y que esta Primera Sala comparte. Situación que cobra especial relevancia porque en el amparo en revisión de referencia se emitió el criterio que se supera a través del dictado de esta ejecutoria.

independientemente del género de los padres; pues no existe evidencia científica para determinar que resulta más benéfico para un menor permanecer a lado de su madre en el caso de que sus padres decidan interrumpir la cohabitación. Por el contrario, lo que resulta más benéfico es la cualidad de la relación que tiene éste con su cuidador primario, su continua disposición emocional y su consistencia en la crianza.

66. A partir de lo expuesto anteriormente esta Primera Sala concluye que la preferencia que el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) otorga en favor de la madre (mujer) para que esta sea la titular de la guarda y custodia de los menores de doce años, no constituye un medio idóneo para satisfacer de mejor manera o potencializar el interés superior del menor. Ello porque es posible garantizar este *principio* si el menor tiene la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible para sus necesidades, independientemente del género y la relación consanguínea de este.
67. Dicho cuidador primario que, si bien puede ser su madre, también lo puede ser su padre o incluso una persona ajena a sus progenitores. Es por ello que, al tenor de lo anterior, los jueces, al momento de decidir sobre la guarda y custodia provisional de los menores, deben atender a las circunstancias concretas del caso específico, pues solo de esa manera estarán en posibilidad de resolver en la forma que mejor se satisfaga el interés superior del menor.
68. La distinción normativa impugnada no permite que el juzgador evalúe la idoneidad de los progenitores, además de que no contempla la posibilidad de que la madre no necesariamente está disponible

emocionalmente para el menor, ni es el cuidador sensible que necesita para su correcto desarrollo o que es posible que ésta no satisfaga de la mejor forma las necesidades más básicas y vitales del menor, así como las espirituales, afectivas y educativas

69. Así, al no resultar idónea la distinción prevista en la disposición legal apuntada para satisfacer el interés superior del menor y, por ende, al no haberse superado el segundo requisito del *test* de igualdad a la luz de un escrutinio estricto, no es posible analizar si se satisface o no la tercera de las condiciones, pues éste tiene como condición necesaria que se haya superado el segundo de los pasos. Ello, aunado a que la conclusión del apartado anterior es suficiente para declarar la inconstitucionalidad por discriminación de la norma de referencia.
70. Por las razones expuestas, es decir, por no constituir un medio idóneo para satisfacer el interés superior del menor, esta Primera Sala considera que el artículo 282, apartado B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) es inconstitucional por ser contrario al principio de igualdad y no discriminación.

...