

El Derecho como constructor de estereotipos de género: el caso de la regla de preferencia maternal en la custodia de menores

José Ramón Cossío Díaz*

Luz Helena Orozco y Villa**

Un estereotipo es una preconcepción generalizada que surge al adscribir a las personas ciertos atributos o roles en razón de su aparente pertenencia a un determinado grupo social¹. Como una forma de organizar y categorizar la información recibida, estereotipar constituye una función cognitiva indispensable para simplificar el entendimiento de la realidad. Sin embargo, este proceso mental resulta problemático cuando opera para ignorar necesidades, deseos, habilidades y circunstancias de las personas que se traduzcan en la negación de ciertos derechos o la imposición de ciertas cargas. Cuando esta operación se institucionaliza a través del Derecho, el efecto resulta particularmente pernicioso ya que otorga fuerza y autoridad al estereotipo, hasta que la sociedad acepta la generalización de manera acrítica y la reproduce una y otra vez.

Entre las preconcepciones más comunes y extendidas es la que considera que las mujeres son más aptas que los hombres para encargarse del cuidado de los menores. Recientemente, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó una disposición en el Código Civil para el Distrito Federal que recoge precisamente esta generalización. En efecto, el artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, de dicho ordenamiento establece una preferencia en favor de la madre en casos de disputa sobre la guarda y custodia de menores de doce años, con la única excepción de que

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor del Departamento de Derecho en el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

** Secretaria de Estudio y Cuenta Adjunta en la Ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesora del Departamento de Derecho en el Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹ Rebecca Cook y Simone Cusack, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010), p. 12.

exista violencia o peligro grave para el niño o niña². Por mayoría de cuatro votos, la Sala concluyó en el amparo en revisión 310/2013 que tal disposición es respetuosa de la Constitución Federal, siempre y cuando la preferencia que establece no se entienda literal y excluyente en forma automática de la figura paterna o de otros familiares, sino que la decisión sobre la custodia esté siempre orientada por el interés superior de la niñez³.

A continuación, expondremos las razones por las que estimamos que la solución ofrecida por la mayoría de los ministros no maximiza el derecho a la igualdad y deja "viva" una norma jurídica que refuerza un estereotipo de género. En efecto, a nuestro juicio el artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal no supera el escrutinio constitucional de las normas jurídicas que establecen distinciones basadas en sexo y vulnera tanto el principio del interés superior de la niñez como el derecho a la no discriminación. Por ende, debió haberse declarado frontalmente su inconstitucionalidad. En este sentido, el presente trabajo recoge sustancialmente la posición de la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz sobre la regla de preferencia maternal en la custodia, misma que quedó reflejada en el voto particular formulado en el amparo referido.

La relevancia de este asunto es palpable. Al día de hoy, hay catorce entidades federativas, incluido el Distrito Federal, que tienen prevista la

² **Artículo 282 (Código Civil para el Distrito Federal)**. 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 en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de los hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

[...]

Una vez contestada la solicitud:

I. [...]

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

En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

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.

[énfasis añadido]

³ Amparo en revisión 310/2013, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el cuatro de diciembre de dos mil trece, por mayoría de cuatro votos, en contra del emitido por el Ministro José Ramón Cossío Díaz.

regla de preferencia maternal en la custodia en sus ordenamientos civiles⁴. Es decir, casi la mitad de los estados de la República establecen en sus códigos que debe preferirse a la madre por encima del padre al momento de decretar la custodia de los niños, basándose para ello únicamente en el sexo de la persona. El rango de edad de los menores previsto en la regla de preferencia varía en cada estado, partiendo de la lactancia (Nayarit) hasta los doce años (Distrito Federal, Estado de México, Hidalgo y Sinaloa), sin que el legislador motive en caso alguna la razón de dicha variación.

Además de la prevalencia de la regla —en un contexto jurídico en el que, en comparación con el siglo pasado, las normas jurídicas que establecen distinciones basadas en sexo son la excepción— la importancia de su análisis se robustece si se toma en consideración que la posición de la ponencia sobre la constitucionalidad de la preferencia maternal no ha permanecido estática y aquí se expone el razonamiento que subyace a su evolución⁵. Actualmente existen nuevos elementos —como son la evidencia científica en el tema y las dificultades enfrentadas por nuestros órganos jurisdiccionales en la aplicación del criterio ofrecido por la mayoría de la Primera Sala —, que orientan la postura en el sentido de que este tipo de preceptos son contrarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y no hay interpretación conforme que los pueda "salvar".

⁴ Las entidades federativas que establecen la preferencia maternal en la custodia de los menores de edad en sus legislaciones correspondientes son las siguientes: **Baja California Sur** (artículo 262 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur), **Chiapas** (artículo 256 del Código Civil para el Estado de Chiapas), **Chihuahua** (artículos 247 y 267 del Código Civil del Estado de Chihuahua), **Distrito Federal** (artículo 282 del Código Civil para el Distrito Federal), **Durango** (artículo 255 del Código Civil), **Estado de México** (artículo 495 del Código Civil del Estado de México), **Guerrero** (artículo 30 de la Ley de Divorcio del Estado de Guerrero), **Hidalgo** (artículo 109 de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo), **Morelos** (artículo 222 del Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos), **Nayarit** (artículo 275 del Código Civil para el Estado de Nayarit), **Puebla** (artículo 635 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla), **Sinaloa** (artículo 161 del Código Familiar del Estado de Sinaloa), **Sonora** (artículo 183 del Código de Familia para el Estado de Sonora), y **Tabasco** (artículo 280 del Código Civil para el Estado de Tabasco).

⁵ Los asuntos en los que la Primera Sala ha analizado disposiciones que establecen la preferencia maternal en la guarda y custodia son el amparo directo en revisión 1529/2003, resuelto el nueve de junio de dos mil cuatro, bajo la ponencia del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, por unanimidad de votos de los integrantes de la Sala; el amparo directo en revisión 745/2009, resuelto el diecisiete de junio de dos mil nueve, bajo la ponencia del Ministro Juan N. Silva Meza, por mayoría de cuatro votos de los integrantes de la Sala y en el que Cossío formuló voto concurrente; y el amparo directo en revisión 1573/2011, resuelto el siete de marzo de dos mil doce, bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por unanimidad

I. Antecedentes del caso particular resuelto por la Primera Sala

En el marco de un juicio de divorcio, el padre de dos menores de edad promovió un incidente a fin de que se decretara el ejercicio de la guarda y custodia de los niños a su favor. El juez de primera instancia le dio la razón, con la salvedad de que la reincorporación al núcleo familiar de una de las menores —que aún vivía con su madre— fuera gradual para evitar cambios drásticos.

En contra de dicha determinación, el padre interpuso recurso de apelación al estimar que la reincorporación de la menor debía ser inmediata, toda vez que a su juicio ya estaba acreditado que la madre no era la persona idónea para cuidar a sus hijos. Por su parte, la madre también apeló la sentencia, aduciendo que el juez había valorado indebidamente los dictámenes psicológicos recabados durante el procedimiento en los que se advertía que los menores preferían estar con ella y que su cuidado representaba un mejor entorno para su desarrollo. Asimismo, la madre señaló que, conforme al Código Civil para el Distrito Federal, sus hijos, al ser menores de doce años, debían quedar bajo su cuidado, pues no se había comprobado que ella ejerciera violencia contra ellos o los pusiera en peligro, las cuales son las únicas excepciones previstas en el ordenamiento civil. En su fallo, el tribunal de alzada modificó la sentencia de primera instancia a fin de que la entrega de la menor a su padre fuera inmediata al considerar que lo más benéfico era que los menores permanecieran en el mismo núcleo familiar.

La madre promovió juicio de amparo en contra de dicha resolución, argumentando esencialmente que la Sala de segunda instancia había violentado

de votos de los integrantes de la Sala y en el que Cossío formuló voto concurrente. De estos tres casos se advierte la evolución hermenéutica que ha tenido la Primera Sala en el tema, migrando de la estimación de simple constitucionalidad de la preferencia maternal en la custodia hasta su interpretación conforme, este último siendo el criterio que actualmente rige y del que Cossío expresó su disenso. Inicialmente, Cossío estimó que la preferencia maternal en la custodia era acorde con la Constitución (con fundamento en el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), por lo que desde el amparo directo en revisión 1573/2011 se separó de la interpretación conforme propuesta por la mayoría. El criterio mayoritario se ha reiterado en el amparo directo en revisión 2159/2012, resuelto bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, aprobado por mayoría de tres votos de los integrantes de la Sala y en el que Cossío votó en contra; así como en el amparo directo en revisión 918/2013, resuelto el doce de junio de dos mil trece, bajo la ponencia de la Ministra Sánchez Cordero, por unanimidad de votos de los integrantes de la Sala y en el que se reservó el derecho a formular voto concurrente.

el artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, pues pasó por alto la preferencia materna en la custodia de los menores de doce años, ya que no se actualizó ninguna de las excepciones que prevé la disposición. El Juez de Distrito que conoció del asunto estimó que, si bien en el caso era aplicable el artículo citado por la quejosa, tal disposición era contraria a la Constitución y a la Convención de los Derechos del Niño toda vez que, al prever una preferencia absoluta en favor de la madre, se vulneraba el principio del interés superior del menor al impedir la consideración de todos los elementos y circunstancias que permitirían tener una mayor certeza sobre cuál es el escenario más benéfico para los menores. En consecuencia, el juez no aplicó el artículo y concluyó que del material probatorio que obraba en el expediente se podía sostener que debía entregarse a la menor de forma inmediata a su padre, pues de lo contrario se pondría en riesgo a la niña. Sin embargo, concedió el amparo a la quejosa a fin de que se aclarara el régimen de visitas entre la madre y sus hijos. La madre recurrió dicha determinación ante la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

II. Consideraciones de la Primera Sala que sustentan el fallo

La Primera Sala confirmó la sentencia recurrida, aunque por distintas consideraciones a las expresadas por el Juez de Distrito. La Sala sostuvo que el artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal es acorde con la Constitución si se interpreta 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 o de otros familiares.

Así, en la sentencia se recuperaron las consideraciones expresadas en el amparo directo en revisión 1573/2011 —que constituye el primer precedente de la posición mayoritaria. Así, se sostuvo que "resulta innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre, no sólo por las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino —y como lo han ido desarrollando diversos especialistas en la materia a nivel internacional—, el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida resulta determinante en el desarrollo de su conducta hacia el futuro"⁶. Por

⁶ Páginas 25 a 30 de la sentencia relativa. Si bien reconocemos el loable esfuerzo del Ministro ponente en documentar con extensa bibliografía la justificación de la preferencia maternal en

ello — afirmó la mayoría—resulta válido que el legislador opte por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor, aunque "este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulte, per se, la persona más preparada para tal tarea".

Con esta construcción argumentativa, la mayoría estimó que el ordenamiento jurídico no 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. Es por ello —se concluyó—, que el juez 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 sólo al menor perjuicio que se le pueda causar, sino al mayor beneficio que se le pueda generar.

¿Qué significa que la Primera Sala ordene a los operadores jurídicos a realizar una "interpretación conforme" del artículo? Que se considera que la norma jurídica es acorde con la Constitución si se interpreta en el modo señalado y que, por ende, permanece en el ordenamiento jurídico para su aplicación.

III. Motivos de disenso

Como ya adelantamos líneas arriba, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ido modificando la interpretación de las normas relativas a la preferencia materna en casos de disputa sobre la guarda y custodia de menores. En un primer momento, el tribunal estimó que la madre es "la más capacitada para atenderlos con eficacia, esmero y cuidado necesarios"⁷ (Séptima y Octava

la custodia, nos parece que, con fundamento en los artículos 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles —de aplicación supletoria en el juicio de amparo en términos del artículo 2° de la Ley de Amparo, lo procedente era recurrir a una opinión científica especializada. Lo anterior toda vez que, como expondremos más adelante, a nuestro juicio la evidencia científica debía constituir un elemento toral de juicio en la evaluación de la constitucionalidad de la norma, lo que no debía limitarse a referencias marginales a pie de página sino integrarse de manera formal, en términos legales, al razonamiento judicial.

⁷ Véase la tesis aislada de la extinta Tercera Sala de rubro "GUARDA Y CUSTODIA DE UN MENOR. DEBE OTORGÁRSELE A LA MADRE HASTA LA EDAD LEGAL", publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, tomo I, Primer Parte, enero a junio de 1988, página 363.

Época), aludiendo a una especie de aptitud natural surgida de la maternidad para las labores de cuidado. Después, justificó la regla de preferencia con argumentos socioculturales, en el sentido de que la preferencia "tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional"⁸. Finalmente, el criterio mayoritario actual sostiene la constitucionalidad de la regla de preferencia maternal mientras no se interprete "en clave de estereotipo"⁹. Esta evolución hermenéutica refleja la complejidad de la cuestión a resolver, misma que necesariamente está relacionada con la fuerza de los patrones culturales y su impacto en el Derecho.

A fin de exponer las razones por las que no coincidimos con la sentencia de la Primera Sala, dividiremos la exposición en tres apartados. En primer lugar, destacaremos el peso de la cultura en el análisis constitucional de la regla de preferencia maternal en la custodia y cómo, a nuestro parecer, la Corte no ha utilizado el escrutinio aplicable al caso al tratarse de una medida legislativa que establece una distinción basada en el sexo. Después, analizaremos la evidencia científica como elemento de juicio para evaluar la constitucionalidad de dicha regla. Finalmente, demostraremos por qué a nuestro parecer la interpretación conforme propuesta por la mayoría lejos de maximizar la Constitución, convalida un estereotipo de género y no garantiza la observancia efectiva del interés superior del menor por los operadores jurídicos.

A. El peso de la cultura y el tipo de escrutinio constitucional aplicable al caso

Nos parece que, inmersa aún en un contexto sociocultural en el que prevalece la concepción generalizada de que la mujer es más apta y capacitada para el cuidado de los niños, la Suprema Corte ha sido renuente a cuestionar frontalmente una regla de preferencia cuyo origen está profundamente enraizado en la sociedad mexicana. Es decir, el análisis constitucional de la regla de preferencia maternal se ha visto empañado en buena medida por las propias experiencias y convicciones, las cuales, obviamente, no están dadas en el vacío sino en un entorno cultural específico.

⁸ Amparo directo en revisión 1529/2003, resuelto el nueve de junio de dos mil cuatro, bajo la ponencia del Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, por unanimidad de votos de los integrantes de esta Primera Sala.

⁹ Amparo directo en revisión 1573/2011, resuelto el siete de marzo de dos mil doce, bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, por unanimidad de votos de los integrantes de esta Primera Sala y en el que Cossío formuló voto concurrente.

De ahí que inicialmente se haya justificado tal regla con el argumento de la supuesta idoneidad biológica y moral de las mujeres para las labores de cuidado de los niños, después se haya aludido precisamente a la realidad social y las costumbres imperantes del país y, finalmente se pretenda defender su constitucionalidad a través de una interpretación conforme que tiene como consecuencia suprimir todo valor normativo a la regla de preferencia proponiendo una lectura contraria incluso al texto literal del artículo:

Artículo 282 (Código Civil para el Distrito Federal). [...]

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.
[...]

Lo cierto, a nuestro juicio, es que estamos frente a una norma jurídica que establece una distinción basada en el sexo de la persona, lo que generaría la obligación para el juez constitucional de realizar un escrutinio estricto de la disposición. Situados en el terreno analítico propio del derecho a la igualdad, se trata de una "categoría sospechosa" en términos del artículo 1° de la Constitución Federal.¹⁰ Es decir, en principio, las normas jurídicas no deben establecer distinciones con base en el 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. Aquellas que lo hacen deben tener una muy buena justificación para ello (como pueden ser, por ejemplo, las acciones afirmativas cuyo objeto es justamente combatir una desigualdad estructural introduciendo una distinción), pues de no estar suficientemente motivadas, se genera la suspicacia de que se trata de medidas discriminatorias.

En consecuencia, somos de la opinión de que resultaba imperativo examinar cuidadosamente la regla de preferencia maternal, juzgando su finalidad (el interés superior del menor), la adecuación o grado de conexión entre la misma y el fin identificado, y el grado en que su uso puede considerarse necesario y proporcional para alcanzar ese fin.

¹⁰ **Artículo 1° (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).**

[...] Queda prohibida toda 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.

Este estudio no se realizó en la sentencia de la Primera Sala. A pesar de estar frente a una norma jurídica que utiliza una "categoría sospechosa", la mayoría de los ministros optó metodológicamente por reconocer "el protagonismo de las madres en la conformación de la personalidad de sus hijos durante la primera etapa de su vida", citando para ello literatura científica. De esta manera, se pretendió justificar al legislador que opte por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor, mientras —insiste la resolución— no se interprete la norma en clave de un estereotipo o idoneidad absoluta. A partir de lo anterior, la sentencia ordenó realizar una interpretación conforme del artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, de forma tal que el juzgador adopte en el caso concreto la decisión que no sólo sea menos perjudicial, sino la que sea más benéfica para el desarrollo integral del menor, *con independencia de la configuración legislativa específica*.

Diferimos, respetuosamente, de este proceder, ya que al tratarse de una norma jurídica que establece una distinción basada exclusivamente en el sexo, debía haberse analizado la disposición con mucho mayor rigor. El escrutinio en cuestión implicaba, en primer lugar, conocer la posición de la *ciencia* en relación a si, efectivamente, un menor de edad estaría mejor con su madre en vez de su padre en caso de que sus progenitores interrumpieran la cohabitación. Lo anterior toda vez que el análisis constitucional de la regla de preferencia incluía etapas en las que debía comprobarse la racionalidad instrumental de la norma (conexión entre medios y fines). Así, de estimarse como falsa la premisa, nuestra obligación como órgano de control de la Constitución Federal era invalidar la regla de preferencia por ser contraria al derecho a la igualdad y al principio del interés superior del menor.

En este sentido, la primerísima cuestión que, a nuestro parecer, debió estudiarse, era la siguiente: *¿Resulta más benéfico para un menor, en términos biológicos, psicológicos y sociales, permanecer al lado de su madre que de su padre, en el caso de que sus progenitores decidan interrumpir la cohabitación?*

B. La evidencia científica sobre el cuidado de los hijos preferentemente a partir de la figura materna

Confrontados con esta pregunta, desde la ponencia se requirió al Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente para que, con su colaboración, localizáramos un especialista adecuado para dar respuesta a nuestras in-

quietudes¹¹. Con fundamento en los artículos 79 y 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles —de aplicación supletoria en el juicio de garantías en términos del artículo 2° de la Ley de Amparo—, solicitamos una opinión jurídica al Instituto. Una investigadora de la máxima calificación dio respuesta puntual al cuestionario que formulamos y la institución lo remitió mediante el oficio de referencia DSC-C-006-2014.¹²

Como explica el documento remitido, no existe evidencia biológica para concluir que sería más benéfico para un menor permanecer al lado de su madre en el caso de que sus padres decidan interrumpir la cohabitación, sino que en situaciones de separación como el divorcio y otros estresores, la existencia de un cuidador primario estable y sensible a las necesidades del niño es el principal factor protector, *independientemente del género de los padres*¹³. En este sentido, la especialista da una respuesta precisa y puntual respecto a que, ante los nuevos modelos y realidades de las familias humanas, no parece posible establecer en términos biológicos una regla de preferencia para la custodia de los menores por parte de las madres o de los padres.

Sin embargo —continúa la opinión especializada—, los estudios muestran que el bienestar de los niños y la aceptación de nuevos patrones de cuidado dependen al menos en parte de factores culturales prevaletes en el lugar y el momento histórico, siendo mayor el peso de la evidencia

¹¹ Las disposiciones en cuestión facultan a los tribunales para realizar cualquier diligencia o valerse de cualquier persona, cosa o documento para conocer la verdad, sin limitación temporal alguna, con la sola restricción de no practicar diligencias u orden pruebas que sean contrarias a la ley, ni lesionar su derecho a la igualdad de armas.

¹² Dicho documento se anexó al voto particular formulado en el amparo en revisión 310/2013. El estudio fue elaborado por la Dra. Liz Sosa Mora, médica psiquiatra, especialista en niños y adolescentes, Coordinadora de la Clínica de la Adolescencia del Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente, CP 3201643 y 5240193. El cuestionario da contestación a las siguientes preguntas: 1) ¿Resulta más benéfico para un menor, en términos biológicos, psicológicos y sociales, permanecer al lado de su madre que de su padre, en el caso de que sus progenitores decidan interrumpir la cohabitación? Lo anterior sin perjuicio de que se estableciera un régimen de convivencias semanal o quincenal entre el menor y su padre; 2) ¿Un menor necesita más a su madre que a su padre durante su desarrollo, al grado de que si fuera necesario elegir a uno de los dos, su progenitora debiera tener preferencia? Lo anterior sin perjuicio de que se estableciera un régimen de convivencia semanal o quincenal entre el menor y su padre; 3) En el supuesto de que resulte más benéfico para el menor permanecer al lado de su madre en caso de disputa sobre su guarda y custodia, ¿la edad biológica constituye una variable para dicha determinación?; 4) ¿La decisión sobre cuál de los padres debe ejercer primordialmente las labores de cuidado de un menor debe analizarse caso por caso, o es posible establecer, en términos biológicos, psicológicos y sociales, una regla de preferencia?

¹³ Documento anexo al voto particular formulado en el amparo en revisión 310/2013, página 7.

psicológica de la necesidad de *un cuidador primario emocionalmente disponible con quien se ha establecido un apego seguro al menos en los primeros años de la vida*¹⁴. Así, la especialista destaca que lo más importante para el desarrollo de los niños es la presencia de un cuidador sensible y emocionalmente disponible a las necesidades del menor, independientemente del género y la relación consanguínea.

A nuestro juicio, estas conclusiones impactan radicalmente en la constitucionalidad del artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, así como de las disposiciones similares en otras entidades federativas. Si la ciencia médica demostró la imposibilidad de establecer, en automático y desde la ley, una preferencia materna en casos de disputa sobre la guarda y custodia de un menor, entonces la norma no prevé un grado de conexión suficiente para el objetivo que persigue, esto es, el interés superior de los niños. Por el contrario, su existencia misma pone en riesgo al menor, al establecer una regla que no permite tomar en consideración todos los elementos y circunstancias que permitirían tener una certeza sobre cuál es el escenario más benéfico para él.

Además, al establecer una distinción injustificada en razón de sexo, el legislador del Distrito Federal incurrió en un acto discriminatorio. En efecto, la regla de preferencia materna no guarda correspondencia con el fin que la motiva (el interés superior del menor), toda vez que se aplica en situaciones en las que no está justificado que la guarda y custodia se atribuya a la madre, afectando innecesariamente los derechos de un grupo de personas (los hombres progenitores) que son, así, discriminados por la ley examinada.

Por lo anterior, estimamos que la disposición que prevé la regla de preferencia materna vulnera tanto el principio del interés superior del menor como el derecho a la igualdad.

C. El (ab)uso de la interpretación conforme

La resolución que recoge la opinión mayoritaria reconoce la importancia de que la decisión judicial que atribuya la guarda y custodia de un menor debe priorizar su interés y bienestar "sin partir de ninguna predeterminación o prejuicio sexista que otorgue privilegios a la hora de ser conferida la responsabilidad de atender y cuidar de los hijos"¹⁵. Sin embargo, de

¹⁴ *Ibidem.*, página 8.

¹⁵ Página 28 de la sentencia relativa.

manera paradójica, termina por sustentar la constitucionalidad de una norma jurídica que incurre precisamente en dicha discriminación.

Si a fin de cuentas, de acuerdo con el criterio mayoritario, al aplicar la disposición, el juez ha de atender a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para el desarrollo integral de los hijos, ¿por qué convalidar la constitucionalidad de una regla que se opone expresamente a tal ejercicio?

La sentencia pretende apoyarse en la técnica de interpretación conforme a la Constitución para hacer consistente el artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal con el artículo 4º constitucional que prevé el interés superior del menor. A nuestro parecer, este proceder es incorrecto.

El principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución consiste en la apreciación de que una ley no ha de ser declarada nula o inaplicarse cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución. Para ello, se aplica una técnica de selección de sentido normativo entre el marco semántico posible del enunciado en cuestión, escogiendo el significado acorde (o más acorde) con la Constitución y rechazando aquéllos que la vulneran. ¿Qué presupuesto ineludible tiene la utilización de esta técnica? Que exista, al menos, una *posibilidad interpretativa* que sea constitucional. El enunciado jurídico consistente en "Los menores de doce años deberán quedar al cuidado del a 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 tiene esta posibilidad interpretativa. No puede leerse de otra manera que como lo que es: una regla de preferencia maternal en la custodia con dos excepciones específicas que no garantiza el interés superior de la niñez ni respeta el derecho a la igualdad. En este sentido, estamos frente a una *duda insalvable* sobre su constitucionalidad.

La metodología utilizada por la mayoría de los ministros en el caso particular no fue recurrir al marco semántico de la disposición ni a sus posibilidades interpretativas. No se escogió un sentido normativo dentro de varios posibles, sino que la Primera Sala prácticamente eliminó la fuerza normativa de la disposición e integró una nueva directriz radicalmente distinta para el juzgador, frontalmente contraria a la literalidad del precepto. ¿Es esta una invitación a inaplicar la configuración legislativa de la guarda y custodia en las entidades federativas? Efectivamente. ¿Por y para qué, entonces, sostener la constitucionalidad de este tipo de disposiciones? La

única respuesta que encuentro es el apego a los roles tradicionales de género que, hoy sabemos, no están respaldados por la ciencia.

Sin lugar a dudas, la técnica de interpretación conforme a la Constitución constituye una herramienta sumamente útil en el control constitucional de las leyes. Sin embargo, consideramos que su aplicación debe ser realizada de manera clara y escrupulosa, sin que se generen fraudes a la ley o francas tergiversaciones a la obra legislativa. Recordemos que los operadores del Derecho también son ciudadanos, no necesariamente peritos en la materia, que leen en sus códigos ciertas disposiciones y acuden a tribunales a exigir su aplicación. El asunto que aquí reseñamos es un buen ejemplo de ello. La decisión de convalidar la constitucionalidad del artículo 282, apartado B, fracción II, tercer párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal mediante la técnica de interpretación conforme disfraza la inconstitucionalidad del precepto y deja "viva" una disposición que genera confusión e inseguridad jurídica.

Más relevante aún, nos parece que la cautela al recurrir a la herramienta hermenéutica referida debe incrementarse necesariamente cuando las disposiciones analizadas establecen distinciones arbitrarias basadas en "categorías sospechosas". En efecto, optar por la defensa de la constitucionalidad de este precepto, cuando la ciencia ha demostrado la falsedad de sus premisas, tiene como consecuencia reforzar el estereotipo de género consistente en que las mujeres están naturalmente mejor capacitadas que los hombres para atender de modo conveniente a los hijos. Esta construcción estereotípica a partir del Derecho es justamente lo que el artículo 1° de la Constitución está orientado a combatir. Flaco favor le hacemos a la igualdad de género justificando una norma que se apoya en prejuicios.

En efecto, esta preconcepción de la *mujer-madre*, que de un primer vistazo pareciera beneficiar a las mujeres, en realidad tiene consecuencias significativas en otros ámbitos, como es la salud, el trabajo e incluso la política, construyendo y reforzando un estereotipo que no siempre opera en su favor. Implica una generalización que termina por negar derechos e imponer cargas en los casos supuestamente atípicos. En este sentido, si el estereotipo constituye una falacia lógica, cuando se institucionaliza a través del Derecho se transforma además en una franca violación al derecho a la igualdad.

Entonces, ¿cómo podría formularse una regla de preferencia en casos de disputa sobre la guarda y custodia de un menor que fuera respetuosa de la Constitución? Una posibilidad sería que la decisión favoreciera al cuidador

primario emocionalmente disponible con quien el niño o la niña ha establecido un apego seguro al menos en los primeros años de vida. Estadísticamente hablando, es probable que en la mayoría de los casos fuera la madre del menor. Sin embargo, la formulación neutral de la preferencia permitiría atender a la creciente diversidad de los núcleos familiares en nuestro país, privilegiando el vínculo cuidador primario-menor sin ideas preconcebidas sobre los roles de mujeres y hombres. Ahora bien, esta tarea corresponde al legislador. Mientras tanto, ciudadanos y jueces, por su parte, tendrán que lidiar con el criterio mayoritario de la Primera Sala que convalida la regla de preferencia maternal y refuerza el estereotipo ●