

LAS DIMENSIONES DE LA IGUALDAD EN LA GUARDA Y CUSTODIA DE HIJAS E HIJOS. ANÁLISIS DEL AR 1968/2017

José Luis CABALLERO OCHOA*

SUMARIO: I. *Introducción. El contexto de la guarda y custodia de hijas e hijos.* II. *La narrativa del caso. De cómo romper el estereotipo de género.* III. *La doctrina jurisprudencial sobre igualdad, no discriminación y estereotipos de género implicada en el caso.* IV. *Análisis de razonabilidad.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN. EL CONTEXTO DE LA GUARDA Y CUSTODIA DE HIJAS E HIJOS

Los elementos para decidir el otorgamiento de la guarda y custodia de niñas y niños han sido diversos y han cambiado con el tiempo. Inicialmente era común que las mujeres que lograban separarse de sus parejas obtuvieran, entre otras cuestiones, algunas propiedades del marido junto con la custodia de los hijos. Esta situación cambió durante la Edad Media porque, en términos generales, se negó el estatus de persona a las mujeres quitándoles así el derecho no solo de poseer bienes sino de mantener la custodia de sus hijos.

* Investigador y actual director del Departamento de Derecho en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Agradezco la colaboración del maestro José Grijalva Eternod en la elaboración de este texto.

En Inglaterra, por ejemplo, niñas y niños eran otorgados en custodia a los padres ya que éstos no solo disfrutaban de un control incuestionable en la jerarquía familiar, sino que ostentaban la “propiedad” de los hijos. A finales del siglo XIX el sesgo de género cambió y los tribunales asumieron las posturas socialmente aceptadas que establecían que las mujeres eran personas más apropiadas para cuidar a los niños, a quienes no debía vérselos más como propiedad económica de los padres sino como seres necesitados de amor y cuidados, lo que concedió una clara ventaja a las madres al ser consideradas las más adecuadas para cuidar de los hijos por su naturaleza maternal; lo que paradójicamente resultó a partir de la construcción epistémica clásica del sistema patriarcal.

Por ello, durante gran parte del siglo XX, la creencia en la *superioridad natural* de las mujeres con respecto a la crianza de los hijos con frecuencia sirvió como argumento legal para otorgar la custodia exclusiva a las madres. Sin embargo, a medida que los derechos humanos se colocaban dentro del constructo social y político como manifestaciones de la dignidad humana, además del movimiento feminista y de la perspectiva de género, se comenzaron a cuestionar los roles tradicionales,¹ a revisar las leyes de crianza en los estados socialmente progresivos, y a priorizar el principio del interés superior de niñas y niños en normas y políticas para que éste se convirtiera en el eje rector en el otorgamiento de la guarda y custodia.²

¹ Una breve aproximación a este tema en Caballero Ochoa, José Luis, “Feminismo y derechos humanos: las rutas del diálogo trazadas por el trabajo de Marta Lamas”, en Serur, Raquel y Vélez, Fabio (comps.), *Marta Lamas dialoga con XY*, cuaderno 16, México, UNAM, 2019.

² Véase Struchiner y Hannikainen, “Gender Stereotypes Underlie Child Custody Decisions”, *European Journal of Social Psychology*, vol. 3, núm. 49, 2019, pp. 548-559. En este sentido, es de destacar que, por ejemplo en la década de los años sesenta del siglo pasado la creciente tasas de divorcios y separaciones provocaron el debate sobre los roles de los padres y los problemas de custodia, lo que condujo a la adopción del estándar de los mejores intereses, un modelo más inclusivo y menos definitivo para decidir los casos de custodia. Posteriormente, en la década de los setenta el impulso por la neutralidad de género en la concesión de la custodia de los niños ya se había acumulado y la noción de que la custodia de los hijos debía

Durante las casi dos décadas que lleva el siglo XXI, la tendencia a asignar la guarda y custodia de niñas y niños a las madres, parece seguir una ruta que según algunos autores puede explicarse desde diversos factores que impactan el imaginario de las y los jueces:

- 1) Las mujeres siguen ejerciendo la mayoría de las funciones de cuidado no solamente de los hijos sino de otros miembros de la familia.
- 2) Las mujeres continúan realizando la mayoría de las tareas domésticas, incluso en hogares con doble remuneración.
- 3) Los índices de violencia doméstica muestran que ésta es ejercida principalmente por hombres.
- 4) En los procesos litigiosos es más frecuente que los padres renuncien a ejercer la guarda y custodia.
- 5) Finalmente a estas consideraciones anteriores, y que seguramente pueden explicar en alguna parte la desproporción existente en el otorgamiento de custodias, debe adicionarse el factor del estereotipo de género como prejuicio latente en las decisiones judiciales.³

En consecuencia, si bien en los procesos de disoluciones de vínculos matrimoniales en familias que tienen niñas y niños, el principio del interés superior de niñas y niños es tomado en cuenta al momento de resolver litigios respecto a quien deberá ostentar la custodia, queda relegado frente a un sesgo de género multifactorial que continúa manifestándose al momento de fundamentar las resoluciones

otorgarse a las madres comenzó a disminuir automáticamente. Por lo tanto, se comenzó a aplicar un estándar de género neutral. Un acercamiento histórico y crítico sobre la genealogía de la custodia de niñas y niños se puede ver en Orengo, S. A., *Gender Dimensions of Court Awarded Child Custody: A Case Study of the Nairobi Children's Court*, University Of Nairobi, 2018. En el mismo sentido ver a Carbon, J., "Child Custody and the Best Interests of Children. A Review of «From Father's Property to Children's Rights: The History of Child Custody in the United States»", *Family Law Quarterly*, vol. 29, núm. 3, 1995, pp. 721-739.

³ Struchiner y Hannikainen, "Gender Stereotypes Underlie Child Custody Decisions", *European Journal of Social Psychology*, *Loc. Cit.*

que determinan la guarda y custodia, situación que impacta en la tarea del Poder Judicial pues casos que involucran derechos de niñas y niños deben ser especialmente transparentes, lógicos y razonados al momento de precisar qué medida o decisión es la más adecuada para su desarrollo integral.

II. LA NARRATIVA DEL CASO. DE CÓMO ROMPER EL ESTEREOTIPO DE GÉNERO

A) A partir de una demanda de divorcio en la que el juez de lo familiar determinó la disolución del vínculo matrimonial, el padre y la madre de dos niñas promovieron, de forma paralela, incidente de guarda y custodia. En su sentencia, el juez resolvió, *inter alia*, otorgar este beneficio a la madre, por lo que el padre, inconforme con la resolución, interpuso un recurso de apelación ante la Sala de lo Familiar la cual, en su resolución, confirmó la guarda y custodia a favor de la madre.

El padre acudió al juicio de amparo directo, que fue concedido y se ordenó dejar insubsistente la sentencia reclamada, a efecto de que fuera emitida una que fundara y motivara cuál de los padres era el más idóneo para tener a las niñas bajo su guarda y custodia, con el sentido de valoración con perspectiva de género del que había carecido la actuación jurisdiccional en sede de la justicia local (Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México).

B) En cumplimiento con la resolución del Tribunal Colegiado, la Sala de lo Familiar dictó un nuevo fallo en el que estimó que, en atención al sexo y edad de las niñas, lo mejor para ellas era que la guarda y custodia quedase a cargo de su madre. A efecto de controvertir esta decisión, el padre promovió un segundo juicio de amparo directo argumentando que la Sala de lo Familiar valoró los hechos, argumentos y pruebas con base en una apreciación subjetiva de género, por lo que existía, *a priori*, una discriminación en su contra.

C) En su sentencia, el Tribunal Colegiado resolvió negar el amparo al padre al declarar infundados los conceptos de violación a partir de las siguientes consideraciones: 1) todas las contiendas judiciales que involucren niñas y niños deben resolverse con base en su interés superior, por lo tanto lo correcto era decretar la guarda y custodia definitiva a la madre pues ella las podría auxiliar y dirigir a través de los cambios que se presentan en dicha etapa biológica; 2) el artículo 282, inciso B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal,⁴ establece un principio rector al momento de decidir sobre la guarda y custodia de niñas y niños menores de 12 años, así que por razones “naturales” y “sociales”, la mujer es quien se encuentra más capacitada para atenderlos con mayor eficacia, esmero y cuidados. Estamos ante un análisis que no resiste una confronta con la realidad planteada en el caso concreto, así como la ausencia de un ejercicio de contraste de la norma aplicable con un conjunto de derechos de contenido constitucional/convenicional, como debe ser una tarea propia de la judicatura en su conjunto.

D) La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia (SCJN o Suprema Corte) conoció del recurso de revisión ante la sentencia del Colegiado y consideró plausiblemente los siguientes aspectos de doctrina constitucional para resolver el caso:

- a) La litis constitucional en este asunto consistió en determinar si la interpretación del Colegiado en relación con la guarda y custodia de las dos niñas, en términos del artículo 282, inciso B, fracción II, párrafo tercero, del Código Civil para el Distrito Federal es acorde al orden constitucional/convenicional (el parámetro de control de la regularidad constitucional), mediante un ejercicio de contraste con la Constitución y los

⁴ Dicho artículo en el inciso, fracción y párrafo mencionado, establece lo siguiente: “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”.

- tratados internacionales, lo que a mi juicio es justamente el empleo del principio de interpretación conforme.⁵
- b) Si bien las normas que privilegian que niñas y niños permanezcan hasta cierta edad con su madre pueden ser constitucionales/convencionales, tomando en consideración lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o Convención Americana) y la Convención de los Derechos del Niño (CDN), el juzgador está en posibilidad de determinar que, en aras del interés superior de niñas y niños, estos queden bajo la custodia del padre.
 - c) No obstante la justificación *a priori* para aplicarlas puede fundamentarse en una visión estereotipada de que la mujer goza de una aptitud superior para cuidar hijos lo cual vulnera el principio de igualdad entre hombres y mujeres, así como en una falta de apreciación de los roles concretos que las figuras parentales toman en la sociedad actual.
 - d) El principio de interés superior de niñas y niños debe ser el criterio rector en cualquier decisión sobre guarda y custodia por lo que el juez debe examinar las circunstancias en cada caso para encontrar una solución justa para niños y niñas pues sus intereses deben ser preponderantes. Por tanto, la aplicación de una legislación que establezca una preferencia para su aseguramiento no puede hacerse en automático y sin más razonamiento sino que, por el contrario, deberá estar sujeta a un análisis de razonabilidad libre de estereotipos de género para determinar cuál es la mejor solución para el niño o la niña pues en términos de nuestro orden constitucional/convencional, no es aceptable partir de una presunción de idoneidad absoluta a favor de alguno de los padres ya que ambos están igualmente capacitados para

⁵ Un análisis crítico al empleo de este principio por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en: Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel, “Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites sobre su aplicación en la Corte Suprema mexicana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 41, julio-diciembre de 2019.

atenderlos. En consecuencia, el Tribunal Colegiado vulneró el principio de igualdad al validar roles estereotipados de parentalidad que han sido asignados social y culturalmente, así como el principio de interés superior de niñas y niños al no buscar la solución más benéfica en la determinación de la guarda y custodia.

III. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE IGUALDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y ESTEREOTIPOS DE GÉNERO IMPLICADA EN EL CASO

Desde sus inicios la jurisprudencia interamericana (constitucional, de fuente internacional) ha establecido diversos criterios sobre el derecho a la igualdad al considerar que todo trato diferenciado que considere superior a un determinado grupo y por ello se le trate con privilegios o, a *contrario sensu*, se le considere inferior y por ello sea tratado con hostilidad o se le someta, es incompatible con la CADH.

De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) haya establecido que así como el Estado está obligado a crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos (concepción positiva del principio de no discriminación), también debe prohibir las diferencias de trato arbitrarias (concepción negativa del principio de no discriminación) como lo serían aquellas basadas en estereotipos de género.⁶

Sin embargo, la igualdad no debe entenderse como la imposibilidad de establecer diferencias pues una visión integral de la misma exige el reconocimiento de elementos diferenciados que tengan relevancia jurídica, así como la implementación de tratos diferenciados. En consecuencia, lo que se prohíbe es que estos tratos no se determinen a partir de elementos objetivos y razonables sino a partir de criterios irracionales, arbitrarios o prejuiciosos, lo que produciría un acto discriminatorio. La diferencia de trato no es en sí misma

⁶ Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246.

discriminatoria, aun basándose en las llamadas “categorías sospechosas”, cuando ésta no es injustificada o desproporcional.

En consecuencia, el derecho a no sufrir tratos discriminatorios no puede quedar satisfecho ante meras *explicaciones*, pues es un error suponer que un trato no discrimina por el simple hecho de que existan razones que expliquen el trato diferenciado (el machismo, el racismo se pueden explicar también). Por el contrario, el trato diferenciado debe estar plenamente justificado pues no es lo mismo ofrecer razones explicativas —las cuales se limitan a describir un comportamiento sin valorarlo— a proporcionar razones justificatorias destinadas a demostrar la legitimidad de un acto pues sin ellas la diferencia de trato sería arbitraria y, por lo tanto, discriminatoria;⁷ se requiere un interés constitucionalmente imperioso, como ha señalado la SCJN siguiendo a la jurisprudencia estadounidense.⁸

Sobre este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha aclarado que si bien no todas las distinciones están prohibidas, aquellas que se apliquen deben contar con una justificación razonable con el fin que se persigue y que impulse un objetivo legítimo;⁹ criterios ambos que debió haber tomado en cuenta el Tribunal Colegiado al momento de decidir sobre la guarda y custodia y la Primera Sala como argumentos para revocar dicha sentencia y solicitar la redacción de una nueva. Así, el derecho a la igualdad se constituye como imperativo superior de justicia, una norma imperativa reconocida en el derecho internacional (*ius cogens*) que se traduce en una obligación especial de las y los jueces de dotar de efecto útil a este derecho.

En este sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte hizo bien en dejar sin efectos una sentencia que a todas luces fundamentó

⁷ Figueroa, Rodolfo, “Igualdad y discriminación”, en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2000.

⁸ Véase el Amparo en Revisión 152/2013 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de abril de 2014, párrafo 155. Lo anterior en la reflexión sobre el test de escrutinio estricto.

⁹ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, 22/X/2002.

su decisión en criterios meramente explicativos (como se deduce del razonamiento siguiente: *a*) las niñas son mujeres; *b*) el padre es hombre; *c*) la madre es mujer, por tanto, las niñas estarán mejor cuidadas con la madre). Además fue importante requerir del Tribunal Colegiado una sentencia que fundamentara su decisión en razones justificatorias, pues en la valoración que realizó dentro del juicio de amparo se limitó a verificar las razones explicativas que la Sala de lo Familiar utilizó para determinar el otorgamiento de la guarda y custodia a la madre de las niñas sin evaluar la presencia de razones plausibles que legitimasen la medida, lo que implicó avalar argumentos estereotipados e indiferentes al derecho a la igualdad que a todas luces requieren valorarse desde una perspectiva de género.¹⁰

Por ello, la introducción de la perspectiva de género en el análisis judicial debe buscar combatir argumentos estereotipados pero desde una reconceptualización de las normas procesales, pues su objeto es garantizar la aplicación de las normas sustantivas ya que sin aquellas, éstas serían ineficaces, lo cual cobra mayor relevancia cuando se trata de dotar de eficacia precisamente a normas sustantivas sobre la igualdad, pues éstas están construidas y diseñadas con el propósito de combatir los prejuicios de género, y que se visibilizan en el trabajo jurisdiccional.¹¹

No obstante, combatir los prejuicios y estereotipos de género demanda reconocerlos como factores de desigualdad estructural, que se ocultan en las normas sociales y que determinan lo que una mujer o un hombre pueden y deben hacer o no pueden y no deben hacer. De ahí que el Tribunal Colegiado consideró justificado afirmar que entre lo que le corresponde hacer al hombre no se encuentra el cuidado de sus hijas e hijos ni la educación sexual de niñas que están por entrar a la pubertad. Lo anterior impacta

¹⁰ Una propuesta de metodología para valorar jurídicamente la legitimidad o ilegitimidad de un trato diferenciado y, así, considerarla o no compatible con el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, es el *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, SCJN, 2013.

¹¹ Lousada Arochena, José Fernando, *Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

directamente en la posibilidad de que las personas ejerzamos nuestros derechos en condiciones de igualdad, pues cuando las expectativas estereotípicas de género influyen en las decisiones judiciales, éstas colisionan con las legítimas expectativas de justicia que tienen las personas al acudir ante un juez al considerar que éste basará sus resoluciones en análisis objetivos y razonables de los hechos, las pruebas y las normas presentados ante él, pues esto es lo que garantiza la integridad de un sistema judicial.

Decidir con base en estereotipos implica entonces un proceso de simplificación de las complejidades del mundo y del ser humano lo cual tiene consecuencias jurídicas deplorables en los derechos y en la dignidad de las personas.¹² Los estereotipos reflejan expectativas generales que la sociedad tiene sobre los integrantes de grupos sociales predeterminados, aun y cuando existan diferencias sustanciales entre los integrantes de dicho grupo, pues muchas veces la percepción estereotípica se sustenta en una característica particular que otorga la membresía o pertenencia al grupo lo que permite enfatizar las diferencias que existen entre este grupo y otros. Estas expectativas se manifiestan con claridad en relación con las diferentes categorizaciones y estereotipos de género que subyacen a una sociedad determinada pues, incluso desde la niñez, el género se utiliza como una herramienta de agrupación (niñas/niños, hombres/mujeres, damas/caballeros, etcétera) que genera una categorización binaria que se construye a través de la constante comparación de hombres con mujeres arraigando los estereotipos que tengamos en cualquier diferencia que encontremos. Por lo tanto, las categorizaciones de género se detectan de inmediato, son crónicas y se polarizan fácilmente, contribuyendo así a resaltar las diferencias entre mujeres y hombres,¹³ y atribuyendo a cada una de estas diferencias una función o conducta social que debe ser realizada por la persona.

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

¹³ Ellemers, Naomi, "Gender Stereotypes", *Annual Review of Psychology*, Netherlands, vol. 69, 2018, pp. 275-298.

Esta discriminación por percepción ha sido condenada por la Corte IDH al señalar que ésta tiene el propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona, independientemente de si dicha persona se autoidentifica o no con una determinada categoría. De esta forma, la persona es reducida a la única característica que se le imputa, sin que importen otras condiciones personales. Esta disminución de la identidad se concreta en un trato diferenciado y así, en la vulneración de los derechos de quien lo sufre.¹⁴

Lo anterior obliga a resaltar que en el caso que se analizó, el Tribunal Colegiado se basó en un estereotipo que parte de la idea de que las mujeres son *naturalmente* más aptas para cuidar a los hijos pues los hombres tienen la *función natural* de ser proveedores; situación que les excluye de la posibilidad de ejercer actividades de cuidado como resultado de un trato diferenciado que vulnera el derecho a la igualdad y constituye un acto de discriminación que judicializa prejuicios de género (categoría sospechosa), lo que no solo reafirma el concepto de que las mujeres tienen el deber primario de cuidar a los niños, sino que también les niega a los padres su derecho a participar en la vida de sus hijos después de la separación o el divorcio.

Sobre esto vale la pena recordar las tres dimensiones que Nancy Fraser ha atribuido a la justicia —reconocimiento, redistribución y representación— siendo la primera relevante para el análisis de esta sentencia pues el reconocimiento implica validar a las personas dándoles el mismo respeto sin exigirles que se asimilen a las normas socioculturales dominantes —como las normas que establecen estereotipos de género— incluyendo así en el modelo de justicia a las diferencias de todo tipo.¹⁵ En consecuencia, los estereotipos de género impiden que se valore a una persona tomando en cuenta su potencial y características específicas, pues cuando confiamos nuestras decisiones en las expectativas que tenemos sobre

¹⁴ Corte IDH, *Caso Flor Freire vs. Ecuador*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2016, Serie C, núm. 315, párr. 120.

¹⁵ Fraser, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press, 2010

los integrantes de un grupo y no en los méritos de la persona ofrecemos a la sociedad una visión demasiado simplificada de la realidad justificando las implicaciones simbólicas del género para legitimar la asignación de roles sociales diferentes.

En conclusión, las decisiones que otorgan la guarda y custodia fundamentándose en un estereotipo consolidan los roles de género que colocan al hombre como reproductor/mal cuidador y a las mujeres como reproductora/buena cuidadora. Lo anterior sirve como un prisma a través del cual se ve a los hombres como personas incapaces de cuidar a sus hijos después del divorcio o la separación y a las mujeres como cuidadoras primarias que necesitan el apoyo del hombre para sobrevivir, situación que tiene consecuencias devastadoras en el desarrollo tanto de hombres como de mujeres. Esto puede apreciarse en el caso que se analiza pues al decidir el Tribunal Colegiado con base en la aceptación de estereotipos de sexo/género, se impide al padre su plena realización al encasillar su proyecto de vida en las expectativas sociales que se tienen de él, marginándolo así de su ámbito familiar.

Otro efecto pernicioso de la sentencia del Tribunal Colegiado que debe tomarse en cuenta es que dicha resolución reproduce prejuicios de género que luego pueden ser tomados como precedentes que serán seguidos por tribunales de jurisdicción inferior lo cual no conducirá únicamente a la reproducción de errores judiciales sino al fortalecimiento mismo del sesgo de género. De ahí que el juez y demás funcionarios judiciales sean prudentes al momento de resolver y tengan conciencia sobre el potencial transformador o perpetuador que su labor judicial puede tener sobre las relaciones asimétricas de poder basadas en estereotipos de cualquier índole. Tener claridad sobre esto nos lleva a tener mayor profundidad a la hora de evaluar los efectos que una sentencia como la revocada por la Primera Sala tiene en el constructo social sobre los grupos a los que consciente o inconscientemente se están estereotipando directamente (hombres y mujeres con capacidades o incapacidades naturales para cuidar a sus hijos e hijas), y afectando indirectamente (todas aquellas personas y situaciones que no entren en esta visión

binaria y dicotómica propuesta por el Tribunal Colegiado) con una medida en principio no dirigida a ellos y que se pretende justificar a partir de una errónea interpretación del principio del interés superior de niñas y niños pues éste, al suponer un canon hermenéutico constitucional/convencional y un eje rector de las decisiones que cualquier autoridad tome con respecto a una niña o un niño,¹⁶ hubiera puesto el bienestar de las niñas en el centro del proceso judicial, dejando de lado los atributos de género de los padres como pauta resolutive.

IV. ANÁLISIS DE RAZONABILIDAD

La exigencia de razonabilidad en el trato diferenciado ha sido contemplada por la Corte IDH en una opinión consultiva donde señaló que no toda diferencia de trato puede considerarse discriminación pues cuando la distinción expresa de forma proporcionada una fundamentada conexión entre las diferencias y los objetivos de la norma, y no se aparta de la justicia ni de la razón, es válido afirmar que dicha distinción no es arbitraria ni caprichosa ni vulnera la dignidad de la naturaleza humana.¹⁷

En el ámbito constitucional, si bien nuestra Constitución no contiene ninguna disposición que consagre el principio de razonabilidad,

¹⁶ Respecto a la aplicación del principio del interés superior de niñas y niños como método para decidir libres de estereotipos de género, debe resaltarse la existencia de estudios y posiciones que critican este principio por considerarlo incierto y flexible ya que, sostienen estos estudios, lo que es benéfico para una niña o un niño puede ser subjetivo. Sin embargo, a pesar de esta cuestionable debilidad, la aplicación de este principio en procesos dirigidos a determinar la custodia, es considerada la mejor opción para resolver estas disputas al intentar proteger objetivamente los derechos fundamentales de niñas y niños que se encuentran dentro de procesos de custodia.

Difonzo, J. H., "From the Rule of One to Shared Parenting: Custody Presumptions in Law and Policy", *Family Court Review*, vol. 52, núm. 2, abril de 2014, pp. 213-239, disponible en: https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/faculty_scholarship/520.

¹⁷ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución de Costa Rica*, 19 de enero de 1984, Serie A (4), párr. 57.

su artículo primero establece una especie de límites de razonabilidad respecto de las autoridades al mandar que éstas deberán proteger, respetar y garantizar todos los derechos humanos contemplados en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales México sea parte. Por ello, la mejor forma de aplicar un test de razonabilidad es a partir de realizar una confrontación con el bloque de constitucionalidad (aplicación de la interpretación conforme), y a partir de ahí determinar que cualquier trato desigual que se efectúe por parte de los poderes públicos y que vulnere la esfera de los derechos constitucionales y convencionales, deberá legitimarse como necesario para proteger un bien superior al que se vulnera.

Por ello, el análisis de razonabilidad requiere aplicarse a partir de un método bien establecido pues de lo contrario podrían generarse criterios y sentencias poco razonables y discrecionales al no fundamentarse en herramientas argumentativas que permitan analizar razonablemente el caso.¹⁸ Este mecanismo permite verificar la existencia de un trato diferenciado para posteriormente evaluar si la distinción aplicada en cada caso es razonable y objetiva. Para realizar dicha evaluación la práctica internacional propone efectuar al menos tres tareas: 1) examinar la *idoneidad* del acto, es decir, si éste persigue un fin legítimo; 2) determinar la *necesidad* del acto, es decir, comprobar que éste era indispensable para alcanzar el fin perseguido; 3) evaluar la proporcionalidad del acto con el fin legítimo que se busca, es decir, que éste sea razonable con el resultado que se pretende conseguir.

En consecuencia, y haciendo uso de estas *máximas de razonabilidad*, podríamos valorar, en primer lugar, si la decisión de no otorgar la guardia y custodia al padre bajo el argumento de que al no ser mujer no podría guiar y orientar a sus hijas durante la transición biológica que implica llegar a la pubertad, tiene un fin constitucional legítimo, es decir, si busca proteger, respetar o garantizar algún

¹⁸ Vázquez Valencia, Luis Daniel, “La razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos: propuesta de un test”, *Alegatos*, México, vol. 30, núm. 92, 2017, pp. 79-106.

derecho. En este punto, tanto la Sala de lo Familiar como el Tribunal Colegiado argumentaron el interés superior de las niñas para decidir otorgar la guarda y custodia a la madre, por lo que el trato diferenciado que se le dio al padre pareciera cumplir con este primer elemento de razonabilidad (buscar un fin legítimo) al argumentar que la decisión judicial es para la mejor protección del desarrollo de las niñas. Sin embargo, en este punto habría que considerar si reconocer a la madre como la mejor posicionada para que las niñas cuenten con el apoyo necesario para su desarrollo integral fue efectivamente una decisión amparada y protegida por nuestro modelo constitucional. Sobre este punto la Primera Sala ha señalado que la justificación que ofrece el Colegiado se ampara en una visión estereotipada lo cual vulnera lo establecido en el artículo 4o. constitucional, así como lo consagrado en el 1o. al fundamentar la decisión en una de las categorías sospechosas incluidas en dicho artículo. El artículo 4o. constitucional no contempla un concepto único ni específico de familia por lo que dicha protección constitucional abarca cualquier representación de la misma, incluidas todas aquellas conformadas por un padre y dos hijas. De esta manera, me parece que tanto la decisión de la Sala de lo Familiar como la del Tribunal Colegiado no logran superar este primer escalón del test de razonabilidad propuesto pues, si bien tener como propósito el desarrollo integral de las niñas puede ser calificado como un fin legítimo e idóneo, no se puede aceptar que exista una sola vía para lograr este desarrollo, menos aun cuando los argumentos reproducen un modelo sexista que arraiga en el constructo social estereotipos de género.

En segundo lugar, para continuar con la aplicación de este test de razonabilidad a las decisiones judiciales analizadas, debe determinarse si no existía una medida menos lesiva para proteger los derechos en juego. Cabe recordar, como se ha señalado anteriormente, que los derechos sobre los que se está discutiendo en este análisis no son únicamente los de la madre o el padre a ostentar la guarda y custodia, sino también los derechos de las niñas a su desarrollo integral. Por lo tanto, en este punto, lo que cabría preguntarse es si existía una medida igual o más efectiva para alcanzar el fin

que tanto la Sala de lo Familiar como el Tribunal Colegiado se propusieron (proteger el desarrollo integral de las niñas) lesionando menos derechos o en menor intensidad (principio de mínimo daño). Para determinar esto me parece relevante la posición de la Primera Sala al ordenar al Tribunal Colegiado dictar una nueva sentencia en la que considerase cuál es el escenario más benéfico para las niñas.

Finalmente, se debe evaluar la medida analizada para determinar si ésta mantiene una correspondencia sensata con el fin que se pretende alcanzar. Es en este punto donde se demanda con mayor fuerza la existencia de razones justificatorias y no explicativas que legitimen la decisión de otorgar un trato diferenciado pues la sensatez del trato diferenciado se supedita a que éste tenga un claro sustento democrático; esto es, que atienda coherentemente a los criterios constitucionales/convencionales establecidos antes de determinarse la intervención a un derecho pues, de lo contrario, el trato diferenciado sería arbitrario y discriminatorio. Por ello, la Primera Sala resolvió correctamente que el otorgamiento de la guarda y custodia de las niñas no debe darse en automático, sino que debe estar sujeto a un análisis de razonabilidad libre de estereotipos de género. La Comisión IDH ha establecido que cuando se utilizan categorías sospechosas, como el sexo/género, para tratar de manera diferenciada a una persona, el Estado debe esgrimir razones de peso que legitimen dicho trato, pues dichos criterios constituyen focos rojos que presumen un trato discriminatorio, por lo que dicho trato, en principio, debe presumirse ilegítimo.¹⁹

Por lo tanto, en este análisis de razonabilidad cobra relevancia la perspectiva de género como metodología de intervención pues ésta, a partir de cuestionar el prototipo de un único ser humano universal y neutral y de deconstruir los roles y consecuencias que social y culturalmente se asigna a los cuerpos, permite detectar si el trato diferenciado se basa en alguna categoría sospechosa y si éste

¹⁹ Comisión IDH, *Igualdad y no discriminación. Estándares interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II.171, del 12 de febrero de 2019.

es necesario y legítimo o arbitrario y discriminatorio. En consecuencia, la perspectiva de género es una metodología funcional que no se enfoca únicamente a las mujeres sino a todas las personas en su contexto y en sus necesidades.

La decisión que revocó la Primera Sala evidenció prácticas basadas, en primer lugar, en un *sexismo de sobre-especificación y de familismo*, pues al resolver el Colegiado que la madre está en una mejor posición para cuidar a sus hijos porque es mujer y las mujeres tienen una tendencia natural a atender mejor a los hijos, está presentando como específico de un sexo actitudes y necesidades que no son propias de un sexo sino de ambos, pues un padre también siente la necesidad de otorgar cuidados a sus hijos. En segundo lugar, un *sexismo de doble parámetro y dicotomismo sexual* al establecerse que toda vez que las niñas son mujeres al igual que la madre, lo mejor para ellas es estar con la madre quien está en una mejor posición para guiarlas durante la pubertad. En consecuencia, el Tribunal Colegiado valora con distintos parámetros la solicitud de ambos progenitores basándose en un dicotomismo sexual que deviene de los deberes impuestos social y culturalmente a cada sexo.²⁰

V. CONCLUSIÓN

Es posible señalar que la decisión del Tribunal Colegiado, correctamente revocada por la Primera Sala, fue generadora, en primer lugar, de discriminación directa al padre de las niñas al determinar que él no puede y no debe ejercer la guarda y custodia de sus hijas basándose, para resolver lo anterior, en estereotipos relacionados con el sexo y el rol de género del padre (distinción no razonable). Pero, en segundo lugar, dicha resolución también tuvo como resultado una discriminación indirecta al tener un impacto adverso en el reconocimiento y protección de los derechos de las mujeres

²⁰ Facio, Alda, *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, ILANUD Programa Mujer, Justicia y Género, 1996.

al reafirmar roles de género adscritos históricamente que impiden salir del estereotipo del cuidado familiar como un elemento de su naturaleza, y el modelo ideal de la organización de la familia en el entorno social contemporáneo.

La sentencia no solo evidencia un entorno distinto en el ámbito de la igualdad, por el que la Suprema Corte ha ido recorriendo los caminos más solventes en el derecho comparado y el derecho internacional, a efecto de aplicar un control estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas, sino que además ha potenciado toda una reconfiguración del derecho de familia en clave constitucional. Esto ha permitido ir moviendo el lastre que el patriarcado representa en nuestra sociedad teniendo a las herramientas jurídicas a su favor, y ha demostrado que el derecho puede realmente socavar enclaves sociales anquilosados.

Seguramente una de las líneas jurisprudenciales de la Suprema Corte, como Tribunal Constitucional a partir de la reforma a la Constitución de 1994 y la rampante resolución de casos sobre derechos humanos que ha asumido en los últimos lustros, sea la configuración del derecho de familia como derecho constitucional de los derechos humanos. Sin duda, las distintas formas de relación familiar entre las personas, marcadas por la homologación en su conformación orgánica, un trato desigual a sus miembros,²¹ así como la heteronormatividad y la consideración de lo “natural”, plasmadas en los códigos correspondientes, han abierto paso a una configuración desde el derecho a la igualdad, los aportes de los movimientos feministas y la perspectiva de género, que han favorecido radicar en un problema de constitucionalidad cuestiones que se satisfacían en la esfera del código y que, a partir de prohibiciones basadas en estereotipos, reducían de manera drástica el ejercicio de los derechos humanos comprometidos en la organización de la familia.

²¹ Espejo Yaksic, Nicolás, “La constitucionalización del derecho familiar”, en Espejo, Nicolás e Ibarra, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019, p. 4.

Por otra parte, la constitucionalización del derecho de familia ha tenido también una potente finalidad política, hacia adentro y hacia afuera del propio núcleo familiar, a partir de la cual se puede apreciar a los derechos humanos, no solo desde su dimensión vertical, en donde su respeto y protección es responsabilidad de los servidores públicos, sino también desde su dimensión horizontal para intervenir de manera más efectiva en cualquier situación de hecho o de derecho que manifieste una relación asimétrica de poder ilegítima (es decir, basada en prejuicios o estereotipos) entre los miembros de la familia.

Por ello, hablar de la constitucionalización del derecho de familia es hablar de la penetración de la cultura de derechos humanos en las relaciones familiares y sus efectos en la forma en la que hoy entendemos el derecho familiar, de manera que los temas familiares, solucionados siempre en el ámbito privado, hoy se han constituido en nuevos ejes constitucionales que han impactado en la transformación y evolución del derecho de familia: interés superior de niñas, niños y adolescentes (quienes han dejado de ser vistos como sujetos de tutela para convertirse en sujetos de derechos); la transformación de diversas instituciones familiares como el matrimonio o la adopción; la recomposición del papel del Estado frente a la autonomía familiar (la cual no puede ejercerse en contra de las obligaciones que genera la responsabilidad parental); el derecho a la identidad sexo-genérica; el principio de igualdad aplicado, entre otras cuestiones, a la seguridad social, a la homoparentalidad, a la monoparentalidad, al derecho laboral o a criterios de guarda y custodia los cuales deben ser evaluados a la luz de la realidad social y familiar de niños y niñas bajo el entendido de que establecer soluciones uniformes implica, en muchas ocasiones, especular o aplicar criterios estereotipados de los roles familiares. Y justo para que, mediante el reconocimiento de las distintas modalidades de organización familiar, se proteja la igualdad, se evite la discriminación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO OCHOA, José Luis, “Feminismo y derechos humanos: las rutas del diálogo trazadas por el trabajo de Marta Lamas”, en Serur, Raquel y Vélez, Fabio (comps.), *Marta Lamas dialoga con XI*, cuaderno 16, México, UNAM, 2019.
- CABALLERO OCHOA, José Luis y García Huerta, Daniel, “Los rumbos jurisprudenciales de la interpretación conforme: alcances y límites sobre su aplicación en la Corte Suprema mexicana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 41, julio-diciembre de 2019.
- COOK, Rebecca y CUSACK, Simone, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010.
- ELLEMERS, Naomi, “Gender Stereotypes”, *Annual Review of Psychology*, Netherlands, vol. 69, 2018.
- ESPEJO, Nicolás e IBARRA, Ana María (eds.), *La constitucionalización del derecho de familia. Perspectivas comparadas*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.
- FACIO, Alda, *Cuando el género suena cambios trae: una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José, ILANUD Programa Mujer, Justicia y Género, 1996.
- FIGUEROA, R., “Igualdad y discriminación”, en GONZÁLEZ, Felipe y VIVEROS, Felipe (eds.), *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público*, Chile, Universidad Diego de Portales, 2000.
- FRASER, Nancy, *Scales of Justice. Reimagining Political Space in a Globalizing World*, Nueva York, Columbia University Press, 2010.
- HERBIE DIFONZO, J., “From the Rule of One to Shared Parenting: Custody Presumptions in Law and Policy”, *Family Court Review*, Long Island, núm. 52, vol. 2, 2014.
- LAMB, Michael, *The Role of the Father in Child Development*, 4a. ed., New Jersey, John Wiley & Sons, 2004.

- LOUSADA AROCHENA, José F., *Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- ORENGO, Stella A., *Gender Dimensions of Court Awarded Child Custody: A Case Study of the Nairobi Children's Court*, Nairobi, University of Nairobi, 2018.
- SALDAÑA PÉREZ, Lucero, *Poder, Género y Derecho. Igualdad entre Mujeres y Hombres en México*, México, CNDH, 2007.
- SCJN, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, México, SCJN, 2015.
- STRUCHINER, Noel y HANNIKAINEN, Ivar, "Gender Stereotypes Underlie Child Custody Decisions", *European Journal of Social Psychology*, Münster, vol. 49, núm. 3, 2019.
- VÁZQUEZ VALENCIA, Luis Daniel, "La razonabilidad y el contenido esencial de los derechos humanos: propuesta de un test", *Alegatos*, México, vol. 30, núm. 92, 2017.