

Décima Época	Núm. de Registro: 25103
Instancia:	Primera Sala
Fuente:	Semanario Judicial de la Federación

Publicación: viernes 27 de junio de 2014 09:30 h

GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL.

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].

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 2618/2013. 23 DE OCTUBRE DE 2013. MAYORÍA DE CUATRO VOTOS DE LOS MINISTROS ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA, JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ, QUIEN FORMULÓ VOTO CONCURRENTES, ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA Y OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS. DISIDENTE: JORGE MARIO PARDO REBOLLEDO, QUIEN FORMULÓ VOTO PARTICULAR. PONENTE: ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA. SECRETARIOS: ANA MARÍA IBARRA OLGUÍN Y ARTURO BÁRCENA ZUBIETA.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.-Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es legalmente competente para conocer del presente recurso de revisión, en términos de lo dispuesto por los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 84, fracción II de la Ley de Amparo abrogada, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de abril de 2013, la cual resulta aplicable para resolver el presente asunto en términos del artículo tercero transitorio del mismo decreto;(2) 21, fracción III, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, y en relación con los puntos primero y tercero del Acuerdo General Número 5/2013, emitido por el Pleno de este Alto Tribunal, el trece de mayo de dos mil trece, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día veintiuno del mismo mes y año, en virtud de haberse interpuesto en contra de una sentencia dictada por un Tribunal Colegiado de Circuito en un juicio de

amparo directo en donde se interpretaron directamente los artículos 1o. y 4o. constitucionales y, en el caso, no resulta necesaria la intervención del Tribunal Pleno para conocer del asunto.

SEGUNDO.-El recurso de revisión es oportuno de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley de Amparo abrogada, ya que la sentencia recurrida, se notificó por lista a la parte ahora recurrente el lunes 1 de julio de 2013, la cual surtió efectos el martes 2 siguiente; por tanto, el plazo de diez días para la interposición del recurso transcurrió del miércoles 3 de julio al jueves 1o. de agosto de 2013, descontándose los 6, 7, 13 y 14 de julio de 2013 por ser sábado y domingo y, en consecuencia, inhábiles de conformidad con los artículos 23 de la Ley de Amparo abrogada y 163 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como los días del 16 al 31 de julio, por corresponder al primer periodo vacacional del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Por tanto, si el recurso fue interpuesto el 11 de julio de 2013 ante el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, es claro que el mismo resulta oportuno.

TERCERO.-Estudio de la procedencia del recurso de revisión. Antes de abordar el análisis de los argumentos hechos valer por la parte recurrente, debe examinarse si el presente asunto reúne los requisitos de importancia y trascendencia para estar en aptitud de decidir si el recurso es o no procedente.

Con esa intención conviene destacar, en principio, que de la interpretación armónica de los artículos 107, fracción IX, de la Constitución General de la República; 83, fracción V, 84, fracción II, 86 y 93 de la Ley de Amparo, y 10, fracción III, y 21, fracción III, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el Acuerdo Número 5/1999 del Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio del 1999, se obtiene que la procedencia del recurso de revisión contra sentencias que en amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, se encuentra condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos:

A. Que en la sentencia recurrida se formule un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una ley, tratado internacional o reglamento, o la interpretación directa de un precepto constitucional; o que, de haberse planteado alguna de esas cuestiones en la demanda de amparo, se haya omitido su estudio, situación a la que se equipara cuando se haya desestimado el concepto ante una calificativa de inoperancia, ineficacia o insuficiencia de los conceptos de violación planteados, esto último, de conformidad con el criterio sustentado por el Pleno de este Alto Tribunal en la contradicción de tesis 17/2007, resuelta en sesión de veinte de noviembre de dos mil ocho, de donde derivó la jurisprudencia 26/2009,

cuyo rubro es: "REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. PROCEDE CUANDO EL TRIBUNAL COLEGIADO OMITE REALIZAR EL ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD PLANTEADA EN LA DEMANDA POR CALIFICAR DE INOPERANTE, INSUFICIENTE O INATENDIBLE EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN RELATIVO.";(3) y,

B. Que el problema de constitucionalidad entrañe la fijación de un criterio jurídico de importancia y trascendencia, a juicio del Pleno o la Sala respectiva.

En ese sentido, la fracción II del propio punto primero del Acuerdo Plenario Número 5/1999, establece que, por regla general, se entenderá, que no se surten los requisitos de importancia y trascendencia cuando:

- a) Exista jurisprudencia sobre el tema de constitucionalidad planteado.
- b) No se hayan expresado agravios o cuando, habiéndose expresado, sean ineficaces, inoperantes, inatendibles o insuficientes, siempre que no se advierta queja deficiente que suplir.
- c) En los demás casos análogos a juicio de la Sala correspondiente.

Los anteriores lineamientos se confirman en la tesis de jurisprudencia número 2a./J. 64/2001, de la Segunda Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, que esta Primera Sala comparte, cuyo rubro es: "REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA."(4)

En el presente caso, el recurso cumple los requisitos de procedencia antes mencionados, en tanto debe interpretarse el interés superior del menor contenido en el artículo 4o. constitucional en relación con el derecho a la no discriminación previsto en el artículo 1o. de la Constitución General.

En efecto, la recurrente señala que se vulnera su derecho a la no discriminación al fundar la determinación de guarda y custodia de las menores en la situación económica y de salud de la madre. Asimismo, se cuestiona si resultó acorde al interés superior del niño, la interpretación que el órgano colegiado realizó de la fracción II del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que dispone que si no se llega a ningún acuerdo respecto a la guarda y custodia, los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor. Finalmente, a la luz de dicho principio se plantea si debe privilegiarse la opinión de los menores al momento de decir a quién le corresponde la guarda y custodia.

Como se observa, todas las problemáticas planteadas consisten en determinar el alcance del interés superior de la infancia, así como desarrollar el contenido del principio de igualdad y no discriminación. Es particularmente relevante analizar, cuándo el Juez está autorizado a introducir como aspectos relevantes, entre los factores que deben ponderarse para determinar a qué padre le corresponde la guarda y custodia, el que alguno de los padres comparta alguna de las categorías protegidas por el artículo 1o. constitucional.

CUARTO.-Estudio de fondo. El recurrente plantea en esencia las siguientes cuestiones: (I) que la guarda y custodia le corresponde a la madre, salvo que se demuestre que se causaría un perjuicio a los menores; (II) que el Tribunal Colegiado vulnera el derecho a la no discriminación al fundar la determinación de guarda y custodia de las menores en la situación económica y de salud de la madre; e (III) interpreta indebidamente el interés superior del niño al privilegiar en su resolución la opinión de las menores. Tiene razón la recurrente al afirmar que existió un trato discriminatorio en su contra, al sustentarse injustificadamente la determinación de la guarda y custodia en su condición de salud. El resto de los planteamientos resultan infundados.

Preámbulo. El interés superior del niño como eje rector de las resoluciones judiciales sobre guarda y custodia.

En primer lugar debe señalarse que constituye un deber del juzgador, el privilegiar el interés superior del niño en cualquier contienda judicial donde se vean involucrados los derechos de los niños. En efecto, dicho principio constituye el límite y punto de referencia último de la institución de la guarda y custodia, así como de su propia operatividad y eficacia. Por lo que la resolución del presente asunto, debe tener como eje y propósito fundamental, el privilegiar el interés de las niñas ***** y ***** , ambas de apellido *****.

El interés superior del niño, tiene asidero constitucional y encuentra también su fundamento en el derecho internacional. En efecto, ya desde la reforma al artículo 4o. constitucional de 7 de abril de 2000, esta Primera Sala había reconocido al interés superior de la infancia como un principio implícito de rango constitucional y como un punto de convergencia con el corpus iuris internacional de protección de la niñez.(5) Posteriormente, la reforma constitucional de 12 de octubre de 2011 incorporó expresamente el interés superior de la niñez en el artículo 4o. constitucional:

"Artículo 4o. ...

"En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el

principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

"Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios."

Asimismo, el interés superior del niño es uno de los principios rectores más importantes del marco internacional de los derechos del niño. No sólo es mencionado expresamente en varios instrumentos, sino que es constantemente invocado por los órganos internacionales encargados de aplicar esas normas. El artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que en cualquier medida que tomen las autoridades estatales deben tener en cuenta de forma primordial el interés superior del niño. Los artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 también mencionan expresamente este principio. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que el interés superior del niño es un "punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades",⁽⁶⁾ y ha dicho también que se trata de un criterio al que "han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos".⁽⁷⁾

Por su parte, el Comité para los Derechos del Niño, ha señalado que: "el principio del interés superior del niño se aplica a todas las medidas que afecten a los niños y exige medidas activas, tanto para proteger sus derechos y promover su supervivencia, crecimiento y bienestar como para apoyar y asistir a los padres y a otras personas que tengan la responsabilidad cotidiana de la realización de los derechos del niño."⁽⁸⁾

Asimismo, esta Suprema Corte ha enfatizado en varios precedentes, la importancia del principio del interés superior en la interpretación y aplicación de las normas relacionadas con los derechos del niño.⁽⁹⁾

Se ha señalado que el interés superior de la niñez cumple con varias dimensiones o funciones normativas:⁽¹⁰⁾ (i) como pauta interpretativa aplicable a las normas y actos que tengan injerencias respecto de los derechos de niñas y niños;⁽¹¹⁾ y (ii) como principio jurídico rector que exige una máxima e integral protección de los derechos cuya titularidad corresponde a un menor de edad.⁽¹²⁾

En consecuencia, en los juicios en los que directa o indirectamente se ven involucrados los derechos de los menores, el interés superior del niño le impone al Juez resolver la controversia atendiendo a lo que es mejor para el niño.

I. Interpretación del artículo del 4.228 del Código Civil del Estado de México, de acuerdo al interés superior del niño. La guarda y custodia de los niños menores de 10 años no le corresponde en automático a la madre.

Ahora bien, la recurrente argumenta que las menores deben quedar a su cuidado con base en el inciso a) de la fracción II del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que dispone que si no se llega a ningún acuerdo respecto a la guarda y custodia, los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor.

Esta Primera Sala, ya ha señalado cuál debe ser el entendimiento de dicho precepto. En el amparo directo en revisión 1573/2011, del cual derivaron las tesis de rubro: "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL."(13) y "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).";(14) se afirmó que la guarda y custodia no deberá ser otorgada, en automático y sin más razonamiento, a la madre, a pesar de la preferencia establecida por el legislador.

En aquella ocasión, se señaló que la guarda y cuidado de los hijos es uno de los objetos más comprometidos de la decisión judicial que impone la organización futura de cualquier familia a partir de la situación creada por la ruptura definitiva de la convivencia conyugal entre sus progenitores. Dicha determinación es, desde luego, sumamente compleja.

La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del interés superior del menor, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta. La dinámica de las relaciones familiares es extraordinariamente compleja y variada y es dicha dinámica y las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia, la que determinará cuál es el sistema de custodia más beneficioso para los menores.

En tal sentido, los Jueces deben indagar, no sólo el menor perjuicio que se le pueda causar al menor, sino que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino lo que es aún más importante, en el futuro. La tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más idónea para el menor.

Es en estos términos, aun tratándose de los niños pequeños, a la hora de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, el Juez ha de valorar las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio, y no sólo el menos perjudicial, para el desarrollo integral de la personalidad del menor.

Para tal efecto, el Juez debe atender a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, entre muchos otros elementos que se presenten en cada caso concreto.

En tal sentido, fue correcta la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado de Circuito al artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, en atención al interés superior del niño. La determinación de la guarda y custodia no debía otorgarse en automático a la madre, sin antes valorar qué situación resultaba más benéfica para las niñas. Además, de autos consta que la menor ***** tiene 13 años de edad.(15)

II. Sobre la evaluación de la condición de salud y situación económica de la madre.

Como segundo agravio, la recurrente plantea que se vulneró su derecho a la no discriminación, al haberse fundado la pérdida de la guarda y custodia sobre sus menores hijas, en su condición de salud y situación económica. La resolución de este planteamiento implica el evaluar la decisión judicial a la luz de los principios de igualdad e interés superior del niño.

Para lo anterior, se utilizará la metodología empleada por la Corte Interamericana

de Derechos Humanos (CoIDH) en el Caso Atala Riffo.(16) En dicho asunto se analizó si la sentencia que resolvió el recurso de queja y la decisión de tuición provisional constituyeron hechos en los que se discriminó a la señora Riffo.(17) Como puede observarse, se trataba de evaluar, como en el presente caso, una decisión judicial.

La CoIDH, en primer lugar, analizó i) si las decisiones judiciales estuvieron basadas en la orientación sexual de la madre. Con dicho propósito, se estableció la existencia de un vínculo o nexo causal entre la orientación sexual de la madre y las resoluciones.(18) Posteriormente, la Corte evaluó ii) si dichas determinaciones constituyeron un trato discriminatorio.(19)

Respecto al primero de los argumentos, es necesario enfatizar que toda contienda judicial en el que se vean involucrados menores de edad, debe regirse por el interés superior del niño. Así, el planteamiento del recurrente debe reformularse en el sentido de si dicho principio autoriza que el órgano judicial confiera la guarda y custodia con base en la salud y situación económica de la madre, y si el uso de dichas razones, en el caso concreto, resulta discriminatorio.

Con base en dicha metodología esta Primera Sala analizará: (i) los alcances del derecho a la igualdad y no discriminación, así como la salud y situación económica como categorías protegidas por la Constitución y tratados internacionales, (ii) si la determinación de guarda y custodia se fundó en la condición de salud y situación económica de la madre y, de ser así, (iii) si dicha diferencia de trato constituyó discriminación, para lo cual se evaluarán en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato en razón del interés superior del niño y las presunciones de riesgo en perjuicio de las niñas.

De acuerdo con lo anterior, además se precisa que esta Primera Sala no ponderará si la madre o el padre de las niñas ofrecía un mejor hogar para las mismas, ni valorará las pruebas que obran en autos con ese fin específico, debido a que dichas cuestiones no pueden ser analizadas en esta vía. En el presente asunto se determinará si el órgano colegiado ha vulnerado o no el derecho a la no discriminación.

i. Alcances del derecho a la igualdad y no discriminación. La salud y situación económica como categorías protegidas.

El principio de igualdad está previsto en el artículo 1o. de la Constitución General a través de la prohibición de discriminación.

"Artículo 1o."...

"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."

Asimismo, el derecho a la igualdad está reconocido en el orden jurídico internacional en los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos,(20) en los artículos 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;(21) y por cuanto hace al sistema convencional interamericano destacan el preámbulo y artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre(22) y los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.(23)

La Corte Interamericana señaló en su opinión consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, que:

"La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza."(24)

No obstante, la CoIDH ha establecido que "no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana".(25) En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en "los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos", advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable".(26)

Asimismo, la CoIDH estableció que: "no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos

de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana."(27)

En los mismos términos esta Primera Sala estableció en la tesis 1a. CXLV/2012 (10a.), de rubro: "IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. SU CONNOTACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL.",(28) que la noción de igualdad deriva directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad de la persona, frente a la cual, es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que se reconocen a quienes no se consideran en tal situación de inferioridad. Sin embargo también se señaló que, no todo tratamiento jurídico diferente es discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.

Así, la igualdad constituye un principio derivado de la noción de idéntica dignidad de las personas, la cual prohíbe la discriminación en la distribución de derechos. Será discriminatoria la asignación de derechos si éstos se confieren distinguiendo situaciones de manera injustificada. Asimismo, y de acuerdo con la doctrina especializada, cuando el principio de igualdad se materializa en el contenido o en la aplicación de la ley, se le denomina igualdad ante la ley.(29)

En esa misma línea, la CoIDH ha establecido que mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley".(30)

En el orden nacional, esta Suprema Corte ha establecido, que si bien es cierto que los principios de igualdad ante la ley y no discriminación están estrechamente vinculados, también lo es que no son idénticos aunque sí complementarios. Lo anterior se reflejó, en las tesis de rubro: "IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. SU CONNOTACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL. IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL."(31)

ii. La salud y situación económica como categorías protegidas.

Ahora bien, cuando la asignación de derechos se basa en alguna de las categorías protegidas por el artículo 1o. constitucional, existe una sospecha de que la distinción es discriminatoria, por tanto, se exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso.

En esos términos, en el amparo en revisión 581/2012, esta Primera Sala afirmó

que una distinción se basa en una categoría sospechosa cuando utiliza alguno de los criterios enunciados en el último párrafo del artículo 1o. constitucional: origen étnico, nacionalidad, género, edad, discapacidad, condición social, salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, 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".

La utilización de estas categorías debe examinarse con mayor rigor precisamente porque sobre ellas pesa la sospecha de ser inconstitucionales. En estos casos, puede decirse que las leyes que las emplean para hacer alguna distinción se ven afectadas por una presunción de inconstitucionalidad.(32) Con todo, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, lo que prohíbe es su utilización de forma injustificada. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta. Este criterio está contenido en la tesis 1a. XCIX/2013 (10a.), de rubro: "IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO."(33)

Así, en tanto en el artículo 1o. se protege la condición social y de salud, existe la sospecha de que cualquier distinción con base en estas categorías es discriminatoria, por lo que su fundamentación debe ser especialmente rigurosa y de mucho peso.

Respecto al análisis de decisiones judiciales en el que se asignan o niegan derechos con base en las categorías sospechosas, la CoIDH estableció como pauta interpretativa en el Caso Atala Riffo, que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada "fundamental y únicamente" en la categoría alegada, sino que basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta para adoptar una determinada decisión.(34) Asimismo, señaló que para analizar si la distinción es discriminatoria deben evaluarse en forma estricta las razones que se alegaron para justificar dicha diferencia de trato.(35)

En el presente asunto, la medida a analizar constituye un potencial caso de discriminación en el que debe determinarse si se niega injustificadamente el derecho de la madre a ejercer la guarda y custodia sobre sus menores hijas con motivo de su salud y condición económica. Como en el Caso Atala Riffo, la medida a evaluar es una decisión judicial, esto es, la sentencia en virtud de la cual se niega la guarda y custodia de las niñas a la hoy recurrente.

iii. La decisión judicial de guarda y custodia estuvo motivada en la salud y en la

condición económica de la madre.

En este primer nivel de análisis, debe determinarse si la decisión judicial estuvo motivada en las categorías de salud y situación económica de la madre. Esto es, si el órgano judicial consideró en su resolución las condiciones de salud y economía de la ahora recurrente como factores a ponderar en la determinación de guarda y custodia de las niñas.

Para lo anterior, es necesario analizar los argumentos expuestos por del Tribunal Colegiado, el lenguaje utilizado y el contexto en que se tomó la decisión judicial.(36) Así, será posible determinar si existió un vínculo o nexo causal entre la salud y situación económica de la madre y la determinación de guarda y custodia.

Debe precisarse asimismo, que en tanto la salud y condición económica son categorías protegidas por la Constitución, no es necesario que la decisión del Tribunal Colegiado de Circuito esté basada "fundamental y únicamente" en dichas circunstancias. Basta con que tales condiciones hayan sido tomadas en cuenta por el juzgador.(37)

De la lectura de la decisión judicial, en virtud de la cual, se confirió la guarda y custodia al padre de las menores, es claro que el órgano colegiado motivó su resolución, entre otras cuestiones, en la salud y condición económica de la hoy recurrente.

Respecto a su condición de salud concluyó que la progenitora "no se encuentra en las mejores condiciones de salud, pues padece enfermedades que le generan un estado emocional y físico que no es el más conveniente para atender la alta responsabilidad que implica el cuidado de las menores" (página 119).(38) El Tribunal Colegiado de Circuito llegó a la anterior conclusión con base en las siguientes razones: (i) que la madre se encuentra enferma de lupus y artritis, enfermedades que aunque no se pudieron justificar el grado de daños en el cuerpo y/o el tratamiento que se está siguiendo para su control, y aun estimando que son controlables, también es cierto que para su tratamiento se necesitan cuidados especiales (página 115),(39) (ii) que también padece de neurosis pero que no toma pláticas que le permitan controlar dicho síndrome (página 101),(40) (iii) que tales enfermedades en ocasiones la imposibilitan físicamente para atender y estar pendiente de las necesidades de las infantes (páginas 88, 92, 93, 115 y 119)(41) y, (iii) que dicha situación puede comprometer la integridad física y emocional de las menores (página 93).(42)

Respecto al medio económico en el que se desenvuelven los padres, el Tribunal Colegiado refirió que, derivado de la pericial en trabajo social y del análisis

pormenorizado de dicha prueba, el padre tiene mejores condiciones económicas y sociales, analizando todo el entorno social y familiar en el que se desarrolla, sus actividades laborales, condiciones del inmueble donde habita, entorno familiar (redes de apoyo familiar), etcétera (páginas 117 y 119).(43)

Las consideraciones arriba sintetizadas y el lenguaje utilizado en la sentencia, permiten apreciar que la condición de salud y situación económica de la madre, tuvieron cierta relevancia en la decisión que tomó el órgano colegiado. Ello evidencia un nexo o vínculo causal entre tales circunstancias y la decisión judicial.

Aun cuando el Colegiado ponderó otros factores, los cuales evaluados en su conjunto pueden justificar que dicho órgano otorgara la guarda y custodia al padre de las niñas (que las menores viven en el domicilio del padre, que fueron objeto de tocamientos por un tío materno cuando la madre dejaba a las menores bajo su cuidado, que la familia paterna proporciona apoyo afectivo y que las menores manifestaron sentirse más cómodas en el domicilio paterno), es imposible determinar el peso específico que jugaron cada uno de ellos. En la determinación de la guarda y custodia, todos los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, influyen la decisión judicial y, en ocasiones, es imposible disociarlos y establecer cuál de ellos inclina el otorgamiento de la guarda y custodia a uno de los padres. Dichos factores deben ser evaluados integralmente, buscando siempre proteger el interés superior de los menores.

iv. ¿La determinación de guarda y custodia con base en las categorías alegadas constituyó un trato discriminatorio en contra de la madre de las menores?

Esta Suprema Corte y la CoIDH, han señalado que el interés superior del niño es en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso.(44) Se ha dicho además, que cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que afecten los derechos de los menores, el interés superior del niño demanda de los órganos jurisdiccionales la realización de un escrutinio mucho más estricto en relación con la necesidad y proporcionalidad de la medida en cuestión.(45)

Así, debe determinarse si la motivación esgrimida en la decisión ahora analizada es adecuada para alcanzar el fin que pretende proteger, éste es, el interés superior del niño. Este escrutinio se realizará de conformidad con los criterios establecidos por esta Suprema Corte en los distintos precedentes en los que ha aplicado un test de igualdad.(46)

Cuando para determinar dónde se ubica el interés superior del niño, el juzgador pondera alguna de las categorías protegidas por el artículo 1o. constitucional, como la salud, la religión, las preferencias sexuales, o la condición social de

alguno de los padres, debe evaluarse estrictamente si el uso de las mismas está justificado y en consecuencia, si su evaluación tiende a proteger el interés superior del niño.

Un uso justificado de las categorías protegidas por la Constitución será aquel que evidencie con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias tienen un impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño. La situación de riesgo que se alegue debe ser probada, y no especulativa o imaginaria. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres que se cataloguen como categorías protegidas por la Constitución.(47)

Sólo en caso de que se pruebe la existencia de un riesgo para el desarrollo de los niños, podrá afirmarse que la ponderación de las categorías protegidas por la Constitución tiende a proteger el interés superior del niño. De otro modo su alegada protección resultaría especulativa y sin sustento alguno. Si por el contrario se demuestra tal situación de riesgo, entonces deberá privilegiarse al interés superior del niño frente a la diferencia de trato (pérdida de la guarda y custodia con motivo de dichas circunstancias), la cual, en tanto se encontraría justificada, no sería discriminatoria.

Ahora bien, no obstante la CoIDH se refiere a lo largo de la sentencia Atala Riffo a riesgo y daño indistintamente,(48) debe retomarse el criterio de esta Primera Sala establecido en los amparos directos en revisión 12/2010 y 1038/2013, en tanto dicha interpretación resulta de mayor protección a los derechos del niño.(49) En dichos asuntos se afirmó que de acuerdo al interés superior de la infancia basta que se ponga en riesgo al menor para comprometer los bienes y derechos de los menores, sin que sea necesario que se actualice un daño.

En tales precedentes se afirmó que el principio de interés superior ordena a todas las autoridades estatales que la protección de los derechos del niño se realice a través de medidas "reforzadas" o "agravadas", y que los intereses de los niños deben protegerse con mayor intensidad.(50)

En tanto la protección de los menores es más intensa, no es necesario que la circunstancia a ponderar genere un daño, sino que basta con que la misma "aumente el riesgo" de que los bienes o derechos de los menores se vean afectados.

Aquí conviene hacer una precisión sobre el concepto de riesgo. Si éste se entiende simplemente como la posibilidad de que un daño ocurra en el futuro, es evidente que la eventualidad de que un menor sufra una afectación estará siempre

latente. Hay miles de situaciones imaginables que pueden poner en peligro la integridad de un niño. En este sentido, cualquier menor está en "riesgo" de sufrir una afectación por muy improbable que sea.

Sin embargo, ésta no es una interpretación muy razonable del concepto de "riesgo". De acuerdo con la literatura especializada, el aumento del riesgo "se configura normalmente como una situación en la que la ocurrencia de un evento hace más probable la ocurrencia de otro, de modo que el riesgo de que se produzca este segundo evento aumenta cuando se produce el primero".(51)

Aplicando dicha teoría a las contiendas de guarda y custodia, se reitera que el interés superior de la infancia ordena que los Jueces decidan atendiendo a lo que resultará más beneficioso para el niño. Bajo dicha premisa, la situación de riesgo se actualizará si el hecho de que uno de los padres se ubique en una categoría sospechosa (primer evento) hace más probable que el menor se encontrará mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores (segundo evento).

En tal sentido, basta con que el juzgador evidencie que las circunstancias que ponderó, aun cuando éstas constituyan categorías protegidas por la Constitución, hagan más probable "que el niño se encuentre mejor" únicamente bajo el cuidado del otro de los progenitores.

No obstante lo anterior, la existencia del riesgo así considerado con base alguna de las condiciones protegidas por el artículo 1o. de la Constitución General, no puede de ninguna manera ser especulativo o imaginario. Es decir, si la pérdida de guarda y custodia se motiva en la afectación que pueden sufrir los bienes y derechos de los niños, porque alguno de sus padres se ubica en alguna de las denominadas categorías sospechosas, -como en el presente caso, en el que se pondera la condición de salud y situación económica de la madre-, dicho riesgo debe ser real, esto es, basado en evidencia técnica o científica, no en prejuicios o consideraciones generalizadas sobre las características de los padres.(52)

En resumen, si el Juez considera conveniente ponderar en las contiendas de guarda y custodia de los niños que alguno de los padres tiene ciertas características protegidas por el artículo 1o. de la Constitución, debe evidenciar con base en pruebas técnicas o científicas que dichas circunstancias hacen más probable que el niño se encuentre mejor bajo el cuidado exclusivo del otro de los progenitores. De otro modo, la decisión judicial motivada en alguna de dichas categorías resultaría injustificada y por tanto constituiría un trato discriminatorio.

Asimismo, en tanto no se pruebe que dicha circunstancia genera una situación de riesgo en los bienes o derechos de los menores, no puede considerarse que su ponderación en la decisión de guarda y custodia tienda a proteger al interés superior de la infancia.

Tal como señaló la CoIDH en el Caso Atala Riffo, una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño.(53)

En el presente asunto, el Tribunal Colegiado afirma que la situación de salud de la madre en ocasiones la imposibilita físicamente para atender y estar pendiente de las necesidades de los infantes (páginas 88, 92, 93, 115 y 119) y que dicha situación puede comprometer la integridad física y emocional de las menores (página 93). Dichas consideraciones muestran que el órgano colegiado advirtió la existencia del riesgo de que la madre fuera menos idónea que el padre para atender las necesidades de las niñas. Ello justificó desde su perspectiva, la evaluación de la salud de la señora *****.

La ponderación de la salud de la madre puede dividirse en dos aspectos: salud física y mental. Respecto a la salud física, el Tribunal Colegiado de Circuito señaló que, "la progenitora se encuentra enferma de Lupus y artritis, enfermedades que aunque no se pudieron justificar el grado de daños en el cuerpo y/o el tratamiento que se está siguiendo para su control, y aun estimando que son controlables, también es cierto que para su tratamiento se necesitan cuidados especiales, y si la tercera se encuentra en tratamiento, lo conveniente es que las menores queden al cuidado de su progenitor." (Página 115).(54) Así, el riesgo advertido por el juzgador no estuvo sustentado en evidencia técnica o científica con base en la cual pudiera afirmar que la madre es menos idónea que el padre para cuidar a las niñas.

Por tanto, si bien la sentencia del órgano colegiado pretendía la protección del interés superior de las niñas, la motivación esgrimida no fue la adecuada para alcanzar dicho fin. No se comprobó en el caso concreto con base en evidencia técnica o científica el grado de afectación de salud de la madre y la manera en que dicha circunstancia la hiciera menos idónea que el padre para cuidar a sus menores hijas, por lo que dicha decisión constituye un trato discriminatorio en contra de la señora *****.

Se reitera que no obstante la decisión de guarda y custodia estuvo basada en otros factores, además de la condición de salud física de la madre, el juzgador no está autorizado a negar el ejercicio de un derecho motivando su decisión en una de las categorías protegidas por la Constitución si ello no está justificado. La ponderación de la salud física de la madre sin evidencia técnica o científica que muestre que tal situación la hace menos idónea para cuidar de sus hijas, no protege el interés superior de la infancia, por el contrario, incurre en un trato discriminatorio en contra de la madre.

En tal sentido, resulta fundado el agravio de la recurrente en este aspecto y debe amparársele para el efecto de que la órgano colegiado emita una nueva sentencia en la que no pondere la situación de salud física de la madre o, si lo hace, lo haga sustentándose en pruebas técnicas o científicas que muestren el grado de afectación de la salud de la madre y la manera en que dichas circunstancias la hacen menos idónea que el padre para cuidar de manera apropiada a las niñas.

Se aclara que esta determinación no implica que debe revocarse la decisión final del Tribunal Colegiado de Circuito, en la que se confirió la guarda y custodia de las niñas al padre, simplemente significa que sus consideraciones no deben aludir a la situación de salud física de la madre, sin evidencia médica que muestre que dicha circunstancia es relevante para llegar a dicha decisión. Es posible que la suma de los otros factores que evaluó el órgano judicial permita reiterar que las niñas deben quedar bajo el cuidado del padre.

Por lo que hace a la salud mental de la señora *****, el órgano colegiado evaluó diversos dictámenes periciales con base en los cuales, se determinó, que si bien la madre puede convivir con las menores, no se encuentra en las mejores condiciones para hacerse cargo de ellas.(55) En este aspecto, es claro que se justificó a través de evidencia científica que su condición de salud mental podría comprometer la integridad y debido desarrollo de sus hijas. La medida sin duda alguna pretendió proteger el interés superior del niño, y al estar probado el riesgo que dicha situación originaría en los derechos y bienes de los menores, es claro que fue adecuada.

Asimismo, la evaluación de la condición social de la madre también se encuentra justificada y, por ende, no resulta discriminatoria. En efecto, las consideraciones que emitió el Tribunal Colegiado de Circuito respecto a dicho aspecto se encontraron fundadas en evidencia probatoria. Para conocer el medio económico y social en que se desenvuelven las partes, el Tribunal Colegiado de Circuito tomó en cuenta la pericial en trabajo social. (Página 117) Más aún, cuando se refirió al medio económico no lo hizo en sentido de privilegiar el padre que se encontrara en mejor situación económica, sino que por condición económica se refirió al entorno social en el que se desenvuelven cada uno de los padres. Así, evaluó las condiciones los inmuebles, las actividades profesionales, las redes de apoyo familiar, entre otros factores. (Foja 117)

Al ponderar la condición social, el órgano colegiado justificó su decisión con base en el dictamen de trabajo social. Basándose en evidencia técnica el Tribunal Colegiado de Circuito argumentó por qué lo más beneficioso para las menores sería que quedarán bajo el cuidado de su padre. Así, por lo que hace a este aspecto, privilegió el interés superior de la infancia. En consecuencia, no constituye un trato discriminatorio el que el órgano colegiado haya motivado su decisión, entre otros factores, en la situación social de la madre.

III. Sobre la opinión de los menores.

Finalmente, la recurrente plantea que la resolución combatida interpreta indebidamente los derechos humanos, al privarla de la guarda y custodia de sus hijas aduciendo el interés superior del menor. Esto debido a que no se debió haber tomado en cuenta sólo la opinión de las menores para tomar una decisión sobre su guarda y custodia. Dicho argumento resulta infundado en atención de las siguientes consideraciones.

El derecho de los niños a participar en los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar sus derechos ya fue reconocido por esta Primera Sala al resolver la contradicción de tesis 60/2008-PS, tal y como se desprende de la tesis aislada 1a. XXXIX/2009, cuyo rubro es: "MENORES DE EDAD. DEBE DÁRSELES INTERVENCIÓN PARA QUE SE ESCUCHE SU OPINIÓN EN RELACIÓN CON LA CONTROVERSI DE LOS JUICIOS DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN."(56)

Asimismo, tal derecho se encuentra expresamente regulado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño e implícitamente recogido en el artículo 4o. constitucional. Al respecto, esta Primera Sala observa que el artículo 41, apartado A, de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reitera el derecho ya reconocido en el tratado internacional.

De lo anterior se desprende, que el derecho de los niños a participar en los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica es parte del ordenamiento jurídico mexicano.

En el amparo directo en revisión 2479/2012 del que derivó la tesis de rubro: "DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO.",(57) se señaló que la participación de los niños en procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad, pues, al reconocerlos como sujetos de derecho, logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia.

Así, los niños tienen derecho a que sean escuchadas sus opiniones en los juicios donde se vean involucrados sus derechos. Lo anterior, no quiere decir que los juicios de guarda y custodia deba privilegiarse el deseo del menor, sino que su opinión deberá ser ponderada con el cúmulo de factores que el Juez debe evaluar

para determinar lo que es mejor para el niño. En el caso, el juzgador no basó su decisión únicamente en la opinión de las menores, sino que tomó en cuenta sus afirmaciones y las evaluó con diversas circunstancias que consideró relevantes para determinar dónde se ubica el interés superior del niño. Así, resolvió que lo mejor para las menores es quedarse bajo el cuidado de su padre.

En resumen, fue correcta la interpretación que realizó el órgano colegiado del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México y del peso que le otorgó a la opinión de las menores en la determinación de la guarda y custodia. En efecto, como se detalló de acuerdo al interés superior de la infancia, el Juez debe resolver atendiendo a lo que es mejor para el niño, por lo que la guarda y custodia de los niños, aun si son menores de diez años, no le corresponde en automático a la madre, asimismo, los niños tienen derecho a ser escuchados en las contiendas en que se ven involucrados sus derechos.

No obstante lo anterior, esta Primera Sala concluye que si bien la sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito pretendía la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la ponderación de la salud física de la madre fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la situación de riesgo que dicha condición colocaba a las menores no estuvo basada en pruebas técnicas o científicas, por lo que dicha decisión constituyó un trato discriminatorio en contra de la hoy recurrente. En contraste, la evaluación de las categorías de salud mental y situación económica sí estuvo basada en periciales y demás material probatorio, por lo que su ponderación resultó justificada y tendiente a proteger el interés superior del niño.

Se reitera que lo anterior no quiere decir que deba revocarse la decisión final del Tribunal Colegiado de Circuito, en la que se confirió la guarda y custodia de las niñas al padre. Es posible que el análisis de los otros factores, evaluados en su conjunto, permitan reiterar la convicción a la que llegó el órgano jurisdiccional consistente en que las niñas deben quedar bajo el cuidado del padre.

En ese sentido, debe concederse el amparo a la recurrente, únicamente para el efecto de que el órgano colegiado emita una nueva sentencia en la que no pondere la situación de salud física de la madre o, si lo hace, lo haga sustentándose en pruebas técnicas o científicas que muestren el grado de afectación de la salud de la madre y la manera en que dichas circunstancias la hacen menos idónea que el padre para cuidar de manera apropiada a las niñas.

Por lo anteriormente expuesto y fundado, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve:

PRIMERO.-En la materia de la revisión se revoca la sentencia recurrida.

SEGUNDO.-Devuélvanse los autos al Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, para los efectos precisados en la parte final del considerando cuarto de la presente ejecutoria.

Notifíquese; con testimonio de la presente resolución, vuelvan los autos al Tribunal de su origen y, en su oportunidad, archívese el toca como asunto concluido.

Así, lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (ponente), José Ramón Cossío Díaz (quien se reserva su derecho a formular voto concurrente), Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, en contra del emitido por el Ministro presidente Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reserva su derecho para formular voto particular.

En términos de lo previsto en el artículo 3, fracción II, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, en esta versión pública se suprime la información considerada legalmente como reservada o confidencial que encuadran en ese supuesto normativo.

2. "TERCERO. Los juicios de amparo iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, continuarán tramitándose hasta su resolución final conforme a las disposiciones aplicables vigentes a su inicio, salvo lo que se refiere a las disposiciones relativas al sobreseimiento por inactividad procesal y caducidad de la instancia, así como al cumplimiento y ejecución de las sentencias de amparo."

3. Tesis P./J. 26/2009, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIX, mayo de 2009, página 6.

4. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, diciembre de 2001, tesis 2a./J. 64/2001, página 315.

5. Amparo directo en revisión 1187/2010, resuelto el 1o. de septiembre de 2010 por unanimidad de 5 votos, en el cual se reconoció esta situación y se mencionó

que en el dictamen sobre la iniciativa de reforma al artículo 4o. constitucional de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de atención a Niños Jóvenes y Tercer Edad y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, de 9 de diciembre de 1999, se sostuvo que "no escapa a estas Comisiones Unidas el hecho de que resulta necesario para la citada reforma constitucional reconocer ideales consignados en la legislación internacional, así como los generados en diversos foros en la materia". Por su parte, en el dictamen de la Comisión de Gobernación y Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, que actuó como cámara revisora de aquella iniciativa de reforma, de 15 de diciembre de 1999, se resalta "la pertinencia de actualizar el contenido del vigente párrafo final del artículo cuarto constitucional, a la luz de los compromisos internacionales suscritos por nuestro país respecto de los derechos de niños y de niñas". Ver también, la tesis: "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL." (Tesis 1a. XLVII/2011. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, abril de 2011, página 310)

6. Opinión consultiva OC-17/2002, párrafo 59

.

7. Opinión consultiva OC-17/2002, párrafo 59.

8. Observación general No. 7 (2005), párrafo 13.

9. Al respecto, véanse las siguientes tesis: "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.-En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: 'la expresión interés superior del niño' ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño." (Tesis: 1a. CXLI/2007. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, julio de 2007, página 265)

"MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS

SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA.-De la interpretación del artículo 4o., sexto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria de aquel precepto y con la Convención sobre los Derechos del Niño, se advierte que el principio del interés superior de la infancia junto con el derecho de prioridad, implican que las políticas, acciones y toma de decisiones del Estado relacionadas con los menores de 18 años deben buscar el beneficio directo del infante y del adolescente a quienes van dirigidas, y que las instituciones de bienestar social, públicas y privadas, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, al actuar en sus respectivos ámbitos, otorguen prioridad a los temas relacionados con dichos menores. De ahí que para el análisis de la constitucionalidad de una regulación respecto de menores de 18 años, sea prioritario, en un ejercicio de ponderación, el reconocimiento de dichos principios." (Tesis P. XLV/2008. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, junio de 2008, página 712)

10. "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SUS ALCANCES Y FUNCIONES NORMATIVAS." [Tesis aislada 1a. CXXI/2012 (10a.). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, Tomo 1, junio de 2012, página 261]

11. "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PAUTA INTERPRETATIVA PARA SOLUCIONAR CONFLICTOS POR INCOMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO CONJUNTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS." [Tesis aislada 1a. CXXIII/2012 (10a.). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, Tomo 1, junio de 2012, página 259]

12. "INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU FUNCIÓN NORMATIVA COMO PRINCIPIO JURÍDICO PROTECTOR." [Tesis aislada 1a. CXXII/2012 (10a.). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IX, Tomo 1, junio de 2012, página 260]. Ver, en un sentido similar, la tesis: "MENORES DE DIECIOCHO AÑOS. EL ANÁLISIS DE UNA REGULACIÓN RESPECTO DE ELLOS DEBE HACERSE ATENDIENDO AL INTERÉS SUPERIOR Y A LA PRIORIDAD DE LA INFANCIA." (Tesis P. XLV/2008. Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, junio de 2008, página 712)

13. "GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES DE EDAD. EL ARTÍCULO 4.228, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO, INTERPRETADO A LA LUZ DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES Y DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES CONSTITUCIONAL.-El artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, establece que: 'Cuando sólo uno de los que ejercen la patria potestad deba hacerse cargo provisional o definitivamente de la guarda y custodia de un menor, se aplicarán las siguientes disposiciones: I. Los que ejerzan la patria potestad convendrán quién de ellos se hará cargo de la guarda y custodia del menor. II. Si no llegan a ningún acuerdo: a) Los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor.' A juicio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta porción normativa resulta constitucional, siempre y cuando se interprete a la luz del interés superior de los menores y del principio de igualdad. En primer término, es necesario señalar que al momento de decidir la forma de atribución a los progenitores de la guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales y, cabría agregar, este criterio proteccionista debe reflejarse también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos. En esta lógica, el legislador puede optar por otorgar preferencia a la madre en el momento de atribuir la guarda y custodia de un menor; sin embargo, este tipo de normas no deben ser interpretadas en clave de un estereotipo en el que la mujer resulta, per se, la persona más preparada para tal tarea. Es innegable que en los primeros meses y años de vida, las previsiones de la naturaleza conllevan una identificación total del hijo con la madre. Y no sólo nos referimos a las necesidades biológicas del menor en cuanto a la alimentación a través de la leche materna, sino, y como lo han desarrollado 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. En esta lógica, la determinación de la guarda y custodia a favor de la mujer está basada en la preservación del interés superior del menor, el cual, como ya señalamos, resulta el criterio proteccionista al que se debe acudir. Esta idea, además, responde a un compromiso internacional del Estado mexicano contenido en el artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ahora bien, como también señalan los expertos, pasado cierto periodo de tiempo, se opera un progresivo proceso de individuación del niño a través de la necesaria e insustituible presencia de ambos progenitores. El menor necesita tanto de su madre como de su padre, aunque de modo diferente, en función de la edad; ambos progenitores deben hacer posible y propiciar la presencia efectiva de esas funciones simbólicas en el proceso de maduración personal de los hijos." [Tesis aislada 1a. XCVI/2012 (10a.). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VIII, Tomo 1, mayo de 2012, página 1095]

14. "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).-Como ya lo ha establecido esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de presunción de idoneidad absoluta que juegue 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. Así las cosas, el intérprete, al momento de aplicar el inciso a), de la fracción II, del artículo 4.228 del Código Civil del Estado de México, que dispone que si no se llega a ningún acuerdo respecto a la guarda y custodia, 'los menores de diez años quedarán al cuidado de la madre, salvo que sea perjudicial para el menor', deberá atender, en todo momento, al interés superior del menor. Lo anterior significa que la decisión judicial al respecto no sólo deberá atender a aquel escenario que resulte menos perjudicial para el menor, sino, por el contrario, deberá buscar una solución estable, justa y equitativa que resulte lo más benéfica para éste. La dificultad estriba en determinar y delimitar el contenido del interés superior del menor, ya que no puede ser establecido con carácter general y de forma abstracta; la dinámica de las relaciones familiares es extraordinariamente compleja y variada y es dicha dinámica, así como las consecuencias y efectos que la ruptura haya ocasionado en los integrantes de la familia, la que determinará cuál es el sistema de custodia más beneficioso para los menores. Así las cosas, el Juez habrá de valorar las especiales circunstancias que concurran en cada progenitor y determinar cuál es el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, lo cual se puede dar con ambos progenitores o con uno solo de ellos, ya sea la madre o el padre. En conclusión, la tutela del interés preferente de los hijos exige, siempre y en cualquier caso, que se otorgue la guarda y custodia en aquella forma (exclusiva o compartida, a favor del padre o de la madre), que se revele como la más benéfica para el menor." [Tesis aislada 1a. XCVII/2012 (10a.). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro VIII, Tomo 1, mayo de 2012, página 1097]

15. Foja 11 del expediente de la controversia sobre el estado civil de las personas 1583/2012 y su acumulado 1696/2012.

16. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 254.

17. *Ibíd*, párrafo 95.

18. *Ibíd*em.

19. La CoIDH determinó en el caso cfr. Atala Riffo, supra nota 15, si existió una diferencia de trato basada en la orientación sexual de la madre. Posteriormente, si la misma constituyó discriminación, es decir, si tal distinción estuvo injustificada. El término "diferencia de trato" fue usado en el sentido de si la pérdida de la tutela

(pérdida de un derecho) se fundó en la orientación sexual de la señora Riffo. Por claridad conceptual, (en tanto el término diferencia de trato tiene diversas connotaciones), en el presente asunto esta Primera Sala se refiere a este primer nivel de análisis como, si la decisión judicial se fundó en las circunstancias de salud y situación económica de la madre. Posteriormente, al igual que lo realizó la CoIDH, se estudiará si el uso de las categorías alegadas estuvo injustificado y, en consecuencia si constituyó una violación al principio de no discriminación.

20. "Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

"Artículo 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

21. "Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados partes en el presente pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

"Artículo 3. Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente pacto.

"

"Artículo 26. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

"

22. Preámbulo. Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

"Artículo II. Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna."

23. "Artículo 1. Los Estados partes en esta convención se comprometen a respetar

los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

"Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley."

24. Opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Serie A, No. 4, párrafo 55.

25. *Ibíd*

26. Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002, para. 42; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 34.

27. Cfr. Opinión consultiva OC-4/84, *supra* nota 24, párrafo 57.

28. Tesis aislada 1a. CXLV/2012 (10a.). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, Tomo 1, agosto de 2012, página 487.

29. Ver Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, El principio Constitucional de Igualdad en la Jurisprudencia Española, en El principio constitucional de igualdad, Miguel Carbonell (compilador), México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003; Díez-Picazo, Luis María, Sistema de Derechos Fundamentales, 2a. edición, Navarra, Civitas, 2005; y, Rey Martínez, Fernando, ¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 45 (2011), pp. 167-181.

30. Cfr. Opinión consultiva OC-4/84, *supra* nota 24, párrafos. 53 y 54.

31. Tesis aislada 1a. CXLV/2012 (10a.). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, Tomo 1, agosto de 2012, página 487.

32. Sobre la inversión de la presunción de constitucionalidad de las leyes en casos de afectación de intereses de grupos vulnerables, véase Ferreres Comella, Víctor, Justicia constitucional y democracia, 2a. ed., Madrid, CEPC, 2007, pp. 220-243.

33. Tesis aislada 1a. XCIX/2013 (10a.). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Tomo 1, abril de 2013, página 961.

34. Cfr. Atala Riffo, *supra* nota 15, párrafo 94.

35. *Ibídem*, párrafo 77.

36. *Ibídem*, párrafo 95: "... Para determinar si existió un vínculo o nexo causal o decisivo entre la orientación sexual de la señora Atala y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Chile y del Juzgado de Menores de Villarrica, es necesario analizar los argumentos expuestos por las autoridades judiciales nacionales, sus conductas, el lenguaje utilizado y el contexto en que se han producido las decisiones judiciales, con el fin de establecer si la diferencia de trato se fundamentó en la orientación sexual."

37. *Ibídem*, párrafo 94: "El Tribunal resalta que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular, no es necesario que la totalidad de dicha decisión esté basada 'fundamental y únicamente' en la orientación sexual de la persona, pues basta con constatar que de manera explícita o implícita se tuvo en cuenta hasta cierto grado la orientación sexual de la persona para adoptar una determinada decisión."

38. Foja 119 del cuaderno de amparo: "... la progenitora no se encuentra en las mejores condiciones de salud, pues padece las enfermedades ya precisadas, que le generan un estado emocional que no es el más conveniente para atender la alta responsabilidad que implica el cuidado de las menores, pues incluso éstas refirieron que ellas se preparan el "lunch" y los alimentos, así como que fueron objeto de tocamientos por familiares pertenecientes a la familia materna cuando la madre dejaba al cuidado de los menores a familiares ..."

39. Foja 115 del cuaderno de amparo: "Más aún, aquí es de destacar que la progenitora se encuentra enferma de Lupus y artritis, enfermedades que aunque no se pudieron justificar el grado de daños en el cuerpo y/o el tratamiento que se está siguiendo para su control, y aun estimando que son controlables, también es cierto que para su tratamiento se necesitan cuidados especiales, y si la tercera se encuentra en tratamiento, lo conveniente es que las menores queden al cuidado de su progenitor. Lo anterior, es así en la medida de que la artritis es una enfermedad que va degenerando las articulaciones y los huesos, lo que como se ha sostenido en el párrafo anterior necesitan de cuidados especiales, ya que no les permite realizar actividades cotidianas o normales, que permitan atender a las infantes y poder proporcionarles las atenciones que necesitan ya sea en el

aspecto emocional, físico y de cualquier otra índole, pues no pueden realizar movimientos bruscos, tal y como podría ocurrir cuando se encuentre jugando con sus hijas o una de diversas actividades que le permitan actuar con las mismas, motivo por el cual, se estima que en el caso las menores deben quedarse al cuidado del quejoso ..."

40. Página 101 de la sentencia recurrida: "... lo que lleva a determinar que efectivamente no toma pláticas que le permitan controlar el síndrome de neurosis que padece."

41. Página 88 de la sentencia recurrida: "derivado primordialmente del estado de salud de la progenitora a quien se le han detectado ciertas enfermedades que en ocasiones la imposibilita físicamente para atender y estar pendiente de las necesidades de las infantes..."; página 92 de la sentencia recurrida: "... pues la menor manifiesta que cuando llega de la escuela ella prepara los alimentos, pues su mamá se la pasa dormida debido a su enfermedad, y en las noches se va a su reunión de *****..."; página 93 de la sentencia recurrida: "... de autos se aprecia que se encuentra enferma y que debido a ello, tiene que guardar reposo, y por consecuencia de ello, no les garantiza a las infantes un apto desarrollo, en todos los aspectos que involucra, como son la alimentación, vestido, educación, esparcimiento, con lo que existe la posibilidad de que sí se compromete la integridad física y emocional de las menores"; página 115 de la sentencia recurrida: "Más aún, aquí es de destacar que la progenitora se encuentra enferma de Lupus y artritis, enfermedades que aunque no se pudieron justificar el grado de daños en el cuerpo y/o el tratamiento que se está siguiendo para su control, y aun estimando que son controlables, también es cierto que para su tratamiento se necesitan cuidados especiales, y si la tercera se encuentra en tratamiento, lo conveniente es que las menores queden al cuidado de su progenitor. Lo anterior es así en la medida de que la artritis es una enfermedad que va degenerando las articulaciones y los huesos, lo que como se ha sostenido en el párrafo anterior necesita de cuidados especiales, ya que no les permite realizar actividades cotidianas o normales, que permitan atender a las infantes y poder proporcionarles las atenciones que necesiten ya sea en el aspecto emocional, físico y de cualquier otra índole, pues no pueden realizar movimientos bruscos, tal y como podría ocurrir cuando se encuentre jugando con sus hijas o una de diversas actividades que le permitan actuar con las mismas, motivo por el cual, se estima que en el caso las menores deben quedarse al cuidado del quejoso ..." y; página 119 de la sentencia recurrida: "... la progenitora no se encuentra en las mejores condiciones de salud, pues padece las enfermedades ya precisadas, que le generan un estado emocional que no es el más conveniente para atender la alta responsabilidad que implica el cuidado de las menores, pues incluso éstas refirieron que ellas se preparan el 'lunch' y los alimentos, así como que fueron objeto de tocamientos por familiares pertenecientes a la familia materna cuando la madre dejaba al cuidado de los menores a familiares ..."

42. Página 93 de la sentencia recurrida: "... de autos se aprecia que se encuentra enferma y que debido a ello, tiene que guardar reposo, y por consecuencia de ello, no les garantiza a las infantes un apto desarrollo, en todos los aspectos que involucra, como son la alimentación, vestido, educación, esparcimiento, con lo que existe la posibilidad de que sí se compromete la integridad física y emocional de las menores.

"

43. Página 117 de la sentencia recurrida: "Más aún, aquí es preciso tomar en cuenta que con el desahogo de la pericial en trabajo social, resulta útil para conocer el medio económico y social en que se desenvuelven las partes. Del análisis pormenorizado de esa prueba, se debe concluir que el quejoso ***** , quien vive con sus padres (abuelos paternos), tiene mejores condiciones económicas y sociales, es decir de entorno, en comparación al lugar en que la habita la progenitora, porque derivado del dictamen (fojas 511 a 522 del expediente) se advierte que el inmueble tiene mejores condiciones, y si bien éstas no pueden considerarse como un parámetro único y definitorio para otorgar la guarda y custodia, precisamente porque lo que debe privilegiarse es el interés superior de la infancia; lo que conduce a analizar todos los aspectos inherentes como son sus actividades laborales, entorno familiar, etcétera ..." y; página 119 del cuaderno de amparo "Incluso con el dictamen en trabajo social se advierte que el quejoso cuenta con una actividad que le permite obtener ingresos suficientes para la satisfacción de las necesidades propias y las de sus hijas, ... otorgándole calidad y solvencia económica, aunado a que la vivienda cuenta con los elementos materiales necesarios para el buen desarrollo de las menores, así como que el quejoso cuenta con redes de apoyo familiar, observando que dichas infantes se encuentran cuidadas y atendidas."

44. Cfr. Atala Riffo, supra nota 15, párrafo 108.

45. La Corte Constitucional Colombiana también ha emitido precedentes que van en esta línea, al establecer que "una medida que restrinja el esquema de protección del menor, porque limita el goce de sus derechos fundamentales prevalentes, debe ser sometida a un examen de constitucionalidad de mayor rigor que establezca si el sacrificio al que se someten dichas garantías se justifica necesariamente en aras de la satisfacción de los intereses que se le contraponen." En otros términos, el juicio de ponderación debe dirigirse a establecer si el sacrificio infligido a los derechos de los menores es rigurosamente necesario frente al beneficio perseguido por la norma. En otros términos, el juicio debe certificar que "cuanto mayor es el grado de insatisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro, lo cual impone tener en cuenta que el sacrificio de los derechos de los menores de 18 años que ya cumplieron los 12 sólo se justifica cuando razones decididamente imperiosas impiden conferirles un tratamiento más favorable." Sentencia C-154/07.

46. Por todos, véanse las siguientes tesis relacionadas con el principio de proporcionalidad: "GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA." (Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVI, diciembre de 2007, tesis P./J. 130/2007, página 8, No. Registro IUS: 170740, tesis de jurisprudencia, materia constitucional); "LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA." (Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, septiembre de 2008, tesis P./J. 102/2008, página 599, No. Registro IUS: 168878, tesis de jurisprudencia, materia constitucional y penal); "GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES." (Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, abril de 2007, tesis 1a./J. 42/2007, página 124, No. Registro IUS: 172759, tesis de jurisprudencia, materia constitucional). "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL." (Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIV, septiembre de 2006, tesis 1a./J. 55/2006, página 75, No. Registro IUS: 174247, tesis de jurisprudencia, materia constitucional); "TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." (Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, agosto de 2003, tesis P. IX/2003, página 54, No. Registro IUS: 183374, tesis aislada, materia constitucional)

47. Cfr. Atala Riffo, *supra* nota 15, párrafo 109.

48. Cfr. Atala Riffo, *supra* nota 15, párrafos 57, 64, 77, 94, 102, 106, 109, 110, 121, 124, 125, 130, 131, 139, 165, 239, 240, 241, 242, 251, 252 y 254.

49. "PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL.-EI segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y

alcance de tales derechos a partir del principio *pro personae* que es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. Por tanto, la aplicación del principio *pro personae* en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro." [Tesis aislada 1a. XXVI/2012 (10a.). Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Tomo 1, febrero de 2012, página 659]

50. El hecho de que haya mayores exigencias para el Estado cuando se trata de salvaguardar los derechos del niño también puede justificarse a la luz de las disposiciones del derecho internacional relacionadas con los derechos del niño. La obligación de los Estados de proteger los derechos de los niños a través de medidas reforzadas puede encontrarse en distintos instrumentos internacionales. Así, en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924 se avanzó la idea de que el niño merece una "protección especial"; en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que éste requiere "protección y cuidado especiales"; y en el artículo 19 de la Convención Americana se señala que todo niño debe recibir "las medidas de protección que su condición de menor requieren"

51. Taruffo, Michelle, *La prueba*, trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Marcial Pons, 2008, p. 254.

52. La necesidad de que se sustente el impacto de la orientación sexual en el desarrollo del niño con base en documentos o análisis científicos, fue ya aceptada por esta Suprema Corte en la acción de inconstitucionalidad AI. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párrafo 336.

Asimismo, resulta pertinente precisar que los peritos que emitieron dictámenes en

el Caso Atala Riffo, consideraron que no existen pruebas científicas de que la efectividad parental esté relacionada con la orientación sexual de los progenitores. Por lo que "cuando la especulación sobre un futuro daño potencial para el desarrollo del niño es refutado de manera sólida por toda investigación científica existente, dicha especulación no puede establecer las bases probatorias para la determinación de la custodia". Ver párrafos 128 y 129 de la sentencia, así como sus notas al pie. Con base en dichas opiniones podría afirmarse que en tanto no existen bases científicas para justificar que pueden comprometerse los derechos de los niños con base en la preferencia sexual de sus padres, cualquier ponderación que se haga de dicha circunstancia resultaría injustificada y, por tanto, discriminatoria

53. Cfr. Atala Riffo, supra nota 15, párrafo 111.

54. Página 115 de la sentencia recurrida: "... Lo anterior, es así en la medida de que la artritis es una enfermedad que va degenerando las articulaciones y los huesos, lo que como se ha sostenido en el párrafo anterior necesitan de cuidados especiales, ya que no les permite realizar actividades cotidianas o normales, que permitan atender a las infantes y poder proporcionarles las atenciones que necesiten ya sea en el aspecto emocional, físico y de cualquier otra índole, pues no pueden realizar movimientos bruscos, tal y como podría ocurrir cuando se encuentre jugando con sus hijas o una de diversas actividades que le permitan actuar con las mismas, motivo por el cual, se estima que en el caso las menores deben quedarse al cuidado del quejoso ..."

55. "Adicionalmente, del cúmulo de pruebas se puede concluir que *****, no tiene capacidad suficiente para poder tener la guarda y custodia de las menores, concretamente de los dictámenes emitidos por el licenciado *****, en donde adujo que la progenitora no se muestra involucrada en la educación y desarrollo de sus hijas. Asimismo el psiquiatra ***** sostuvo que la señora ***** tiene tendencias al retraimiento, sentimiento de inadecuación, rechazo a su hogar, accesibilidad difícil, inseguridad y que en cuanto a la relación madre-hijas, se considera conveniente dicha convivencia."

56. Tesis aislada 1a. XXXIX/2009, No. Registro IUS: 166359, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, septiembre de 2009, página 447. También fue reconocido en el amparo directo 30/2008, cuyo importancia para el presente estudio se destacará más adelante.

57. Tesis aislada: 1a. LXXIX/2013 (10a.), Localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XVIII, Tomo 1, marzo de 2013, página 884.

Esta ejecutoria se publicó el viernes 27 de junio de 2014 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación.